



CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO

# REVISTA DE DERECHO

Junio 2009

Nº 21

# *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  
Ana María Hübner Guzmán  
Arturo Onfray Vivanco*

## **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 Gráfica LOM  
Concha y Toro N° 25  
Santiago, Chile

# REVISTA DE DERECHO

Junio 2009 N° 21

ÍNDICE ..... 5

PRESENTACIÓN ..... 7

*Comité Editorial*

## A.- DOCTRINA

REFLEXIONES ACERCA DE LA LEY N° 20.205  
“PROTEGE AL FUNCIONARIO QUE DENUNCIA  
IRREGULARIDADES Y FALTAS AL PRINCIPIO  
DE PROBIDAD” ..... 11

*Nancy Barra Gallardo*

MODIFICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE  
PLANIFICACIÓN TERRITORIAL: PROCEDIMIENTOS  
Y TRÁMITES ..... 35

*José Fernández Richard*

PRESENTE Y FUTURO DE LA RESPONSABILIDAD  
DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR LOS DELITOS  
COMETIDOS POR SUS DIRECTIVOS Y EMPLEADOS ..... 47

*Jean Pierre Matus*

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
SOBRE NORMAS DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL ..... 69

*Guillermo Piedrabuena Richard*

## **B.- JURISPRUDENCIA DE INTERÉS**

### **DERECHO AMBIENTAL**

Corte Suprema. Martínez González, Cristina y otros con Sociedad Procesadora de Metales Promel Ltda. y otros. Recurso de casación en el fondo.....	95
---	----

### **DERECHO ADMINISTRATIVO**

Corte Suprema. Banco del Estado de Chile con Fisco de Chile. Recurso de casación en el fondo.....	103
--	-----

Corte Suprema. Fisco de Chile con CHILECTRA S.A. Recurso de casación en el fondo.....	125
--	-----

### **DERECHO PREVISIONAL**

Corte Suprema. Aravena Lizana, Luisa con Fisco. Recurso de casación en el fondo.....	139
---	-----

<b>C.- RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>149</b>
<i>Arturo Felipe Onfray Vivanco</i>	

<b>INSTRUCCIONES A LOS AUTORES.....</b>	<b>153</b>
---	------------

## **PRESENTACIÓN**

### **Comité Editorial**

Uno de los desafíos fundamentales del Consejo de Defensa del Estado (CDE) es el combate de la corrupción. Su competencia en lo penal así como su participación en la negociación y seguimiento de las principales convenciones contra la corrupción son un claro reflejo de ello. Ad portas del ingreso pleno de Chile a la Organización de Cooperación y de Desarrollo Económico (OCDE), no es posible desconocer el rol desempeñado por el CDE, en su oportunidad, en la adecuación de nuestra legislación a los requerimientos de la Convención contra el Soborno Transnacional.

Asimismo, reflejo de la referida preocupación del CDE fue su participación en la Comisión que asistió en representación de Chile a la negociación de la Convención de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) contra la Corrupción, la que planteó ante el Pleno de los Países Miembros, reunidos en Austria, entre otros temas, la importancia de proteger al funcionario que denuncia irregularidades y faltas al principio de la probidad. En forma paralela a lo anterior, en esta Revista se indicaba la importancia de regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Mencionamos tales temas ya que, en su oportunidad, fueron destacados por el CDE como puntos relevantes a considerar en el desarrollo de una reflexión sobre la corrupción y la experiencia confirma que no estaba equivocado, al punto que dos destacados profesionales han presentado a la consideración del Comité Editorial de la Revista sendos artículos en los que abordan dichas materias, los cuales con agrado incorporamos en el presente número.

Nancy Barra Gallardo, Jefa de la Subdivisión Jurídica, División de Municipalidades, de la Contraloría General de la República,

realiza una serie de reflexiones acerca de la Ley N° 20.205, la cual “Protege al funcionario que denuncia irregularidades y faltas al principio de probidad”.

El Director del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca, Jean Pierre Matus, a su vez, analiza las obligaciones y desafíos que plantean las organizaciones internacionales, en particular la OCDE, en relación a la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados.

Junto con los artículos anteriores, José Fernández Richard, ex abogado integrante de la Corte Suprema, examina en su trabajo titulado “Modificación de los instrumentos de Planificación Territorial”, los procedimientos y trámites que hay que seguir para modificar cada uno de los instrumentos de planificación territorial -a) los planes reguladores; b) los planos seccionales y el plan seccional; y c) la determinación de las zonas de construcción obligatoria y de conservación histórica, lo que reviste particular importancia dado que la Ley General de Urbanismo y Construcciones y la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones regulan las normas para aprobar estos instrumentos pero no las relativas a su modificación.

Finalmente, en la Sección Doctrina se incluye un artículo del ex Presidente del CDE y primer Fiscal Nacional, Guillermo Piedrabuena Richard, titulado “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre normas del Código Procesal Penal”, en el cual analiza las decisiones del Tribunal Constitucional sobre las normas procesales penales, en particular asociadas a la Ley N° 20.253 (Agenda Corta Anti delincuencia); a las impugnaciones constitucionales del artículo 387 del Código Procesal Penal; a las normas que le dan poder discrecional a los fiscales para formalizar o no sus investigaciones; y a la inconstitucionalidad de las normas sobre desafuero de los parlamentarios (artículos 416 y 230 y 231 del Código Procesal Penal). El trabajo tiene un particular interés para el CDE en relación al ejercicio de la acción judicial en la defensa de los intereses del Estado y la falta de formalización del fiscal, tema que está abordado en varios fallos del Tribunal Constitucional y que tiene especial relevancia en el tema del desafuero de algunos parlamentarios.

En la Segunda Parte de la Revista, relativa a la jurisprudencia, se incluyen varios fallos de la Corte Suprema, los cuales consideran materias tales como la infracción a las leyes reguladoras de la prueba en un proceso medioambiental; la acción de mera certeza a propósito

de la posibilidad de la solicitud de información por parte de la Cámara de Diputados a las Empresas Públicas; el tema de las postaciones en relación a la prevalencia del artículo 73 del Decreto con Fuerza de Ley (D.F.L.) N° 1, del año 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, por sobre el artículo 41 del D.F.L. 850, del Ministerio de Obras Públicas; y el alcance del artículo 132 del D.F.L. N° 2, de 1968, que fija el Estatuto del Personal de Carabineros de Chile, en particular en cuanto dispone en su inciso cuarto que: “Sin perjuicio de los plazos de prescripción de corto tiempo establecidos para los casos específicos, el derecho a impetrar pensión, reajustes, acrecimiento o cualquier beneficio derivado de ellas, prescribirá en el plazo de diez años”.

Finalmente, en las recensiones bibliográficas se revisa el libro escrito por Sharon Creeden, “Fair is Fair”, el que constituye una aguda y valiosa recopilación de cuentos con enseñanzas jurídicas.





**REFLEXIONES ACERCA DE LA LEY N° 20.205  
“PROTEGE AL FUNCIONARIO QUE DENUNCIA  
IRREGULARIDADES Y FALTAS AL PRINCIPIO DE  
PROBIDAD”**

**Nancy Barra Gallardo<sup>1</sup>**

**RESUMEN:** Frente a la desprotección existente para el funcionario denunciante en el orden administrativo, se dictó la Ley N° 20.205, a fin de resguardar y hacer efectivo el cumplimiento del principio de la probidad administrativa, entregando medios eficaces a los funcionarios públicos para denunciar los hechos irregulares de que se tenga conocimiento sin temor a venganzas ni represalias. En este artículo se analiza el contenido de la referida ley y su interpretación, así como los vacíos y problemas que presenta su aplicación.

**PALABRAS CLAVE:** Buena fe - Denunciante - Funcionario - Irregularidades - Probidad - Protección

**SUMARIO DE CONTENIDOS:** Introducción. 1.- Sujetos amparados por la normativa. 2.- Obligación de denunciar. 3.- Beneficios que se originan en la denuncia. 4.- Vigencia. 5.- Requisitos de la Denuncia. 6. Sanciones. 7. Palabras Finales. Bibliografía.

**ABSTRACT:** Law 20.205 was issued to address the lack of protection mechanisms available to civil servants who report acts of corruption. Its goal is to protect and enforce compliance with the principle of administrative integrity by protecting public officials who report irre-

---

<sup>1</sup> .- NANCY BARRA GALLARDO. Abogado. Magíster en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Jefa de la Subdivisión Jurídica, División de Municipalidades, de la Contraloría General de la República, nbarra@contraloria.cl.

*gularities within Public Administration from fear of revenge or retaliation. This article discusses the specific components of the above-mentioned law as well as how it can be interpreted. The article also looks at possible shortcomings and application problems.*

**KEY WORDS:** *Administration (irregularities) - Civil servant - Good faith - Protection (public officer)*

**SUMMARY OF CONTENTS:** *Introduction. 1. Subjects protected by Law 20.205. 2. The need to report. 3. The benefits of denunciation. 4. Enforcement. 5. Denunciation requirements. 6. Sanctions. 7. Final words. Bibliography.*

## INTRODUCCIÓN

Una legislación que (...) proteja o premie al denunciante de buena fe, es una herramienta que puede colaborar en la erradicación de la corrupción y la generalizada impunidad del corrupto, ya que pone a ambas partes de la denuncia, el denunciante y el poderoso corrupto denunciado, en un plano de mayor igualdad jurídica<sup>2</sup>.

Si atendemos a la regulación penal aparece, por una parte, que los ciudadanos que conocen de los hechos controvertidos en el proceso penal tienen la obligación de comparecer y declarar ante las autoridades del sistema penal (artículos 190 y 298 del Código Procesal Penal) (...) y, por otra, que el Estado tiene un deber correlativo a la obligación de comparecer y declarar que asiste a los testigos, cual es el de dar protección a los derechos de éstos (artículo 83 de la Constitución Política de la República)<sup>3</sup>.

Para cumplir este deber los órganos del sistema penal (Ministerio Público, Tribunales) disponen de dos tipos de medidas: aquellas que no afectan el desarrollo del proceso, denominadas medidas de

<sup>2</sup> .- “Bases Para un proyecto de ley sobre protección al denunciante e incentivo a la denuncia de corrupción”. Documento. Revista Ius Publicum N° 5 (2000) 145-148. Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás. Pág. 146.

<sup>3</sup> .- ROJAS VALDEBENITO, Sonia. “Protección de Testigos y Derecho a Defensa: un conflicto de Intereses”. Informativo Jurídico Editorial Jurídica de Chile. N° 35, septiembre de 2003. Págs. 5-7.

protección extraprocesales, y aquellas que implican menoscabo en las reglas del proceso, llamadas medidas de protección procesales<sup>4</sup>.

Cabe anotar que en nuestro país sólo existían normas legales aisladas y no específicamente relacionadas con la corrupción, que en teoría deberían suministrar algunos resguardos personales al denunciante, en materia penal, tales como los artículos 6°, 7° y 189 del Código de Procedimiento Penal. Las dos primeras normas legales citadas disponen que cualquier tribunal con competencia en lo criminal puede adoptar las “primeras diligencias del sumario”, entre las que se encuentran “dar protección a los perjudicados” y otras de similar naturaleza, ya que la mención no es taxativa. La segunda se refiere a la “reserva de identidad de todo testigo” que se consigne en el parte policial o comparezca voluntariamente, incluyendo sanciones criminales a la infracción de esta prohibición. Sin embargo, su tenor restrictivo y la experiencia han demostrado la insuficiencia y escasa aplicación práctica de estas disposiciones<sup>5</sup>.

Destacan además, el artículo 11 N° s 8 y 9 del Código Penal, que consideran como atenuantes de responsabilidad penal las denuncias útiles formuladas por quienes hayan tenido participación punible y el artículo 308 del Código Procesal Penal, que establece normas aplicables a la protección de los testigos.

Como contrapartida, en el ámbito administrativo, el temor a las represalias es un grave impedimento para el ejercicio de los derechos y de las vías de control ciudadano de los actos de la Administración. Es importante considerar que en la mayoría de los casos el denunciante de un hecho ímprobo se ve enfrentado a redes de corrupción o bien a corruptos aislados que gozan de privilegios y recursos legales y económicos significativos, que le inhiben a intentar la acusación<sup>6</sup>.

Antes de la entrada en vigencia del texto legal en estudio, los funcionarios públicos que formulaban denuncias por hechos que no constituían delitos, pero sí infracciones administrativas, no gozaban de ningún tipo de amparo para evitar represalias -generalmente afectando sus derechos funcionarios y estabilidad en el empleo-, situación que, lógicamente, producía una fuerte inhibición.

---

<sup>4</sup> .- Ibidem.

<sup>5</sup> .- “Bases Para un proyecto de ley sobre protección al denunciante e incentivo a la denuncia de corrupción”. Ob. Cit. Pág. 150.

<sup>6</sup> Ídem. Pág. 148.

Esta circunstancia<sup>7</sup> fue la que motivó a aunar esfuerzos para dar vida a una Comisión de Expertos, a quienes se les encomendó analizar la legislación que existía sobre el particular y formular propuestas, lo que originó el proyecto de la actual ley N° 20.205, cuya finalidad es resguardar y hacer efectivo el cumplimiento del principio de la probidad administrativa, entregando medios eficaces a los funcionarios públicos para denunciar los hechos irregulares de que se tenga conocimiento sin temor a venganzas ni represalias<sup>8</sup>.

En este contexto, es preciso destacar que, tal como se expresa en el Mensaje enviado por la Presidenta de la República Michelle Bachelet, al momento de ingresar a trámite dicho proyecto, existían en tramitación cuatro mociones de distintos parlamentarios sobre el mismo tema, las que fueron consideradas y refundidas en aquél.

Hasta antes de la entrada en vigencia de la ley N° 20.205, la obligación de denunciar con la debida prontitud, los crímenes o simples delitos de que tome conocimiento en el ejercicio de su cargo, ya se encontraba contemplada en los artículos 61 letra k) de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, 58 letra k) de la Ley N°

---

<sup>7</sup> .- Además de los compromisos internacionales adquiridos al suscribir la Convención Interamericana Contra la Corrupción, cuyo Artículo III, N° 8 prescribe que los Estados firmantes deben considerar dentro de las medidas preventivas, “sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad, de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno”.

<sup>8</sup> .- En este punto cabe anotar que la visión favorable de abordar esta temática no es unánime, según da cuenta el voto disidente del Ministro Mario Fernández Baeza, en la Sentencia del Tribunal Constitucional que se pronunció sobre el proyecto (Rol 799-07), al sostener: “4. Que la calificación de ‘irregular’, cuyo carácter tendría un hecho constitutivo de conducta denunciante y, por lo tanto, sujeta a sanción, o sea punible, cae de lleno en la versión administrativa de la categoría de ley penal en blanco, extensamente ésta tratada en la doctrina y desarrollada en sentencia de esta Magistratura recaída en fallo Rol N° 468-2006. Aun más, la expresión ley penal en blanco ‘abierto’, destinada a aquella conducta cuyo carácter punible está entregada al criterio del juez, es excedida por la calificación que tratamos en autos, pues el carácter punible, esto es ‘irregular’, de la conducta está entregada al criterio de la ‘autoridad competente’ en el caso de los funcionarios públicos y del ‘alcalde’ en el de los funcionarios municipales, después de ser calificada como tal por el propio denunciante. Esta secuencia delatoria establecida por la ley en el caso de autos, no sólo atenta contra la convivencia dentro de cualquiera comunidad humana en una sociedad democrática, sino que contraviene palmariamente la reserva legal establecida en el inciso octavo del N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, extensivo al derecho administrativo sancionador, pues su vigencia significa que todo servidor público chileno queda expuesto a ser denunciado y sancionado por una conducta calificada ilegalmente como punible”, agregando que “el propósito del proyecto de autos es una regulación de una denuncia entre los funcionarios innecesariamente agregada al orden jurídico, disponiéndose de suficientes normas ya vigentes para hacerlo, sin violentar los preceptos en esta disidencia descritos”.

18.883, sobre Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales y 175 del Código Procesal Penal.

Las referidas normas estatutarias han experimentado modificaciones con la dictación de la ley cuyo estudio nos ocupa, amén de la introducción de otros preceptos cuyo detalle abordaremos a continuación.

En este punto, cabe efectuar la precisión -técnica si se quiere-, de que la ley N° 20.205, no constituye en sí un texto que de manera sistemática regule la materia, sino que ella introduce diversas modificaciones al DFL. N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, a la ley N° 18.883, Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales -éstas de homólogo tenor, por lo que las examinaremos en conjunto a continuación-, y, al DFL. N° 1 de 2001, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

## 1.- SUJETOS AMPARADOS POR LA NORMATIVA

De las modificaciones introducidas a las leyes N°s. 18.834 y 18.883, Estatuto Administrativo y Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, aparece de manera obvia que los empleados que se rigen por dichos textos se encuentran amparados por la nueva normativa. Sin embargo, existen otros servidores de la Administración cuyo vínculo estatutario con ella no se sujeta directamente a tales cuerpos legales. A continuación analizaremos, someramente, la situación de éstos.

**Funcionarios regidos por Estatutos Especiales de aquellos regulados por el artículo 162 del Estatuto Administrativo:** de acuerdo con el inciso segundo de este artículo, los funcionarios mencionados en esta norma están afectos al Estatuto Administrativo en aquellos aspectos o materias no regulados por sus estatutos especiales, cual sería el caso de la protección al denunciante.

Los funcionarios que menciona tal precepto son: los académicos de las Instituciones de Educación Superior, el personal afecto a la ley N° 15.076 (Estatuto para Profesionales Funcionarios), el per-

sonal del Servicio Exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores. Asimismo, el personal de la planta de Secretaría y Administración General del Ministerio de Relaciones Exteriores y de los Servicios Públicos sometidos a la dependencia del Presidente de la República, a través de este Ministerio, cuando cumplan funciones en el extranjero; el personal de la planta de oficiales y vigilantes penitenciarios de Gendarmería de Chile; el personal que cumpla funciones fiscalizadoras en la Fiscalía Nacional Económica, el Servicio Nacional de Aduanas, el Servicio de Impuestos Internos, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, la Superintendencia de Valores y Seguros, la Superintendencia de Seguridad Social, la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones y la Dirección del Trabajo, y el personal que desempeña actividades directamente vinculadas a la actividad televisiva en la Corporación de Televisión de la Universidad de Chile.

**Funcionarios regidos por la Ley N° 19.378, Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal:** al respecto es menester recordar que el artículo 4 de dicho texto legal se remite al estatuto administrativo municipal como norma supletoria, por lo cual los funcionarios de la salud municipalizada se encuentran obligados a denunciar y protegidos en los mismos términos que un funcionario municipal propiamente tal.

**Empleados regidos por el Código del Trabajo:** dado que el Código del Trabajo no se modificó en orden a incorporar normas de protección como las que nos ocupan, los servidores regidos por tal cuerpo normativo mantienen la situación de desamparo previa a la dictación de la Ley N° 20.205<sup>9</sup>.

Ello queda de manifiesto en los dictámenes N°s. 30.758, de 2008 y 40.212, de 2009, al señalar que la normativa en comento con-

---

<sup>9</sup> .- En este sentido, resulta relevante recordar la intervención de la Ministro Secretaria General de la Presidencia, Sra. Veloso, en el Senado. Legislatura 354, Sesión 90. Fecha 07 de marzo, 2007. Discusión en general. Pág. 89, al señalar que “ha habido propuestas para extender esta normativa a trabajadores del sector público que se rigen por el Código del Trabajo, como los de CODELCO y de otras empresas del Estado. También se formularon proposiciones en la Cámara de Diputados para ampliar esta obligación derechamente a quienes laboran en el sector privado. Sin perjuicio de que estamos abiertos a discutir esas enmiendas legales en otra iniciativa, debemos tener presente que tales sugerencias atentarían contra la idea matriz del proyecto, la cual busca proteger específicamente a los funcionarios que denuncian y que están adscritos a la Administración del Estado. Por ello, debe revisarse si todas las situaciones que planteó el Senador señor Núñez podrían ser incluidas en esta iniciativa, puesto que ésta restringe su alcance a los funcionarios del Estatuto Administrativo y del Estatuto Administrativo Municipal”.

sagra la referida protección en favor de los servidores públicos cuya función se encuentre regulada por los aludidos estatutos laborales, esto es, tanto por la ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, como por la ley N° 18.883, sobre Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, circunstancia que no acontece en el caso en estudio, ya que el denunciante se desempeñó bajo un vínculo de subordinación y dependencia regulado por el Código del Trabajo.

Similar es el caso de los **docentes**, dado que su estatuto -la Ley N° 19.070- no contempla normas al efecto y, como se indicó, el Código del Trabajo -que se aplica supletoriamente, conforme lo establece en su artículo 71-, tampoco lo hace.

**Funcionarios Regidos por el DFL. N° 2, de 1968, Estatuto del Personal de Carabineros de Chile:** en el dictamen N° 58.422, de 2008, se dejó establecido que no se encuentra amparado por la ley N° 20.205 al referirse a un funcionario policial que denunció una eventual malversación de caudales públicos, por cuanto las medidas de protección fueron establecidas en favor de los empleados públicos cuya función es regulada por el aludido cuerpo estatutario (Ley N° 18.834), entre los cuales, por cierto, no se encuentran los servidores de Carabineros de Chile.

**Contratados a honorarios:** al respecto la jurisprudencia administrativa contenida en los dictámenes N°s. 59230, de 2007; 2.466 y 30.758, estos últimos de 2008, ha señalado que los beneficios que se incorporaron a los referidos cuerpos legales por la citada ley N° 20.205, fueron establecidos en favor de los servidores públicos cuya función es regulada por los aludidos cuerpos estatutarios.

Luego, recuerda que de conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 11 de la ley N° 18.834, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado ha sido fijado por el DFL. N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, las personas contratadas a honorarios se registrarán por las reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán aplicables las disposiciones de dicho cuerpo legal.

Añade que, en relación con la indicada disposición legal, la reiterada jurisprudencia administrativa de esta Entidad de Control, ha señalado, entre otros, en sus dictámenes N°s. 47.066, de 2000 y 38.989, de 2002, que las personas que prestan servicios a la Administración sobre la base de honorarios, no poseen la calidad de funcionarios y tienen como única norma reguladora de sus relaciones con

ella el propio convenio, careciendo de los derechos de que gozan los empleados públicos.

De conformidad con lo expresado, las personas contratadas a honorarios no tienen los derechos establecidos en el artículo 90 A de la citada ley N° 18.834 agregado por la aludida ley N° 20.205, toda vez que aquéllos han sido establecidos exclusivamente en favor de los funcionarios públicos.

De este modo, concluye, quien presta servicios sobre la base de honorarios y, por ende, no posee la calidad de funcionario, no goza de los beneficios en estudio.

**Ex funcionarios:** en el dictamen N° 50.423, de 2008, la Contraloría General de la República expresó que los beneficios que se incorporan son para los funcionarios públicos, de modo que no alcanzan a quienes, habiendo sido empleados de la Administración, han cesado en funciones en virtud de una causal legal.

Lo anterior resulta de toda lógica si, como se verá, los beneficios que se conceden dicen relación con la estabilidad en el cargo y el evitar represalias u hostigamientos en el ejercicio del mismo, por lo que, en nuestra opinión y bajo esta perspectiva, carecen de fundamento tratándose de quienes han dejado de pertenecer a la Administración.

Ahora bien, como puede advertirse de la somera enumeración efectuada, existe una serie de servidores de la Administración que no se encuentran amparados por la normativa en examen, lo que evidencia que, aun cuando una de sus ideas matrices fue la de otorgarles protección en términos generales a todos los empleados de la administración, por la técnica legislativa empleada, en orden a modificar sólo algunos de los textos estatutarios en vigor, ello no se consiguió.

“Lo más grave es que no se encuentran incorporados otros funcionarios. No lo están los de las Fuerzas Armadas, los de los órganos autónomos del Estado (Banco Central, Tribunal Constitucional, Ministerio Público), ni los de las empresas públicas, que se rigen por el Código del Trabajo. En mi opinión es absurdo que no estén protegidos debidamente los trabajadores de CODELCO, de ENAMI o de ENAP, por el hecho de no estar afectos al Estatuto Administrativo.

Si realmente queremos que el proyecto proteja a los trabajadores o funcionarios que denuncien hechos delictivos que puedan estar-se produciendo en las entidades donde laboran, deberíamos hacerlo



omnicomprensivo al conjunto de la Administración Pública y no sólo a un sector”<sup>10</sup>.

“¿A título de qué se circunscribe la posibilidad de denuncia de irregularidades a sólo un ámbito del Estado? En verdad si se desea perseguir con celo todo lo que implica vulnerar el principio de probidad, esto debe extenderse necesariamente a cada uno de los servidores públicos, sin excepción. Por lo tanto, la única forma de que el proyecto no sea discriminatorio respecto del otorgamiento de un derecho es que alcance la amplitud que señalo”<sup>11</sup>.

Los particulares, como eventuales denunciantes, también han quedado excluidos del amparo de esta legislación, aun cuando la Convención Interamericana Contra la corrupción recomienda que sean incorporados a los regímenes de protección si actúan en tal calidad.

## 2.- OBLIGACIÓN DE DENUNCIAR

Si bien esta obligación ya estaba contemplada en el ordenamiento estatutario, los artículos 61 letra k) y 58, letra k), de las leyes N°s. 18.834 y 18.883, tenían una redacción más restringida, toda vez que el deber de denunciar estaba referido sólo a los crímenes o simples delitos y hechos de carácter irregular de los que se hubiera tomado conocimiento en el ejercicio del cargo.

Como reflejo de esta interpretación restrictiva, podemos citar el dictamen N° 17.932, de 2000, de la Contraloría General de la República, que en lo pertinente expresó que “de la normativa citada se desprende que los servidores públicos se encuentran obligados a denunciar a la justicia ordinaria la comisión de crímenes o simples delitos de que tomen conocimiento en el ejercicio de sus funciones.

Enseguida, es dable tener en consideración que si bien la competencia de un fiscal instructor no se encuentra circunscrita a lo dispuesto en la resolución que ordena el proceso administrativo, la obligación que le asiste de denunciar a la justicia ordinaria los eventuales crímenes o simples delitos, debe entenderse limitada a aquellos hechos en que les ha cabido participación a funcionarios públicos,

---

<sup>10</sup> .- Historia de la Ley N° 20.205. Discusión en Sala. Senado. Legislatura 354, Sesión 90. Intervención del Sr. Núñez. Págs. 85 y 86.

<sup>11</sup> .- Historia de la Ley N° 20.205. Discusión en Sala. Senado. Legislatura 354, Sesión 90. Intervención del Sr. Ávila. Pág. 93.

salvo, por cierto, que se trate de actos que importen un perjuicio al patrimonio estatal, ya que, en estos casos, se deberá dar siempre cumplimiento a tal obligación.

En este sentido, cabe hacer presente que el hecho a que se refiere la consulta tipificaría un delito de secuestro cometido por personas que no poseen la calidad de funcionarios, sin que el mismo haya implicado un daño al patrimonio público, por lo que no existiría la obligación de denuncia antes referida.

Por ello, esta Contraloría estima que, en la especie, no corresponde que el fiscal instructor de que se trata denuncie a la justicia ordinaria el supuesto delito de “secuestro” que habrían cometido terceros en contra del personal municipal, más aún si se tiene presente que los propios afectados ya formularon al respectivo juzgado una denuncia sobre este hecho”.

Por su parte, la normativa actualmente en vigor, ordena al funcionario público denunciar, ante el Ministerio Público o ante la policía (Carabineros o Investigaciones) si no hubiere fiscalía en el lugar donde éste presta servicios, todo hecho que pueda constituir un crimen o simple delito, sin importar la circunstancia en que se tome conocimiento de dicha situación –si lo es o no en el ejercicio del cargo-, y el tipo de acto delictivo de que se trate, vale decir, si es o no un delito ministerial.

Ahora bien, respecto a los hechos de carácter irregular y principalmente las faltas al principio de probidad es necesario formular una distinción entre las leyes N°s 18.834 y 18.883.

Los servidores afectos al Estatuto Administrativo que tomen conocimiento de estas situaciones deben presentar una denuncia ante la **autoridad competente**, entendiéndose por tal cualquiera que esté investida de las prerrogativas necesarias para investigar o sancionar los hechos de que se trate.

Ello queda de manifiesto en la Historia Legislativa, por cuanto se incorporó una indicación, cuyo debate “tuvo como principal objetivo asegurar la protección del denunciante, en términos de que ‘la autoridad competente’ no sea solamente la que figura en el texto del proyecto (lo que puede entenderse circunscrita a la autoridad del servicio en que se desempeña el funcionario) sino, a otras del orden administrativo, policial o el ministerio público”<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> .- Historia de la Ley N° 20.205. Segundo Informe Comisión de Gobierno. Senado.

En efecto, el éxito de la iniciativa supone una excepción al orden jerárquico para formalizar o canalizar las denuncias, peticiones y reclamos, ya que de acuerdo a la legislación que rige a la Administración del Estado, el funcionario público debe hacerlo ante su superior y así sucesivamente hasta llegar a la autoridad máxima del servicio. Debido a que en muchos casos el responsable del acto corrupto puede ser precisamente un superior o haber obrado con conocimiento de éste, sería conveniente abrir la posibilidad de denunciar directamente las irregularidades a la Contraloría General de la República o a los Tribunales de Justicia, sin incurrir en alguna infracción al cumplimiento de sus deberes<sup>13</sup>.

En el proceso administrativo es el jefe del servicio el que dispone la investigación y el fiscal instructor, lo que puede restar imparcialidad y objetividad<sup>14</sup>.

En este contexto, cabe señalar que la Contraloría General de la República, constituye una autoridad competente en los términos de la letra k) del artículo 61 de la ley N° 18.834, considerando que, además, conforme los artículos 98 de la Constitución Política y 1° y 6° de la ley N° 10.336, posee atribuciones para ejercer el control de legalidad de los actos de la administración e informar sobre asuntos que se relacionen con el estatuto administrativo (en su sentido institucional, comprensivo de diversas disposiciones que regulan la relación de los organismos de la Administración con sus empleados) y con el funcionamiento de los servicios públicos sometidos a su fiscalización.

En este contexto, cabe anotar que mediante dictamen N° 20.471, de 2009, la Contraloría General de la República afirmó su calidad de “autoridad competente” en lo relativo a las denuncias por uso indebido de vehículos fiscales -cuya investigación y sanción, de acuerdo a lo establecido en el decreto Ley N° 799, de 1974, corresponde a una materia de su competencia exclusiva-, al señalar que “la declaración prestada por el interesado no cumple con las exigencias legales antes anotadas, toda vez, que no fue interpuesta ante la autoridad competente, esto es, la Contraloría General, atendido lo cual, el aludido funcionario no se encuentra amparado por los derechos que estatuye la normativa en estudio y, por ende, la destinación que se dispuso a

---

Legislatura 355, Sesión 18. Pág. 103.

<sup>13</sup> .- “Bases Para un proyecto de ley sobre protección al denunciante e incentivo a la denuncia de corrupción”. Ob. Cit. Pág. 153.

<sup>14</sup> .- Ibidem.

su respecto no requería contar con su autorización por escrito ni materializarse después de haberse terminado el proceso sumarial que se hubiere incoado a partir de la misma”.

Por otra parte, el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales prescribe que en caso de tomar conocimiento de estos hechos, lo que corresponde es denunciarlos ante el alcalde como máxima autoridad dentro de la municipalidad.

“Me llama la atención en el proyecto el que en los municipios vaya a haber la posibilidad de denunciar ante el alcalde los hechos de carácter anormal de que un empleado tome conocimiento en el ejercicio de su cargo. En verdad, la experiencia nos indica que muchas de las irregularidades en el ámbito municipal, por lo general, cuentan con algún grado de involucramiento del alcalde, con el conocimiento de éste o bien con el amparo que esta autoridad edilicia realiza en la práctica en relación con funcionarios de su confianza”<sup>15</sup>.

La pregunta obvia sería entonces ¿Qué pasa cuando el alcalde presuntamente ha tenido participación en el hecho que se pretende denunciar?

Aparece entonces una nueva interrogante: en tal caso el funcionario municipal ¿queda amparado por las normas de protección al denunciante? Claramente no, puesto que la denuncia no se formuló conforme a los preceptos de la ley N° 20.205, ante la única autoridad competente en el ámbito municipal: el Alcalde.

Por cierto que si se atiende a las regulaciones generales, en caso de crímenes y simples delitos subsiste la obligación de presentar una denuncia a la justicia y tratándose de faltas administrativas –conforme lo dispuesto en el artículo 60 letra c) de la ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades-, se pueden poner a disposición del concejo los antecedentes del caso, para que si éste lo estima pertinente, los remita al respectivo Tribunal Electoral Regional, que será quien en definitiva determine si existió o no una contravención grave a las normas sobre probidad administrativa o un notable abandono de sus deberes.

---

<sup>15</sup> Historia de la Ley N° 20.205. Discusión en Sala. Senado. Legislatura 354, Sesión 90. Intervención del Sr. Ávila. Pág. 94.

No se requiere un análisis muy profundo para darse cuenta de que un funcionario se va a inhibir de actuar si la autoridad competente se encuentra involucrada o es sospechosa de faltar a la probidad<sup>16</sup>.

### 3.- BENEFICIOS QUE SE ORIGINAN EN LA DENUNCIA

Esta materia se encuentra regulada en los artículos 90 A y 90B de la ley N° 18.834 y 88 A y 88 B de la ley N° 18.883, según el ámbito de aplicación de cada texto normativo, explicado anteriormente.

En primer término, cabe puntualizar que en el caso del Estatuto Administrativo, atendido el amplio alcance de la expresión “autoridad competente”, el legislador estimó oportuno establecer que aceptada la denuncia por dicha autoridad, la formulación de ella ante otras autoridades no dará origen a la protección que establece el artículo. El objetivo de ello es evitar que se formule reiteradamente y ante diversas autoridades, la misma denuncia, evitando así los eventuales abusos que se podrían cometer. Esta norma no está contemplada para los funcionarios municipales, dado que en su caso, y tal como indicáramos, la denuncia debe formularse sólo ante el alcalde.

Luego, en lo relativo a la duración de la protección, es menester anotar que en el caso de los funcionarios públicos la protección se inicia desde el momento en que la autoridad competente recibe la denuncia y se prolonga hasta que se resuelva definitivamente tenerla por no presentada o, en su caso, hasta noventa días después de haber terminado la investigación sumaria o sumario, incoados a partir de esa denuncia.

Por su parte, respecto de los funcionarios municipales la protección se inicia desde la fecha en que el alcalde tiene por presentada la denuncia y hasta noventa días después de haber terminado la investigación sumaria o sumario, incoados a partir de la citada denuncia.

De lo anteriormente expuesto resulta evidente la existencia de un vacío, o más bien de una desprotección, cuando el alcalde desestima la denuncia y no inicia ningún tipo de procedimiento administrativo sancionador o los funcionarios municipales denuncian directamente ante la Contraloría General de la República.

---

<sup>16</sup>.- Historia de la Ley N° 20.205. Discusión en Sala. Senado. Legislatura 354, Sesión 90. Intervención del Sr. Pérez Varela. Pág. 62.

Efectuadas las precisiones anteriores, nos referiremos someramente a cada uno de los derechos que, conforme a la normativa en análisis, surgen para el denunciante.

**No podrán ser objeto de medidas disciplinarias de suspensión del empleo o de destitución:** este derecho viene a constituir una especie de “fuero” para el funcionario denunciante.

Cabe anotar que el dictamen N° 61.457, de 2008, de la Contraloría General de la República, sostuvo que el precepto legal en análisis sólo alude a medidas disciplinarias, vale decir, a aquellos actos administrativos que tienen por objeto sancionar o castigar al funcionario que ha incurrido en responsabilidad administrativa, naturaleza jurídica que no tiene la medida preventiva de suspensión que se enmarca dentro de las facultades que la ley otorga al fiscal instructor durante la substanciación de un sumario, cuyo propósito es asegurar el éxito de la investigación, por lo que ella resulta plenamente aplicable respecto de un denunciante.

Aquí se evidencia otra falencia de la legislación, ya que, al margen de que los cuerpos estatutarios contemplan plazos breves para la tramitación de los procesos disciplinarios, en la práctica, éstos se exceden considerablemente, por lo que la medida preventiva de suspensión puede utilizarse como un mecanismo de hostigamiento para el denunciante. Tal vez podría analizarse la factibilidad de limitarla por un cierto período.

Mediante dictámenes N°s. 48.805 y 48.826, ambos de 2009, se expresó que la ley N° 20.205 no contempla, dentro de los beneficios de protección a los funcionarios que denuncian, la prórroga de una contrata, por lo que el “fuero” en examen sólo resulta útil como medida de protección respecto de empleados de planta y, por ende, su desincentivo a quienes no tienen tal calidad jurídica.

En similar situación de desprotección se encuentran los empleados de exclusiva confianza, según da cuenta el dictamen N° 24.355, de 2009, de la Contraloría General de la República, al manifestar que cuando el legislador consagró en forma expresa el derecho a no ser objeto de las medidas disciplinarias de suspensión del empleo o de destitución, estableció únicamente la prohibición de aplicar las señaladas sanciones, como consecuencia de los correspondientes procesos destinados a hacer efectiva la responsabilidad administrativa de los funcionarios denunciantes, sin que ello impida que operen las demás causales legales de cesación de funciones.

Conforme a lo anterior, la petición de renuncia a quien ejerce un cargo de exclusiva confianza, realizada por la autoridad respectiva, constituye el ejercicio de una atribución privativa que puede ser legalmente ejercida, sin sujeción a ninguna restricción derivada de denuncias efectuadas al amparo de la indicada ley N° 20.205, puesto que dicho cuerpo normativo no ha contemplado ninguna protección expresa al respecto.

**No ser trasladados de localidad o de la función que desempeñaren, sin su autorización por escrito, por todo el tiempo a que se refiere la letra a):** de este modo el legislador persigue asegurar la estabilidad en el puesto que desempeña el denunciante, dejándole abierta la posibilidad de determinar libremente, por escrito, si desea alterar su situación laboral. La exigencia de la manifestación de voluntad por escrito, es una salvaguarda para evitar eventuales abusos de parte de la autoridad.

Al respecto, la jurisprudencia administrativa, en su dictamen N° 40.293, de 2009, expresó, respecto del cambio de unidad de un auxiliar de un Servicio de Salud, que no procede aplicar dicha disposición, puesto que la destinación impugnada no constituyó un traslado de localidad ni un cambio en las funciones inherentes al cargo de la planta de auxiliares que desempeña el peticionario, tratándose sólo de una reubicación en otra unidad del mismo hospital, en la cual seguirá prestando idénticas funciones a las que efectuaba antes de la destinación.

**No ser objeto de precalificación anual, si el denunciado fuese su superior jerárquico, durante el lapso de protección que contempla la ley, salvo que expresamente la solicitare el denunciante. Si no lo hiciere, regirá su última calificación para todos los efectos legales:** de este modo se persigue evitar que por el hecho de la denuncia se intente perjudicar al funcionario afectándole de manera significativa y arbitraria sus calificaciones.

**Solicitar que la identidad del denunciante o los datos que permitan determinarla sean secretos, así como la información, antecedentes y documentos que entregue o indique con ocasión de la denuncia:** en este caso, la ley prohíbe divulgar la información, contemplando que la violación de esta obligación da lugar a responsabilidad administrativa.

La jurisprudencia administrativa ha requerido que esta petición se efectúe de manera expresa, al indicar en su dictamen N° 46.701,

de 2009, que “ese derecho debe ser solicitado explícitamente por el denunciante”.

La protección de la que habla la ley no debe entenderse en términos tan amplios, sino restringida **a terceros ajenos al proceso**, ya que se trata de medidas excepcionales que afectan la regla y principio general de publicidad. Frente a este principio fundamental propio del debido proceso no cabe sino hacer una interpretación restrictiva que suponga dejar a salvo el eficaz derecho de defensa<sup>17</sup>.

¿Quiénes son los terceros ajenos al proceso?, el denunciado no puede estimarse como un tercero a la situación jurídica que se origina con la denuncia, puesto que es parte de la misma. Además, las otras medidas de protección que implican una inacción por parte de la autoridad de algunas de sus potestades, demandan que ésta conozca que un determinado empleado se encuentra bajo el amparo de la denuncia, precisamente para que esa protección se haga efectiva.

El derecho a defensa supone la existencia y exigencia de ciertas garantías mínimas que se resumen en publicidad, contradicción e igualdad de armas, dentro del marco del debido proceso. El total anonimato de los testigos, incluso para la defensa, constituye una abierta contradicción con esta exigencia mínima<sup>18</sup>.

En este contexto, resulta relevante recordar el voto disidente del Ministro del Tribunal Constitucional, don Mario Fernández Baeza (Rol 799-07), quien sostuvo que “9. La norma de la especie, por último, vulnera el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución: Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, **sólo una ley de quórum calificado** podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare al debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”. En ambos textos legales de autos, el Estatuto Administrativo y el Estatuto Administrativo de los Funcionarios Municipales, se incluye la misma norma respecto a la denuncia (...) “En ella (la denuncia) podrá solicitarse que sean secretos, respecto de terceros, la identidad del denunciante o los datos que permitan determinarla, así como la

---

<sup>17</sup> .- VIAL REYNAL, Paula. “Sin contradicción no hay defensa. Sin defensa no hay justicia”. Informativo Jurídico Editorial Jurídica de Chile. N° 35, septiembre de 2003. Págs. 7-8.

<sup>18</sup> .- Ibidem.



información, antecedentes y documentos que entregue o indique con ocasión de la denuncia” (...) Siendo ambos textos leyes comunes, sin perjuicio del quórum con el que fueron aprobadas las agregaciones referidas, se está ante una clara colisión con el texto constitucional, junto con la concesión desmedida de otro derecho o privilegio al denunciante al otorgársele un efecto directo de la envergadura señalada a la sola presentación de la denuncia en los términos indicados.

En efecto, la ley N° 20.205 no se encuentra bajo la aplicación de la disposición primera transitoria de la ley N° 20.285, por cuanto ésta dispone que “De conformidad a la disposición cuarta transitoria de la Constitución Política, se entenderá que cumplen con la exigencia de quórum calificado, los preceptos legales actualmente vigentes y dictados con anterioridad a la promulgación de la Ley N° 20.050, que establecen secreto o reserva respecto de determinados actos o documentos, por las causales que señala el artículo 8° de la Constitución Política”.

Ello, por cuanto la ley N° 20.205 –publicada en el Diario Oficial del 24 de julio de 2007–, no estaba vigente antes de la promulgación de la ley de Reforma Constitucional N° 20.050, acaecida el 18 de agosto de 2005.

Sin embargo, aunque puede estimarse dudosa la aplicación de la reserva en este caso, entendemos que, atendidos los amplios términos de las causales previstas en los numerales 1 y 2 del artículo 21<sup>19</sup> de la ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado, ella se ajusta al artículo 8° de la Constitución Política, del cual deriva dicha legislación.

---

<sup>19</sup> Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:

1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:

a) Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.

b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas.

c) Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.

2. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.

#### 4.- VIGENCIA

En la discusión parlamentaria se dejó establecido que “el proyecto regirá a futuro, como toda ley. Por tanto, debiera referirse no sólo a denuncias que se hagan de ahora en adelante, sino también a los hechos que den origen a tales denuncias. Porque la ley al no tener efecto retroactivo, no sólo cubre el hecho de que no se pudieran amparar en ella denuncias hechas en el pasado, lo que es lógico, sino que tampoco debieran ampararse en esta legislación denuncias que se hagan con posterioridad a su promulgación, pero que se refieran a hechos pasados. Es decir, las denuncias sobre probidad deben referirse a hechos ocurridos con posterioridad a esta etapa de la ley”<sup>20</sup>.

En relación con este aspecto, la Contraloría General de la República, en su dictamen N° 47.068, de 2008, precisó que la legislación en examen no tiene efecto retroactivo, al señalar que “el recurrente no está amparado por los derechos contemplados por la disposición estatutaria invocada, toda vez que la querella presentada por el servidor invocando la protección del citado artículo 90 A, fue interpuesta con fecha 30 de enero de 2007, y la citada norma en estudio entró en vigencia con posterioridad, esto es, el 24 de julio de 2007, sin que la mencionada ley N° 20.205, contemplara la aplicación retroactiva de aquélla, por lo que no procede que el interesado goce del beneficio que reclama, esto es, a no ser calificado”.

Además, la jurisprudencia administrativa se ha pronunciado –con un criterio diverso del consignado en la historia de la ley al que hemos hecho referencia–, respecto a denuncias efectuadas con posterioridad a la entrada en vigor de la ley, relativas a hechos acaecidos con anterioridad, en su dictamen N° 61.457, de 2008, haciendo alusión a que “las normas de Derecho Público -carácter que revisten las leyes administrativas y por ende la normativa que la ley N° 20.205 ha incorporado al Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales-, rigen ‘in actum’, debiendo, por consiguiente, aplicarse a todas las situaciones que se presentaren, sin que se extiendan a aquellas que, a la data de su vigencia, estaban consolidadas y que se regularon, en su oportunidad, por la normativa existente a la sazón.

---

<sup>20</sup> Historia de la Ley N° 20.205. Discusión en Sala. Cámara de Diputados. Legislatura 355, Sesión 30. Intervención del Sr. Viera Gallo (Ministro Secretario General de la Presidencia). Pág. 127.

De este modo, a las denuncias de la especie, formuladas con posterioridad al 24 de julio de 2007, data de entrada en vigor de las modificaciones a la ley N° 18.883, les son plenamente aplicables tales normas de protección, aunque se refieran a hechos acaecidos con anterioridad a dicha fecha, teniendo en consideración, además, que las aludidas acciones se habrían efectuado con la debida prontitud, tal como exige la obligación de denunciar”.

El mismo pronunciamiento analiza si la protección prevista en la letra a) del artículo 88 A del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales -relativa al derecho a no ser objeto de medidas disciplinarias de suspensión del empleo o de destitución desde la fecha en que el alcalde tenga por presentada la denuncia y hasta noventa días después de haber terminado la investigación sumaria o sumario, incoados a partir de la citada denuncia-, alcanza o afecta a los sumarios en tramitación a la data de presentación de la correspondiente denuncia, consignando que “si bien la norma no precisa el aspecto cuestionado, de su tenor es posible inferir que la protección que concede se encuentra establecida en directa relación con la denuncia presentada y con el procedimiento disciplinario a que ésta dé lugar, lo que permite entender que no afecta a sumarios administrativos que se encuentren en tramitación a la fecha de la denuncia de que se trate”.

Añade que “un criterio distinto implicaría que dicha norma protectora altere situaciones jurídicas ya configuradas con anterioridad a la denuncia, cual es, una investigación sumaria o sumario administrativo ordenado incoar en una fecha en que el funcionario aún no había efectuado denuncia alguna que hiciera procedente a su respecto el amparo otorgado por dicho beneficio, originándose en este caso un derecho que no dice relación con la denuncia efectuada, fundamento esencial para que tenga lugar este excepcional derecho estatutario”.

En el mismo orden de ideas argumenta que “se provocaría la existencia de situaciones que vulneran el bien jurídico que precisamente se pretende proteger con el aludido derecho, esto es, el principio de probidad administrativa, contrariándose la finalidad de la ley, ya que los funcionarios afectados por una inminente medida disciplinaria de suspensión del empleo o de destitución, podrían, por la vía de formular denuncias, dilatar la aplicación de la sanción que corresponda al mérito del proceso administrativo anterior respectivo, lo que podría, además, conllevar la prescripción de la acción disciplinaria en virtud del artículo 155, inciso segundo, de la ley N° 18.883”.

Añade que “corroborar lo anterior la historia fidedigna del establecimiento de la ley N° 20.205, de la que es posible colegir que la finalidad de la normativa en comento fue dar protección a los funcionarios públicos que -de buena fe- denuncien hechos de corrupción cometidos por agentes de la Administración del Estado, evitando que sean objeto de futuras represalias, o cualquier otra medida de presión que intente inhibirlos de realizar dichas denuncias”.

“En este sentido, en esa tramitación se expresó la necesidad que la normativa de la especie no fuera utilizada por los funcionarios como una forma de evitar las medidas que a su respecto procedieran y se recurra a la formulación de denuncias para evitar ser objeto de sanciones por el incumplimiento de las tareas funcionarias (Legislatura N° 354, Sesión N° 113, de 3 de enero de 2007, de la Cámara de Diputados)”.

“En este contexto, lo anterior conduciría necesariamente a que este derecho se desnaturalice, transformándose en los hechos en una nueva instancia dentro de los procedimientos disciplinarios, que beneficiaría a servidores que se han hecho acreedores por su desempeño a una sanción administrativa grave”.

Por todo lo anterior, concluye señalando “que no corresponde conceder la protección contemplada en la letra a) del artículo 88 A de la ley N° 18.883, respecto de procesos sumariales en tramitación a la fecha de la formulación de la respectiva denuncia, como acontece en la especie”, lo que fuera ratificado, posteriormente, mediante dictamen N° 5.879, de 2009.

## 5.- REQUISITOS DE LA DENUNCIA

Toda denuncia que se presente deberá cumplir con los siguientes requisitos:

Identificación y domicilio del denunciante;

Narración circunstanciada<sup>21</sup> de los hechos;

Individualización de quienes hubieren incurrido en los hechos denunciados y de las personas que los hayan presenciado o que tuvieren noticias de ellos, en cuanto le constare al denunciante; y,

---

<sup>21</sup> .- Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia: que se refiere o explica circunstanciadamente, esto es “Con toda menudencia, sin omitir ninguna circunstancia o particularidad”.

Acompañar los antecedentes y documentos que le sirvan de fundamento, cuando ello sea posible;

Debe ser fundada, apoyándose en motivos y razones eficaces en cuya virtud los hechos tienen el carácter de irregulares o faltas al principio de probidad, tal como se precisó por la Contraloría General de la República en su dictamen N° 61.457, de 2008, al ratificar que no se debe acoger una denuncia que “se limita a informar que se ha efectuado una denuncia penal, sin precisar ante qué entidad, aludiendo en términos imprecisos y vagos a graves hechos producidos en la unidad municipal en que se desempeña y a circunstancias irregulares que habría verificado personalmente, incumpliendo así dos de los requisitos exigibles por imperativo expreso del artículo 88 B (de la ley N° 18.883); uno, el de contener una narración circunstanciada de los hechos denunciados, y el otro, la de ser una denuncia fundada, exigencia esta última que debe entenderse en orden a que es obligatorio apoyar la denuncia con motivos y razones eficaces en cuya virtud los hechos referidos tienen el carácter de irregulares o constituyen faltas a la probidad”.

Debe presentarse por escrito y con la firma del denunciante, o si no pudiere firmar, lo hará un tercero a su ruego.

Cualquier denuncia que no cumpla con estos requisitos, se tendrá por no presentada, con el objeto de asegurar la seriedad de las imputaciones y así evitar denuncias irresponsables o de mala fe.

El correlato de la denuncia es demasiado oneroso. Se exigen casi todos los requisitos de una querrela, en circunstancias que deseamos facilitarla, lo que ya se cumple con que tiene que ser verdadera, con que será sancionado el causante si la denuncia es falsa o si se quiere perjudicar a alguien<sup>22</sup>.

## 6.- SANCIONES

Tanto en el mensaje del proyecto de ley como durante su tramitación en el Congreso Nacional, se ha establecido que su sentido era proteger solamente al denunciante de buena fe, esto es, al que efectivamente pretende dar a conocer hechos delictivos, irregulares

---

<sup>22</sup> Historia de la Ley N° 20.205. Discusión en Sala. Cámara de Diputados. Legislatura 354, Sesión 113. Intervención de la Sra. Soto. Pág. 58.

o, específicamente, infracciones al principio de probidad fundándose en elementos plausibles.

En ese contexto se establecieron sanciones destinadas a evitar que se utilice el mecanismo de protección al denunciante con objetivos diversos que los perseguidos, lo que podría acarrear posibles abusos.

Lo anterior para guardar el equilibrio entre la promoción de la denuncia y el castigo a su empleo abusivo<sup>23</sup>.

En primer término, se modificaron los estatutos (artículo 125 d) de la ley N° 18.834 y artículo 123 e) de la ley N° 18.883) en el sentido que se considerará como causal específica de destitución de un funcionario el que éste efectúe denuncias, sin fundamento y respecto de las cuales se constatare su falsedad o el ánimo deliberado de perjudicar al denunciado.

Siguiendo la misma línea, se introdujo un nuevo numeral al artículo 62 de la ley N° 18.575, en virtud del cual se considera que contraviene especialmente el principio de probidad: efectuar denuncias de irregularidades o de faltas al principio de probidad de las que haya afirmado tener conocimiento, sin fundamento y respecto de las cuales se constatare su falsedad o el ánimo deliberado de perjudicar al denunciado.

A este respecto el Tribunal Constitucional, en su sentencia Rol N° 799-07, considerando décimo, previno que “la indeterminación del requisito referido a la falta de fundamento de la denuncia, en el nuevo numeral 9 que se agrega al artículo 62 de la Ley N° 18.575, hace necesario aceptar la constitucionalidad de esa norma en el entendido que la autoridad llamada a determinar si se ha contravenido especialmente el principio de probidad administrativa y a aplicar la sanción correspondiente debe justificar, explícitamente, en la resolución que la impone, la falta de fundamento que se imputa a la denuncia aludiendo a los antecedentes que las leyes pertinentes han establecido como requisitos para presentarla, particularmente el artículo 90 B.-, que se incorpora a la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, y el artículo 88 B.-, que se añade a la Ley N° 18.883, que aprueba el Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales”.

---

<sup>23</sup> “Bases Para un proyecto de ley sobre protección al denunciante e incentivo a la denuncia de corrupción”. Ob. Cit. Pág. 153.

## PALABRAS FINALES

En la dictación de la Ley N° 20.205 confluyen impulsos jurídicos derivados de la obligación de dar cumplimiento a los compromisos internacionales (Convención Interamericana contra la corrupción), políticos, por cuanto se insertó en la agenda de probidad, transparencia y modernización del Estado, impulsada por el Gobierno y sociales, como una respuesta a la demanda social frente al impacto que generaron algunos hechos de “corrupción” acaecidos en el país.

Sin embargo, antes de su entrada en vigor, e incluso luego de su análisis surgen una serie de dudas de su real necesidad y utilidad.

En efecto, en este somero examen hemos detectado diversos problemas de aplicación práctica por ambigüedad o incompleta formulación legislativa, estamos en un caso en que “el propio legislador pierde la perspectiva de su obra, ya que dicta normas y más normas sin advertir el alcance inesperado de éstas desde un punto de vista cuantitativo, y sin advertir tampoco los efectos que las nuevas normas producirán sobre las existentes; aunque es cierto que valorar los efectos de una nueva ley, sobrepasa en ocasiones ya la capacidad de imaginación legislativa”<sup>24</sup>.

Así su ejecutabilidad resulta dudosa, si se atiende al restringido ámbito de sujetos amparados, a la exigencia de que se trate de una denuncia fundada –so pena de sanción de destitución-, y al alcance de los derechos que otorga.

Su compatibilidad con la cultura de nuestra administración es también cuestionable, por cuanto, como se ha expuesto, algunos critican el fomento de una cultura de la delación, con perniciosos efectos para el clima organizacional. Además, no garantiza, en la práctica y de manera efectiva, que no se produzcan represalias hacia el denunciante.

Sus preceptos no resultan del todo claros, pues su sentido desde el punto de vista técnico difiere del sentido que inspiró su dictación. En este sentido recordemos que “claridad en las normas significa seguridad jurídica, y sin ésta, difícilmente se entiende cumplido el prin-

---

<sup>24</sup> MONTORO CHINER, María Jesús. “La calidad de las normas ¿Desafío al Estado de Derecho? El test de los proyectos de ley como sistema para mejorar las leyes”. En: Revista Española de Derecho Administrativo N° 48 (1985). Pág., 510.

cipio del Estado de Derecho. Si las leyes no pueden entenderse por sus destinatarios, fracasan los principios democráticos”<sup>25</sup>.

Sólo nos resta añadir que no basta con la existencia de la norma, debe verificarse si ésta se aplica y si en esa aplicación resulta relevante y/o útil a los fines jurídicos que pretende salvaguardar; en caso contrario, deberán arbitrarse las medidas para su modificación a fin de superar sus aspectos deficitarios.

## BIBLIOGRAFÍA

- “Bases para un proyecto de ley sobre protección al denunciante e incentivo a la denuncia de corrupción”. Documento. Revista *Ius Publicum* N° 5 (2000) 145-148. Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás.
- Chile, Decreto N° 1.879, de 1999, del Ministerio de Relaciones Exteriores. Promulga la Convención Interamericana Contra la Corrupción. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 2 de febrero de 1999.
- Chile, Ley N° 20.205. Protege al funcionario que denuncia irregularidades y faltas al principio de probidad. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 24 de julio de 2007.
- Montoro Chiner, María Jesús. “La calidad de las normas ¿Desafío al Estado del Derecho? El test de los proyectos de ley como sistema para mejorar las leyes”. En: Revista Española de Derecho Administrativo N° 48 (1985). Pág. 507-524.
- Rojas Valdebenito, Sonia. “Protección de Testigos y Derecho a Defensa: un conflicto de Intereses”. Informativo Jurídico Editorial Jurídica de Chile. N° 35, septiembre de 2003. Págs. 5-7.
- Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia Rol N° 799-07.
- Vial Reynal, Paula. “Sin contradicción no hay defensa. Sin defensa no hay justicia”. Informativo Jurídico Editorial Jurídica de Chile. N° 35, septiembre de 2003. Págs. 7-8.

---

<sup>25</sup> Ídem. Pág., 524.



## **MODIFICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE PLANIFICACIÓN TERRITORIAL: PROCEDIMIENTOS Y TRÁMITES**

**José Fernández Richard<sup>1\*</sup>**

**RESUMEN:** *El autor examina los procedimientos y trámites que hay que seguir para modificar cada uno de los instrumentos de planificación territorial -a) los planes reguladores; b) los planos seccionales y el plan seccional; y c) la determinación de las zonas de construcción obligatoria y de conservación histórica-, lo que reviste particular importancia dado que la Ley General de Urbanismo y Construcciones y la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones regulan las normas para aprobar estos instrumentos pero no las relativas a su modificación.*

**DESCRIPTORES:** *Derecho Urbanístico - Instrumentos de planificación territorial (enmiendas y modificaciones) - Ley General de Urbanismo y Construcciones - Planes reguladores - Planos seccionales - Planificación territorial - Zonas de conservación histórica - Zonas de construcción obligatoria*

**SUMARIO DE CONTENIDOS:** *I. Generalidades. II. Trámites de las modificaciones de los instrumentos de planificación territorial. II.A. Modificación de un Plan Regulador Intercomunal. II.B. Modificación de un Plan Regulador Comunal. II.C. Enmienda de un Plan Regulador Comunal. II.D. Modificación de un Plano Seccional. II.E. Modificación de un Plan Seccional. II.F.- Modificación de otras for-*

---

<sup>1</sup> \* JOSÉ FERNÁNDEZ RICHARD. Ex abogado Integrante Corte Suprema. Profesor de Derecho Urbanístico de la Universidad de Chile y Derecho Urbanístico, Derecho Municipal y Derecho Administrativo de la Universidad Pedro de Valdivia. Artículo recepcionado el 6 de julio de 2009 y aprobada su publicación el 31 de julio de 2009.

*mas de planificación: Las Zonas de Construcción Obligatoria y las Zonas de Conservación Histórica.*

**ABSTRACT:** *The author examines the procedures that must be followed in modifying each of the land-use planning instruments (a) regulatory plans; (b) sectional maps and the sectional plan; and c) the designation of fixed construction versus historic preservation zones) which is of particular importance given that the Ley General de Urbanismo y Construcciones and the Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones regulate the standards use to approve these instruments but not the rules concerning their amendment.*

**KEY WORDS:** *General act of town planning and construction - Historic preservation zones - Instruments for land-use planning (amendments and modifications) - Territorial planning - Urban law*

**SUMMARY OF CONTENTS:** *I. General Precedents II. Amendments to the land-use planning instruments. II.A. a. Regulatory inter-district plan amendment. II.B. Amendment of a district regulatory plan. II.C. A district regulatory plan amendment. II.D. Amendment of a sectional map. II.E. Amendment of a sectional plan. II.F.-modification of other forms of planning: designated construction and historic preservation zones.*

## GENERALIDADES

Una de las facetas más importantes del Derecho Urbanístico, la constituye la planificación territorial de las áreas urbanas, a través de la cual se establece el sistema de vialidad, las áreas verdes, el uso y destino del suelo, la zonificación, las alturas de los edificios, la fijación de densidades, la determinación de áreas de desarrollo prioritaria, la determinación de áreas de protección ambiental, etc.

Estos instrumentos de planificación territorial, los podemos agrupar por orden de importancia en a) Planes Reguladores, que pueden ser Intercomunales y Comunales, por excepción Metropolitanos; b) Planos Seccionales y Plan Seccional; y c) También cabe considerar como instrumentos de planificación territorial la determinación de zonas de construcción obligatoria y de zonas de conservación histórica.

La Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC), cuyo texto se encuentra contenido en el D.F.L. 458 señala en forma bastante clara en sus arts. 34 a 51 del Capítulo II sobre Planificación Urbana, el procedimiento para aprobar estos instrumentos de planificación territorial, lo que se complementa con las pertinentes normas de la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (OGUC).

No ocurre lo mismo con la modificación de estos instrumentos urbanísticos. Desde luego hay que hacer distinción si se trata de una modificación o una enmienda. A su vez nos encontramos con que ni la LGUC ni su Ordenanza General regulan la modificación de los Planes Reguladores Intercomunales.

En consecuencia, reviste un interés jurídico examinar los procedimientos y trámites que hay que seguir, para modificar cada uno de los instrumentos de planificación territorial, para tener claridad sobre esta materia, lo que expondremos a continuación.

## II. TRÁMITES DE LAS MODIFICACIONES DE LOS INSTRUMENTOS DE PLANIFICACIÓN TERRITORIAL

En esta parte hay que distinguir primero qué instrumento de planificación territorial se va a modificar. A su vez existen otras distinciones más sutiles, pero de gran importancia, que veremos en su oportunidad, como, por ejemplo, distinguir si se trata de una modificación propiamente tal o de una enmienda.

### II.A. MODIFICACIÓN DE UN PLAN REGULADOR INTERCOMUNAL

Ni la LGUC ni la OGUC regulan la modificación de Planes Reguladores Intercomunales. Por lo que debe **aplicarse por analogía el procedimiento de aprobación fijado en el D.F.L. 458 sin eludir ninguno de los trámites allí establecidos**. Es decir, en términos generales, las modificaciones las confecciona la SEREMI del MINVU y las aprueba el Gobierno Regional.<sup>2[1] 3[2] 4[3]</sup>

---

<sup>2</sup> [1] LGUC: Ley General de Urbanismo y Construcciones.

<sup>3</sup> [2] OGUC: Ordenanza General de Urbanismo y Construcción.

<sup>4</sup> [3] SEREMI MINVU: Secretaría Regional del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo.

## II.B. MODIFICACIÓN DE PLAN REGULADOR COMUNAL

De acuerdo al artículo 45 de la LGUC las modificaciones al Plan Regulador Comunal se sujetarán, en lo pertinente, al mismo procedimiento señalado en el inciso primero del artículo 43.

Para una adecuada interpretación de lo allí establecido hay que tener presente que el inciso primero del artículo 43 establece que el procedimiento para la elaboración y aprobación de los planes reguladores comunales se regirá por lo dispuesto en los incisos siguientes.

Es decir, el artículo 45 hace aplicable el inciso primero del artículo 43 y este último a su vez aplica sus siguientes incisos, en conclusión una correcta interpretación se traduce en que para modificar un Plan Regulador Comunal se debe cumplir con todos los requisitos establecidos para su aprobación.

De esa forma lo ha entendido la OGUC, en el penúltimo inciso, de su artículo 2.1.11., ya que establece que las modificaciones a los Planes Reguladores Comunales se sujetarán al mismo procedimiento señalado en el presente artículo.

Sin embargo, la OGUC establece una excepción a dicha regla, que no tiene contrapartida en la ley, y que establece que las modificaciones a los Planes Reguladores Comunales se refieran exclusivamente a la incorporación de inmuebles o zonas de conservación histórica a que se refiere el inciso segundo del artículo 60 de la Ley General de urbanismo y Construcciones o a modificaciones de las normas urbanísticas de estos inmuebles o zonas. El procedimiento de modificación del Plan Regulador Comunal estará exento de someterse a la evaluación de impacto ambiental.

## II.C.- ENMIENDA DE UN PLAN REGULADOR COMUNAL

El inciso segundo del artículo 45 establece un procedimiento distinto para las modificaciones que denomina enmiendas. También están reglamentadas por el artículo 2.1.13. de la OGUC.

Las enmiendas son modificaciones de un Plan Regulador Comunal que inciden en las siguientes materias:

Localización del equipamiento vecinal en los barrios o sectores; y <sup>5[4]</sup>

---

<sup>5</sup> [4] De acuerdo al artículo 2.1.13. de la OGUC, el Concejo podrá redefinir la localización del equipamiento vecinal en los barrios o sectores, para lo cual deberá cambiar los usos de

Vialidad interna, dentro de los nuevos proyectos cuyos trazados no alteren los consultados en el Plano Regulador Comunal o Intercomunal.

Los efectos de la enmienda son que se reducen los trámites a cumplir en relación con una modificación.

De este modo, si se efectúa una enmienda las municipalidades podrán omitir el trámite previsto en la letra c) del inciso primero del artículo 43, y, en tal caso, las publicaciones que dispone la letra d) se entenderán referidas al acuerdo del Consejo de Desarrollo Comunal.

Respecto de los efectos que establece la ley para las enmiendas no cabe más que decir que es muy mala la técnica legislativa empleada porque, primero, establece que se omitirán los trámites de la letra c) y otras cosas de difícil comprensión, en circunstancias de que el artículo 43 no contempla letra c) y, segundo, y como consecuencia de lo anterior, sumando a la redacción engorrosa, no se entiende en definitiva lo que debe omitirse.

Sin embargo, la OGUC reglamenta dicho procedimiento de la siguiente forma:

“Las enmiendas reglamentadas en el presente artículo se sujetarán al procedimiento previsto en los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del artículo 2.1.11. de la presente Ordenanza General.

Cumplidos los trámites anteriores y con la aprobación definitiva del proyecto de enmienda por el Concejo, se dictará el Decreto Alcaldicio respectivo”.

Es decir, en términos generales, se debe cumplir con los trámites de informar a los vecinos, realizar audiencias públicas, consultar al Concejo Económico y Social, exponer el proyecto, someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, formulación de observaciones, avisos por los diarios, estudio por el Concejo y respuesta de las observaciones.

---

suelo así establecidos en el Plan Regulador Comunal, ya sea suprimiendo algunos o permitiendo otros, en la misma zona o en otra nueva.

## SE EXCLUYE, FUNDAMENTALMENTE, LA PARTICIPACIÓN DE LA SEREMI Y DEL GOBIERNO REGIONAL

Por otro lado, una vez aprobada la enmienda bajo las condiciones analizadas, se debe publicar el decreto alcaldicio, con la Ordenanza respectiva en el Diario Oficial. Los gastos que demande su publicación serán de cargo de la Municipalidad respectiva. La Ordenanza y los Planos según corresponda, se archivarán en el Municipio y en el Conservador de Bienes Raíces correspondiente. Copia oficial de estos antecedentes deberá ser remitida por la Municipalidad a la respectiva Secretaría Regional del Ministerio de Vivienda y Urbanismo y a la División de Desarrollo Urbano del mismo Ministerio.

Por último, la LGUC, en su inciso final del artículo 45, establece una importante disposición que limita, desde un punto de vista de fondo, las mencionadas enmiendas ya que dichas modificaciones no podrán ser contrarias a los preceptos de la LGUC y sus reglamentos.

Aunque parezca obvia dicha norma, no está demás recordar siempre el principio de supremacía de la Ley y su Ordenanza por sobre los instrumentos de planificación.

### II.D. MODIFICACIÓN DE UN PLANO SECCIONAL

Las modificaciones de los Planos Seccionales no están reguladas en la LGUC. Por su parte, la OGUC sí reglamenta dicha materia en su artículo 2.1.14.

Dicho artículo establece dos procedimientos de modificación. El primero constituye la regla general. El segundo una excepción.

La **regla general** consta de las siguientes etapas o trámites:

El Alcalde, mediante decreto, fijará la fecha y lugar en que se exhibirá al público el proyecto de Plano Seccional, lo cual deberá comunicarse al público mediante al menos dos publicaciones de prensa, efectuadas en algún diario de los de mayor circulación en la Comuna, con no menos de siete días de diferencia entre ellos, señalando el lugar, la fecha de inicio, el período de exposición y la fecha de término de éste, y la fecha de término del plazo para que las personas interesadas puedan formular observaciones o indicaciones.

Exposición al público del proyecto de Plano Seccional, durante un plazo no inferior a treinta días, para que los interesados se informen debidamente de todos sus antecedentes. La exposición deberá iniciarse a más tardar siete días después de la segunda publicación.

Cualquiera persona, natural o jurídica, podrá formular, por escrito, las observaciones o indicaciones que estime convenientes, dentro de los quince días siguientes al término del período de exposición. Las observaciones o indicaciones deberán dirigirse al Municipio.

En sesión convocada al efecto, el Concejo deberá conocer y pronunciarse, en términos de aprobación o rechazo, respecto de cada una de las observaciones o indicaciones formuladas por los interesados a la proposición expuesta, sobre la base de la evaluación de las observaciones efectuadas por el Asesor Urbanista. Solamente podrán ser aprobadas e incorporadas al proyecto materias que hubieren sido observadas.

Acordada por el Concejo la aprobación del Plano Seccional, el acuerdo respectivo deberá publicarse en un medio de prensa escrito, dentro de los quince días siguientes a la citada aprobación. El acuerdo del Concejo junto con el decreto alcaldicio que lo sanciona se publicarán en el Diario Oficial.

El procedimiento de **excepción** se aplica cuando se trate de detallar usos de suelo a predios de hasta cinco hectáreas de superficie emplazados en áreas consolidadas con usos de suelo distinto al industrial o bodegaje, ubicados en zonas definidas por el Plan Regulador Comunal como de uso de suelo industrial o de bodegaje exclusivos, que no hubieren sido destinados a tales usos en un plazo de al menos cinco años desde la vigencia del Plan Regulador Comunal que les hubiere fijado dichos usos, o que hubiesen cesado sus actividades en al menos un año y que a juicio del municipio provoquen deterioro en el entorno, o que deban trasladar sus funciones por disposición de la municipalidad conforme a lo previsto en el inciso segundo del artículo 62 de la LGUC o por disposición de otra autoridad competente, el procedimiento de aprobación de los respectivos Planos Seccionales será el siguiente:

Por decreto alcaldicio se fijará a dichos predios uno o más de los usos de suelo y las normas urbanísticas asignados por el Plan Regulador Comunal a las zonas consolidadas en las cuales estuvieren insertos.

Copia del decreto alcaldicio se remitirá por carta certificada al propietario del predio respectivo y a los propietarios u ocupantes de los otros predios insertos en la zona.

Las personas afectadas podrán formular, por escrito, dentro de un plazo de hasta quince días, contados desde la expedición de la carta certificada, las observaciones fundadas que dicha medida les merezca.

Cumplido el trámite anterior, el Alcalde someterá el proyecto de Plano Seccional a la aprobación del Concejo, quien acordará su aprobación. El acuerdo del Concejo junto con el decreto alcaldicio que lo sanciona se publicarán en el Diario Oficial.

El procedimiento de excepción se aplicará también para desarrollar usos de suelo a predios<sup>6[5]</sup> que reúnan las características y condiciones definidas en el inciso tercero del artículo 2.1.14 de la OGUC, cuando el uso de suelo industrial o de bodegaje exclusivo fijado a las zonas en que se emplazan se hubiere originado en disposiciones de Planes Reguladores Intercomunales o Metropolitanos por constituir alteraciones a las disposiciones de los Planes Reguladores Comunales.

## II.E. MODIFICACIÓN DE UN PLAN SECCIONAL

Los Planes Seccionales se modifican de la misma manera que los Planes Reguladores Comunales, por mandato expreso del inciso segundo, del artículo 46 de la LGUC.

Sin perjuicio de lo anterior, existen los llamados Planes seccionales de Zonas de Remodelación.

Lo primero que hay que aclarar es que ni la ley, ni la ordenanza reglamentan la forma de modificación de un Plan Seccional de Zona de Remodelación, es por ello que para su modificación existen dos interpretaciones al respecto.

---

<sup>6 [5]</sup> Se refiere a los usos de suelo de predios de hasta cinco hectáreas de superficie emplazados en áreas consolidadas con usos de suelo distinto al industrial o bodegaje, ubicados en zonas definidas por el Plan Regulador Comunal como de uso de suelo industrial o de bodegaje exclusivos, que no hubieren sido destinados a tales usos en un plazo de al menos cinco años desde la vigencia del Plan Regulador Comunal que les hubiere fijado dichos usos, o que hubiesen cesado sus actividades en al menos un año y que a juicio del municipio provoquen deterioro en el entorno, o que deban trasladar sus funciones por disposición de la municipalidad conforme a lo previsto en el inciso segundo del artículo 62 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones o por disposición de otra autoridad competente.



La primera tesis sostiene que se modifican igual que los Planes Seccionales a secas y, por ende, se modificarían igual que un Plan Regulador Comunal.

La segunda tesis sostiene que se modifican de la misma manera que se aprueban. En el caso de ser así, el procedimiento está regulado en el artículo 73 de la LGUC, el cual dictamina que la declaración de zona de remodelación se aprobará por **decreto supremo** del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, dictado “por orden del Presidente”, a propuesta o en consulta a la Municipalidad, en la forma que determine la Ordenanza General, y en ella se fijará el plazo dentro del cual los propietarios deberán edificar de acuerdo a las nuevas normas de la zona de remodelación.

Por su parte, la OGUC reglamenta dicho procedimiento, distinguiendo el Organismo que tiene la iniciativa de la aprobación.

La fijación de “Zonas de Remodelación” **por los Municipios** que tengan Plan Regulador Comunal, deberá ceñirse al procedimiento siguiente:

1.- Elaborar un Plan Seccional del área con los componentes que se señalan en el artículo 2.1.15. de la presente Ordenanza, que será propuesto para su aprobación por decreto supremo al Ministerio de Vivienda y Urbanismo, a través de la respectiva Secretaría Regional Ministerial, una vez informado por el Intendente e Instituciones Fiscales que se estime necesario. Las entidades consultadas tendrán un plazo máximo de sesenta días para pronunciarse sobre dicho Plan Seccional, contados desde su recepción, vencido el cual, la falta de pronunciamiento será considerada como aprobación sin observaciones.

2.- En el decreto supremo se establecerán los plazos y demás condiciones que procedan, conforme al artículo 74 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

3.- La Municipalidad publicará en el Diario Oficial el decreto supremo correspondiente, y remitirá copia de esta publicación al Servicio de Impuestos Internos para los efectos previstos en el citado artículo 74 de la LGUC y a la Secretaría Regional Ministerial de Vivienda y Urbanismo respectiva, con todos sus antecedentes.

A su vez, la fijación de “Zonas de Remodelación” por las Secretarías Regionales Ministeriales de Vivienda y Urbanismo, deberá ceñirse al procedimiento siguiente:

1.- Elaborar un Plan Seccional del área con los componentes que se señalan en el artículo 2.1.15. de la presente Ordenanza.

2.- Enviar el Plan Seccional en consulta, al Intendente, Municipios correspondientes e Instituciones Fiscales que se estime necesario, tales como el Servicio de Impuestos Internos. Las entidades consultadas tendrán un plazo máximo de sesenta días para pronunciarse sobre dicho Plan Seccional, contados desde su recepción, vencido el cual la falta de pronunciamiento será considerada como aprobación sin observaciones.

3.- Remitir el expediente correspondiente al Ministerio de Vivienda y Urbanismo, para su aprobación por decreto supremo. En el decreto supremo se establecerán los plazos, estímulos e impuestos, que procedan.

4.- Publicar en el Diario Oficial el decreto supremo correspondiente, y remitir copia de esta publicación al Servicio de Impuestos Internos para los efectos previstos en el artículo 74 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y a las Direcciones de Obras Municipales de las comunas involucradas, con todos sus antecedentes.

E. Modificación de otras formas de Planificación: Las Zonas de Construcción Obligatoria y Las Zonas de Conservación Histórica.

“Ni la ley ni la ordenanza regulan como se modifican las Zonas de Construcción obligatoria por lo que debe entenderse que se modifican de la misma forma que como se aprueban, es decir, a propuesta municipal, concretándose por **decreto supremo** por orden del Presidente de la República de acuerdo a los artículos 76 y 77 de la LGUC”.<sup>7[6]</sup>

Un caso similar ocurre con las Zonas de Conservación Históricas ya que tampoco está regulado, ni por la ley, ni por la ordenanza, el procedimiento de modificación, por lo que se debe entender que se modifican de la misma forma que se aprueban.

Se infiere del artículo 2.7.8 de la OGUC que las zonas de Conservación Históricas se incorporan a través de un Plan Regulador o un Plano Seccional, por lo que para crear una zona de esas características, deberá ceñirse a las normas procedimentales, que para dichos instrumentos establece el ordenamiento jurídico.

---

<sup>7</sup> [6] Hay que recordar que esta materia también está reglamentada por la OGUC en su artículo 2.1.41.

Con estas breves explicaciones esperamos haber contribuido a precisar de un modo claro los procedimientos y trámites de modificación de los Instrumentos de Planificación Territorial, que tanta importancia tienen dentro del Derecho Urbanístico.



## **PRESENTE Y FUTURO DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR LOS DELITOS COMETIDOS POR SUS DIRECTIVOS Y EMPLEADOS**

**Jean Pierre Matus<sup>1</sup>**

**RESUMEN:** *El artículo analiza las obligaciones y desafíos que plantean las organizaciones internacionales, en particular la OCDE (Organización de Cooperación y Desarrollo Económico), en relación a la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados, en razón de un análisis por parte de la referida organización que estima que nuestra legislación actual es insuficiente para ser aceptados como parte plena de la misma, lo que nos lleva a revisar principios jurídicos fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, en este caso el relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.*

**DESCRIPTORES:** *Convención para Combatir el Cohecho a los Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales - Derecho internacional (obligaciones y desafíos para Chile) - Evolución del Derecho Penal - OCDE (Organización de Cooperación y Desarrollo Económico) - Potestad sancionadora (personas jurídicas) - Prevención del delito - Responsabilidad penal de las personas jurídicas*

**SUMARIO DE CONTENIDOS:** *Introducción. 1. El contexto global de la necesidad de establecer sanciones eficaces, proporcionales y disuasivas para las personas jurídicas. 2. Antecedentes y fundamentos de la propuesta contenida en el Mensaje N° 018-357, que esta-*

---

<sup>1</sup> JEAN PIERRE MATUS. Abogado, Dr. en Derecho, Profesor Titular y Director del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca (jpmatusa@utalca.cl).

blece la “responsabilidad legal” (penal) de las personas jurídicas para ciertos delitos: nuestras obligaciones en el plano del Derecho internacional. 3. La cuestión “dogmática”: ¿cómo pueden las personas jurídicas ser responsables de hechos constitutivos de delitos, independientemente de las personas naturales que actúan por ella o en su beneficio? 3.1. La superada discusión acerca de si pueden las personas jurídicas responder con sanciones que no tengan carácter puramente civil o vayan más allá del mero ejercicio de la potestad sancionadora administrativa. 3.2. Cómo imputar, atribuir o hacer responsable a una persona jurídica por los hechos ilícitos de sus administradores y empleados. 4. El carácter innovador de las formas actuales de sanción penal de las personas jurídicas en los modelos mixtos: de la simple represión penal al diseño de programas de colaboración pública y privada en la prevención del delito.

**ABSTRACT:** *The article discusses the obligations and challenges posed by international organizations, in particular the OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development), as they relate to the responsibility legal entities (corporations and companies) have for crimes committed by their directors and/or employees. The above-mentioned organization determined that our current legislation, as it now stands, is insufficient. We have therefore revised some of our judicial system’s fundamental legal principles, specifically as they relate to the criminal liability of legal entities.*

**KEY WORDS:** *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions - Crime prevention - Criminal responsibility of legal persons - International Law (obligations and challenges for Chile) - OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development)*

**SUMMARY OF CONTENTS:** *Introduction. 1. The global context for the need to establish effective, proportionate and dissuasive sanctions against legal entities. 2. Background and rationale of the proposal contained in the Presidential Message 018-357, which established criminal liability of legal entities for certain crimes: our obligations in terms of international law. 3. The “dogmatic” question: How can the legal entities be responsible for criminal acts, regardless of the individuals acting for them or for their benefit? 3.1 The outdated discussion of whether legal entities can respond with sanctions that are*

*not purely of a civil nature or whether they can go beyond the mere exercise of administrative sanctioning authority. 3.2 How to charge, attribute, or make a legal entity responsible for the wrongful acts of its managers and employees. 4. The innovative character of the current forms of punishment of legal entities via mixed models: from simple penal repression to the design of programs for public and private cooperation on crime prevention.*

## INTRODUCCIÓN

Actualmente, existen en Chile y en la mayor parte de los ordenamientos de origen románico, formas de hacer responsable a las personas jurídicas de los hechos ilícitos cometidos por sus directivos y empleados, en su nombre o provecho. Estas formas de hacer responsable al patrimonio de la persona jurídica por los hechos ilícitos de quienes actúan a su nombre o en su provecho, en el Derecho civil de origen románico y francés postrevolucionario, se estudian y analizan desde el punto de vista de la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, regulada entre nosotros por las disposiciones decimonónicas del Código de Bello y, ahora procesalmente, en los artículos 59 a 68 del Código Procesal Penal de 2000. También, desde el punto de vista del Derecho administrativo, como se ha ido configurando a partir de la segunda década del siglo XX, existen varias formas de hacer responder al patrimonio de las personas jurídicas por los hechos ilícitos de sus administradores y empleados, particularmente en sectores de la economía altamente regulados, donde operan diversas Superintendencias y otras instituciones con facultades normativas y sancionadoras (como el Tribunal de la Libre Competencia).

¿Son estas sanciones civiles y administrativas suficientemente disuasivas, eficaces y proporcionales para estimular a quienes invierten su capital y trabajo en el desarrollo de las organizaciones actuales a adoptar medidas de prevención de delitos cuya oportunidad de comisión y encubrimiento (“riesgo”) puede verse favorecida por la complejidad de las estructuras organizacionales modernas y las metas de productividad propias de la economía de mercado?

La respuesta es, para el Grupo de Trabajo Anticorrupción de la OCDE, que las actuales sanciones civiles y administrativas disponibles en nuestro país para hacer efectiva la responsabilidad de las

personas jurídicas por ciertos hechos constitutivos de delito no son lo suficientemente eficaces, proporcionales ni disuasivas, al menos respecto del ámbito de su incumbencia, a saber: la Convención para Combatir el Cohecho a los Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, aprobada por este Congreso Nacional y promulgada mediante Decreto Supremo N° 496 de 18 de junio de 2001, y cuyo documento de ratificación fue depositado por el Gobierno de Chile el 18 de abril de ese año.

Y esta es la razón por la cual se encuentra actualmente en tramitación ante el Congreso Nacional el Proyecto de Ley contenido en el Mensaje N° 018-357, que establece la “responsabilidad legal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de dinero de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho que indica”. El Proyecto ha sido aprobado por la H. Cámara de Diputados, y se encuentra en discusión en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del H. Senado de la República. Según los antecedentes disponibles, esta discusión podría dar origen a un articulado diferente al del aprobado por la Cámara de Diputados, por lo cual resulta en este lugar inútil un examen pormenorizado del mismo.

Es por ello que en este texto me limitaré a abordar algunas cuestiones fundamentales para entender cómo hemos llegado a esta situación en la cual ciertas organizaciones internacionales estiman nuestra legislación actual, insuficiente para ser aceptados como partes plenas de las mismas y nos vemos compelidos repentinamente a aceptar principios jurídicos aparentemente “novedosos” (al menos para nosotros) y a modificar nuestro sistema normativo con más prisa y menos calma de la que quisiéramos.

Estas cuestiones, que he tenido la oportunidad de plantear personalmente a las respectivas Comisiones tanto de la Cámara de Diputados como del Senado, son las siguientes: 1) El contexto global en que se ha desarrollado e impulsado en el derecho internacional y comparado la necesidad de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas; 2) Los fundamentos del proyecto de ley actualmente en discusión y nuestras obligaciones en materia de Derecho internacional en relación con el mismo; 3) Los presupuestos de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas y los modelos existentes al efecto; y 4) El carácter innovador de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la actualidad: el favorecimiento de



la implantación de mecanismos de prevención de los delitos antes que su mero castigo.

### **1. EL CONTEXTO GLOBAL DE LA NECESIDAD DE ESTABLECER SANCIONES *EFICACES, PROPORCIONALES Y DISUASIVAS PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS***

William Clifford, Secretario Ejecutivo del Cuarto Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, realizado en Kyoto (Japón) entre el 17 y el 26 de agosto de 1970, describía así, en los trabajos preparatorios de dicho Congreso, el interés de la ONU en el delito:

“El problema del crimen en el mundo interesa a la ONU por muchas razones. Evidentemente, está directamente vinculado al objetivo principal de la Organización de sus Estados miembros: la paz mundial. Porque la paz es indivisible y no puede considerarse independientemente de la acción recíproca de los pueblos, tanto en la esfera interna, como a un lado y otro de las fronteras. Cabe pensar que media una gran distancia entre los crímenes cometidos por asociaciones de delincuentes, los robos a mano armada, los abusos de confianza y la diplomacia internacional y las negociaciones entre los miembros del Consejo de Seguridad. Sin embargo, los asesinatos, la piratería, los secuestros internacionales han causado guerras. Hoy en día el tráfico ilícito de estupefacientes, el contrabando de armas, las exportaciones ilegales de oro, el secuestro de diplomáticos, el desvío de aeronaves y su sabotaje, la protección concedida a los criminales que huyen, constituyen causas de tensión y conflictos internacionales...”<sup>2</sup>.

Naturalmente, en una época donde no se hablaba de la “globalización”, las palabras recién transcritas podrían haberse considerado como un simple discurso interesado. Sin embargo, ellas parecen también describir sucesos tan recientes como los atentados del 11-S, la piratería en los mares de Somalia, la proliferación del narcotráfico, la corrupción en las licitaciones internacionales y, en general, todos los

---

<sup>2</sup> ONU. *Chronique mensuelle*. Vol. VII, nº 5, 1970, p. 73. Citado por MARTÍ DE VESES, Ma. Del Carmen. “El Derecho internacional público y el consumo y tráfico de drogas y estupefacientes”. En: AUTORES VARIOS. *Delitos contra la Salud Pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*. Valencia: Universidad de Valencia, 1977, p. 257-295, p. 258.

hechos delictivos que, por su propia dinámica, traspasan las fronteras y adoptan un carácter “transnacional”. En este contexto, es claro que el Derecho penal internacional como un todo (y no sólo el denominado “derecho penal de la emergencia”)<sup>3</sup> no se encuentra únicamente legitimado por su función en el ordenamiento estatal interno, cualquiera que sea la que se le asigne, sino por su eventual utilidad como instrumento para la conservación de “la paz y seguridad mundial”,<sup>4</sup> por medio no sólo del mantenimiento de los derechos humanos básicos, como acontece con las reglas del derecho internacional penal,<sup>5</sup> sino también de las más pedestres reglas comunes para la prevención y control de los delitos comunes que pueden tener trascendencia internacional.

Es por ello que, más allá de la existencia de fuertes intereses económicos en el origen de estas reglas,<sup>6</sup> burocracias internacionales dependientes (p. ej., la OCDE, la UNODC y las múltiples ONG de protección de “víctimas”), y “emprendedores morales atípicos” interesados;<sup>7</sup> las Convenciones que regulan los delitos de trascendencia internacional (sujetas al procedimiento de ratificación y, por tanto, ajenas a la crítica de la falta de legitimidad democrática de que son objeto organismos supranacionales como la Comisión Europea)<sup>8</sup> pa-

<sup>3</sup> Críticamente, ver al respecto BRANDARIZ G. José Ángel. “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”. En: FARALDO C., Patricia (Directora). *Nuevos retos del Derecho Penal en la era de la globalización*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004, p. 15-64, especialmente p. 54-60. También críticamente contra este concepto, aplicado precisamente a los delitos terroristas, VILLEGAS, Myrna. “Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal”. *Política Criminal*, nº 2, A3, 2006, p. 1-31, p. 3.

<sup>4</sup> Las dificultades de dotar de contenido a esta expresión pueden verse en COMBA-CAU / SUR, *Droit International*, p. 619 y siguientes.

<sup>5</sup> AMBOS, *Völkerstrafrecht*, p. 66 y siguiente, siguiendo a Höffe y a Habermas, ve en la protección de estos derechos la función de la “República mundial” en formación.

<sup>6</sup> Como pone énfasis, respecto a las relativas a la corrupción, ABANTO, Manuel. “La lucha contra la corrupción en un mundo globalizado”. En LOSANO / MUÑOZ CONDE, *Globalización*, p. 273-327, p. 313-322.

<sup>7</sup> SILVA SÁNCHEZ, *Expansión*, p. 66-69, 81-102.

<sup>8</sup> A modo de referencia reciente, ver al respecto, entre otros, en España: ESTRADA C. Albert. “Vía libre al Derecho penal europeo. Comentario a la Sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2005”. *InDret*. 2/2006, nº 341; y BLANCO LOZANO, Isidoro. “El Derecho penal y el primer pilar de la Unión Europea”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 06-05, 2004. En Alemania, la encendida discusión iniciada por HEFENDELF, Roland. “Europäischer Umweltschutz: Demokratiespritze für Europa oder Brüsseler Putsch”. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. 4/2006, p. 161-167; “Europäisches Strafrecht: bis wohin und nicht weiter?”. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. 6/2006, p. 229-236; POHL, Tobias. “Verfassungsvertrag durch Richterspruch. Die Entscheidung des EuGH zu Kompetenzen der Gemeinschaft im Umweltstrafrecht”. *Zeitschrift für Internationale Strafrecht*.

recen comprender un conjunto de hechos que, según cada uno de los Estados Parte, son merecedores de pena en su propio ordenamiento interno, con independencia de si son o no cometidos por particulares, “las empresas” o “los poderosos”: tanto corrompe las normales relaciones económicas y el Estado de Derecho el sistema de soborno en las licitaciones internacionales que estableció a fines del siglo XX la empresa alemana Siemens,<sup>9</sup> como el funcionario que exige una prestación miserable por un servicio esencial; del mismo modo que, ya superlativamente, tanto contribuye a la difusión incontrolada de sustancias estupefacientes o psicotrópicas el dealer que las distribuye a los alumnos de un colegio, como la empresa de servicios que se beneficia del lavado de dineros que de allí proviene.<sup>10</sup>

Lo anterior se refuerza por el hecho de que buena parte de estos “delitos de trascendencia internacional” no son novedosos en modo alguno, salvo en formas completamente casuales de manifestación, derivadas de los avances tecnológicos y las facilidades de comunicación y transporte: el asesinato de personas por motivos políticos o

---

*chtsdogmatik*. 5/2006, p. 213-221. Para una visión general y menos apasionada del estado de la cuestión, véase AMBOS, Kai. *Internationales Strafrecht*. München: C.H. Beck, 2006, 491 p., p.375-403. Sobre la evolución del Derecho europeo en la materia antes del fallo comentado, véase el pionero trabajo de CARNEVALI, Raúl. *Derecho penal y derecho sancionador de la Unión Europea*. Granada: Comares, 2001, 472 p., donde, conforme al estado de la discusión en ese momento, se afirmaba la inconveniencia de un derecho penal supranacional, decantándose por favorecer un proceso acelerado de armonización y un empleo intensivo del derecho administrativo sancionador (p. 415-424).

<sup>9</sup> Un panorama periodístico de la corrupción en las grandes empresas alemanas a principios de este siglo, puede verse en un reportaje del *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 20 de abril de 2007, disponible en <http://www.faz.net/s/RubEC1ACFE1EE274C81BCD3621E-F555C83C/Doc~E62354979C73C4AFBBE28AA71930F03AF~ATpl~Ecommon~Scontent.html> [visitado el 27.05.2009]. La reacción posterior, incluyendo la elaboración de programas anticorrupción internos, puede verse en la actual página web de Siemens, que ha adoptado, producto de la presión internacional, un modelo estándar de *compliance* en la “lucha contra la corrupción” [ver: <http://w1.siemens.com/responsibility/de/compliance/korruption.htm>, visitado el 27.05.2009].

<sup>10</sup> Por eso no resulta de recibo, a este respecto, la tesis de GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de la resistencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2003, p. 190, en el sentido de que, si este derecho penal internacional integrase el que denomina “Derecho penal moderno”, tendría como finalidad la “criminalización formal ... del sistema de acción éticosocialmente reprochable de las clases socialmente poderosas”. Esta idea, que supondría una asimilación del Derecho penal internacional a una suerte de movimiento socialdemocrático propio de la Europa continental, carece de base empírica en este ámbito, donde confluyen los más diversos sistemas económicos y sociales. Al respecto, ver las lúcidas críticas de PAREDES CASTAÑÓN, José M. “Recensión: GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de la resistencia*”. *Polít. crim.* n° 2, R7, p. 1-27, especialmente p. 20-24.

económicos, la corrupción funcionaria, las organizaciones criminales, el tráfico ilícito de productos nocivos para la salud, la piratería, las falsificaciones, la corrupción de menores y el secuestro de personas, e incluso la criminalidad económica, particularmente el lavado de dinero y el aprovechamiento de los efectos de los delitos son todos hechos sancionados de una forma u otra en todos los códigos decimonónicos y aún, entre nosotros, desde las Partidas.<sup>11</sup>

Por lo tanto, si la crítica a este desarrollo del Derecho internacional penal, se dirige al hecho de que, de todas maneras, generaría un “Derecho penal más autoritario de lo normal ... legitimando la creación a nivel nacional de una legislación excepcional en materia de terrorismo, lucha contra la criminalidad organizada, narcotráfico, inmigración ilegal, etc., que no respeta las garantías y derechos fun-

<sup>11</sup> Para justificar este aserto, invito al lector a revisar desprejuiciadamente la primera edición de la obra de PACHECO, Joaquín F. *El Código penal concordado y anotado*. 3 t. Madrid: Imprenta Saunaque, 1848 (t. I, 551 p. y II, 532 p.) y 1949 (t. III, 503 p.), donde encontrará comentarios del autor y referencias de las Partidas y otros códigos de la época para los siguientes temas “modernos”: el asesinato de personas por motivos políticos (p. 108-109 y 125-139, t. II), la corrupción funcionaria (p. 395-530, t. II), las organizaciones criminales (p. 253-265, t. II), el tráfico ilícito de productos nocivos para la salud (p. 362-371, t. II), la piratería (p. 112-117 t. II), las falsificaciones (p. 266-331, t. II), la corrupción de menores (p. 134-147, t. III), el secuestro de personas (p. 243-255, t. III). Allí podrá observarse que el castigo de las formas preparatorias de comisión del delito y aun de la no denuncia de éstos, así como la asimilación de la consumación a la tentativa eran propias de los delitos que afectaban a la seguridad del Estado, particularmente cuando se trataba de atentados al soberano; los comentarios de Pacheco sobre la estructura general de los delitos de corrupción funcionaria: “su materia es sumamente extensa; sus preceptos, que deben abarcarla toda, no pueden menos que correr una inmensa escala, desde lo más sencillo a lo más grave” (p. 395, t. II); sobre la necesidad de castigar la falsificación de monedas extranjeras, que “no es nunca una acción que puede practicarse con buen fin” (p. 290, t. II); y sobre cómo respecto de la piratería “todas las naciones se han creído con derecho para castigar este crimen” (p. 115, t. II). Además, respecto del tráfico de productos nocivos para la salud incluyendo el opio (p. 367, t. II), que hoy en día cabe dentro de las prohibiciones del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, la regulación vigente en 1848 castigaba, de manera similar a la actual, no sólo la venta sin la competente autorización de esas sustancias, sino también su “elaboración”, “despacho” y “comercio”; así como el despacho y “suministro” autorizados, pero realizados “sin cumplir con las formalidades prescritas en los respectivos reglamentos” (arts. 246 y 247 del Código penal español de 1848).

Finalmente, en cuanto a la criminalidad económica, baste esta cita de Pacheco para demostrar lo poco “moderna” que, en cierto sentido, es su represión: “Una carta falsa leída en la Bolsa, un posta simulado que se haga entrar ostensiblemente para divulgar cierta noticia, un anuncio hábil inserto en un periódico, pueden en determinadas circunstancias causar un trastorno en los precios, que enriquezca y arruine á mil personas. En esto hay delito real y verdadero. Por mas que pocas veces pueda alcanzarse á su autor” (p. 387, t. III). El comentario se refiere al art. 451 del Código español de 1848, que castigaba a “los que esparciendo falsos rumores, ó usando de cualquier otro artificio, consiguieren alterar los precios naturales que resultarían de la libre concurrencia en las mercancías, acciones, rentas públicas ó privadas, ó cualesquiera otras cosas que fueren objeto de contratación”.

damentales reconocidos a nivel constitucional y que constituyen las bases del Derecho penal del Estado de Derecho<sup>12</sup>; hay que admitir que ella estaría a lo sumo justificada respecto al “cómo” cada Estado y su propia dogmática entienden actualmente la política criminal y las garantías personales,<sup>13</sup> pero no al “si” los hechos en ellas comprendidas son merecedores de una sanción penal más o menos uniforme, que incluya la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el concierto de las naciones.

## **2. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA CONTENIDA EN EL MENSAJE N° 018-357, QUE ESTABLECE LA “RESPONSABILIDAD LEGAL” (PENAL) DE LAS PERSONAS JURÍDICAS PARA CIERTOS DELITOS: NUESTRAS OBLIGACIONES EN EL PLANO DEL DERECHO INTERNACIONAL**

En el Mensaje que establece la “responsabilidad legal” de las personas jurídicas, se mencionan entre sus antecedentes y como sus fundamentos, la concreción en el plano normativo de lo expuesto en el apartado anterior, esto es, la “tendencia” tanto en el derecho comparado como en los tratados internacionales y la doctrina, de favorecer el establecimiento de sanciones “eficaces, proporcionadas y disuasivas”, y el “cumplimiento” de ciertos “objetivos”, a saber: i) “la satisfacción de los compromisos internacionales adoptados por Chile”; ii) “el perfeccionamiento de nuestro ordenamiento jurídico, para situarnos al nivel de los países desarrollados”; y iii) el establecimiento de mecanismos que incentiven a las empresas para que “adopten medidas de autorregulación”.

Al respecto, el Mensaje efectivamente recoge las actuales tendencias del Derecho comparado e internacional y se plantea objetivos que son en sí mismos valiosos en una política criminal orientada principalmente a la prevención de la comisión de delitos más que al mero castigo de quienes, como personas naturales, los cometen.

---

<sup>12</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *El nuevo Derecho penal autoritario*. En: LOSANO / MUÑOZ CONDE, *Globalización*, p. 161-183, p. 162.

<sup>13</sup> Una exposición crítica, denunciando el estado de la cuestión en la dogmática alemana puede verse en HASSEMER, Wierfried. “Viejo y nuevo derecho penal”, en *Persona*, p. 15-37, especialmente p.19-29.

Por otra parte, estableciendo una efectiva responsabilidad penal de las personas jurídicas, se cumpliría no sólo con las condiciones que la OCDE estima necesarias para que un país se incorpore a ella como miembro pleno, sino también se posibilitaría el cumplimiento efectivo de las medidas de control de la criminalidad comprendidas en diversos tratados internacionales que Chile ha suscrito y se encuentran vigentes.

En efecto, si sólo tomamos en consideración los “crímenes de derecho internacional” a que hace mención la actual “Estrategia” de la Oficina de las Naciones Unidas sobre Drogas y Crimen, que tienen alguna relevancia para Chile (por ser suscriptor de los tratados concernidos),<sup>14</sup> a saber, los relativos a drogas, crimen organizado, tráfico de personas, lavado de dinero, corrupción y terrorismo,<sup>15</sup> veremos que en los tratados respectivos, aparte de las definiciones y los aspectos técnicos relativos a ratificación y vigencia, se establecen alguna o varias de las siguientes obligaciones internacionales en materia penal:

Que los Estados Parte tipifiquen determinados delitos, más o menos detalladamente descritos en el tratado, los cuales, siendo de

---

<sup>14</sup> Naturalmente, Chile también es suscriptor de diversos tratados que se refieren a temas similares, celebrados en el marco de la Organización de los Estados Americanos, cuyo contenido y alcance no puedo analizar en este lugar, salvo para afirmar que, en lo esencial, las obligaciones que ellos contienen no difieren sustancialmente de las comprendidas en la regulación de las Naciones Unidas, aunque su intensidad es menor. Los principales tratados celebrados en este ámbito regional son: Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo Configurados en Delitos Contra las Personas y la Extorsión Conexa Cuando éstos Tengan Trascendencia Internacional, 1971 (suscrita, pero no ratificada por Chile); Convención Interamericana Sobre Extradición de 1981 (suscrita, pero no ratificada por Chile); Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985 (ratificada por Chile en 1988); Convención Interamericana Sobre Asistencia Mutua en Materia Penal de 1992 y su Protocolo de 1995 (ratificados por Chile en 2004); Convención Interamericana Sobre Desaparición de Personas de 1994 (suscrita, pero no ratificada por Chile); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención De Belem Do Para” de 1994 (ratificada por Chile en 1994); Convención Interamericana Sobre Tráfico Internacional de Menores de 1994 (no suscrita por Chile); Convención Interamericana Contra la Corrupción de 1996 (ratificada por Chile en 1998); Convención Interamericana Contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados de 1997 (ratificada por Chile en 2003); y Convención Interamericana Contra el Terrorismo (ratificada por Chile en 2004).

<sup>15</sup> Véase la página Web de esta oficina: <http://www.unodc.org/unodc/index.html> [visitada el 26.05.2009]. La “Estrategia” en cuestión comprende actualmente también otros tópicos, como la reforma a los sistemas penitenciarios y de justicia juvenil, como puede verse en el documento alojado en <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/V07/806/75/PDF/V0780675.pdf?OpenElement> [visitado el 26.05.2009].

carácter común, pueden tener efectos transnacionales imponiéndoles penas privativas de libertad más o menos graves;<sup>16</sup>

Que los Estados Parte impongan, además, el más amplio comiso posible de los bienes producto de dichos delitos y de los que los sustituyan;<sup>17</sup>

Que los Estados Parte establezcan medidas para hacer efectiva la responsabilidad de las personas jurídicas por su participación en dichos delitos,<sup>18</sup> con sanciones “eficaces, proporcionales y disuasivas, incluidas sanciones monetarias”;<sup>19</sup> y

Que los Estados Parte adopten reglas que favorezcan la delación compensada como eximente (“inmunidad judicial”) o atenuante.<sup>20</sup>

Sin embargo, una característica del conjunto de estas convenciones y tratados es que, en general, sus normas no son “autoejecutables” (self executing),<sup>21</sup> sino obligaciones internacionales de diferente intensidad,<sup>22</sup> que en todo caso se encuentran necesitadas de

<sup>16</sup> Art. 36 de la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961.

<sup>17</sup> Art. 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias de 1988.

<sup>18</sup> Art. 26 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003.

<sup>19</sup> Art. 10 de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000.

<sup>20</sup> Art. 3.6. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias de 1988.

<sup>21</sup> La necesaria distinción entre las normas de un tratado que serían “autoejecutables” y aquellas que por el lenguaje empleado en el tratado o la naturaleza de las obligaciones contraídas, requieren de un acto del poder legislativo de cada Estado parte para tener aplicación directa en los tribunales internos ha sido desarrollada principalmente por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en interpretación del art. 6º, inc. 2º de su Constitución, según el cual la “Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos”. Al respecto, los fallos donde se sientan las bases de esta doctrina que se ha mantenido inalterada hasta hoy día son *Foster v. Neilson*. 27 U.S. 253 (1829), y *U.S. v. Percheman*. 32 U.S. 51 (1833). Una aplicación reciente de la misma, puede verse en el controvertido caso *Hamdam v. Rumsfeld, Secretary of Defense et al.* 29.06.2006.

<sup>22</sup> Según la clasificación de Virally: “invitaciones a observar comportamientos”, “obligaciones de desarrollo discrecional”, “obligaciones generales no concretadas”, y “obligaciones concretas”. La determinación del contenido preciso de una norma de derecho internacional queda, por tanto, entregada a la interpretación del lenguaje empleado. Ver al respecto: MATUS A., Jean Pierre; ORELLANA C., Marcos. “Acerca de la existencia de obligaciones internacionales de establecer delitos medioambientales, contempladas en los tratados suscritos por la República de Chile”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. t. XCVIII, nº 4, 2001, p. 93-113, p. 98-100, donde se encuentran las referencias a los tratadistas de derecho internacional pertinentes.

implementación por parte de los Estados suscriptores,<sup>23</sup> conforme a su propio sistema jurídico,<sup>24</sup> lo que podría llevar a creer que, dentro de ese marco jurídico, cada Estado podría adoptar, de buena fe, las medidas que estime convenientes para adecuar su legislación a los compromisos contraídos.

Pero, conforme al actual Derecho internacional – al contrario de lo ocurrido en el Derecho internacional de buena parte del siglo XX –, los modernos convenios multilaterales contemplan mecanismos institucionales o “técnicas organizadas”<sup>25</sup> para garantizar, “monitorear” o hacer un “seguimiento efectivo” de la forma que los Estados Parte implementan sus disposiciones, lo que se espera que se haga no de cualquier manera, sino de la manera que la comunidad internacional estima adecuada. Estos mecanismos permiten, así, controlar la efectiva implementación de los respectivos convenios por cada Estado, superponiéndose así a los mecanismos tradicionales de la vigilancia informal del conjunto de la comunidad internacional. Así, por ejemplo, existen tanto “técnicas convencionales”, que obligan a que los Estados Parte informen periódicamente de los avances en la materia a alguna autoridad designada en el Tratado respectivo para controlar su implementación (Secretaría General, Conferencia o Asamblea de las Partes, etc.);<sup>26</sup> como la “técnica institucional” de encomendar a un

---

<sup>23</sup> Sobre la necesidad de “implementar” legislativamente las normas del Derecho internacional penal en general (y en particular, las del Estatuto de Roma), junto con una descripción de los medios para hacerlo, puede verse los textos de CÁRDENAS, Claudia. “Los crímenes del Estatuto de la Corte Penal Internacional en el derecho chileno, necesidad de una implementación”. *Política Criminal*, n° 2, A1, 2006, p. 1-17, y NAVARRO D., Roberto. “Los efectos en el sistema chileno de fuentes del Derecho penal de la incorporación de los tratados internacionales y del fenómeno de la globalización”. *Ius et Praxis*. Año 10, n° 1, 2004, p. 77-111.

<sup>24</sup> Para ilustrar este aspecto, tomemos como ejemplo la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Transnacional (Convención de Palermo de 2000, vigente desde el 29 de septiembre de 2003). Según las “Guías Legislativas” preparadas por la UNODC, primero hay que distinguir cuándo el tratado obliga determinadamente, entrega alternativas de acción o simplemente faculta (insta) a adoptar alguna medida; y en segundo término, si es necesario y cómo sería posible, de acuerdo a las regulaciones internas, modificar la legislación para cumplir con los mínimos y, si se quiere, recoger las invitaciones que hace la comunidad internacional (N° 8).

<sup>25</sup> En general, sobre los procedimientos jurídicos para hacer cumplir las disposiciones de los tratados, véase CAMBACAU, Jean; SUR, Serge. *Droit international public*. Paris: Montchrestien, 1993, 821 p., p.165-216, y sobre las “técnicas organizadas” de implementación, particularmente, las p. 204-207.

<sup>26</sup> Pionera, la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, que estableció como órganos internacionales de fiscalización de su implementación a la Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico y Social y a la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, que existían anteriormente. En los tratados más modernos se utiliza el expediente de la



organismo internacional la vigilancia y verificación del cumplimiento del Tratado, con base en sus facultades generales, como sucede típicamente con la labor de la UNODC para proveer de asistencia legal (incluyendo la elaboración de legislaciones modelos y guías para su implementación), entrenamiento a legisladores, jueces y fiscales, y asesoría técnica para facilitar la colaboración judicial (traducciones, intermediación, etc.), con el propósito de hacer efectivos los objetivos de las principales convenciones sobre crímenes de trascendencia internacional.<sup>27</sup>

Así, por ejemplo, desde el punto de vista del Derecho internacional público, si bien es cierto que los artículos 2º y 3º de la Convención para Combatir el Cohecho a los Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales establecen que los Estados Parte tomarán “las medidas necesarias, de acuerdo con sus principios legales, para establecer la responsabilidad de las personas morales por el cohecho a un servidor público extranjero” y que, “si, dentro del sistema jurídico de una de las Partes, la responsabilidad penal no es aplicable a las personas morales, esta parte deberá asegurar que éstas queden sujetas a sanciones eficaces, proporcionadas y disuasivas de carácter no penal, incluyendo las sanciones pecuniaras”; no lo es menos que las recomendaciones del respectivo Grupo de Trabajo Anticorrupción de la OCDE, que estima que Chile, según se señala en el Mensaje del proyecto legal que se discute actualmente, “aún no ha adoptado medidas” suficientes para hacer efectiva esta responsabilidad, entendiéndose implícitamente que las sanciones civiles y administrativas actualmente disponibles son insuficientes siquiera para cumplir con las recomendaciones generales de la “Primera Fase” de implementación de dicha convención.

Es decir, para la comunidad internacional, al menos en estas materias, es más o menos claro que en nuestro ordenamiento esas características de “eficacia”, “proporcionalidad” y capacidad “disuasiva” no son predicables de las sanciones civiles, cuya finalidad es preeminentemente reparatoria o compensatoria, ni de las administra-

---

“Conferencia de Partes” como autoridad encargada de supervigilar su implementación, bajo el control indirecto de la Secretaría General (así, los Convenios CITES y la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional).

<sup>27</sup> Véase el *brouchure* UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *Global programmes. Update november 2003*. En [http://www.unodc.org/pdf/crime/publications/cicp\\_global\\_programmes.pdf](http://www.unodc.org/pdf/crime/publications/cicp_global_programmes.pdf) [visitado el 14.12.2006].

tivas, que por quedar reservadas a organismos cuyas resoluciones no producen el efecto comunicacional de la justicia criminal, difícilmente pueden considerarse suficientemente proporcionales y disuasivas ante los graves hechos de que se trata.

Luego, el problema político criminal de fondo, esto es, la decisión de establecer un sistema de responsabilidad para las personas jurídicas que vaya más allá del que actualmente disponemos en materia civil y administrativa, ya ha sido resuelto, y de la manera más democrática posible: nuestro Congreso Nacional ha dado su aprobación a la ratificación de los numerosos tratados internacionales que así lo exigen, directa o indirectamente, de manera expresa o a través de los informes que emiten los organismos técnicos encargados de monitorear la implementación de tales tratados.

La cuestión que queda pendiente, por tanto, no es el si se debiera establecer tal sistema, sino el cómo hacerlo, aprovechando tanto nuestra tradición jurídica como lo mejor de la experiencia en el Derecho comparado.

### **3. LA CUESTIÓN “DOGMÁTICA”: ¿CÓMO PUEDEN LAS PERSONAS JURÍDICAS SER RESPONSABLES DE HECHOS CONSTITUTIVOS DE DELITOS, INDEPENDIENTEMENTE DE LAS PERSONAS NATURALES QUE ACTÚAN POR ELLA O EN SU BENEFICIO?**

#### **3.1. La superada discusión acerca de si pueden las personas jurídicas responder con sanciones que no tengan carácter puramente civil o vayan más allá del mero ejercicio de la potestad sancionadora administrativa.**

No es posible ni necesario en este lugar entrar a analizar y resumir los ríos de tinta que a este respecto se han derramado,<sup>28</sup> limitándome a constatar algunas cuestiones fundamentales, a partir de las cuales desarrollaré mis argumentos al respecto:

---

<sup>28</sup> Para la discusión en nuestro ámbito cultural, véase la recopilación de trabajos de Jakobs, Silva Sánchez, Seelman, S. Bacigalupo, Feijoo Sánchez, Gómez-Jara, Mazuelos y García Cavero, contenidas en el volumen de GARCÍA CAVERO, Percy (coordinador). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*. Lima: Ara 2002, 502 p.

Es indudable que, entre nosotros, nadie sostiene “que los entes colectivos son incapaces de infringir leyes u otras disposiciones”, al menos en el ámbito civil y administrativo, e incluso se afirma que gozan de ciertos derechos de rango constitucional, como el de “desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional”;<sup>29</sup>

Como bien se señala en la mayor parte de las obras modernas en la materia, la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un hecho, empíricamente comprobable, en buena parte de la legislación europea continental y anglosajona del Common law, sin que contra ello se hayan levantado obstáculos normativos o constitucionales insalvables;<sup>30</sup>

Entre nosotros, sanciones de carácter penal para las personas jurídicas han existido legalmente (antiguo Decreto Ley N° 211) y han sido propuestas desde antiguo (Proyecto Labatut-Silva de 1937), sin que, de nuevo, contra ello exista algún impedimento normativo sólido;

De hecho, nuestra regulación general no asume que las personas jurídicas sean incapaces de infringir leyes y normas mediante hechos que puedan calificarse de delitos, sino que ellas no pueden responder penalmente, esto es, que a ellas no se les pueden imponer sanciones penales por tales infracciones, trasladando a los administradores o representantes la imposición de dichas sanciones;

Tratándose de sanciones corporales y privativas de libertad, la imposibilidad de imponérselas a las personas jurídicas es un hecho, no una imposición jurídica o de principios absolutos, pero tal imposibilidad no existe tratándose de sanciones pecuniarias o privativas de derechos; y

Al igual que las sanciones civiles y administrativas, sanciones calificadas como penales de carácter pecuniario o que supongan la privación de ciertos derechos, afectarán el patrimonio o la organización social, e indirectamente repercutirán en el patrimonio de quienes poseen participaciones sociales (en la medida de su participación), sin

---

<sup>29</sup> SZCZARANSKI, Clara. “Las personas jurídicas como nuevos sujetos criminógenos”, *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 17 (2007), n° 1, pp. 31-165, pp. 84-87.

<sup>30</sup> Véase a título ilustrativo el documentado trabajo de ONFRAY, Arturo Felipe. “Reflexiones en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, Año 2 (2001), n° 1, pp. 153-165.

haber tomado las decisiones ni ejecutado los hechos delictivos; pero ello sucede del mismo modo como les repercuten las ganancias y las pérdidas proporcionalmente a su participación, cuando tales decisiones y actividades las producen.

Sin embargo, una parte importante de la doctrina alemana y española, sin desconocer lo anterior, sigue sosteniendo que, por “razones dogmáticas”, sería imposible establecer una “responsabilidad penal de las personas jurídicas”, admitiendo únicamente la administrativa o civil.

Así, a contrapelo de la reforma legislativa en curso en España que pretende establecer un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas similar al que actualmente se discute en Chile, puede verse el reciente artículo de Robles, quien plantea que “la persona jurídica no posee ‘libertad’ y, por lo tanto, carece de “voluntad” y, en definitiva, de capacidad de “culpabilidad” en el “sentido penal”, pues ese sería el “sistema de reglas de inculpación y exculpación vigente para afirmar o negar la responsabilidad”.<sup>31</sup>

Sin embargo, lo que está vigente es sencillamente contingente a las valoraciones sociales del momento y no es un argumento para impedir su modificación, cuanto más si para ello se recurre a la autoridad de quienes, como Jakobs, haciendo caso omiso de su propuesta de reconstrucción puramente “normativa” de la responsabilidad penal y del propio concepto de “persona” (entendido únicamente como “centro de imputación” penal, diferenciable del “sistema psicobiológico” o “ser humano”), de pronto se ven constreñidos por conceptos y “estructuras” ontológicas o prelegislativas y “resucitan”, por así decirlo, la psicología de la “voluntad” y la “autocomprensión” únicamente para defender el prejuicio arraigado en la dogmática alemana de que sólo las “personas físicas” son capaces de culpabilidad; lo que evidentemente no explica cómo es que la Unión Europea compele a sus miembros a establecer “normativamente” la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la cual, además, se encuentra plenamente vigente apenas cruzando las fronteras germanas, en Francia, Italia, e Inglaterra, por sólo poner un par de ejemplos.

---

<sup>31</sup> ROBLES PLANAS, Ricardo, “Comentario. El “hecho propio” de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008”, *InDret* 2/2009, pp. 1-12, p. 6.

Tampoco es de recibo el argumento de que para “compensar, prevenir y ordenar las relaciones económicas entre agentes que actúan en distintas posiciones” se emplee únicamente el derecho civil o administrativo como algo dado por la naturaleza. Todo el derecho penal económico, ambiental, y el viejo penal liberal de las infracciones al comercio, las alteraciones de precios, la revelación de secretos de fábrica, las falsedades y las estafas están ahí, entre otras cosas, para “compensar, prevenir y ordenar las relaciones económicas entre agentes que actúan en distintas posiciones” (otra cosa es que se crea que el derecho penal es únicamente retributivo, con lo cual entraríamos a preguntarnos por qué se han de destinar recursos escasos únicamente para satisfacer la ya denunciada por Platón como “irracional venganza”).

Con todo, al final del día, parece que la discusión no pasara en muchos momentos de ser puramente semántica, pues los autores que rechazan la posibilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por “razones dogmáticas”, no rechazan la de que las personas jurídicas “respondan” jurídicamente ni la clase de sanciones establecidas para ello, sino, únicamente, parece que se quiere que no se denomine “responsabilidad penal”.<sup>32</sup>

### **3.2. Cómo imputar, atribuir o hacer responsable a una persona jurídica por los hechos ilícitos de sus administradores y empleados**

Con independencia de la etiqueta o denominación que le demos a esta clase de responsabilidad, si se decide normativamente imponer sanciones a las personas jurídicas de carácter penal o más severas que las tradicionales consecuencias civiles del delito o las sanciones administrativas que ya se les imponen, queda de todas maneras pendiente el problema de cómo fundamentar que estas sanciones se impongan a las personas jurídicas con independencia de la que se imponen a las personas naturales que actúan por ella.

---

<sup>32</sup> Así, antes, en sentido similar: MIR PUIG, Santiago. “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 06-01, 2004, quien afirma, refiriéndose a las “consecuencias accesorias” del art. 129 del Código Penal español de 1995: “no hay duda de que la voluntad del legislador expresada en la ley ha sido la de salir al paso del peligro que pueden representar las personas jurídicas y empresas utilizadas para la comisión de delitos, sin cuestionar el principio de que el delito es únicamente un hecho humano” (p. 3).

Para responder a esta cuestión debemos volver de nuevo a los hechos: en nuestro sistema penal se atribuye la responsabilidad penal de las personas naturales con la constatación de la objetividad del hecho punible (la realización del resultado constitutivo de delito o la no realización del deber esperado) y de la vinculación subjetiva entre éste y la persona natural a que se le imputa (dolo y culpa, además de las restantes exigencias de la culpabilidad).

Respecto de una persona jurídica que objetivamente carece de psiquis y, por tanto, de alguna vinculación subjetiva con la realidad, no es posible fundamentar una responsabilidad penal en los mismos términos que los de la responsabilidad penal de las personas naturales.

Por lo mismo, en el ámbito comparado se han desarrollado tres modelos o presupuestos de imputación básicos, que asumen esta imposibilidad de hecho de hacer responsables a las personas jurídicas como si fueran personas naturales:<sup>33</sup>

Un modelo vicarial, en el que al condenarse a un administrador o empleado por un delito que aprovecha a la persona jurídica, se la condena sin más a ella a la sanción especial que se trate, y en donde en realidad la responsabilidad penal de la persona jurídica no es independiente, sino que sencillamente se le atribuye por los hechos imputables a sus representantes y administradores;

Un sistema plenamente autónomo o de culpabilidad de la empresa, donde se estima que deben existir requisitos propios, analogables a la subjetividad del ser humano, para la imputación a la persona jurídica, además de la constatación de la objetividad de la infracción por parte de un directivo o empleado; y

Un modelo de determinación de pena o mixto, que, sobre la base de la responsabilidad meramente vicarial, la limite, estableciendo requisitos de imputación para la persona jurídica adicionales a la simple realización de un delito por uno de sus representantes o administradores (típicamente, la falta de implementación efectiva de sistemas de prevención de delitos), permitiendo, en ciertos casos, hacer efectiva la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque no exista ninguna persona natural que también lo sea.

---

<sup>33</sup> Para una visión general de los diferentes modelos legislativos arriba resumidos, véase NIETO, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid: *Iustel*, 2008, pp. 85-214.

La mejor experiencia comparada en la materia, esto es, la anglosajona y la italiana, recomiendan alternativas mixtas: una persona jurídica que realiza las labores efectivas de prevención de delitos no responde de ellos, aunque sus representantes y administradores los cometan dolosamente. Pero si no realiza efectivamente tales labores, responde, aunque por cualquier razón no sea posible hacer efectiva la responsabilidad de una persona natural determinada, si se encuentran debidamente acreditados los hechos constitutivos del delito, esto es, la infracción del deber exigido o la realización del resultado prohibido.

Dentro de este modelo se insertan tanto el Proyecto de ley chileno como el español en trámite, y es probable que, con independencia de los naturales cambios de redacción y de contenidos, propios de la discusión parlamentaria, sea el que, en definitiva, se adopte, dadas sus ventajas prácticas: es un sistema de imputación penal a las personas jurídicas que no les atribuye directamente responsabilidad penal por los delitos cometidos por personas naturales a su servicio (“sistema vicarial”); ni asume la creencia de que ellas se gobiernan con total autonomía de las personas naturales que toman decisiones y las ejecutan (“sistema de culpabilidad de la empresa”); sino que establece las condiciones en las cuales, de cometerse un delito, la persona jurídica interesada en su realización ha de responder penalmente, esto es, con sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas. Y esas condiciones son, básicamente, la inobservancia de las explícitas obligaciones de supervisión y dirección en orden a la prevención de las actividades delictivas que se le imponen y, por lo tanto, de implementación de modelos o programas de prevención, cuya ausencia o defectuosa implementación permite la imposición de sanciones de carácter penal a las personas jurídicas.

#### **4. EL CARÁCTER INNOVADOR DE LAS FORMAS ACTUALES DE SANCIÓN PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS *MODELOS MIXTOS*: DE LA SIMPLE REPRESIÓN PENAL AL DISEÑO DE PROGRAMAS DE COLABORACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA EN LA *PREVENCIÓN DEL DELITO***

Como hemos señalado en el apartado anterior, el modelo mixto de responsabilidad penal de las personas jurídicas responde principalmente a las actuales tendencias del derecho norteamericano y europeo, particularmente del italiano, cuya novedad es presentarse como un modelo centrado en obtener la colaboración de las empresas en las labores de prevención del delito, mediante el establecimiento de “programas de prevención de delitos”, cuya efectiva implementación debería ser suficiente para que las personas jurídicas no se vean expuestas a sanciones de carácter penal.

Luego, el aspecto principal de esta forma de abordar el problema es la extensión de los conocidos programas de responsabilidad social de la empresa<sup>34</sup> a la prevención de los delitos que pueden favorecer las formas de organización actuales –muchas veces organizadas en función únicamente de la obtención de resultados, sin atención a los medios empleados–,<sup>35</sup> pero que no son necesarias ni propias de la actividad empresarial, ni mucho menos un “mal” que se deba “tolerar” para obtener buenos resultados. Estos programas de responsabilidad social ya existen en muchas empresas nacionales y, en lo que respecta a los programas éticos de prevención de delitos, son impuestos por la regulación norteamericana a todos los empleados de las más importantes empresas multinacionales que operan en nuestro país, como, por citar un caso muy conocido, The Coca-Cola Company.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> Véase al respecto las informaciones disponibles en BALTERA, Pablo y DÍAZ, Estrella, “Responsabilidad social empresarial: Alcances y Potencialidades en Materia Laboral”, *Cuaderno de Investigación N° 25 (División de Estudios de la Dirección del Trabajo de Chile)*, 2005.

<sup>35</sup> El carácter “estructural” del delito de empresa, favorecido directa e indirectamente por determinadas prácticas y formas de organización (división del trabajo, compartimentalización de la información, subordinación y jerarquía, etc.) cuando se omite todo control ético o legal del actuar de los miembros de la empresa, se encuentra suficientemente documentado en la experiencia internacional, como puede verse en NIETO, *La responsabilidad penal*, cit. en nota n° 33, pp. 38 a 42, con numerosas referencias bibliográficas a autores alemanes, españoles y norteamericanos.

<sup>36</sup> El Programa en español de *The Coca Cola Company* puede verse en <http://www.>



Al respecto, el proyecto de ley que actualmente se discute en Chile establece no sólo la imposibilidad de perseguir criminalmente a una empresa que haya “adoptado e implementado eficientemente modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos” (artículo 3º, inciso final, del texto aprobado por la Cámara); sino que, además, describe detalladamente los elementos mínimos que han de contener “modelos”, facilitando así su implementación (artículo 4º del texto aprobado por la Cámara).

Naturalmente, la redacción de los textos puede variar todavía en la discusión parlamentaria, pero sea cual sea su redacción definitiva, no parece razonable esperar que en ella se sustituya completamente el modelo de imputación propuesto, por diversas razones: a) ello no sucedió en el primer trámite constitucional a pesar de que la redacción de los textos que lo consagran fue intensamente debatida y profundamente modificada; y b) el requisito de imputación consistente en la implementación de programas de prevención de delitos se presenta a todas luces como una garantía adicional para los inversores, frente al sistema “vicarial” puro.

Luego, debe considerarse este sistema de atribución de responsabilidad, que permite eximirse de la misma mediante la adopción e implementación efectiva de “modelos de prevención de delitos”, el núcleo del proyecto de ley actualmente discutido y su mayor fortaleza. En efecto, de este modo se permite al mismo tiempo, por una parte, responsabilizar a las organizaciones empresariales en la prevención del delito; y por otra, reservar las medidas penales como auténtica ultima ratio, sólo para aquellas organizaciones que no están dispuestas a colaborar en esta tarea común, o que sólo “aparentan” colaborar con ella, mediante la adopción formal de documentos escritos, sin su implementación efectiva. Y aun cuando, en definitiva, se elimine el carácter autónomo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no se volverá a un sistema vicarial puro, pues con ello se perdería una garantía ya ganada: el patrimonio de la persona jurídica será responsable penalmente sólo si no se adoptan efectivamente en su organización programas de prevención de delitos.

---

[thecoca-colacompany.com/ourcompany/pdf/COBC\\_Spanish.pdf](http://thecoca-colacompany.com/ourcompany/pdf/COBC_Spanish.pdf) [visitado el 27.05.2009].



## JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE NORMAS DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Guillermo Piedrabuena Richard<sup>1</sup>

**RESUMEN:** *El presente artículo analiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre las normas procesales penales, en particular asociadas a la Ley 20.253 sobre Agenda Corta Antidelincuencia; a las impugnaciones constitucionales del artículo 387 del Código Procesal Penal; a las normas que le dan poder discrecional a los fiscales para formalizar o no sus investigaciones; y a la inconstitucionalidad de las normas sobre desafuero de los parlamentarios (artículos 416 y 230 y 231 del Código Procesal Penal). El trabajo tiene un particular interés para el Consejo de Defensa del Estado en relación al ejercicio de la acción judicial en la defensa de los intereses del Estado y la falta de formalización del fiscal, tema que está abordado en varios fallos del Tribunal Constitucional y que tiene relevancia actual en el tema del desafuero de algunos parlamentarios.*

**DESCRIPTORES:** *Abogados asistentes del Fiscal (facultades) - Activismo judicial - Agenda Corta Antidelincuencia (Ley 20.253) - Código Procesal Penal - Control preventivo de constitucionalidad - Consejo de Defensa del Estado - Debido proceso - Desafuero de parlamentarios - Formalización de la investigación - Ley 20.050 - Ley 20.253 (Agenda Corta Antidelincuencia) - Inaplicabilidad - Instancia - Inconstitucionalidad - Investigación racional y justa - Ministerio*

<sup>1</sup> GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD. Profesor de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Presidente del Consejo de Defensa del Estado entre 1990 y 1993 y Fiscal Nacional del Ministerio Público entre 1999 y 2007.

*Público - Querellante - Recurso de apelación (nuevo proceso penal)  
- Tribunal Constitucional*

**SUMARIO DE CONTENIDOS:** *a) Importancia de la jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional y principales criterios jurídicos. b) Temas procesales que fueron materia de la Ley 20.253 sobre agenda corta antidelinquencia. c) Las impugnaciones constitucionales del artículo 387 del C.P.P. d) Inconstitucionalidad de las normas que le dan poder discrecional a los fiscales para formalizar o no sus investigaciones. e) Inconstitucionalidad de las normas sobre desafuero de los parlamentarios (artículos 416 y 230 y 231 del C.P.P.)*

**SUMMARY:** *This article discusses the jurisprudence of the Constitutional Court on criminal procedural norms, particularly elements associated with Law 20.253; article 387 of the Code of Criminal Procedure; the rules that give prosecutors discretionary power over whether or not to formalize their investigations; and the rules on the “desafuero” (stripping of immunity) of MPs (416 articles 230 and 231 of the Code of Criminal Procedure). This work is of particular interest for the State Defence Council as it relates both to exercise of legal action in defending the interests of the State and the lack of formalization of the Prosecutor, an issue that is addressed in several Constitutional Court rulings and which is currently relevant for the issue of the “desafuero” of some MPs.*

**KEY WORDS:** *Code of Criminal Procedure - Lawyers Attorney (powers) - Judicial activism - Law 20.050 - Law 20.253 - Short anti-crime agenda - State Defence Council*

**SUMMARY OF CONTENTS:** *a) Importance of constitutional jurisprudence of the Constitutional Court and legal criteria. b) Procedural topics that were matters of Law 20.253 in the anti-crime agenda (Agenda Corta Antidelinquencia). c) Constitutional challenges of article 387 of the Code of Civil Procedure d) Rules that give prosecutors discretionary power to formalize their investigations. (e) “Desafuero” of MPs.*

El presente comentario se referirá a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre las normas del Código Procesal Penal (C.P.P.).<sup>2</sup>

### A). IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y PRINCIPALES CRITERIOS JURÍDICOS

La Ley 20.050 que modificó la Constitución Política del Estado, entregó la atribución de declarar inaplicable un precepto legal por ser contrario a la Constitución (artículo 93 N° 6) y de declarar la inconstitucionalidad absoluta de un precepto legal (artículo 93 N° 7), al Tribunal Constitucional.

En estos tres años y medio de ejercicio de la nueva atribución del Tribunal, se ha establecido ya una importante jurisprudencia constitucional en materias procesales penales, penales, civiles, administrativas, etc.

Nos interesa, en especial como profesores de Derecho Procesal, la jurisprudencia en materia procesal penal relacionada con el nuevo Código Procesal Penal, ya que ello incide de manera importante en la marcha de la llamada reforma procesal penal.

Un balance definitivo es todavía prematuro, pero ya se pueden destacar criterios y situaciones novedosas que deben ser materia de un comentario crítico por la doctrina y por los abogados.

En primer término, una de las novedades de la Ley 20.050 del año 2005, que reformó la Constitución Política, consistió en permitir que los tribunales pudieran hacer reclamos o presentaciones de inaplicabilidad en contra de las leyes aprobadas por el legislador y precisamente han sido los jueces los que más han recurrido al Tribunal en materia procesal penal, en especial en lo que dice relación con las normas de la Ley 20.253 sobre agenda corta antidelinuencia, según veremos más adelante.

Incluso, antes de la vigencia de la Ley 20.253 del año 2008, ya se habían presentado recursos de inaplicabilidad de los jueces para impugnar el artículo 450 inciso 1° del Código Penal sobre el castigo

---

<sup>2</sup> El presente trabajo corresponde en líneas generales a una exposición que se efectuó en la Universidad Católica de Antofagasta el día 27 de agosto, en una jornada organizada por la Fiscalía Regional.

como consumado de algunos delitos de robo que se encuentren en grado de tentativa, el artículo 434 del C.P. sobre el delito de piratería y algunas normas de la Ley 20.000, recursos que fueron rechazados por el Tribunal Constitucional.

Ciertamente, es preferible jurídicamente que los jueces recurran al Tribunal Constitucional en vez de optar por no aplicar algunas leyes por estimarlas inconstitucionales, parecer que no se aviene con nuestro ordenamiento constitucional. Pero los jueces no sólo han planteado sus consultas o reclamos de inaplicabilidad al Tribunal Constitucional mediante oficios o hasta en presentaciones jurídicas extensas, sino que incluso han designado abogado que los represente en la vista de la causa.

Este último aspecto ha sido impugnado por el Ministerio Público y aunque ha llamado la atención del Tribunal de que aquellos que no son litigantes puedan comparecer representados por abogados, se ha resuelto el asunto escuchando en una audiencia previa al abogado que expone el punto de vista de los jueces y en una segunda audiencia a continuación se ha escuchado a los representantes del Ministerio Público y de otros intervinientes<sup>3</sup>.

También algunas salas de Cortes de Apelaciones han formulado requerimientos o a veces dudas de constitucionalidad en materias penales. En cambio, la Corte Suprema sólo ha planteado posibles infracciones constitucionales en determinadas normas del Código Tributario, como por Ej. su artículo 116 hoy ya derogado por sentencia del Tribunal Constitucional, luego de sucesivas declaraciones de inaplicabilidad.

A esta fecha, todos los reclamos de inaplicabilidad de los jueces en materia procesal penal han sido rechazados, aunque con algunos votos disidentes.

---

<sup>3</sup> El proyecto de ley modificatorio de la Ley 17.997, Orgánica del Tribunal Constitucional, fue informado por el Tribunal Constitucional el 25.08.09 para su promulgación como ley por el Poder Ejecutivo. En dicho proyecto se introduce un nuevo Art. 47 A que se refiere al juez como órgano legitimado que conoce una gestión pendiente para promover una cuestión de inaplicabilidad y en sus incisos 3º y 4º expresa: “Si la cuestión es promovida por el tribunal que conoce de la gestión pendiente, el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados”.

—“El tribunal deberá dejar constancia en el expediente de haber recurrido ante el Tribunal Constitucional y notificará de ello a las partes del proceso”.

Por lo anterior, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no debieran persistir los fallos de algunos tribunales que no aplican una determinada ley por estimarla inconstitucional, ya que el camino para remediar esta inconstitucionalidad es el reclamo ante el Tribunal Constitucional. Debe recordarse que antes de la Ley 20.050, algunos jueces y Cortes de Apelaciones no habían aplicado el artículo 450 del C. Penal, por estimarlo inconstitucional.

Se ha planteado otro interesante tema jurídico constitucional, respecto del caso de las leyes orgánicas que modificaron el C.P.P. y que fueron revisadas por el tribunal en el marco del control preventivo de constitucionalidad. ¿Pueden ser objeto de un posterior reclamo de inaplicabilidad?

Según la opinión reiterada del Tribunal Constitucional, el fallo sobre el control preventivo de constitucionalidad persigue objetivos distintos a los del reclamo o de la acción de inaplicabilidad. Esta debería resolverse en las circunstancias concretas del caso en que se alega, de modo que no habría contradicciones y no se afectaría la autoridad de cosa juzgada del primer fallo dictado en este control preventivo, si se impugnara posteriormente una ley que ya había sido declarada constitucional mediante el reclamo de inaplicabilidad, pudiendo ser acogido por el tribunal no obstante que en el control preventivo abstracto había declarado constitucional la norma<sup>4</sup>.

Además, es conveniente tener presente la opinión reiterada del Tribunal en varios de sus fallos, que expresa lo siguiente:

“Conforme a la ya reiterada jurisprudencia recaída en acciones de inaplicabilidad tramitadas ante este Tribunal, éstas importan un examen concreto de la constitucionalidad de los preceptos legales reprochados, donde los hechos ventilados en la causa sub lite son inevitables de considerar por esta Magistratura, a fin de resolver si la aplicación de tales preceptos, realmente, producirá un efecto contrario a la Constitución, que lleve al juez de dicha causa a inhibirse de su aplicación para resolver el asunto sometido a su conocimiento”.

Nuestra opinión había sido distinta en el libro que publicamos el año pasado sobre la Ley 20.253, porque estábamos imbuidos en la

---

<sup>4</sup> El proyecto de ley modificatorio de la Ley 17.997, Orgánica del Tribunal Constitucional, próximo a publicarse como ley de la República (ya fue objeto del control preventivo del Tribunal Constitucional), agregó, en el artículo 37, el siguiente inciso 2°: “Resuelto por el Tribunal que un precepto legal es constitucional, no podrá declararse inaplicable por el mismo vicio materia del proceso y de la sentencia respectiva”.

doctrina tradicional de la Corte Suprema que sostenía que la misión del Tribunal era la comparación abstracta entre la ley cuestionada y la Constitución. En verdad, es difícil concebir que una ley pudiera ser inaplicable en algunos casos y en cambio ser constitucional y aplicarse en otros.

Sin embargo, debe reconocerse que tratadistas como Lautaro Ríos y el propio Silva Bascuñán tenían una opinión contraria desde antes de la reforma constitucional del año 2005. Silva Bascuñán manifiesta su opinión en su Tratado de Derecho Constitucional, T. VIII, págs. 196, 197 y 198, donde cita algunas sentencias de la Corte Suprema de fines de la década del noventa en que ya se había abandonado la doctrina tradicional anterior y se postulaba a que también había que examinar la constitucionalidad de la ley, en los términos específicos de su aplicación en cada caso concreto.

En apoyo de esta tesis del Tribunal Constitucional también podemos mencionar que el artículo 93 de la Constitución reformada, distingue entre la inaplicabilidad de un precepto (Nº 6) y la inconstitucionalidad de una norma legal que ya ha sido declarada inaplicable anteriormente y que tiene por consecuencia de que publicado en el Diario Oficial el fallo, queda derogada ésta (93 Nº 7 y 94 inc. 2º y 3º). En este caso cabe señalar que la norma derogada es absolutamente inconstitucional, desde un punto de vista abstracto y no puede permanecer vigente.

Por lo anterior, no insistiremos en la tesis tradicional, aun cuando tenemos dudas en cuanto a si la exageración de analizar la inconstitucionalidad en cada caso concreto puede llevar al Tribunal Constitucional a transformarse en un tribunal de instancia en que haga una apreciación de los hechos, lo que sería propio de un tribunal ordinario, vulnerándose la certeza jurídica que debe tener todo ciudadano en cuanto a que si las leyes que se dictan son constitucionales o no.

En consecuencia y de acuerdo con este criterio del Tribunal, se ha establecido que el control previo de constitucionalidad antes de promulgarse la ley no obsta a que posteriormente el Tribunal Constitucional conociendo del recurso de inaplicabilidad, analice nuevamente la constitucionalidad de la norma que antes había aprobado



en el control previo, porque se considera que la resolución previa no produce efecto de cosa juzgada respecto del tema de la constitucionalidad en concreto de una norma cuando es aplicada posteriormente<sup>5</sup>.

Otro aspecto interesante consiste en determinar si la acción de los jueces requiriendo la inaplicabilidad de un precepto legal requiere ser fundada o si es suficiente una especie de consulta sobre dudas de constitucionalidad como lo han planteado algunas Cortes de Apelaciones, sin que el Tribunal Constitucional haya exigido hasta ahora una fundamentación completa y razonada de la posible inconstitucionalidad<sup>6</sup>.

### B). TEMAS PROCESALES QUE FUERON MATERIA DE LA LEY 20.253 SOBRE AGENDA CORTA ANTIDELINCUENCIA<sup>7</sup>

Las principales discusiones a que dio origen esta Ley 20.253 fueron de carácter constitucional y sostuvimos que sería el Tribunal Constitucional el órgano jurisdiccional que tendría que dirimir muchos de los temas constitucionales de esta ley.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en su fallo de control previo de constitucionalidad, aunque por mayoría de votos, había resuelto favorablemente las principales discusiones constitucionales en materia de facultades de los abogados asistentes del fiscal, recurso especial de apelación en la prisión preventiva y en las declaraciones de ilegalidad, con algunos entendidos que fijan el marco de su aprobación y que en nuestro concepto son obligatorios tanto para los jueces, fiscales, defensores y demás intervinientes.

---

<sup>5</sup> Ver nota N° 3 que da a entender que con la modificación legal habría una restricción en las facultades para declarar inaplicable un precepto legal, si es que fue declarado constitucional en su momento, siempre que la inaplicabilidad recaiga sobre el mismo vicio materia del proceso y de la sentencia respectiva.

<sup>6</sup> El Art. 47 A nuevo introducido por la reforma contenida en el proyecto de ley que modifica la Ley 17.997, indica que el requerimiento deberá formularse por oficio y acompañarse de una copia de las piezas principales del respectivo expediente, indicando el nombre y domicilio de las partes y de sus apoderados y dejándose constancia en el expediente de haberse recurrido ante el Tribunal Constitucional, constancia que hay que notificarla a las partes del proceso.

<sup>7</sup> Puede consultarse el libro “Estudio de la Ley 20.253, sobre Agenda Corta Antidelincuencia”, Guillermo Piedrabuena Richard, Editorial Legis Chile, 2008.

Luego de poco más de un año y medio de vigencia de la Ley 20.253, podemos mencionar que se han presentado recursos de inaplicabilidad en materia de prisión preventiva y apelación de la declaración de ilegalidad de la detención.

En materia de la modificación de la Ley 20.053 sobre prisión preventiva del artículo 149 inc. 2° y 3° del C.P.P. que permite que el detenido no salga en libertad en los casos de delitos graves mientras no se resuelve la apelación interpuesta en forma verbal en la misma audiencia, se presentó una inaplicabilidad por un juez de garantía por contravenir los artículos 6°, 7°, 19° N° 3, 7 y 26, 76° y 83° de la Constitución (autos rol N° 1065-2008).

En este caso, el Tribunal Constitucional entró al fondo y no declaró inadmisibile la acción de inaplicabilidad como lo fueron otras anteriores por no existir gestión pendiente, rechazándose el requerimiento de inaplicabilidad por sentencia del 18 de diciembre del 2008, con el voto en contra de los Ministros Srs. Mario Fernández y Jorge Correa. Tanto el fallo como el voto de minoría se fundamentan casi en los mismos argumentos de la sentencia que había controlado previamente la constitucionalidad del Art. 149 inc. 2° del C.P.P.

En verdad, sería muy inusual que aquellos Ministros que hubieran tenido una posición contraria a la constitucionalidad de una norma legal en un análisis abstracto, pudieran cambiar de posición y considerarla constitucional en su aplicación en un caso concreto y lo mismo sucedería en la situación inversa.

El Tribunal aunque desechó las alegaciones del M.P. en el sentido de que el asunto ya estaba resuelto en el fallo sobre control de constitucionalidad y de que además no tenía relevancia el reclamo porque la Corte de Apelaciones de Puerto Montt había revocado la libertad concedida por el juez de garantía en un proceso por robo con violencia, consideró constitucional la modificación y analizó ampliamente el tema.

Entendemos que esta temática debería profundizarse en el futuro por los especialistas constitucionales y profesores de derecho.

Otro aspecto importante que ha centrado la discusión jurídica, se da en torno a los “entendidos” de la sentencia dictada en el control de constitucionalidad, mediante los cuales en cierta manera condiciona la aprobación de la constitucionalidad de las normas analizadas.

Nuestro punto de vista es que sólo son obligatorios los entendidos de la sentencia pronunciada por la mayoría del Tribunal y no los de algunos que formulan los votos disidentes. Los votos de minoría no forman parte de la sentencia sino que son agregados que tienen por objeto dejar constancia de las disidencias en el tribunal.

En relación a los “entendidos” del Tribunal respecto de las modificaciones de la Ley 20.253, sólo hay uno que se presta a dudas y que se refiere al nuevo artículo 132 bis del C.P.P. que permite el recurso de apelación que intenta el fiscal o el abogado asistente del fiscal en contra de la resolución que declara ilegal una detención, recurso que se concede sólo en los casos de delitos graves que la norma establece taxativamente.

El Tribunal Constitucional, al revisar la Ley 20.253, si bien aprobó la constitucionalidad de la norma, la formuló en el entendido de que “ello no obsta para que los demás intervinientes en el proceso penal puedan ejercer el mismo derecho, porque de lo contrario se afectaría lo dispuesto en el artículo 19 N° 13, incisos 1° y 2° de la Constitución Política, puesto que no se daría igual protección en el ejercicio de sus derechos, en la situación descrita en la norma, a todos quienes intervienen en el proceso antes mencionado” (considerando vigésimo).

No obstante este razonamiento del Tribunal Constitucional, hay que considerar que la Ley 20.253 excluyó esta apelación y no fue concedida por el legislador, existiendo opiniones y constancias muy claras de parte de los parlamentarios y del Ministro de Justicia, en ese sentido.

Esta opinión del Tribunal Constitucional en cierto modo es compartida por el informe previo de la Corte Suprema expedido durante la tramitación del proyecto de la Ley 20.253 sobre agenda corta antidelincuencia. La Corte Suprema estimó que era conveniente conceder un recurso de apelación amplio y en ambos efectos respecto tanto de la resolución que declara ilegal una detención como la que la declara ajustada a derecho, para resguardar la igualdad de armas en el nuevo proceso, pero esta sugerencia de la Corte recomendaba que se legislara en ese sentido pero no era una objeción a la constitucionalidad de la norma. El legislador no acogió esta sugerencia de la Corte Suprema.

Nuestra opinión es que no se puede a pretexto de un “entendido” del fallo, concederse un recurso de apelación en contra de una

resolución, que no está aceptada expresamente en el C.P.P., ni explícita o implícitamente.

En este mismo sentido, la Fiscalía Nacional, en instructivo de su Fiscal Nacional, dn. Sabas Chahuán, opina que “el control de constitucionalidad de una norma específica que realiza el Tribunal Constitucional, no tiene el poder suficiente para crear normas de rango legal no establecidas por el legislador, como sucedería en el caso” y más adelante sostiene “que, de acuerdo al artículo 370 sólo son apelables las resoluciones que la ley señale expresamente y que no existiendo una norma de carácter legal que establezca la apelación en contra de dicha resolución, tal recurso es absolutamente improcedente” y cita finalmente otros preceptos legales que sólo conceden el recurso de apelación a uno de los intervinientes, como lo es el artículo 277 del C.P.P. que permite la apelación sólo del Ministerio Público en contra del auto de apertura del juicio oral.

Habría que agregar además que los entendidos de las sentencias del Tribunal Constitucional suelen no publicarse en extenso en el Diario Oficial, junto con el fallo del tribunal, de modo que para que los ciudadanos conozcan estos alcances tendrían que efectuar un estudio pormenorizado de la sentencia junto con sus entendidos y esta tarea sólo pueden hacerlas los abogados especializados en materias constitucionales.

En cambio, nos distanciamos de la opinión de la Fiscalía Nacional en cuanto también sostiene que al querellante tampoco le asiste el derecho de apelar de la declaración de ilegalidad de la detención, ya que la ley no le concede el recurso. Discrepamos de esta opinión porque la resolución que declara ilegal una detención también puede ser agravante para los intereses del querellante. No se trata de crear un nuevo recurso de apelación en contra de una resolución que no lo permite la ley, sino que simplemente conceder al querellante, el recurso de la apelación que la ley otorga a otro interviniente, el fiscal, en contra de la misma resolución, ya que el querellante puede tener el mismo agravio que el fiscal para apelar de la declaración de ilegalidad de la detención.

La jurisprudencia que se conoce de algunas Cortes de Apelaciones del país ha considerado de manera estricta y limitada el recurso de apelación interpuesto por los intervinientes que no son los fiscales y así la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha declarado inadmisibile

la apelación deducida por un defensor del imputado en contra de la decisión que consideraba legal una detención.

Enseguida, el tema de los abogados asistentes de fiscal es un asunto que el Tribunal Constitucional ha resuelto, con motivo del control previo de constitucionalidad de la Ley 20.253, defendiendo las atribuciones limitadas que se confieran a estos abogados con los “entendidos” que el fallo establece y que compartimos ampliamente.

En efecto, el Tribunal Constitucional entendió en el control previo de constitucionalidad, que el abogado asistente de fiscal podía asistir a la audiencia de control de la detención, de formalización de la investigación y de medidas cautelares, por existir una disposición expresa de la ley y siempre que sea funcionario del Ministerio Público y cuente con una delegación conferida por el fiscal. Este entendido resultó como una especie de condición para aprobar la constitucionalidad de la norma y fue semejante a otro entendido que formuló el Tribunal Constitucional al revisar la Ley 20.074 del 2005 en que también se legisló al respecto dándose atribuciones limitadas al abogado asistente de fiscal.

Este tema no ha sido planteado mediante algún recurso de inaplicabilidad al Tribunal Constitucional y pareciera que ha sido un asunto pacífico, porque la delegación a favor del abogado asistente ha sido una práctica limitada y reducida. El Ministerio Público, por razones de política institucional, no ha aprovechado debidamente el aumento de los abogados asistentes, continuando estos abogados en el mismo tipo de tareas legales extrajudiciales que tenían antes de la Ley 20.253, por regla general.

En cuanto a un reclamo de constitucionalidad en contra del artículo 132 bis introducido por la Ley 20.253 que permite al fiscal o al asistente apelar de la ilegalidad de la detención en los casos de ciertos delitos muy graves, se presentó un reclamo de inaplicabilidad en cuanto sólo permite a éstos el recurso de apelación y no al defensor del imputado.

El Tribunal declaró inadmisibile el reclamo por ser irrelevante ya que no existía gestión pendiente porque la Corte de Apelaciones de Valparaíso había declarado con anterioridad al reclamo que el precepto impugnado sólo permitía la apelación del fiscal y no la del defensor del imputado. Es decir, el Tribunal Constitucional no entró al fondo del problema.

Una cuestión bastante ardua de resolver y en que la jurisprudencia del Tribunal ha sido variable y hasta contradictoria, está relacionada con la posible gestión pendiente en que pueda ser aplicada la norma impugnada, es decir, la relevancia o trascendencia del conflicto constitucional en el caso concreto de que se trata. Si bien la mayoría de las sentencias del Tribunal que declaran la inadmisibilidad del recurso por falta de trascendencia del vicio de inconstitucionalidad han seguido un criterio restrictivo, en algunas ocasiones se ha tenido un criterio más amplio como por Ej. en el caso de la inaplicabilidad del artículo 149 inc. 2° del C.P.P. en que se aceptó discutir el fondo no obstante que el procedimiento sobre prisión preventiva en que incidía la norma ya había sido resuelto por la Corte de Apelaciones. El Tribunal Constitucional no declaró inadmisibile el recurso por mayoría de votos y consideró en la sentencia definitiva posterior, que no podía insistirse en una posible inadmisibilidad. El argumento del recurso y de la Defensoría Penal Pública era que había gestión pendiente porque si el imputado era absuelto habría pasado más días en prisión preventiva que el necesario. Quizás influyó en esta decisión la circunstancia de que la acción de inaplicabilidad la hubiera deducido un órgano judicial y no un interviniente.

Además, el Tribunal Constitucional sostiene en algunas sentencias que el conflicto en abstracto de la norma legal con la Constitución, es insuficiente para declarar inaplicable el precepto porque el problema hay que relacionarlo con el caso concreto de que se trata y por ello ha declarado inadmisibile un recurso que planteó la inaplicabilidad sólo desde un punto de vista abstracto sin pretender demostrar que en el caso concreto se había producido un efecto inconstitucional. Pero, en otros casos, ha admitido analizar en su sentencia tanto si la norma es inconstitucional en abstracto como si la es en los efectos que produce su aplicación en el caso concreto.

En resumen, uno de los problemas más difíciles de abordar por los reclamantes de inaplicabilidad es el relativo a la trascendencia de la posible infracción en el caso concreto en que inciden.

No tenemos conocimiento de otros reclamos de inaplicabilidad sobre las modificaciones de la Ley 20.053. En los temas de la detención por flagrancia y el control de identidad, no obstante que estas últimas fueron objeto de una ardua controversia constitucional durante la tramitación de la ley, no se han presentado hasta ahora recursos de

inaplicabilidad. Estas normas no se sometieron al control previo del Tribunal por no ser leyes orgánicas constitucionales.

Estas son las principales materias de que se ha ocupado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hasta ahora en relación a las modificaciones de la Ley 20.053.

En cambio, se han presentado numerosos reclamos de inaplicabilidad en contra de otras disposiciones del C.P.P. no modificadas por la Ley 20.253 y esto lo veremos a continuación.

### C). LAS IMPUGNACIONES CONSTITUCIONALES DEL ARTÍCULO 387 DEL C.P.P.

Previamente tenemos que referirnos a un tema que el Tribunal Constitucional invoca reiteradamente en sus consideraciones respecto de la posible inconstitucionalidad de los artículos 231, 237, 387 y 416 del C.P.P.

El tribunal justifica una amplia revisión constitucional de las normas del C.P.P., entre otras razones, por la circunstancia de no haberse revisado el nuevo C.P.P. antes de promulgarse, por la vía del control constitucional de una ley orgánica. En efecto, el Tribunal Constitucional sostiene que el nuevo Código contenía numerosas disposiciones orgánicas que debieron ser sometidas a la revisión previa del Tribunal, como por Ej. las que se referían a las atribuciones de los tribunales en los recursos procesales, a las del Ministerio Público y a las de las Policías.

El significado de la omisión del control previo de constitucionalidad fue tratado en numerosos seminarios en los años 2001 y 2002, donde distintos profesores, tanto de derecho público como de derecho procesal, compartieron el criterio anterior en cuanto había sido un error jurídico no someter el Código a la revisión constitucional porque habían normas que tenían las características de leyes orgánicas constitucionales. En verdad, la decisión de no consultar al Tribunal Constitucional fue política para no demorar el inicio de la reforma procesal penal prevista para el 16 de diciembre del 2000, ya que si se enviaba el proyecto aprobado por el Congreso al Tribunal Constitucional, antes de su promulgación, no se habría podido iniciar la reforma en la IV y IX regiones en esa última fecha.

Nuestra opinión fue que la reforma procesal penal había sido convalidada por numerosas otras leyes que habían modificado el Código en los años posteriores a su vigencia y que no existiría un vicio de nulidad de derecho público porque las normas del Código podían ser revisadas mediante el recurso de inaplicabilidad durante su vigencia (ver “La adecuación entre las Normas Constitucionales y el nuevo Sistema Procesal Penal”, Guillermo Piedrabuena Richard, Revista de Derecho Público y Tratado de Derecho Constitucional de Alejandro Silva Bascuñán, T. VIII, pág. 248 y 258).

A su vez la reforma constitucional del año 2005 trató de solucionar algunas de las inadecuaciones del Código Procesal Penal con la Carta Fundamental, modificando algunas normas constitucionales. Sin embargo, subsistieron algunas contradicciones que no se han resuelto como por Ej. las del artículo 19 N° 7 letra c) que permite ampliar el plazo de la detención por resolución fundada o en caso de delitos terroristas y las del artículo 19 N° 7 letra i) que en lo relativo a la indemnización por error judicial todavía utiliza la expresión “sometido a proceso”, trámite que fue eliminado en el nuevo C.P.P.

El Tribunal Constitucional comparte la opinión de que el C.P.P. debió ser revisado antes de ser promulgado y así lo ha dado a entender en varios fallos. A raíz de ello se han presentado numerosos recursos que están pendientes y que impugnan por Ej. las disposiciones sobre el recurso de nulidad por entender que vulneran el debido proceso y el Pacto de San José, sin perjuicio de las inaplicabilidades en contra de las normas que permiten al fiscal discrecionalmente formalizar la investigación o acogerse al procedimiento simplificado o las que se refieren al desafuero de los parlamentarios en los procesos por delitos de acción penal pública y privada.

Por lo anterior y de acuerdo con el criterio mencionado del Tribunal Constitucional habrán muchos recursos en el futuro planteando revisiones constitucionales del C.P.P., tema que es importante para la Fiscalía Nacional y la Defensoría Penal Pública que deberían tener unidades especializadas para comparecer ante el Tribunal Constitucional y estar atentos a las variaciones de su jurisprudencia, sin que exista todavía literatura y comentarios suficientes al respecto.

Ahora bien, se han presentado varios recursos en contra de la constitucionalidad del artículo 387 del C.P.P. en lo que dice relación a la improcedencia de los recursos de nulidad en contra del segundo fallo recaído en un recurso luego que el primer fallo fue anulado por



el Tribunal Superior o con la norma que limita al imputado para recurrir en contra de la segunda sentencia condenatoria, si la primera que se anuló fue también condenatoria.

Para entender bien este problema, reproduciremos a continuación el texto de la norma cuestionada:

“Art. 387. Improcedencia de recursos. La resolución que fallare un recurso de nulidad no será susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de la revisión de la sentencia condenatoria firme de que se trata en este Código”.

“Tampoco será susceptible de recurso alguno la sentencia que se dictare en el nuevo juicio que se realizare como consecuencia de la resolución que hubiere acogido el recurso de nulidad. No obstante, si la sentencia fuere condenatoria y la que se hubiere anulado hubiese sido absolutoria, procederá el recurso de nulidad a favor del acusado, conforme a las reglas generales”.

Ahora bien, algunos recursos han sido declarados inadmisibles por su falta de relevancia ya que el asunto ya había sido resuelto por los tribunales orales del segundo juicio o porque el recurso se planteaba antes de que se dictara la sentencia en el segundo juicio oral. Es decir, no había gestión pendiente cuando se interpuso la inaplicabilidad de la norma legal.

Sin embargo, en dos oportunidades el Tribunal Constitucional ha entrado al fondo del problema y ha dado por superado el problema de la falta de relevancia de la posible infracción constitucional en el caso concreto que se trata, porque entre otras razones se sostiene que está vigente el recurso de queja en el nuevo proceso penal y puede estar pendiente su posible interposición. (Se cita mi opinión como Fiscal Nacional en circulares del MP). Son las sentencias rol 821-07 y 986-08, pero desechan los recursos en razón de que no se estima infringido el debido y justo proceso y se añade que la conveniencia u oportunidad de las normas procesales no pueden ser revisadas por el tribunal, si bien hubo votos de minoría que opinaban que la norma era inconstitucional porque afectaba un derecho esencial de la defensa, cual es el de recurrir en contra de una sentencia condenatoria.

En efecto, en sentencia dictada el 1º de abril de 2008, el Tribunal Constitucional entra al fondo de la posible contradicción y analiza

pormenorizadamente las posibles infracciones constitucionales, las que desecha con algunas prevenciones (autos rol N° 821-07). Es el caso de la Alcaldesa de Camarones. La sentencia menciona que en la discusión del C.P.P. se dejó constancia que el objeto de la norma era limitar sucesivos recursos de nulidad a fin de proteger la eficacia y rapidez del proceso penal frente a las dilaciones que podían importar los sucesivos recursos de nulidad, interés que era superior al derecho a la defensa en un sentido amplio. Agrega el Tribunal Constitucional que no puede revisar la conveniencia u oportunidad de la norma dentro del análisis de su constitucionalidad.

La importancia de este fallo es que el Tribunal Constitucional está dispuesto a revisar si en un caso concreto las normas restrictivas del recurso de nulidad afectan a las garantías constitucionales porque da a entender que el recurso de nulidad debió ser objeto de una revisión constitucional por incidir en las facultades de los tribunales. También y en forma sutil, el Tribunal Constitucional revive la antigua discusión sobre si se ajusta a la Constitución, la única instancia en que fallan los tribunales penales del juicio oral, sin tomar partido definitivo al respecto.

La segunda sentencia, rol 986-08, se dictó en el conocido caso de Aarón Vásquez y aquí hay votos contrarios a la constitucionalidad y prevenciones suscritas por varios Ministros del Tribunal, que discrepan que la ley permita restringir las posibilidades de recurrir en virtud de las limitaciones del artículo 387 inc. 2° del C.P.P. que son contrarias a un justo y racional procedimiento y al legítimo derecho a la defensa.

#### D). INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS QUE LE DAN PODER DISCRECIONAL A LOS FISCALES PARA FORMALIZAR O NO SUS INVESTIGACIONES

Este tema es de la máxima importancia y se han dictado sentencias que aparentemente son contradictorias.

Como se conoce, el artículo 230 inciso 1° del C.P.P. dispone que “El fiscal podrá formalizar la investigación cuando considerare oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial”.

Actualmente se ha producido un conflicto porque el fiscal ejerciendo su atribución de dirigir exclusivamente la investigación, no está de acuerdo con la posición del querellante de seguir la persecución penal durante la investigación o hasta la acusación y el juicio oral, aun cuando los hechos concretos de cada caso son distintos. Es decir, el fiscal decide no formalizar no obstante la petición del querellante.

En estos casos, el conflicto jurídico no se produce entre el fiscal y la defensa del imputado sino que con el querellante que representa a la víctima.

Las sentencias que se conocen son la rol N° 815 de 19 de agosto de 2008 que acoge la inaplicabilidad dirigida en contra del inciso 1° del artículo 230 del C.P.P. que faculta a los fiscales para formalizar la investigación en forma discrecional y la rol N° 1244-08 de 2 de junio de 2009 en que por estrecha mayoría el Tribunal Constitucional rechaza la inaplicabilidad deducida por el querellante en contra de los artículos 229, 230 inc. 1° y 237 inciso antepenúltimo del C.P.P. Además, recientemente en agosto del 2009, se ha dictado otro fallo que rechaza la inaplicabilidad del artículo 230 en relación al artículo 186 del C.P.P., por mayoría de votos. Es decir, estamos en presencia de una jurisprudencia variable que cambia según el caso concreto en que se presenta la inaplicabilidad.

En el caso resuelto en el año 2008, el fiscal se negó a formalizar la investigación en contra del parecer del querellante, no obstante que el sobreseimiento definitivo había sido revocado por la Corte de Apelaciones de Rancagua en razón de que no existía formalización de la investigación, presupuesto que en concepto de la Corte era necesario para el sobreseimiento definitivo. Hay que observar que el conflicto se produce porque los querellantes tratan de forzar la acusación y se encuentran con el inconveniente de que la investigación no está formalizada.

Esta materia está relacionada con un posible vacío del C.P.P. y que ha sido resuelto en forma distinta por los tribunales. Se trata de los derechos del querellante para forzar una acusación, sin que exista previamente una formalización de la investigación por el fiscal. El forzamiento requeriría de la formalización previa del fiscal para establecer una congruencia entre ésta y la acusación posterior (interpretación del artículo 258, en relación con el artículo 259, inciso final). En Santiago, la mayoría de los jueces está aceptando el forzamiento

de la acusación no obstante que el fiscal se ha resistido a formalizar porque no existe otra solución justa para enmendar el posible vacío del C.P.P. La Corte de Apelaciones de Temuco hace años falló en el mismo sentido y el recurso de queja del imputado fue rechazado por la Corte Suprema.

Naturalmente, lo que está en juego es la doctrina del cuasi monopolio del MP sobre la acción penal pública y la tesis de las víctimas querellantes que no aceptan que se les niegue el derecho a que el tribunal resuelva sobre su pretensión punitiva. La historia de las leyes de la reforma procesal penal en un comienzo establecía un monopolio del MP sobre la acción penal pública, pero luego la reforma constitucional del año 1997 garantizó “igualmente” a la víctima el ejercicio de la acción penal pública.

Lo que el Tribunal Constitucional resuelve en este fallo es que en el caso concreto analizado existe una indefensión de la víctima y que la aplicación que ha hecho el fiscal del artículo 230 para negarse a formalizar, no constituye un racional y justo procedimiento y limita el derecho constitucional de que sea el tribunal el que resuelva la pretensión de la víctima y no el fiscal que no tiene poderes jurisdiccionales. El fallo invoca los artículos 19 N° 3 inc. 5° de la Constitución que establece que el legislador deberá establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos. También se invoca al precepto constitucional del artículo 83 de la Constitución en cuanto establece que el fiscal no tendrá facultades jurisdiccionales y que la víctima podrá siempre ejercer la acción penal pública.

En el segundo caso resuelto recientemente en junio de 2009, los hechos eran distintos. El fiscal había solicitado una audiencia de formalización donde calificó jurídicamente el delito en forma distinta al querellante y en base a esta distinta calificación, menor en su gravedad, había llegado a un acuerdo con el imputado, suspendiéndose condicionalmente el procedimiento por resolución del tribunal. El querellante se sintió muy perjudicado porque se oponía a la suspensión condicional por estimar que la pena era superior a presidio o reclusión menor en su grado mínimo. En este caso, la inaplicabilidad fue desechada cinco votos por cuatro y los votos disidentes reprodujeron gran parte de sus argumentos emitidos en el fallo anterior que había acogido la inaplicabilidad de los artículos 230 y siguientes del C.P.P. La minoría también estimó que había que declarar en este caso concreto la inaplicabilidad de las normas pertinentes de la suspensión

condicional, porque no era legítimo privar al querellante que representa a la víctima de su derecho de que su pretensión punitiva distinta a la del fiscal, fuera resuelta por la jurisdicción.

La diferencia de ambos casos es que en el primero no intervino la jurisdicción por ausencia de formalización y en el segundo sí intervino a través de una suspensión condicional, luego de la formalización que el tribunal aceptó.

En el caso reciente fallado hace pocos días, rol N° 1337, se rechaza el recurso de inaplicabilidad del artículo 230, en relación al artículo 186, 4 votos contra 2 y dos prevenciones, porque la mayoría entiende que si bien el interés de la víctima es legítimo y está protegido constitucionalmente, este derecho podría protegerse e instarse por la persecución penal a pesar de la negativa del fiscal, aplicando el mecanismo del artículo 186 del C.P.P. que permite reclamar al juez de garantía para que obligue al fiscal a formalizar. La tesis de ambos fallos que rechazan la inaplicabilidad es que el mencionado precepto al referirse a la persona “afectada por la investigación”, incluye tanto al imputado como a la víctima.

Este fundamento jurídico preciso no sería correcto a nuestro entender, no obstante que hace años en una circular de la Fiscalía opiné que el artículo 186 debía ser interpretado en forma amplia, porque es dudoso que la citada norma se refiera al imputado y a la víctima y fundamentalmente porque esta norma no contempla una sanción para el caso de que el fiscal no obedezca la orden del juez de formalizar la investigación. En los casos en que el fiscal se ha negado a formalizar en el plazo fijado por el tribunal, no hay un criterio claro y uniforme en los tribunales penales y las soluciones que se han dado son muy diversas e importan una creación normativa que no está prevista en el Código Procesal Penal.

Relacionado con esta materia, existe un recurso de inaplicabilidad que está pendiente de fallo en contra del artículo 390 del C.P.P. porque el querellante estima que el fiscal, de manera irracional e injusta, solicitó la aplicación de un procedimiento simplificado en circunstancia de que la naturaleza del delito hacía que la penalidad fuera superior a la indicada en el artículo 390 del C.P.P. (caso de la Colonia de Pirque en que el fiscal acusó en procedimiento simplificado por un delito menor y la parte querellante pretende que se enjuicie al imputado por homicidio, lo que no ha podido hacer por impedirlo el procedimiento simplificado). Creo recordar que en un caso anterior

al año 2005, un querellante insistió hasta en la Corte Suprema que debía tener el derecho a que se calificara la actuación del imputado como homicidio en un procedimiento ordinario, calificación que no coincidía con la del fiscal que estimaba que había un cuasidelito de homicidio que podía ser resuelto en un procedimiento simplificado, rechazándose en definitiva el recurso de nulidad del querellante por la Corte Suprema.

Hay un argumento que se repite en los jueces partidarios de la inaplicabilidad. La reforma constitucional restó de las atribuciones de los jueces sólo la investigación de las causas criminales, no así la decisión y resolución jurisdiccional de los conflictos jurídicos. Los fiscales si bien dirigen la investigación no pueden llegar a resolver si una pretensión punitiva se ajusta o no a derecho, porque no tienen facultades jurisdiccionales y el poder de la jurisdicción está protegido constitucionalmente así como el interés de la víctima perjudicada por el delito.

Creo ilustrativo citar una opinión que expresé, antes de ser designado Fiscal Nacional, en un artículo publicado por la Revista de Derecho de la Universidad Gabriela Mistral, año XV N° 1 y 2, enero - diciembre 2000, que al parecer es considerado por el Tribunal en sus sentencias, respecto al significado de que las investigaciones de los fiscales deban ser racionales y justas.

La opinión en cuestión expresa lo que sigue:

“La reforma constitucional reemplazó en el inciso 5° del N° 3 del artículo 19, la frase ‘un racional y justo procedimiento’, por la siguiente: ‘un procedimiento y una investigación racionales y justos’.

“Este agregado fue introducido por el Senado para evitar excesos de los fiscales que a pretexto de su atribución exclusiva de dirección de la investigación, lleven a cabo una investigación contraria a la razón y a la justicia. Esta iniciativa se debió a una indicación parlamentaria y se funda que dado que el M.P. no realiza una función jurisdiccional, resulta imperativo sujetar su actuación a las exigencias que la Carta Fundamental impone al procedimiento y que hay que hacer al legislador la misma recomendación que se hace respecto del procedimiento judicial, esto es que la investigación debe ser justa y racional”.

“En consecuencia, existe un mandato al legislador en el sentido que debe establecer siempre las garantías no sólo de un procedimiento sino que también de una investigación racional y justa. Le corresponderá decidir el punto a aquellos órganos que ejerzan el control de constitucionalidad sobre las leyes que se aprueben sobre las actuaciones del M.P. durante la investigación. En buenas cuentas, el legislador quiso expresar que en materia de atribuciones del M.P. en la investigación, no hay carta blanca para cualquier arbitrariedad del Fiscal durante la investigación, porque si existe un encargo al legislador, implícitamente se está diciendo que los Fiscales deben proceder a interpretar y aplicar las leyes para realizar una investigación justa y racional”.

Sobre el particular, se ha tomado conocimiento que en días recientes, la Corte Suprema ha informado desfavorablemente un proyecto de ley de iniciativa parlamentaria que modifica el C.P.P. para permitir también al querellante o al Consejo de Defensa del Estado formalizar la investigación, lo que revela el alto interés jurídico del tema que resuelve el Tribunal Constitucional y la existencia de un problema de fondo creciente entre fiscales y querellantes que no está resuelto. Otra manifestación de este problema de diferencia de opinión entre el Ministerio Público y los querellantes y el Consejo de Defensa del Estado, se encuentra en el caso de la investigación en contra de varios parlamentarios por un posible mal uso de recursos fiscales, en que se está insistiendo en una formalización del Ministerio Público porque el juez de garantía invalidó una audiencia en que se discutirían medidas cautelares porque el fiscal no había formalizado la investigación.

#### E). INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS SOBRE DESAFUERO DE LOS PARLAMENTARIOS (ARTÍCULOS 416, INC. 2º Y 3º Y 230 Y 231 DEL C.P.P.)

Sobre el particular, estimamos conveniente referirnos a las sentencias que a continuación se indican<sup>8</sup>:

---

<sup>8</sup> Hay otros casos de inaplicabilidad del artículo 416 inc. 3º que están citados en el fallo del desafuero de Ramón Farías y en tres de ellos se habría acogido la inaplicabilidad (Senadores Girardi, Ávila y Longueira, roles N°s 478, 533, etc.) y en un cuarto caso se habría rechazado.

e.1. Sentencia del 12 de julio de 2007, rol N° 596-06, que rechaza la inaplicabilidad del artículo 416 inc. 3° del C.P.P., presentada por el Diputado Iván Paredes, en un proceso por delito de acción penal privada en que no interviene el M.P.

El requerimiento impugna la norma mencionada porque permite solicitar el desafuero antes de que se admita a tramitación la querrela por el juez de garantía, lo que vulnera el debido proceso y los derechos constitucionales del parlamentario. La tesis del recurso era que no se podía resolver el desafuero antes de que el parlamentario pudiera tener oportunidad de probar sus descargos e intervenir en la investigación.

La sentencia, con el voto en contra del Ministro Mario Fernández, rechaza la inaplicabilidad. El voto disidente insistía en que en el caso concreto había un desconocimiento del fuero parlamentario.

e.2. En otro fallo del 11 de diciembre del 2007, el Tribunal acoge la inaplicabilidad presentada por un querellante en contra del artículo 416 inc. 3° del C.P.P. sólo “en lo que éste le puede impedir decretar pruebas en caso de que, a su juicio, ello resulte necesario” (caso del desafuero del Diputado Ramón Farías, rol N° 806-07).

Las circunstancias de este caso concreto no son muy claras y al parecer los querellantes pretendían que no se podía resolver el desafuero sin que previamente tuvieran oportunidad de presentar pruebas.

e.3. Sentencia del 12 de enero del 2007, rol 568, sobre recurso de inaplicabilidad del Diputado Rodrigo González, en contra de la norma del artículo 416 inc. 2° que permitiría formalizar a un parlamentario sin previo desafuero en un proceso por delito de acción penal pública.

La sentencia rechaza la inaplicabilidad, con el voto en contra de los Ministros Colombo, Vodanovic y Venegas y con las prevenciones de estos mismos Ministros y del Ministro Enrique Navarro.

La sentencia deja constancia que solamente se pronuncia sobre la aplicación del artículo 416 inc. 2° y que no decide la cuestión relativa a si se puede citar al parlamentario a una audiencia de formalización, sin que se decrete previamente su desafuero.

La minoría insiste que es inconstitucional formalizar a un parlamentario sin que previamente se conceda su desafuero porque la ci-



tación a la audiencia respectiva es una medida cautelar personal y por ende no se puede practicar al parlamentario sin un previo desafuero.

e.4. Fallo del 12 de enero del 2007, en requerimiento de la Diputada María Amelia Herrera por inconstitucionalidad del artículo 416 inc. 2º del C.P.P., rol N° 561-2006.

En este caso también una mayoría del Tribunal Constitucional rechaza el requerimiento, aunque señala que “una cuestión diversa a la planteada y que no dice relación con los efectos que puede tener la aplicación del inciso segundo del artículo 416 del Código Procesal Penal, es la relativa a determinar si un diputado aforado puede ser objeto de formalización de la investigación, sin que previamente se decrete su desafuero. Esa es una cuestión debatible y compleja; pero no requiere ser resuelta en esta sentencia, pues cualquiera sea la respuesta que ella tenga, no incide en la aplicabilidad del precepto impugnado”.

La minoría se pronunció abiertamente por la inconstitucionalidad de los artículos 231 y 416 inciso 2º del C.P.P. porque el procedimiento de formalización no se podía aplicar al parlamentario sin que hubiera un desafuero a su respecto.

e.5. Sentencia de 29 de noviembre de 2007, rol 736, en que se acoge una nueva inaplicabilidad de la diputada Amelia Herrera en contra del artículo 231 del C.P.P. por ser contraria al artículo 61 de la Constitución Política, ya que ningún parlamentario puede ser constreñido a comparecer a una audiencia judicial de formalización, sin que previamente se encuentre desafortado por la Corte de Apelaciones respectiva.

Existen prevenciones de cuatro de los Ministros que concurren al fallo y reafirman de una manera aun más categórica la defensa del fuero parlamentario.

De lo expuesto se desprende que a raíz de este último fallo del Tribunal Constitucional en el caso de Amelia Herrera y también de los anteriores que en cierta manera reafirman el mismo criterio, el Ministerio Público, no puede pedir una audiencia de formalización en contra de un parlamentario en un delito de acción penal pública, aunque no se le apereciba y obligue a comparecer, sin previo desafuero constitucional.

Esta línea de acción es casi definitiva, independientemente que el sistema del artículo 416 del C.P.P. ofrece vacíos porque lue-

go del desafuero hay un plazo bastante breve para fijar de inmediato una audiencia de preparación del juicio oral. Si es menester pedir el desafuero antes de formalizar, es prácticamente imposible luego de concedido el desafuero y practicada la audiencia de formalización posterior, lograr cumplir el plazo fatal indicado en el artículo 420 del C.P.P. para celebrar la audiencia de preparación del juicio oral.

Para entender cuál sería el problema de interpretación y la posible colisión entre los artículos 416 y 420 del C.P.P., reproduciremos las normas respectivas:

“Art. 416. Solicitud de desafuero. Una vez cerrada la investigación, si el fiscal estimare que procediere formular acusación por crimen o simple delito en contra de una persona que tenga el fuero a que se refieren los incisos segundo a cuarto del artículo 58 de la Constitución Política, remitirá los antecedentes a la Corte de Apelaciones correspondiente, a fin de que, si hallare mérito, declare que ha lugar a la formación de la causa”.

“Igual declaración requerirá si, durante la investigación, el fiscal quisiere solicitar al juez de garantía la prisión preventiva del aforado u otra medida cautelar en su contra”.

“Si se tratare de un delito de acción privada, el querellante deberá ocurrir ante la Corte de Apelaciones solicitando igual declaración, antes de que se admitiere a tramitación su querrela por el juez de garantía”.

“Art. 420. Efectos de la resolución que diere lugar a formación de causa. Si se diere lugar a formación de causa, se seguirá el procedimiento conforme a las reglas generales”.

“Sin embargo, en el caso a que se refiere el inciso primero del artículo 416, el juez de garantía fijará de inmediato la fecha de la audiencia de preparación del juicio oral, la que deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a la recepción de los antecedentes por el juzgado de garantía. A su vez, la audiencia del juicio oral deberá iniciarse dentro del plazo de quince días contado desde la notificación del auto de apertura del juicio oral. Con todo, se aplicarán los plazos previstos en las reglas generales cuando el imputado lo solicitare para preparar sus defensas”.

Al respecto, el problema es que el artículo 420 que señala los efectos de la resolución que diere lugar a la formación de causa, establece que el procedimiento seguirá adelante, pero en los casos del

desafuero del artículo 416 inciso 1º, hay que fijar de inmediato una audiencia de preparación del juicio oral dentro de los quince días siguientes a la recepción de los antecedentes por el Juzgado de Garantía. ¿Pero cómo se hace con la formalización previa de la investigación si antes no se ha podido formalizar al parlamentario? Y si se formaliza, previo desafuero, ¿cómo podría cumplirse el plazo del artículo 420, si todavía en la causa no se ha cerrado la investigación y no se ha acusado al parlamentario?

El problema pudiera obviarse si se entendiera que la norma del artículo 420 al mencionar el caso del artículo 416 inciso 1º, sólo se refiere al caso del desafuero otorgado después de cerrada la investigación y acusado el parlamentario y no a la situación del inciso 2º del artículo 416 del C.P.P. que se refiere al desafuero que debe solicitarse cuando se pretenda la prisión preventiva o una medida cautelar en contra del parlamentario. Sin embargo, la duda persiste en cuanto el inciso 2º del artículo 416 se refiere a que “igual declaración” de desafuero se necesita si el fiscal quiere solicitar la prisión preventiva o una medida cautelar en contra del imputado.

El único caso que logró obviar estas dificultades fue el del Senador Lavandero. En este proceso, el desafuero se concedió antes de la vigencia de la reforma de la Constitución y por consiguiente el Tribunal Constitucional carecía de jurisdicción para conocer de las inaplicabilidades. Además en este caso, el fiscal agotó la investigación antes de formalizar y cuando lo formalizó suspendió inmediatamente la audiencia, con acuerdo del juez, para obtener previamente el desafuero. Concedido éste por la Corte, procedió de inmediato a realizar la audiencia de formalización y al día siguiente cerró la investigación y acusó inmediatamente, por lo que se citó a las partes a la audiencia de preparación del juicio oral. Así, de este modo, pudo cumplir el plazo preteritorio del artículo 320 del C.P.P.

Como podrá observarse de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aún no puede desprenderse una línea definitiva para la interpretación jurídica de los alcances del desafuero parlamentario, tanto en los procesos por delito de acción pública como los de acción privada.

Por lo anterior, urge una revisión de las normas procesales penales que afectan a los parlamentarios para clarificar definitivamente el tema, ya que con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es sumamente difícil poder formalizar y seguir el procedimiento ade-

lante en contra de un parlamentario que se encuentre imputado por un delito de acción pública. Con la interpretación del Tribunal Constitucional es difícil, casi imposible, dar cumplimiento a los plazos del artículo 420 del C.P.P., salvo una interpretación restrictiva de este precepto en cuanto sólo se refiere a los casos en que se ha cerrado la investigación y acusado al parlamentario y no a aquellos en que la investigación está pendiente y se ha pedido el desafuero para obtener una medida cautelar o la prisión preventiva del parlamentario.

**CORTE SUPREMA**

**Martínez González, Cristina y otros con Sociedad Procesadora de Metales Promel Ltda. y otros**

**22 de junio de 2009**

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

*DOCTRINA:* El primer capítulo del recurso interpuesto a dilucidar dice relación con la excepción perentoria de prescripción opuesta por la demandada. La recurrente –Cristina Martínez González– sostiene que se ha incurrido en un error de derecho al fijar el inicio del cómputo de la prescripción, por cuanto, en su concepto, éste debió contabilizarse a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.300, sobre Bases del Medio Ambiente, es decir desde el 9 de marzo de 1994, por así disponerlo la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, la cual, en su artículo 25, regula la situación de aquella prescripción iniciada bajo el imperio de una ley y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, disponiendo que podrá ser regida por la primera o segunda a voluntad del prescribiente, pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que aquélla hubiese empezado a regir.

*Sin embargo, tal razonamiento parte de un supuesto que va contra los hechos de la causa fijados por los jueces de la instancia. En efecto, y según se señala en el motivo octavo de esta sentencia, el daño se hizo evidente en el mes de enero de 1997, por lo que desde esa oportunidad se inicia el cómputo del período necesario para la prescripción, según reza el artículo 63 de la Ley de Bases del Medio Ambiente, no pudiendo acogerse la tesis de la recurrente por cuanto para la aplicación del artículo 25 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes*

*era necesario que la prescripción se hubiere iniciado con antelación a la entrada en vigencia de la nueva ley, lo que no ocurrió porque a esa fecha el daño aún no se hacía evidente.*

*Como segundo capítulo de casación se adujo que no era factible acoger la demanda de reparación ambiental al no haberse demostrado que la demandada hubiere actuado con culpa o dolo, por cuanto en su oportunidad ella cumplió con la normativa vigente para la importación y procesamiento de los barros con contenidos minerales que internó al país, lo que no ha sido controvertido y se ha acreditado ampliamente con la prueba documental acompañada a los autos, no habiéndose establecido por el juez que haya actuado con dolo o culpa. De lo dicho, aparece que lo que en realidad cuestiona la recurrente es la falta de consideraciones de la sentencia en torno al tema del dolo o la culpa. Sin embargo, ello es más bien una alegación de carácter formal, ajena a un recurso de nulidad en el fondo, como el impetrado. Por lo demás, la sentencia ha establecido la responsabilidad de la demandada en los daños ocasionados al medio ambiente y la eventual prueba que pudiere demostrar lo contrario, no puede ser examinada por la Corte Suprema al no haberse denunciado la violación de leyes reguladoras de la prueba, razón por la cual el capítulo en estudio es desestimado.*

SANTIAGO, VEINTIDÓS DE JUNIO DE DOS MIL NUEVE.

#### **VISTOS:**

*En esta causa rol N° 5813-2007 sobre acción de reparación ambiental caratulada “Martínez González, Cristina y otros con Sociedad Procesadora de Metales Promel Ltda. y otros”, la parte demandada Sociedad Procesadora de Metales Promel Ltda. ha deducido sendos recursos de casación en la forma y en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica que en lo pertinente confirma la sentencia de primera instancia que desechó la excepción de prescripción opuesta por Promel Ltda. y el Fisco de Chile y acogió la demanda sólo en contra de la sociedad antes aludida por haber producido un grave daño al medio ambiente, debiendo en consecuencia colocar a su costa una capa de hormigón sobre el terreno en donde se*

*ubicó el primer acopio, en el sitio “F” del Barrio Industrial de esta ciudad, disponiéndose, asimismo, que los residuos minerales tóxicos sean depositados en celdas de hormigón, rechazándose la demanda en lo demás.*

## **SE TRAJERON LOS AUTOS EN RELACIÓN.**

### **CONSIDERANDO:**

#### **I.- EN CUANTO AL RECURSO DE CASACIÓN EN LA FORMA:**

**Primero:** Que el recurrente afirma que la sentencia de primera instancia confirmada por la de segundo grado ha incurrido en la causal de nulidad formal del artículo 768 N° 7 del Código de Procedimiento Civil, esto es haber sido pronunciada conteniendo decisiones contradictorias. En efecto, según arguye, los fundamentos de la sentencia y la conclusión de la parte considerativa resultan abiertamente contradictorios con la parte resolutive del fallo. Así en el motivo trigésimo primero se concluye que “resulta ser un hecho público y notorio el grave daño que se causaría a la población de esta ciudad, la ocurrencia de algún evento que permitiera la dispersión de los residuos tóxicos en el sitio en que actualmente se encuentran, de suerte tal que a objeto de evitar un grave daño al medio ambiente, la demanda intentada deberá prosperar”. Enseguida en el considerando vigésimo noveno por el cual se exonera de responsabilidad a la autoridad sanitaria y al Fisco de Chile, se señala que “la autoridad sanitaria y el Fisco de Chile, advertidos del daño que eventualmente podrían causar a la población aledaña a los minerales acopiados, adoptaron las medidas conducentes a fin de evitar un mal mayor”. De esta manera, explica, es posible concluir que el sentenciador ha razonado de conformidad con los términos de la controversia y la prueba aportada en autos, en el sentido que el daño ambiental no ha acaecido, y por lo tanto, considera que no existe un daño ambiental actual, sino que sólo existe un eventual daño futuro y con el fin de evitar que se produzca este menoscabo

al medio ambiente, se obliga a Promel Ltda. a la realización de una serie de obras materiales. Sin embargo, y en abierta contradicción a lo concluido en la parte considerativa, el sentenciador acoge la demanda por haber producido un grave daño al medio ambiente;

**Segundo:** Que al explicar el perjuicio que la causal invocada irroga a su parte, señala que las imperfecciones de la sentencia hacen que éste sea incoherente y luego la alejan de la categoría de decisoria que le atribuye el artículo 158 inciso 1° y 2° del Código de Procedimiento Civil;

**Tercero:** Que al analizar la causal de nulidad formal invocada, el recurrente sitúa la contradicción en la circunstancia de afirmarse por una parte que el daño ambiental no ha acaecido, sino que se trata de un eventual daño futuro para luego condenar a la recurrente por la existencia de daño. Sin embargo, del tenor del escrito del recurso, resulta que los hechos en que se funda, no constituyen el vicio de la causal séptima invocada, por cuanto aquél concurre sólo cuando una sentencia contiene decisiones imposibles de cumplir por contraponerse unas con otras; pero no tiene lugar cuando -como lo estima el recurrente- las decisiones se ubican en la parte considerativa de la sentencia, por cuanto ésta sólo contiene una, que consiste en que se acoge, en parte, la demanda intentada sólo contra la Sociedad Procesadora de Metales Promel Ltda. por haber producido un grave daño al medio ambiente, debiendo en consecuencia cumplir con las medidas que el fallo impone;

**Cuarto:** Que de acuerdo a lo razonado, la causal de nulidad en estudio debe ser desestimada.

## **II.- EN CUANTO AL RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO:**

**Quinto:** Que la sociedad demandada, ha sostenido que la sentencia impugnada ha incurrido en sendos errores de derecho que agrupa en dos capítulos. El primero, referido a la vulneración de las normas que gobiernan la prescripción para el caso de autos, esto es, el artículo 63 de la Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente y el



artículo 25 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes. Explica, que en el considerando vigésimo octavo de la sentencia de primer grado, confirmada por la de segundo, se incurre en una falsa aplicación del artículo 63 de la Ley N° 19.300 y en una indebida omisión en la aplicación del artículo 25 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, haciendo aplicable la prescripción de cinco años establecida en la ley ambiental antes mencionada, sin considerar que los hechos que dieron origen a esta causa acaecieron con anterioridad al año 1994, fecha en que entró en vigencia la Ley N° 19.300. En este sentido -acota- al estimarse por el sentenciador de segunda instancia que corresponde aplicar pura y simplemente la prescripción antes señalada, constituye una flagrante vulneración al artículo 25 referido, el cual regula expresamente la materia de la prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado al tiempo de promulgarse otra que la modifique, dejando la elección de regirse por la primera o la segunda a la voluntad del prescribiente. Continúa en su exposición, explicando que de los escritos presentados por su parte se advierte que la sociedad Promel ejerció la opción que le otorga el artículo 25 de la Ley de Efectos Retroactivos de las Leyes y optó por el plazo de prescripción de 5 años contenido en el artículo 63 de la Ley N° 19.300 promulgada el 1° de marzo de 1994 y publicada el 9 de marzo de ese mismo año. Luego, la determinación del momento en que empieza a contabilizarse la prescripción de acuerdo al artículo 25 se sitúa a contar de la fecha en que la nueva ley hubiese empezado a regir, es decir, a contar del 9 de marzo de 1994, por lo que a la fecha de notificación de la demanda, la acción se encontraba prescrita;

**Sexto:** Que el segundo capítulo de casación se circunscribe a la vulneración de los artículos 3 y 51 de la Ley N° 19.300, los cuales establecen el requisito de dolo o culpa para responder por el daño ambiental. Arguye que los hechos que dan origen a esta demanda se verificaron durante la vigencia de un régimen jurídico totalmente diverso al que rige la materia ambiental en la actualidad. En este contexto afirma que su parte se limitó a dar estricto cumplimiento a la normativa vigente que regía la importación de los residuos minerales objeto de autos, a saber la Ley N° 18.164 de 1982, por lo que no actuó ni con culpa y menos con dolo, requisito necesario para que opere la responsabilidad ambiental. Además dice que tampoco se probó ni quedó establecido

que haya actuado con culpa o dolo, por lo que no pudo acogerse la demanda;

**Séptimo:** Que al explicar cómo los errores de derecho denunciados han influido en lo dispositivo de la sentencia, refiere que si se hubiese contabilizado el plazo de prescripción desde la fecha en que comenzó a regir la Ley N° 19.300, esto es, desde el 9 de marzo de 1994, la excepción de prescripción deducida se hubiese acogido. De otro modo si se hubiese hecho una correcta aplicación de los artículos 3 y 51 de la ley N° 19.300 se hubiese desechado declarar responsable de daño ambiental a la sociedad Promel, rechazando en consecuencia la demanda deducida en su contra;

**Octavo:** Que son hechos de la causa por así haberlos establecido los jueces del fondo, los siguientes:

a) El daño se hizo evidente en el mes de enero de 1997, cuando el Servicio de Salud de Arica ordena a través de los oficios ordinarios N° 215 y 3252, el traslado de los residuos minerales de propiedad de la demandada Promel Ltda. que se encontraban ubicados en el sitio "F" del Barrio Industrial de Arica, a un sitio que contara con la aprobación de dicho Servicio (considerando vigésimo octavo de la sentencia de primera instancia);

b) La presente demanda se dedujo en el mes de agosto de 2000 (considerando vigésimo octavo de la sentencia de primer grado);

c) Existe relación de causalidad entre los hechos y daños con la demandada en términos de no discutir la importación de los residuos finalmente declarados tóxicos que han causado un grave daño ambiental y por ende a la salud de la población (motivo décimo cuarto de la sentencia de segunda instancia);

**Noveno:** Que respecto a tales hechos, los jueces del grado desecharon la excepción de prescripción opuesta por la demandada por no haber transcurrido cinco años entre la fecha en que el daño se hizo evidente y la presentación de la demanda, aplicando al efecto el artículo 63 de la Ley N° 19.300. A su vez, acogieron la acción de reparación ambiental al encontrarse acreditada la existencia del daño, la responsabi-

lidad de la demandada en los mismos y la relación de causalidad entre la importación de los residuos tóxicos y el daño ambiental generado;

**Décimo:** Que entrando al análisis del recurso, el primer tema a dilucidar dice relación con la excepción perentoria de prescripción opuesta por la demandada sociedad Promel Ltda. Así se sostiene por la recurrente que se ha incurrido en error de derecho al fijar el inicio del cómputo de la prescripción, por cuanto en su concepto éste debió contabilizarse a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente, es decir, desde el 9 de marzo de 1994, por así disponerlo la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes que en su artículo 25 regula la situación de aquella prescripción iniciada bajo el imperio de una ley y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, disponiendo que podrá ser regida por la primera o segunda a voluntad del prescribiente, pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que aquélla hubiese empezado a regir. Sin embargo, tal razonamiento parte de un supuesto que va contra los hechos de la causa fijados por los jueces de la instancia. En efecto, y según se señaló en el motivo octavo de esta sentencia, el daño se hizo evidente en el mes de enero de 1997, por lo que desde esa oportunidad se inicia el cómputo del período necesario para la prescripción, según reza el artículo 63 de la Ley de Bases del Medio Ambiente, no pudiendo acogerse la tesis del recurrente por cuanto para la aplicación del artículo 25 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, era necesario que la prescripción se hubiere iniciado con antelación a la entrada en vigencia de la nueva ley, lo que no ocurrió porque a esa fecha el daño aún no se hacía evidente;

**Undécimo:** Que como segundo capítulo de casación, se adujo que no era factible acoger la demanda de reparación ambiental al no haberse demostrado que la demandada hubiere actuado con culpa o dolo, por cuanto en su oportunidad ella cumplió con la normativa vigente para la importación y procesamiento de los barros con contenidos minerales que internó al país, lo que no ha sido controvertido y se ha acreditado ampliamente con la prueba documental acompañada a los autos, no habiéndose establecido por el juez que haya actuado con dolo o culpa. De lo dicho, aparece que lo que en realidad cuestiona el recurrente es la falta de consideraciones de la sentencia en torno al

tema del dolo o la culpa, sin embargo ello es más bien una alegación de carácter formal, ajena a un recurso de nulidad de fondo como el impetrado. Por lo demás, la sentencia ha establecido la responsabilidad de la demandada en los daños ocasionados al medio ambiente y la eventual prueba que pudiese demostrar lo contrario, no puede ser examinada por esta Corte al no haberse denunciado la violación de leyes reguladoras de la prueba, razón por la cual el capítulo en estudio debe ser desestimado;

**Duodécimo:** Que de acuerdo a lo expuesto, los jueces del grado han dado correcta aplicación al derecho que gobierna la litis, por lo que el recurso no puede prosperar.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 764, 765 y 808 del Código de Procedimiento Civil, se **rechazan** los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos en lo principal y primer otrosí de fojas 788 contra la sentencia de veintisiete de agosto de dos mil siete, escrita a fojas 766.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo de la Ministra señora Araneda.

Rol N° 5813-2007

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Adalis Oyarzún Miranda, Sr. Héctor Carreño Seaman, Sr. Pedro Pierry Arrau, Sra. Sonia Araneda Briones y Sr. Haroldo Brito Cruz. Santiago, 22 de junio de 2009 (5813-07).

Autoriza la Secretaria de esta Corte Suprema, Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

En Santiago, a veintidós de junio de dos mil nueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

**CORTE SUPREMA****Banco del Estado de Chile con Fisco de Chile****28 de mayo de 2009**

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

**DOCTRINA:** *Según se ha entendido, por la doctrina y la jurisprudencia, la acción de mera certeza “sólo puede tener por objeto la declaración de un derecho que una parte estima asistirle, para evitar o componer un litigio que le afecta o puede afectarle en el futuro, agotándose la jurisdicción del Tribunal en la mera declaración de certeza sin que pueda imponer una prestación a la contraria” (Sentencia dictada en la causa Rol N°6.307-2005, del 29° Juzgado Civil de Santiago, de fecha 8 de junio de 2005, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago).*

*En consecuencia, se trata de una situación de incertidumbre, que afecta a la agraviada, que la autoriza a exigir del órgano jurisdiccional -llamado precisamente a declarar con fuerza legal el derecho aplicable- se le clarifique su esfera subjetiva, precisando su campo de acción y los límites que la afectan, pronunciamiento que únicamente podrá obtener mediante una acción declarativa de derechos, como ha sucedido en la especie.*

En el caso sub-lite, el Banco del Estado de Chile ha solicitado se declare que se encuentra sometido a la fiscalización exclusiva de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y que las normas generales y especiales aplicables al sector público se le aplican excepcionalmente. De esta manera, pretende con esta declaración que ni las Oficinas de Informaciones de la Cámara de Diputados ni del

Senado puedan exigirle la entrega de antecedentes específicos vinculados a su gestión empresarial por exceder con ello el ámbito de las atribuciones propias; asimismo, persigue que la Contraloría General de la República no pueda exigir coercitivamente dicha información.

Los jueces del fondo arribaron a la conclusión que el Banco del Estado de Chile es un organismo de la Administración del Estado, razón por la que se llega a la convicción que la citada institución crediticia se encuentra obligada a dar la información requerida.

Sobre este aspecto, debe considerarse lo pretendido por el constituyente al regular las facultades de las Comisiones Investigadoras de la Cámara de Diputados, esto es, que los funcionarios de las empresas del Estado estén obligados a suministrar los antecedentes e informaciones que se les requieran, sin que corresponda aducir distinción ni excepción alguna. En efecto, según se ha consignado en la historia fidedigna de las reformas constitucionales, “en nuestro sistema, existen entidades que evidentemente son de naturaleza estatal y que, sin embargo, esgrimiendo los más diversos argumentos, esquivan el control que la Cámara de Diputados debe ejercer sobre ellas” (intervención del senador señor Prokurica durante la discusión del Segundo Informe del Proyecto de Reforma Constitucional).

Refuerza esta idea el actual artículo 9° de la Ley Orgánica del Congreso Nacional cuando dispone -en lo pertinente- en su inciso primero que: “Los organismos de la Administración del Estado deberán proporcionar los informes y antecedentes específicos que les sean solicitados por las Cámaras o por los organismos internos autorizados por sus respectivos reglamentos”. A su vez, el artículo 293 del Reglamento de la Cámara de Diputados señala que “Las Comisiones permanentes, las Comisiones especiales y las investigadoras, creadas en conformidad con los artículos 229 y 297, respectivamente, la Oficina de Informaciones y la Secretaría de la Cámara de Diputados, son los órganos internos autorizados para solicitar los informes y antecedentes específicos que estimen pertinentes o que les sean requeridos, a los organismos de la Administración del Estado, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 9° de la Ley N° 18.918”.

En el mismo sentido, el artículo 1° del Decreto Ley N°2079 dispone que “El Banco del Estado de Chile es una empresa autónoma del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, de duración indefinida, sometida exclusivamente a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, que se relacionará con el Gobierno a través del Ministerio de Hacienda”.

Por lo tanto, según se advierte de las normas citadas, es evidente que la institución crediticia como integrante de la Administración del Estado debió proporcionar la información solicitada por las Cámaras, quienes actuaron dentro de la esfera de sus atribuciones. En efecto, cuando la Constitución Política de la República habla en el artículo 52 N° 1 de “actos del Gobierno”, se está refiriendo a todos los actos del Poder Ejecutivo, esto es, a los actos de la Administración del Estado, concepto que es completamente diferente a los llamados “actos de gobierno”, que son aquellos de contenido esencialmente político, y no susceptibles de control jurisdiccional.

Asimismo, acerca de las facultades fiscalizadoras de la Contraloría General de la República sobre el Banco del Estado de Chile debe tenerse presente que la propia recurrente ha expresado que estimó pertinente no remitir la información requerida por la citada Contraloría, argumentando que no le eran aplicables los artículos 9° y 10° de la Ley N° 18.918, por expresa disposición del artículo 2° del Decreto Ley N° 2.079, Orgánica del Banco del Estado.

Sin embargo, de la lectura de esta disposición, se advierte que ella misma establece la excepción a la regla general, al disponer que: “No le serán aplicables, por tanto, las normas generales o especiales relativas al sector público, salvo que ellas dispongan de modo expreso que han de afectar al Banco del Estado de Chile”.

De acuerdo a las disposiciones transcritas, en lo pertinente, puede colegirse que la Contraloría General de la República puede y debe fiscalizar a los entes estatales, dentro de los cuales se encuentra el Banco del Estado. En efecto, las empresas estatales -sean empresas públicas, sociedades del Estado o entidades en que el Estado participe mayoritariamente- se encuentran sujetas a la fiscalización de la Contraloría General de la República y a normas legales de carácter financiera.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Oyarzún, quien fue de la opinión de acoger el recurso, fundándose en las siguientes razones:

Que las medidas de control que se contemplan por el artículo 9° de la Ley N° 18.918 sobre “los organismos de Administración del Estado” no pueden afectar al Banco del Estado de Chile, en atención al régimen de fiscalización exclusiva que a su respecto compete a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, según lo dispuesto en el artículo 1° del D.L. N° 2.079 y lo que se prescribe por el artículo 2° de este mismo cuerpo legal en orden a que dicho Banco

no le resultan aplicables las normas relativas al sector público, salvo que ellas dispongan de modo expreso que han de afectar al Banco del Estado, regla de excepción que no existe en la especie, al no contenerse en el artículo 9° de la Ley N° 18.918 ni en otra cualquiera disposición de nuestro ordenamiento positivo norma alguna que así lo establezca.

*SANTIAGO, VEINTIOCHO DE MAYO DE DOS MIL NUEVE.*

**VISTOS:**

En estos autos sobre juicio ordinario sobre declaración de mera certeza, Rol N°6585-07, caratulados “Banco del Estado de Chile con Fisco”, seguidos ante el Decimoséptimo Juzgado Civil de Santiago, por sentencia de fecha trece de agosto de dos mil dos de fojas 398 -en lo que interesa- fueron rechazadas en todas sus partes las demandas interpuestas a fojas 1, 139 y 284 por la institución bancaria indicada, y se condenó a cada una de las partes al pago de las costas.

Apelada esta resolución por la demandante, la Octava Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por resolución de fecha veintiocho de agosto de dos mil siete -que se lee a fojas 487-, confirmó el referido fallo.

En contra de esta última sentencia, a fojas 488, el abogado don Juan Agustín Figueroa Yávar, en representación del Banco del Estado de Chile, dedujo recurso de casación en el fondo.

Se ordenó traer los autos en relación.

**CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:**

Primero: Que el recurso de casación en el fondo entablado acusa como infringidas: las normas contenidas en los artículos 1° y 2° del Decreto Ley N° 2.079; artículo 1°, inciso segundo de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado; el artículo 9°, inciso primero, de la Ley 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional; los artículos 52 N°1 y 19 N°21, inciso segundo, de la Constitución Política de la República; y el artículo 19 inciso primero del Código Civil;

Segundo: Que en relación a la forma en que se han producido las infracciones fundantes de la presente vía de impugnación, la recurrente expone que respecto a los artículos 1° y 2° del Decreto Ley N°



2.079, ello sucedió desde el momento que éstas no fueron aplicadas. En efecto, afirma que estas normas son precisamente las que rigen al Banco del Estado de Chile, institución que se encuentra bajo la fiscalización exclusiva de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y, en virtud del claro mandato legal, no le son aplicables las normas generales o especiales relativas al sector público.

A continuación, refiere que la vulneración del inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, se “ha consumado por falsa aplicación, al haberla aplicado al Banco del Estado, cuando ello no lo era en la especie”. Agrega que ello “deriva de que tratándose de un ordenamiento de carácter general, aplicable al sector público, no lo es en particular para este Banco, por falta de mención expresa” [sic].

Respecto del quebrantamiento del inciso primero del artículo 9° de la Ley 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, acusa que se produce por su falsa aplicación, ya que la potestad de recabar informes y antecedentes por parte de las Cámaras y sus organismos autorizados, sólo se puede ejercer respecto de la institución bancaria referida si “existiese norma que le fuese aplicable”, lo que en la especie entiende que no ocurre.

Sobre la violación a los artículos 52 N°1 y 19 N° 21, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, expresa que, sobre el primero, se produce “al haberlo aplicado a una situación en que no lo era”. De esta manera -asevera- hay una falsa aplicación de la norma “para pretender controlar, por la Cámara de Diputados, la actividad empresarial de esta institución financiera”, en circunstancias que sus actos no son actos del Gobierno, pues le es aplicable la legislación común y se encuentra sujeta a la fiscalización de la indicada Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

Respecto de la segunda norma, indica que se infringe al no haberse aplicado. Agrega que debe tenerse presente que la actividad del Estado empresario debe entenderse en sentido restrictivo, por lo que -a su parecer- “el Banco del Estado sigue autorizado para realizar actividades empresariales y en la medida que no haya ninguna excepción que diga relación con su quehacer, su actividad queda sometida a la legislación común aplicable a los particulares” [sic]. Concluye que “las Cámaras legislativas no pueden recabar del Banco del Estado de Chile informaciones que digan relación con su quehacer empresarial. Si se concluyera lo contrario, el Banco del Estado quedaría en situa-

ción de desmedro, lo que claramente infringiría, por falta de aplicación, el inciso segundo del N°21 del artículo 19 de la Constitución Política” [sic].

Finalmente -indica- sobre la vulneración del artículo 19, inciso primero del Código Civil, que también se produce por su no aplicación, al no haberse interpretado “todas y cada una de las disposiciones que se dan por quebrantadas, en la medida que en relación con todas y cada una de ellas, frente a su claro sentido, se ha desatendido su tenor literal” [sic];

Tercero: Que al explicar el modo en que los errores denunciados influyen sustancialmente en lo dispositivo del fallo, la reclamante manifiesta que, de no existir tales infracciones, debió concluirse “que el Banco del Estado estaba sólo y exclusivamente sujeto a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y, en consecuencia, no sujeto al control de las cámaras legislativas o sus organismos autorizados” [sic]. De esta manera, expresa que si “se hubiese llegado a la conclusión contraria, era necesario acceder a la demanda” [sic];

Cuarto: Que para entrar al análisis del libelo impugnatorio, debe tenerse -previamente en consideración- cuáles son los hechos que han motivado la presente demanda de declaración de certeza.

En efecto, los jueces del fondo -según se lee en la consideración novena del fallo de primera instancia- han dejado establecido que la Comisión de Informaciones de la Cámara de Diputados solicitó un informe sobre los vehículos asignados para uso de los gerentes de la institución crediticia, durante el año 1997 y un listado de todas las empresas externas que operan con el banco en materia de cobranzas judiciales y extrajudiciales. Posteriormente, la Oficina de Informaciones del Senado solicitó el detalle de todas las asesorías externas contratadas por el banco durante los años 1994 a 1999, todo ello en virtud de lo dispuesto por el artículo 9 de la ley 18.918. Ante ello, el Banco del Estado de Chile, demandante de autos, estimó pertinente no remitir la información requerida, argumentando que no le eran aplicables los artículos 9° y 10° de la ley 18.918, por expresa disposición del artículo 2° del Decreto Ley N°2.079. Como consecuencia de este actuar, la Contraloría General de la República dictaminó exigiendo -mediante el procedimiento administrativo de rigor- la entrega de la información solicitada bajo apercibimiento de aplicar una medida disciplinaria a la institución bancaria;

Quinto: Que, en consecuencia, la pretensión de la demandante y recurrente de autos, se encontraría encaminada a requerir de la justicia ordinaria una declaración de mera certeza sobre la real situación jurídica del Banco del Estado de Chile;

Sexto: Que debe expresarse que, según se ha entendido por la doctrina y la jurisprudencia, la acción de mera certeza, “sólo puede tener por objeto la declaración de un derecho que una parte estima asistirle, para evitar o componer un litigio que le afecta o puede afectarle en el futuro, agotándose la jurisdicción del Tribunal en la mera declaración de certeza sin que pueda imponer una prestación a la contraria” (Sentencia dictada en causa Rol N°6.307-2005, del 08.06.2005, del 29° Juzgado Civil de Santiago, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago).

En consecuencia, se trata de una situación de incertidumbre, que afecta a la agraviada, que la autoriza a exigir del órgano jurisdiccional - llamado precisamente a declarar con fuerza legal el derecho aplicable-, se le clarifique su esfera subjetiva, precisando su campo de acción y los límites que la afectan, pronunciamiento que únicamente podrá obtener mediante una acción declarativa de derechos, como ha sucedido en la especie;

Séptimo: Que en el caso sub-lite, el Banco del Estado de Chile ha solicitado se declare que se encuentra sometido a la fiscalización exclusiva de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y que las normas generales y especiales aplicables al sector público, se le aplican sólo excepcionalmente. De esta manera, pretende con esta declaración que ni las Oficinas de Informaciones de la H. Cámara de Diputados, ni del H. Senado, puedan exigirle la entrega de antecedentes específicos vinculados a su gestión empresarial por exceder con ello el ámbito de las atribuciones propias; asimismo, persigue que la Contraloría General de la República, no pueda exigir coercitivamente dicha información;

Octavo: Que de acuerdo a las normas transcritas en los motivos décimo a duodécimo y, teniendo presente el análisis efectuado en los razonamientos décimo tercero a décimo séptimo del fallo de primera instancia, los jueces del fondo arribaron a la conclusión que el Banco del Estado de Chile es un organismo de la Administración del Estado, sujeto a dar cumplimiento a las obligaciones a que dichas disposiciones se refieren, razón por lo que se llega a la convicción que

la citada institución crediticia se encuentra obligada a dar la información requerida;

Noveno: Que, en este orden de ideas, resulta preciso remontarse a la historia fidedigna de la propia ley orgánica que rige al Banco del Estado de Chile. De acuerdo a ello, según Ordinario N°6583/130/24, de fecha 22 de noviembre de 1977, el entonces Presidente de la Primera Comisión Legislativa emite un segundo informe a la Junta de Gobierno, recaído en el proyecto de decreto ley que fija la nueva Ley Orgánica del Banco del Estado. En dicha oportunidad, dentro del acápite “Análisis y Acuerdos sobre Materias Controvertidas del Proyecto”, se señala que: “durante la discusión del proyecto en la Comisión Mixta, los representantes de la Segunda Comisión Legislativa pidieron se revisara el proyecto en orden a producir un nuevo acuerdo en los dos temas centrales de la materia que estamos analizando: a) La función del Banco como agente financiero del Estado, y b) La comercialización de bienes. En relación con el punto signado con la letra a), es necesario recordar que la Ley Orgánica actual, en el art. 2°, letra e), se señala, entre las funciones del Banco, la de actuar como agente financiero y bancario -en especial, del Fisco- y de las instituciones del sector público” [sic].

Más adelante, el referido informe expresa que “La Segunda Comisión Legislativa sostuvo la tesis de que no hay razón para suprimir esta función de la ley actual, sobre todo por la naturaleza del Banco que, pese a todo, no ha dejado de ser una entidad del Estado” (énfasis agregado). Finalmente bajo estas inquietudes, la Comisión Mixta optó -en lo que interesa- por aceptar unánimemente el criterio de la Segunda Comisión Legislativa.

A mayor abundamiento, dentro de la Relación Complementaria para ante la Junta de Gobierno, sobre el proyecto de decreto ley referido, teniendo en cuenta que el Banco del Estado de Chile -según lo reconoce el propio artículo 1° del proyecto que lo define como una empresa autónoma del Estado- “constituye un servicio público descentralizado que integra la Administración del Estado”, se observó que ello no obsta a que “el Banco se rija por normas que ordinariamente son propias del sector privado, por cuanto ello no es sino una ficción legal destinada a facilitar su actividad comercial, que no puede tener la virtud de alterar la real naturaleza de la entidad, más aún cuando ella debe confrontarse en relación con normas de rango constitucional” (énfasis agregado);

Décimo: Que, en relación a las facultades de las Cámaras de Diputados y del Senado, la protestante asevera que éstas no pueden “exigirle a este Banco la entrega de antecedentes específicos vinculados a su gestión empresarial, por exceder este pedido el ámbito de las atribuciones propias de dichos cuerpos legislativos” [sic].

Sobre este aspecto, debe considerarse lo pretendido por el constituyente al regular las facultades de las Comisiones Investigadoras de la H. Cámara de Diputados, esto es, que los funcionarios de las empresas del Estado están obligados a suministrar los antecedentes e informaciones que se les requieran, sin que corresponda aducir distinción ni excepción alguna. En efecto, según se ha consignado en la historia fidedigna de las reformas constitucionales en nuestro sistema, existen entidades que evidentemente son de naturaleza estatal y que, sin embargo, esgrimiendo los más diversos argumentos, esquivan el control que la Cámara de Diputados debe ejercer sobre ellas (senador señor Prokurica durante la discusión del segundo informe del proyecto de reforma constitucional). Este mismo senador citó algunos casos ejemplares como CODELCO-Chile, Banco del Estado de Chile y Televisión Nacional de Chile. Informó que estas instituciones se muestran permanentemente renuentes a remitir a las Cámaras Legislativas los antecedentes que se les solicitan e, incluso, interponen ante los tribunales demandas civiles de mera certeza destinadas tanto a impugnar la aplicación de los artículos 9 y 10 de la ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, como a controvertir las atribuciones que la Contraloría General de la República está llamada a cumplir en estas situaciones. Ello, sostuvo, no es admisible dentro de nuestro ordenamiento. El Honorable Senador señor Espina consideró indispensable dejar constancia, para los efectos de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, de su criterio en cuanto a que las empresas del Estado creadas por ley pueden ser fiscalizadas por la Cámara de Diputados. Los miembros de la Comisión concordaron con la sugerencia del Honorable Senador señor Espina.

Así las cosas, refuerza esta idea el actual artículo 9° de la Ley Orgánica del Congreso Nacional cuando dispone -en lo pertinente- en su inciso primero que “ Los organismos de la Administración del Estado deberán proporcionar los informes y antecedentes específicos que les sean solicitados por las Cámaras o por los organismos internos autorizados por sus respectivos reglamentos”. A su vez, el artículo 293 del Reglamento de la Cámara de Diputados señala que “Las

Comisiones permanentes, las Comisiones especiales y las investigadoras, creadas en conformidad con los artículos 229 y 297, respectivamente, la Oficina de Informaciones y la Secretaría de la Cámara de Diputados, son los órganos internos autorizados para solicitar los informes y antecedentes específicos que estimen pertinentes o que les sean requeridos, a los organismos de la Administración del Estado, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 9° de la ley N° 18.918”.

En el mismo sentido, el artículo 1° del Decreto Ley N°2079, dispone que “El Banco del Estado de Chile es una empresa autónoma del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, de duración indefinida, sometida exclusivamente a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, que se relacionará con el Gobierno a través del Ministerio de Hacienda” (énfasis agregado);

Undécimo: Que, por lo tanto, según se advierte de las normas citadas, es evidente que la institución crediticia -como integrante de la Administración del Estado- debió proporcionar la información solicitada por las Cámaras, quienes actuaron dentro de la esfera de sus atribuciones. En efecto, cuando la Constitución Política de la República habla en el artículo 52 N° 1 de “actos del Gobierno”, se está refiriendo a todos los actos del Poder Ejecutivo, esto es, a los actos de la Administración del Estado, concepto que es completamente diferente a los llamados “actos de gobierno”, que son aquellos de contenido esencialmente políticos, y no susceptibles de control jurisdiccional;

Duodécimo: Que, asimismo, acerca de las facultades fiscalizadoras de la Contraloría General de la República sobre el Banco del Estado de Chile, debe tenerse presente que la propia recurrente ha expresado que estimó pertinente no remitir la información requerida por la citada Contraloría, argumentando que no le eran aplicables los artículos 9° y 10° de la ley 18.918, por expresa disposición del artículo 2° del Decreto Ley N°2.079, Orgánica del Banco del Estado.

Sin embargo, de la lectura de esta disposición, se advierte que ella misma establece la excepción a la regla general, al disponer que: “No le serán aplicables, por tanto, las normas generales o especiales relativas al sector público, salvo que ellas dispongan de modo expreso que han de afectar al Banco del Estado de Chile” (énfasis agregado);

Décimo tercero: Que, en este orden de ideas, el artículo 16° de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, dispone -en lo pertinente- que: “Los Servicios, Ins-

tituciones Fiscales, Semifiscales, Organismos Autónomos, Empresas del Estado y en general todos los Servicios Públicos creados por ley, quedarán sometidos a la fiscalización de la Contraloría General de la República, sin perjuicio del control que ejerce la Superintendencia de Bancos sobre el Banco Central y el Banco del Estado de Chile” (énfasis agregado).

A su vez, el inciso segundo de la citada norma establece que “También quedarán sujetas a la fiscalización de la Contraloría General las empresas, sociedades o entidades públicas o privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, o, en las mismas condiciones, representación o participación, para los efectos de cautelar el cumplimiento de los fines de estas empresas, sociedades o entidades, la regularidad de sus operaciones, hacer efectivas las responsabilidades de sus directivos o empleados, y obtener la información o antecedentes necesarios para formular un Balance Nacional” [sic];

Décimo cuarto: Que, de acuerdo a las disposiciones transcritas, en lo pertinente, puede colegirse -así como también arriba la doctrina y la jurisprudencia- que la Contraloría General de la República puede y debe fiscalizar a los entes estatales, dentro de los cuales se encuentra el Banco del Estado. En efecto, “Las empresas estatales -sean empresas públicas, sociedades del Estado o entidades en que el Estado participe mayoritariamente- se encuentran sujetas a la fiscalización de la Contraloría General de la República y a normas legales de carácter financiera” (Navarro B., Enrique, “Marco Constitucional de las Empresas del Estado”);

Décimo quinto: Que, de esta manera, al requerir la citada Contraloría -mediante el procedimiento administrativo de rigor- la información que se negó a dar la institución bancaria, se encuentra perfectamente dentro de sus atribuciones o facultades legales;

Décimo sexto: Que así las cosas, este Tribunal no advierte las infracciones que acusa la impugnante, de manera tal que el recurso intentado en estos estrados deberá ser desestimado.

Y de conformidad, además, con lo que disponen los artículos 764, 765, 767 del Código de Procedimiento Civil, se declara que se rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto en la presentación de fojas 488, contra la sentencia de veintiocho de agosto del año dos mil siete, escrita a fojas 487.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Oyarzún, quien fue de la opinión de acoger el recurso, fundándose en las siguientes razones:

PRIMERO: Que la cuestión jurídica propuesta en el presente recurso estriba en discernir si resulta aplicable al Banco del Estado de Chile la obligación que el artículo 9° de la Ley n° 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional impone a los organismos de la Administración del Estado en orden a proporcionar los informes y antecedentes específicos que les sean solicitados por las Cámaras o por los organismos internos autorizados por sus respectivos reglamentos; y, en consonancia con la misma interrogante, si corresponde que se imponga por la Contraloría General de la República respecto de esa institución bancaria la sanción establecida en el artículo 10 del mencionado cuerpo legal en el caso de no cumplirse con la entrega de la información solicitada;

SEGUNDO: Que este tema se planteó en las demandas sobre declaración de mera certeza deducidas en autos por el Banco del Estado de Chile contra el Fisco de Chile y la Contraloría General de la República, en cuyo petitorio se solicitó se declarara que dicho Banco se encuentra sometido a la fiscalización exclusiva de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, que no procede que la Cámara de Diputados exija del Banco la entrega de antecedentes específicos vinculados a su gestión empresarial; y que, por ende, no puede la Contraloría General de la República exigir coercitivamente la entrega de dicha información;

TERCERO: Que el hecho causante de la controversia -considerado como tal por los sentenciadores de la instancia- consistió en la remisión por parte de la Oficina de Informaciones de la Cámara de Diputados de diversos oficios en los que requirió del Banco demandante el envío de un listado referido a los vehículos asignados para el uso de sus gerentes, con indicación de sus características técnicas y el nombre del gerente al que fue asignado cada uno de ellos; una nómina de las empresas externas que operan con el Banco en el campo de las cobranzas judiciales y/o extrajudiciales y un detalle de las asesorías externas contratadas, el monto pagado por ellos, la persona natural o jurídica contratada para tales efectos y si éstas subcontrataron a otra entidad;

CUARTO: Que los jueces del fondo, luego de analizar diversos preceptos del D.L. n° 2079 de 1977, que fija el texto de la Ley



Orgánica del Banco del Estado de Chile y el artículo 1° de la Ley n° 18.575 de 1986, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, concluyeron que la mencionada institución bancaria, por ser una empresa pública creada por la ley, forma parte de la Administración del Estado y, por consiguiente, le resultan aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 9 y 10 de la Ley n° 18.918 de 1990, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional; rechazando, al término de tal análisis, la demanda del Banco;

QUINTO: Que una correcta decisión en torno al asunto en controversia debe partir por el examen de los preceptos legales atinentes a la materia -y que los sentenciadores citan expresamente en la fundamentación jurídica de su fallo-.

El artículo 9° de la Ley n° 18.918 dispone que los organismos de la Administración del Estado deben proporcionar los informes y antecedentes específicos que les soliciten las Cámaras o los organismos autorizados por los respectivos reglamentos, con excepción de aquéllos que, por expresa disposición legal, tengan el carácter de secretos o reservados.

El artículo 10 de la misma ley prevé una sanción disciplinaria, aplicable por la Contraloría General de la República, al jefe superior de la entidad que incumpliere la obligación de suministrar la información requerida, con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior.

El artículo 1° de la Ley n° 18.575 en su inciso 2° incluye entre los órganos que forman la Administración del Estado a las empresas públicas creadas por ley.

En su artículo 21 -antiguo artículo 18- la misma ley señala que las normas de su Título II, referidas a la organización y funcionamiento de la Administración del Estado, no se aplicarán, entre otras entidades, a las empresas públicas creadas por ley, las que se regirán por las normas constitucionales pertinentes y por sus respectivas leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado;

SEXTO: Que, prosiguiendo con la enunciación normativa que se ha propuesto, corresponde examinar las disposiciones pertinentes del D.L. n° 2079 de 1997 que, como se expresó anteriormente, constituye la Ley Orgánica del Banco del Estado de Chile.

En su artículo 1° se señala que el Banco del Estado de Chile es una empresa autónoma del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, de duración indefinida, sometida exclusivamente

a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, que se relaciona con el Gobierno, a través del Ministerio de Hacienda.

El artículo 2º, luego de expresar que la institución se regirá preferentemente por las normas de esa Ley Orgánica y, en lo no previsto en ella, por la legislación aplicable a las empresas bancarias y demás disposiciones que rigen el sector privado, prescribe que no le serán aplicables, por tanto, las normas generales o especiales, relativas al sector público, salvo que ellas dispongan de modo expreso que han de afectar al Banco.

El artículo 29 dispone que el Banco podrá efectuar las funciones, actividades, operaciones e inversiones propias de los bancos comerciales y de fomento, con sujeción a los fines y plazos que las respectivas leyes contemplen; sin perjuicio de lo cual, serán aplicables a dichas operaciones, cualquiera sea su naturaleza, las mismas obligaciones, limitaciones y prohibiciones que rigen para los bancos comerciales;

SÉPTIMO: Que el enunciado de los textos legales de que se ha dado cuenta en los considerandos que anteceden permite cierta divergencia o antinomia entre el contenido del artículo 9º de la Ley n° 18.918 y aquél de los artículos 1º y 2º del D.L. n° 2.079 -cuya elucidación resulta determinante para resolver la controversia inserta en el recurso-; y ello es así porque, mientras la primera de esas disposiciones obliga a los órganos de la Administración del Estado -entre los que queda comprendido el Banco del Estado de Chile, según el referido artículo 1º inciso 2º de la Ley n° 18.575- a proporcionar los informes y antecedentes específicos que les soliciten las Cámaras del Congreso Nacional, lo que configura una forma de control de éstas -de carácter político, en el caso- sobre la institución afectada con el requerimiento, el artículo 1º del D.L. n° 2.079 establece que el Banco del Estado de Chile se halla sometido a la fiscalización exclusiva de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y su artículo 2º, después de expresar que la institución se regirá por las normas de su ley orgánica -constituida, según se expresó, por el mismo D.L. n°2.079- y la legislación relativa a las empresas bancarias y demás disposiciones que rigen para el sector privado, puntualiza que no le serán aplicables las normas generales o especiales relativas al sector público, salvo que ellas dispongan de modo expreso que han de afectar al Banco del Estado de Chile;

OCTAVO: Que la confrontación así puesta de manifiesto debe discernirse, en opinión del disidente, en el sentido que las medidas de control que se contemplan por el artículo 9° de la Ley n° 18.918 sobre “los organismos de Administración del Estado” no pueden afectar al Banco del Estado de Chile, en atención al régimen de fiscalización exclusiva que, a su respecto, compete a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, según lo dispuesto en el artículo 1° del D.L. n° 2.079 y lo que se prescribe por el artículo 2° de este mismo cuerpo legal en orden a que dicho Banco no le resultan aplicables las normas relativas al sector público, salvo que ellas dispongan de modo expreso que han de afectar al Banco del Estado, regla de excepción que no existe en la especie, al no contenerse en el artículo 9° de la Ley n° 18.918 ni en otra cualquiera disposición de nuestro ordenamiento positivo norma alguna que así lo establezca;

NOVENO: Que, en efecto, el tema en análisis se vincula con el sistema de control de legalidad instituido respecto de los órganos de la Administración -en cuyo género se adscribe el Banco del Estado, según antes se expresó, dada su condición de empresa pública creada por ley- con la finalidad de que en el ejercicio de sus actividades y funciones presten acatamiento al orden jurídico;

DÉCIMO: Que, en lo que atañe al Banco del Estado de Chile, el control administrativo de su desempeño ha sido confiado de manera exclusiva, de acuerdo con el mandato de su ley orgánica, a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, cuyo estatuto jurídico radica en el D.F.L. n° 3° de 1997, que fija el Texto Refundido, Sistematizado y Concordado del D.F.L. n° 252 de 1960 (Ley General de Bancos) y del D.L. n° 1097 de 1975 (Orgánico de la misma Superintendencia).

En su artículo 1° dicho cuerpo legal describe a este organismo como una institución autónoma, con personalidad jurídica, de duración indefinida, que se relaciona con el gobierno a través del Ministerio de Hacienda.

Respecto del ámbito de la fiscalización que le corresponde desempeñar, se comprende determinadamente al Banco del Estado y también a las demás empresas bancarias, cualquiera que sea su naturaleza y a las entidades financieras cuyo control no esté encomendado por la ley a otra institución (artículo 2°).

En el cumplimiento de su labor fiscalizadora -y con miras a que las instituciones afectadas cumplan las leyes, reglamentos, estatutos

y otras disposiciones que las rijan- la Superintendencia está facultada para “ejercer la más amplia fiscalización sobre todas sus operaciones y negocios” (artículo n° 12).

Para satisfacer a cabalidad este cometido legal, la mencionada entidad ha sido provista de extensas atribuciones como: a) examinar sin restricción alguna y por los medios que estime del caso, todos los negocios, bienes, libros, cuentas, archivos, documentos y correspondencia de dichas instituciones y requerir de sus administradores y personal, todos los antecedentes y explicaciones que juzgue necesarios para su información acerca de su situación, de sus recursos, de la forma en que se administran sus negocios, de la actuación de sus personeros, del grado de seguridad y prudencia con que se han invertido sus fondos y, en general, de cualquier otro punto que convenga esclarecer (artículo 12 inciso 3°); b) impartir instrucción y adoptar las medidas tendientes a corregir las deficiencias que observare y, en general, las que estime necesarias en resguardo de los depositantes u otros acreedores y del sector público (artículo 22 inciso 4°); y c) fijar normas de carácter general para la presentación de los balances y otros estados financieros de las instituciones fiscalizadas y la forma en que han de llevar su contabilidad, debiendo velar porque la aplicación de tales normas permita reflejar la real situación de la empresa (artículo 15 inciso 1°).

Desde otra perspectiva, la facultad de fiscalizar que compete a la Superintendencia comprende también la no menos trascendente de “aplicar o interpretar las leyes, reglamentos y demás normas que rijan a las empresas vigiladas” (artículo 12 inciso 2°).

Con miras a fortalecer la eficacia de sus atribuciones fiscalizadoras, la Superintendencia se encuentra facultada para imponer a las instituciones sujetas a su fiscalización una gama de sanciones, graduadas de acuerdo a la gravedad de las infracciones, que oscilan entre amonestaciones, censura y multas hasta la designación de un inspector delegado o de un administrador provisional (artículos 19 y 24);

UNDÉCIMO: Que se ha estimado necesaria traer a colación la normativa precedente en función de poner de relieve -a propósito del tema jurídico planteado por el recurso- el extenso y riguroso sistema de control con que el ordenamiento dota a la Superintendencia para velar por el correcto desarrollo en todo su espectro de la actividad empresarial del Banco del Estado;

DUODÉCIMO: Que no es inoficioso recordar que la intervención de la Contraloría General de la República en el caso de que se trata no se encuentra referida -de acuerdo a lo asentado por los jueces del fondo en el fallo que se impugna- con las funciones de control a que alude la Ley n° 10.336 en su artículo 16 inciso 1° -las que, por consiguiente, no guardan pertinencia con la situación planteada en el recurso-, sino con las atribuciones de índole específicamente sancionatoria que a dicho organismo contralor se le entregan por el artículo 10 de la precitada Ley n° 19.918 en el evento de renuencia por parte del Banco del Estado al envío de la información requerida por las Cámaras del Congreso Nacional, asilándose en su artículo 9°;

DÉCIMO TERCERO: Que a la conclusión señalada precedentemente se arriba aplicándose el principio de interpretación consagrado en los artículos 4 y 13 del Código Civil, de acuerdo con el cual, las leyes especiales deben prevalecer sobre las generales; criterio que tiene vigencia en todo el ordenamiento positivo por cuanto recoge el propósito del legislador de sustraer de la regulación general concerniente a determinados asuntos, ciertos aspectos o materias cuyo tratamiento reserva a una ley especial.

No obsta a la aplicación de este principio que -como ocurre en este caso- la ley especial preceda en el tiempo a aquella de carácter general pues, como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corte, el indicado criterio hermenéutico constituye una regla de derecho comúnmente aceptada en legislaciones modernas, de acuerdo con cuyos postulados, la ley especial continúa rigiendo la materia a que se aplica y la ley general, aunque sea posterior, sólo puede aplicarse en los casos en que la primera guarda silencio (“*legi speciali per generalem non derogatur*”);

DÉCIMO CUARTO: Que la misma conclusión se obtiene al considerarse la naturaleza jurídica y el objeto o finalidad que para el Banco del Estado de Chile se establecen en su normativa institucional, constituida, según antes se expresó, por el D.L. n° 2.079 de 1977, el cual, luego de identificarlo en su artículo 1° como una “empresa autónoma del Estado”, señala en el artículo 2° que, en lo no previsto por la regulación estatutaria de ese cuerpo legal, se regirá “por la legislación aplicable a las empresas bancarias y demás disposiciones que rijan para el sector privado”, agregando en el artículo 3° que “tendrá por objeto prestar servicios bancarios o financieros con el fin de favorecer el desarrollo de las actividades económicas nacionales”.

Siguiendo el mismo lineamiento, el artículo 29 señala: “El Banco podrá efectuar las funciones, actividades, operaciones e inversiones propias de los bancos comerciales y de fomento, con sujeción a los fines y plazos que las respectivas leyes contemplan.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso anterior, serán aplicables a ellas, cualquiera que sea su naturaleza, las mismas obligaciones, limitaciones y prohibiciones que rigen para los bancos comerciales”;

DÉCIMO QUINTO: Que cabe, por otra parte, tener presente que el D.L. n° 2.079, junto con determinar el giro del Banco, dedica parte de su normativa a regular materias relacionadas con la formación de su capital, utilidades, composición de sus organismos directivos, sus atribuciones y funcionamiento (artículos 8° a 28°); constituyendo estas disposiciones una expresión de la naturaleza pública de dicha entidad bancaria;

DÉCIMO SEXTO: Que el examen de las normas legales que se viene de consignar evidencia que el Banco del Estado de Chile constituye una expresión concreta de la actividad empresarial del Estado en los términos previstos por el artículo 19 n° 21 inciso 2° de la Constitución Política de la República, el cual establece que “El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado las autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”.

Corresponde precisar en este punto que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4° transitorio de la misma Carta Fundamental, debe entenderse que las leyes en vigor al tiempo de su entrada en vigencia sobre materias que, conforme a sus prescripciones, deben ser aprobadas con quórum calificado -cuyo es el caso del tantas veces citado D.L. N° 2079 de 1977 que crea el Banco del Estado de Chile como entidad empresarial del Estado- cumplen con este requisito y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Carta;

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, acorde con lo recién expresado, el Banco del Estado de Chile aparece sometido a un doble régimen normativo: uno de derecho público, que se refiere a la autorización para el desarrollo de actividades empresariales, a su giro, patrimonio, utilidades, organización y funcionamiento -aspecto a que se hizo referencia en el fundamento décimo quinto- y otro de derecho privado,

al cual pertenecen las actividades de carácter empresarial que le corresponde desarrollar para la consecución de los fines relacionados con su giro comercial;

DÉCIMO OCTAVO: Que en lo concerniente al segundo de los aspectos mencionados -que se vincula de modo directo con el asunto propuesto por la recurrente- cobra relevancia el texto fundamental precitado, desde que, como lo ha sostenido con énfasis la doctrina, la supremacía constitucional -principio modernamente concebido como una piedra angular del Estado de Derecho- no opera sólo en el proceso de elaboración de la ley, que exige atenerse al criterio de graduación de las normas jurídicas, conforme al cual, la validez de aquéllas de rango inferior, como las leyes, se justifica en su conformidad con aquélla ubicada en el nivel jerárquico superior dentro de la pirámide normativa, lugar que axiomáticamente corresponde a la Carta Fundamental; sino que se hace extensiva también a la etapa de aplicación de las leyes, en cuanto éstas deben necesariamente interpretarse conciliando sus disposiciones con los preceptos consagrados en la Carta Fundamental;

DÉCIMO NOVENO: Que, proyectado este principio rector de hermenéutica a la materia de que se trata, procede concluir que, de acuerdo con lo que se dispone en el mencionado inciso 2° del numeral 21 del artículo 19 de la Constitución Política, la actividad empresarial del Banco del Estado debe desenvolverse con sujeción a las normas del derecho común, en un plano de igualdad con las demás empresas que compiten en el mercado bancario, con acceso a los mismos beneficios y sometiéndose a idéntico régimen de restricciones y control, como ocurre en este punto con la fiscalización que sobre ellas le corresponde ejercer a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras;

VIGÉSIMO: Que este tratamiento igualitario con las demás entidades que desarrollan actividades de índole empresarial, a que se encuentran afectas aquellas empresas que, como el Banco demandante en autos, pertenecen al Estado y se sujetan en el mencionado plano a las reglas del derecho común, acorde con lo dispuesto en el citado texto de la Carta, se manifiesta en un doble aspecto: por una parte, ellas no gozan de un estatuto de excepción que les reporte privilegios -a menos que se establezca mediante una ley de quórum calificado- y, por la otra, tampoco pueden exponerse a un trato discriminatorio que

les produzca menoscabo frente a sus congéneres del ámbito privado con las que concurre en competencia al mercado bancario;

VIGÉSIMO PRIMERO: Que semejante situación de desmedro, sin duda incompatible con el mandato constitucional, se haría patente al imponérsele al Banco del Estado -bajo la amenaza de sanción para su jefe superior- la carga de remitir a las Cámaras del Parlamento los “informes y antecedentes específicos” que éstas le soliciten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 9° de la Ley n° 18.918, por representar tales requerimientos una traba para el expedito desenvolvimiento de la actividad de su giro, carga que no pesa sobre las empresas del mismo rubro, pertenecientes al segmento privado de la economía;

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que al estimar los jueces de fondo -desentendiéndose de la interpretación que corresponde asignar a la normativa aplicable respecto de la cuestión comprendidas en el recurso, según se viene de explicar en los razonamientos precedentes- que el Banco del Estado se encontraba en la obligación de suministrar, dada su calidad de empresa pública integrante de la Administración estatal, la información requerida por la Cámara de Diputados y que guardaba relación con su actividad empresarial, de conformidad al artículo 9° de la Ley n° 18.918, haciéndose pasible su autoridad superior, en caso de incumplir esa obligación, de la medida sancionatoria prevista en el artículo 10 del mismo cuerpo legal, ha incurrido en las diversas infracciones de ley, con influencia sustancial en lo dispositivo de la sentencia impugnada, que se denuncian en el recurso de casación;

VIGÉSIMO TERCERO: Que, en efecto, la sentencia cuestionada, de acuerdo con las argumentaciones precedentemente desarrolladas, vulnera, por preterición, los artículos 1° y 2° del D.L. n° 2.079, en cuanto admite una modalidad de fiscalización sobre la gestión empresarial del Banco demandante, desconociendo la exclusividad del control que en ese ámbito concierne, según lo prescrito en el primero de los preceptos mencionados, a la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras; y, en relación a la segunda de esas disposiciones, al desobedecer su mandato en orden a que las normativas atinentes del sector público no resultan aplicables, salvo mención expresa, al Banco del Estado de Chile.

Por lo expuesto, el fallo transgredió también -esta vez, por falsa aplicación- el artículo 9° de la Ley n° 18.918, al hacer extensivas sus normas a una situación no regida por ellas, desde que la facultad que



allí se le reconoce a ambas Cámaras del Parlamento para requerir a las empresas del Estado -en cuanto integrantes de la Administración de éste- informes y antecedentes específicos, no es aplicable al Banco del Estado -en lo que toca al ejercicio de su quehacer empresarial- por no existir una disposición legal que así lo ordene.

Se vulnera, en fin, por la sentencia recurrida el mandato establecido en el inciso 2° del numeral 21 de la Carta Fundamental, en cuanto, correspondiendo el giro del Banco, según anteriormente se expresó, a una actividad empresarial del Estado, autorizada por una ley de quórum calificado -D.L. n° 2079 de 1977, artículo 4° transitorio de la Constitución Política- le corresponde en ese ámbito un tratamiento de paridad, expresado en un régimen de fiscalización común, con las empresas bancarias del área privada a cargo de un ente público de inspección: la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras;

VIGÉSIMO CUARTO: Que, en fin y aun no resultando por entero pertinente a la materia en análisis -la cual como se ha podido advertir, gira exclusivamente en torno a la normativa del artículo 9 de la Ley n° 18.918 y del artículo 10, que le sirve de complemento- pues las partes ni siquiera lo invocaron en sus presentaciones básicas que dan sustento a la controversia, el fallo transgrede, por falsa aplicación, el artículo 52 n° 1 de la Carta Política, que se refiere a las potestades fiscalizadoras de naturaleza política de la Cámara de Diputados respecto de los actos del Gobierno, las que no aparecen directa y necesariamente vinculables a la gestión empresarial que desarrolla la entidad demandante en el campo de los negocios bancarios.

En virtud de los razonamientos que preceden, el ministro de la disidencia estuvo por acoger el recurso de casación en el fondo interpuesto por el Banco del Estado, invalidando la sentencia impugnada y, acto continuo, dictando una de reemplazo, acogiendo la demanda deducida por dicha entidad, en todas sus partes.

*REGÍSTRESE Y DEVUÉLVASE CON SUS AGREGADOS.*

*REDACCIÓN DE LA MINISTRO SRA. ARANEDA Y DE LA DISIDENCIA SU AUTOR.*

*ROL N°6585-2007.*

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Adalis Oyarzún Miranda, Sr. Héctor Carreño Seaman, Sr. Pedro Pierry Arrau, Sra. Sonia Araneda Briones y el Abogado Integrante Sr. Benito Mauriz Aymerich. Santiago, 28 de mayo de 2009 (Rol n°6585-07).

**CORTE SUPREMA****Fisco de Chile con CHILECTRA S.A.****17 de junio de 2009**

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

**DOCTRINA:** *El recurrente planteó en el primer capítulo de casación que el fallo habría errado en derecho al hacer prevalecer el artículo 73 del D.F.L. N°1 del año 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, por sobre el artículo 41 del D.F.L. 850, del Ministerio de Obras Públicas.*

*En la especie la contradicción de normas se presenta entre el artículo 41 del D.F.L. N° 850, del año 1997, que fijó el actual texto de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y de la Ley de Caminos, y el inciso final del artículo 73 del D.F.L. N° 1 de Minería, de 1982, denominado Ley General de Servicios Eléctricos (actualmente contenida en el D.F.L. N° 4 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.F.L. N° 1 señalado).*

*Así, el inciso primero del artículo 41 precitado previene que: “Las fajas de los caminos públicos son de competencia de la Dirección de Vialidad y están destinadas principalmente al uso de las obras del camino respectivo”.*

*Luego el inciso tercero atribuye a la Dirección de Vialidad la potestad de autorizar, entre otras obras, las postaciones con alambrado de energía eléctrica y, en general, cualquiera instalación que ocupe los caminos públicos y sus respectivas fajas de dominio público u otras obras viales regidas por esta ley.*

*Finalmente agrega el inciso final lo siguiente: “En caso de que por cualquier motivo sea necesario cambiar la ubicación de estas instalaciones del lugar en que fueron autorizadas, este traslado será hecho por cuenta exclusiva del respectivo propietario o en las condiciones que se hayan fijado al otorgar el permiso o contrato de concesión respectivo”.*

*Por su parte, el inciso final del artículo 73 del D.F.L. N° 1, del año 1982, dispone: “Si el Estado, las municipalidades u otros organismos públicos efectuaren obras de rectificación, cambios de nivel o pavimentación definitiva en calles, plazas y caminos, podrán disponer que los concesionarios de servicio público de distribución de energía eléctrica hagan en sus instalaciones las modificaciones necesarias para no perturbar la construcción de esas obras. El costo de estas modificaciones será de cargo del Estado o de la municipalidad u organismo que las haya dispuesto”.*

*En este contexto la sentencia de primer grado, confirmada por la de segunda instancia, considera, en el fundamento duodécimo, que el artículo 41 del D.F.L. 850 es norma general, debiendo primar el D.F.L N° 1.*

*Tal aserto constituye un yerro jurídico, por cuanto no se ha tenido en cuenta para resolver la antinomia normativa que el ámbito de aplicación del señalado artículo 41 se circunscribe específicamente a las instalaciones ubicadas en los caminos públicos y sus fajas adyacentes, esto es, en esos delimitados bienes nacionales de uso público y, además, trata únicamente de los traslados ordenados por la Dirección de Vialidad, lo que le da el carácter de doblemente específica respecto del D.F.L. N° 1, Ley General de Servicios Eléctricos, que se refiere en términos generales a otros bienes nacionales de uso público y a que las obras se dispongan -también en general- por el Estado, las municipalidades u otros organismos públicos. Por ello, la sentencia impugnada ha dejado de aplicar en un caso previsto por la ley el artículo 41 del D.F.L. N° 850, cometiendo, en consecuencia, un error de derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.*

*Que en lo concerniente al segundo capítulo de nulidad sustancial, el recurso basa su afirmación en que la sentencia cuya invalidez se*

*ataca propugna erróneamente la irretroactividad del citado artículo 41 del D.F.L. N° 850.*

*Lo cierto es que para entender a cabalidad el problema planteado es necesario tener presente que, de acuerdo a la atenta lectura del inciso final del precepto legal señalado, lo que se regula es el traslado de las instalaciones -en el caso de autos, postaciones con alambrado de energía eléctrica- ubicadas en los delimitados bienes nacionales de uso público ya referidos a partir de la necesidad que surge de hacerlo, y en la especie esta necesidad se produjo bajo la vigencia del actual texto del artículo 41 incorporado por la Ley N° 19.474 publicada en el Diario Oficial el 30 de septiembre de 1996, que es el que rige la situación producida en autos. De este aserto se colige que carece de trascendencia que la concesión se haya constituido antes de que tal norma entrara en vigencia, e igualmente es irrelevante que las instalaciones originarias o primitivas se hayan efectuado antes de que el precepto legal existiera.*

*Tal razonamiento, además, encuentra fundamento en lo dispuesto en el artículo 9° del Código Civil que consagra el principio de que las leyes rigen para situaciones futuras y no anteriores a su existencia, a menos que la propia ley diga lo contrario. Por ello, la sentencia de los jueces del fondo incurre en un nuevo yerro jurídico al dejar de aplicar el artículo 41 del D.F.L. 850 y aplicar falsamente el referido artículo 9°, sin advertir que la irretroactividad en que se apoya no se da en la especie.*

*SANTIAGO, DIECISIETE DE JUNIO DE DOS MIL NUEVE.*

**VISTOS:**

En estos autos Rol N° 6091-2007 sobre juicio ordinario de cobro de pesos, el demandante Fisco de Chile ha interpuesto recurso de casación en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que confirmó la dictada por la jueza subrogante del Duodécimo Juzgado Civil de dicha ciudad y que resolvió no dar lugar a la demanda principal y subsidiaria, sin costas por existir motivo plausible para litigar.

Se trajeron los autos en relación.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que en su libelo de nulidad el recurrente sostiene como primer error de derecho la infracción de los artículos 73 del D.F.L. N° 1 de Minería de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, 41 incisos 1° y 7° del D.F.L. N° 850 del Ministerio de Obras Públicas de 1997, modificado por la Ley 19.474 y 4 y 13 del Código Civil;

**SEGUNDO:** Que al explicar la forma en que dicha infracción habría sido cometida, el recurso señala que la sentencia yerra al dar preeminencia al artículo 73 inciso 2° del D.F.L. N° 1 (Minería) por sobre el artículo 41 inciso 7° del D.F.L. N° 850 (MOP), modificado por la Ley 19.474. Aduce que en este caso prevalece por su especialidad el señalado artículo 41 inciso final. Subraya que los incisos anteriores del mismo precepto dejan claro que es de competencia de la Dirección de Vialidad todo lo relativo a la faja de los caminos públicos y que a ésta corresponde autorizar la colocación de redes secas o húmedas que ocupen caminos públicos y sus respectivas fajas de dominio público u otras obras viales. Asevera que el inciso final citado se refiere al cambio o traslado de instalaciones que se hagan específicamente en caminos públicos u obras viales y dispuestas determinadamente por la Dirección de Vialidad y no por cualquier otro ente público;

**TERCERO:** Que, prosigue el recurso de nulidad, conforme a los artículos 4 y 13 del Código Civil corresponde aplicar preferentemente la norma de grado más particular por sobre aquella que es más general. Sin embargo, reclama que los jueces del fondo prefirieron aplicar el D.F.L. N° 1 de 1982. Además, apunta el libelo, se deja sin aplicación el artículo 41 del D.F.L. N° 850, cuyo sentido es claro y por ello se transgrede la recta interpretación que previene el artículo 19 del Código señalado;

**CUARTO:** Que, en este mismo capítulo de agravios, argumenta el recurrente que el artículo 41 del D.F.L. N° 850 fue establecido en su actual redacción por la Ley 19.474 de 1996, en tanto que el artículo 73 del D.F.L. N° 1 de Minería es del año 1982, por lo que estima habría operado la derogación tácita de esta última norma, acorde a lo previsto en el artículo 52 del Código Civil;

**QUINTO:** Que en un segundo capítulo de nulidad el recurrente acusa la vulneración por falta de aplicación del artículo 6° del Código Civil y la falsa aplicación del artículo 9° del mismo Código.

Sostiene que la sentencia yerra al considerar que la modificación introducida por la Ley N° 19.474 al inciso final del Art. 41 del D.F.L. N° 850 no puede aplicarse al traslado efectuado por la demandada, atendido que su concesión es anterior, lo que importaría darle un efecto retroactivo, esto es, aplicarla con antelación a su entrada en vigencia. Sin embargo, arguye el impugnante, aquella modificación legal se refiere a la determinación de quién debe soportar el gasto de reubicación o traslado de las redes de estos servicios de utilidad pública dispuestos por la Dirección de Vialidad -con posterioridad al 30 de septiembre de 1996- cuando atañe a caminos públicos y fajas adyacentes y no al derecho de concesión del servicio de distribución de energía eléctrica. Por ello concluye que debe aplicarse la ley vigente al tiempo del traslado, esto es, el tantas veces citado artículo 41 inciso final del D.F.L. N° 850 en el texto fijado por la Ley N° 19.474 que rige desde su publicación el 30 de septiembre de 1996. De esta forma, asegura el libelo, al no dar aplicación a esta norma se infringe el artículo 6° del Código Civil, conforme al cual la ley obliga desde su publicación en el Diario Oficial, y también el artículo 9° del mismo cuerpo legal al considerar la sentencia impugnada que se daría aplicación retroactiva al artículo 41 inciso final;

**SEXTO:** Que reforzando la argumentación, el recurrente expresa que el Decreto Supremo que otorgó la concesión eléctrica definitiva a la demandada nada resuelve respecto a quién debe soportar el costo del traslado de redes o instalaciones cuando así lo dispone la Dirección de Vialidad tratándose de camino público u obra vial. Consigna que el artículo 15 del D.F.L. 1 (de Minería) de 1982, señala: “Las concesiones se otorgarán sin perjuicio del derecho de terceros legalmente establecido con permiso o concesión y en lo que ellas no prevean, estarán sometidas a las leyes, reglamentos y ordenanzas vigentes o que se dicten en el futuro sobre la materia”. De este modo, razona, si ya en relación a la concesión misma y a su contenido sustancial la norma referida y el texto del Decreto Supremo señalado ordenaban al concesionario atenerse a lo que dispusieran las leyes, reglamentos u ordenanzas futuras, con mayor razón la concesionaria

quedaba sujeta a la normativa que se dictare en lo que concierne a una situación muy menor cual es el costo de traslado de sus instalaciones;

**SÉPTIMO:** Que el recurrente denuncia un tercer capítulo de agravios, afirmando que se ha aplicado falsamente el artículo 22 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes sobre la base de una errónea calificación contractual de la concesión, yerro que se produce en el considerando décimo cuarto del fallo al entender que al acto de concesión en virtud del referido artículo 22 se entiende incorporado el artículo 73 del D.F.L. N° 1 de 1982. Explica que no se trata de un contrato que celebren particulares sino de un acto unilateral de la Administración del Estado, decisión que pertenece al ámbito del derecho administrativo puesto que lo realiza un órgano público en ejercicio de potestades soberanas; en cambio, lo propio del contrato es que las partes actúan en un plano de igualdad y en que ninguna de ellas se encuentra investida de autoridad en relación a su contraparte. En todo caso, arguye, la norma que estima infringida es de carácter general, resultando excluida por la aplicación especial del artículo 15 del D.F.L. N° 1 (Minería) de 1982 transcrito en el fundamento precedente y que reitera el propio D.S. de concesión en su N° 4;

**OCTAVO:** Que el demandante denuncia un cuarto error de derecho, acusando que se ha dado falsa aplicación al artículo 12 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes. Este error, asegura el libelo, se produce en el considerando 15° de la sentencia que impugna al pretender que la aplicación del inciso final del artículo 41 del D.F.L. N° 850 implicaría desconocer el derecho adquirido del concesionario. Plantea que este razonamiento es equivocado por cuanto, como ha apuntado la modificación de la Ley N° 19.474, no desconoce el derecho del concesionario y atinge a una materia que no fue objeto de regulación en el acto público de concesión. Por el contrario, según señaló, tanto en ese acto como en el artículo 15 de D.F.L. N° 1 (Minería) de 1982 se reitera que la concesión queda afecta a lo que leyes posteriores dispongan sobre la materia. En todo caso, aduce que dentro de la lógica del señalado artículo 12 no puede decirse que la mera regulación respecto a quien debe soportar el costo del traslado de las instalaciones implique afectar al derecho del concesionario en lo esencial. Advierte que el precepto legal dispone que se rige por la



ley nueva en todo lo relativo a los goces y cargas de aquel derecho adquirido bajo el imperio de la ley anterior;

**NOVENO:** Que explicando la forma en que los yerros han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo señala que, de no haberlos cometido, el Tribunal habría concluido que era únicamente aplicable el artículo 41 inciso final del D.F.L. N° 850 y que por tanto correspondía condenar a la demandada a cumplir su obligación legal;

**DÉCIMO:** Que para los efectos de resolver el recurso hay que consignar que a fs. 10 el Fisco de Chile dedujo demanda ordinaria de cobro de pesos en contra de Chilectra S.A. basado en que por Resolución N° 10.713, de fecha 3 de noviembre de 1997, el Director de Vialidad dispuso que debía procederse a ejecutar los cambios de servicios y traslados de redes que interfirieran en la obra “Mejoramiento Rotonda Grecia” por parte de Chilectra S.A., fijando un plazo de 15 días para la ejecución de dichos trabajos. Se hace presente en la demanda que el artículo 51 del D.F.L. N° 850 dispone, en lo que interesa, que: “Si las obras no se hicieren dentro del término señalado, la Dirección ordenará hacer el presupuesto de ellas que servirá de título ejecutivo para cobrar su valor. Notificado el infractor, y obtenidos los fondos, la obra se ejecutará con cargo a éstos” se agrega que como la demandada no cumpliera con lo anterior, la Dirección de Vialidad solicitó la elaboración de un presupuesto para la realización de dicha obra a la misma demandada, según el cual el valor total asciende a \$ 82.808.410 y que corresponde a la suma que demanda;

**UNDÉCIMO:** Que Chilectra S.A. al contestar la demanda, en lo que interesa al recurso, desconoce la existencia de la obligación que se demanda por cuanto por aplicación preferente del artículo 73 del D.F.L. N°1 de 1982 el costo de las modificaciones son de cargo del Estado o de la Municipalidad u organismo que las haya dispuesto. Alegó además que el artículo 41 del D.F.L. N° 850 no tiene efectos retroactivos y por lo tanto no puede pasar a llevar derechos adquiridos, por lo que sólo es aplicable respecto de aquellas instalaciones construidas con posterioridad al 30 de septiembre de 1996, fecha de publicación de la Ley 19.474. Finalmente impetró la historia fidedigna del establecimiento de la ley;

**DUODÉCIMO:** Que el recurrente planteó en el primer capítulo de casación que el fallo habría errado en derecho al hacer prevalecer el artículo 73 del D.F.L. N°1 del año 1982, Ley General de Servicios Eléctricos, por sobre el artículo 41 del D.F.L. 850, del Ministerio de Obras Públicas.

En la especie la contradicción de normas se presenta entre el artículo 41 del D.F.L. N° 850 del año 1997, que fijó el actual texto de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y de la Ley de Caminos, y el inciso final del artículo 73 del D.F.L. N° 1 de Minería, de 1982, denominado Ley General de Servicios Eléctricos (actualmente contenida en el D.F.L. N° 4 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.F.L. N° 1 señalado). Así, el inciso primero del artículo 41 precitado previene: “Las fajas de los caminos públicos son de competencia de la Dirección de Vialidad y están destinadas principalmente al uso de las obras del camino respectivo”.

Enseguida el inciso tercero atribuye a la Dirección de Vialidad la potestad de autorizar, entre otras obras, las postaciones con alambrado de energía eléctrica y en general cualquier instalación que ocupe los caminos públicos y sus respectivas fajas de dominio público u otras obras viales regidas por esta ley.

Finalmente agrega el inciso final: “En caso de que por cualquier motivo sea necesario cambiar la ubicación de estas instalaciones del lugar en que fueron autorizadas, este traslado será hecho por cuenta exclusiva del respectivo propietario o en las condiciones que se hayan fijado al otorgar el permiso o contrato de concesión respectivo”. Por su parte, el inciso final del artículo 73 del D.F.L. N° 1 del año 1982 dispone: “Si el Estado, las municipalidades u otros organismos públicos efectuaren obras de rectificación, cambios de nivel o pavimentación definitiva en calles, plazas y caminos, podrán disponer que los concesionarios de servicio público de distribución de energía eléctrica hagan en sus instalaciones las modificaciones necesarias para no perturbar la construcción de esas obras. El costo de estas modificaciones será de cargo del Estado o de la municipalidad u organismo que las haya dispuesto”;

**DÉCIMO TERCERO:** Que en este contexto la sentencia de primer grado, confirmada por la de segunda instancia, considera en el fundamento duodécimo que el artículo 41 del D.F.L. 850 es norma general, debiendo primar el D.F.L. N° 1.

Tal aserto constituye un yerro jurídico, por cuanto no se ha tenido en cuenta para resolver la antinomia normativa que el ámbito de aplicación del señalado artículo 41 se circunscribe específicamente a las instalaciones ubicadas en los caminos públicos y sus fajas adyacentes, esto es, en esos delimitados bienes nacionales de uso público, y además trata únicamente de los traslados ordenados por la Dirección de Vialidad, lo que le da el carácter de doblemente específica respecto del D.F.L. N° 1, Ley General de Servicios Eléctricos, que se refiere en términos generales a otros bienes nacionales de uso público y a que las obras se dispongan -también en general- por el Estado, las municipalidades u otros organismos públicos. Por ello, la sentencia impugnada ha dejado de aplicar en un caso previsto por la ley en el artículo 41 del D.F.L. 850, cometiendo en consecuencia un error de derecho que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo;

**DÉCIMO CUARTO:** Que en lo concerniente al segundo capítulo de nulidad sustancial, el recurso basa su afirmación en que la sentencia cuya invalidez se ataca propugna erróneamente la irretroactividad del tantas veces citado artículo 41 del D.F.L. N° 850.

Lo cierto es que para entender a cabalidad el problema planteado es necesario tener presente que, de acuerdo a la atenta lectura del inciso final del precepto legal señalado, lo que se regula es el traslado de las instalaciones -en el caso de autos, postaciones con alambrado de energía eléctrica- ubicadas en los delimitados bienes nacionales de uso público ya referidos a partir de la necesidad que surge de hacerlo, y en la especie esta necesidad se produjo bajo la vigencia del actual texto del artículo 41 incorporado por la Ley 19.474 publicada en el Diario Oficial el 30 de septiembre de 1996, que es el que rige la situación producida en autos. De este aserto se colige que carece de trascendencia que la concesión se haya constituido antes de que tal norma entrara en vigencia, e igualmente es irrelevante que las instalaciones

originarias o primitivas se hayan efectuado antes de que el precepto legal existiera.

Tal razonamiento además encuentra fundamento en lo dispuesto en el artículo 9º del Código Civil que consagra el principio de que las leyes rigen para situaciones futuras y no anteriores a su existencia, a menos que la propia ley diga lo contrario. Por ello, la sentencia de los jueces del fondo incurre en un nuevo yerro jurídico al dejar de aplicar el artículo 41 del D.F.L. 850 y aplicar falsamente el referido artículo 9º, sin advertir que la irretroactividad en que se apoya no se da en la especie;

**DÉCIMO QUINTO:** Que en lo que se refiere a los restantes capítulos del recurso de casación en el fondo, cabe tener en consideración que ellos se cimentan en supuestos errores de la sentencia censurada que parten del raciocinio de que la aplicación del artículo 41 del D.F.L. 850 importaría otorgarle efecto retroactivo, lo que como se ha dicho no es jurídicamente correcto. Por tal motivo resulta innecesario analizar dichos capítulos por ser consecuencia de los examinados, siendo suficientes los yerrores jurídicos expuestos para invalidar la sentencia recurrida;

**DÉCIMO SEXTO:** Que por las razones expuestas y habiéndose incurrido en los señalados errores de derecho denunciados en el recurso de casación, éste será acogido. De conformidad, asimismo, con lo que disponen los artículos 764, 767, 783 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se declara que **se acoge** el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal de la presentación de fs. 274 contra la sentencia de treinta de agosto del año dos mil siete, escrita a fs. 273, la que por consiguiente es nula y se la reemplaza por la que se dicta a continuación.

Redacción a cargo del Ministro señor Carreño.

Rol N° 6091-2007

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño Seaman, Sr. Pedro Pierry Arrau, Sra. Sonia Araneda Briones, Sr. Haroldo Brito Cruz y el Abogado Inte-

grante Sr. Guillermo Ruiz Pulido. No firma el Ministro Sr. Pierry y el Abogado Integrante Sr. Ruiz, no obstante haber estado en la vista y acuerdo de la causa, por estar en comisión de servicios el primero y ausente el segundo. Santiago, 17 de junio de 2009 (6091-07).

Autoriza la Secretaria de esta Corte Suprema, Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

En Santiago, a diecisiete de junio de dos mil nueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

*SANTIAGO, DIECISIETE DE JUNIO DE DOS MIL NUEVE.*

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

**Vistos:**

Se reproduce la sentencia enalzada, con excepción de los considerandos décimo a décimo noveno, que se eliminan.

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

**Primero:** Que como se expresó en la parte enunciativa de la sentencia de casación, el Fisco de Chile, por medio del Abogado Procurador Fiscal de Santiago, dedujo demanda ordinaria de cobro de pesos en contra de Chilectra S.A. basado en que por Resolución N° 10.713 de la Dirección de Vialidad, de fecha 3 de noviembre de 1997, el Director de Vialidad dispuso que debía procederse a ejecutar los cambios de servicios y traslados de redes que interfirieran en la obra “Mejoramiento Rotonda Grecia” por parte de Chilectra S.A., acto administrativo que fijó un plazo de 15 días para la ejecución de dichos trabajos. Se hace presente en la demanda que el artículo 51 del D.F.L. N°850, que contiene la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y el D.F.L. sobre Construcción y Conservación de Caminos, dispone -en

lo que interesa- que: “Si las obras no se hicieren dentro del término señalado, la Dirección ordenará hacer el presupuesto de ellas que servirá de título ejecutivo para cobrar su valor. Notificado el infractor, y obtenidos los fondos, la obra se ejecutará con cargo a éstos”. Se agrega que como la Compañía no cumpliera con lo anterior, la Dirección de Vialidad solicitó la elaboración de un presupuesto para la realización de dicha obra a la misma demandada, según el cual el valor total asciende a \$ 82.808.410, suma que es la que en definitiva se demanda;

**Segundo:** Que al contestar la demanda, a fs. 30, Chilectra S.A. desconoce la existencia de la obligación que se le exige, por cuanto por aplicación preferente del artículo 73 del D.F.L. N°1-82 el costo de las modificaciones son de cargo del Estado o de la Municipalidad u organismo que las haya dispuesto. Alegó además que el artículo 41 del D.F.L. N° 850 no tiene efectos retroactivos y por lo tanto no puede pasar a llevar derechos adquiridos, por lo que sólo es aplicable respecto de aquellas instalaciones construidas con posterioridad al 30 de septiembre de 1996, fecha que corresponde a la publicación de la Ley 19.474. Finalmente impetró la historia fidedigna del establecimiento de la ley;

**Tercero:** Que según ha quedado establecido en el basamento quinto de la sentencia que se revisa, Chilectra S.A. no aceptó lo resuelto por la Dirección de Vialidad en orden a reubicar -bajo su cuenta exclusiva- las redes y servicios eléctricos necesarios para la ejecución de la obra urbana “Mejoramiento Rotonda Grecia”, por lo que esta empresa emitió un presupuesto para ejecutar tal traslado de redes, presupuesto que fue aceptado y pagado por la Dirección de Vialidad el 13 de febrero de 1998;

**Cuarto:** Que pesa sobre la demandada la obligación prevista en el inciso final del artículo 41 del D.F.L. 850 del Ministerio de Obras Públicas, esto es, la de soportar el costo del traslado de las redes y servicios eléctricos ordenados reubicar por la Dirección de Vialidad. Las alegaciones de la defensa, consistentes en que debe preferirse la aplicación del D.F.L. N° 1, Ley General de Servicios Eléctricos, en virtud del principio de especialidad y que no debe aplicarse aquel precepto legal en razón del principio de irretroactividad, deben desestimarse según

ya ha quedado establecido en los fundamentos duodécimo a décimo cuarto de la sentencia de casación, que se dan por reproducidos;

**Quinto:** Que la demandada alegó además que la acción deducida es improcedente al haberse omitido los requisitos previstos en el artículo 51 del D.F.L. 850 del Ministerio de Obras Públicas; que el presupuesto que acompaña el actor no es el establecido en la citada norma; y que ciertos costos que se indican en éste son ajenos al traslado mismo;

**Sexto:** Que constituye un hecho no controvertido que la Dirección de Vialidad pagó el presupuesto elaborado por Chilectra S.A. para el traslado de las redes y servicios eléctricos ordenados reubicar necesarios para la ejecución de la obra urbana “Mejoramiento Rotonda Grecia”;

**Séptimo:** Que en lo concerniente a la alegación basada en que la acción deducida por el Fisco de Chile no cumpliría con los requisitos que prevé el artículo 51 del D.F.L. N° 850, cabe consignar que de la atenta lectura del libelo que contiene la demanda fluye que la acción interpuesta es la ordinaria de cobro de pesos y no la ejecutiva que autoriza el precepto legal señalado, lo que conduce al rechazo de esta alegación;

**Octavo:** Que en cuanto a las defensas consistentes en que el presupuesto acompañado por el actor no es aquel al que se refiere el inciso 2° del artículo 51 del D.F.L. 850 y que dentro de éste se incluyen trabajos que no son parte del traslado de las instalaciones de Chilectra, cabe consignar que tales alegaciones carecen de asidero atendido que el mismo instrumento señala que se trata de un presupuesto que reemplaza íntegramente el anterior y que en él se comprenden todas las adecuaciones a las instalaciones eléctricas que se verán afectadas por las obras viales en la Rotonda Grecia;

**Noveno:** Que por consiguiente, en virtud de los basamentos antes señalados y disposiciones legales citadas, corresponde acoger la demanda ordinaria de cobro de pesos deducida en lo principal de la presentación de fojas 10;

**Décimo:** Que en atención a lo razonado se omitirá pronunciamiento acerca de la demanda interpuesta en el primer otrosí de la señalada presentación, por haber sido formulada en carácter de subsidiaria.

Y de conformidad, asimismo, con lo dispuesto en los artículos 186, 254 y 346 N° 3 del Código de Procedimiento Civil y artículos 1437, 1698 y 1702 del Código Civil, **se revoca** la sentencia apelada de diecinueve de diciembre de dos mil dos, escrita a fojas 209, y se declara:

I.- Que se acoge la demanda impetrada por el Fisco de Chile a fojas 10 y, en consecuencia, se condena a la demandada Chilectra S.A. a pagar al Fisco de Chile la suma de \$ 82.808.410 (ochenta y dos millones ochocientos ocho mil cuatrocientos diez pesos), más reajustes según la variación que haya experimentado el Índice de Precios al Consumidor entre el mes anterior al 13 de febrero de 1998 y el precedente a su pago efectivo, suma que además devengará intereses corrientes para operaciones reajustables en caso de mora.

II.- Que se condena en costas a la parte demandada.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Carreño.

Rol N° 6091-2007

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño Seaman, Sr. Pedro Pierry Arrau, Sra. Sonia Araneda Briones, Sr. Haroldo Brito Cruz y el Abogado Integrante Sr. Guillermo Ruiz Pulido. No firma el Ministro Sr. Pierry y el Abogado Integrante Sr. Ruiz, no obstante haber estado en la vista y acuerdo de la causa, por estar en comisión de servicios el primero y ausente el segundo. Santiago, 17 de junio de 2009 (6091-07).

Autoriza la Secretaria de esta Corte Suprema, Sra. Rosa María Pinto Egusquiza.

En Santiago, a diecisiete de junio de dos mil nueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



**CORTE SUPREMA****Aravena Lizana, Luisa con Fisco****1 de junio de 2009<sup>1</sup>**

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

**DOCTRINA:** *El artículo 132 del Decreto con Fuerza de Ley N° 2 de 1968, que fija el estatuto del personal de Carabineros de Chile, dispone en su inciso cuarto que: “Sin perjuicio de los plazos de prescripción de corto tiempo establecidos para los casos específicos, el derecho a impetrar pensión, reajustes, acrecimiento o cualquier beneficio derivado de ellas, prescribirá en el plazo de diez años”. Esta norma se refiere tanto al derecho a impetrar pensión como a cualquier acrecimiento o reajuste, entendido este último en relación al sueldo; elemento que determina en todo caso la pensión. Tal conclusión se establece del propio tenor de la disposición que contempla la hipótesis del reajuste como una situación distinta e independiente a las anteriores y del carácter y aplicación general que la ubicación dentro de las disposiciones finales del referido estatuto le confiere a la norma en estudio.*

*La pretensión de los actores es compleja toda vez que dice relación con el derecho a impetrar un aumento o reajuste del sueldo del causante, al no haber percibido éste una serie de asignaciones y bonificaciones a las que habría tenido derecho si se hubiese efectuado la reubicación pretendida y, consiguientemente, el reconocimiento de la equivalencia*

---

<sup>1</sup> .- En similar sentido, ver sentencia de la Corte Suprema, de fecha 28 de mayo de 2009, pronunciada por la Corte Suprema, en los autos caratulados “Parada Lagos, Alicia con Fisco y otro”, rol ingreso corte N° 5.036-08.

*con el personal de fila, situación que incide directamente en el monto del desahucio y de las pensiones otorgadas a los demandantes.*

*Conforme a lo señalado, el plazo de prescripción establecido en la regla que se revisa ha debido ser aplicado al caso de autos ya que es un hecho establecido que el causante don Juan Carlos Pulgar Sánchez no impetró el derecho que sus sucesores ahora reclaman en orden a reajustar su sueldo en actividad, dentro del término de diez años contados desde la vigencia de la Ley N° 18.961 por ser esta la normativa que establece los beneficios invocados, plazo que a la fecha de interposición de la demanda ya había transcurrido.*

*No obsta a lo anterior la circunstancia que el actor haya fallecido estando en servicio activo, pues él mismo debió exigir el reconocimiento de los pretendidos beneficios, dentro del plazo previsto para tales efectos, bajo sanción de no poder hacerlo después de vencido este término, ya sea personalmente o a través de sus continuadores como ha ocurrido en la especie.*

*Cabe señalar que si bien la aplicación de las normas sobre prescripción que contempla el Código del Trabajo, no resulta procedente a la resolución del caso, atendido lo dispuesto por el inciso segundo parte final del artículo 1° del citado cuerpo legal, en su parte final, al existir un estatuto especial que regula la situación del fallecido funcionario, lo cierto es que el yerro que se invoca por los recurrentes, carece de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo impugnado, pues conforme se ha señalado el plazo de prescripción establecido en el inciso cuarto del artículo 132 del Decreto con Fuerza de Ley N°2 de 1968, ha debido aplicarse respecto de los beneficios reclamados.*

*Tampoco resultan procedentes aquellas alegaciones relativas a la interrupción, suspensión o renuncia a la prescripción que invoca la recurrente, desde que no es posible reconocer en los actos que se citan, el efecto que se invoca en relación a la situación de los demandantes. Por lo demás, la interposición de la acción constitucional, hecho en que sustenta la tesis de la interrupción civil de la prescripción, no ha podido producir el resultado pretendido, pues, en todo caso, ésta fue interpuesta cuando ya había transcurrido el plazo de prescripción previsto por la ley para reclamar los derechos que la Ley N°18.961, habría establecido en favor del causante.*

*SANTIAGO, PRIMERO DE JUNIO DE DOS MIL NUEVE.*

**VISTOS:**

En estos autos, rol N° 5268-2000, caratulados “Aravena Lizana Luisa Concepción con Fisco y Dirección General de Carabineros de Chile”, seguidos ante el Vigésimo Cuarto Juzgado Civil de Santiago, los abogados Horacio Infante Caffi y Sergio Vergara de la Guarda, en representación de las personas que indican, deducen demanda en juicio ordinario en contra de los demandados a fin que se ordene el pago de las diferencias de sueldo y de Asignaciones de Bonificación, Mando y Administración, Especialidad al Grado Efectivo y Riesgo, así como la de desahucio y de las pensiones de montepío percibidas y las futuras que correspondan, conforme a la remuneración que debieron percibir las actrices y en su caso la causante, como funcionarias de Carabineros de Chile, la debió ser equivalente al personal de fila, por aplicación de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 6° de la Ley N° 18.691, disponiendo, en su caso, el reencasillamiento que así lo reconozca todo con reajustes, intereses y costas.

Por sentencia de primera instancia de ocho de agosto de dos mil seis, escrita a fojas 1071 y siguientes, se acogió la excepción de prescripción opuesta por el Fisco de Chile, respecto del pago demandado por diferencias de sueldos y de las Asignaciones de Bonificación de Mando y Administración, Asignación de Especialidad al Grado Efectivo y Bonificación de Riesgo, rechazándose la demanda, en su totalidad, sin costas, por haber tenido la parte demandante motivos plausibles para litigar.

Se alzó la parte demandante y una de las salas de la Corte de Apelaciones de esta ciudad, en fallo de veintiocho de agosto de dos mil ocho que se lee a fojas 198, confirmó la referida sentencia.

En contra de esta última sentencia, la parte demandante deduce recurso de casación en el fondo, a fin que se la invalide y se dicte una de reemplazo en los términos expuestos en su escrito de nulidad.

Se trajeron estos autos en relación.

Considerando:

Primero: Que la recurrente denuncia, en primer lugar, es un error de derecho por parte de los sentenciadores al estimar que comenzó a correr un término de prescripción extintiva, en circunstancias que la obligación aún no era exigible. Al efecto, sostiene que

se ha infringido el artículo 2514 del Código Civil, el inciso final del artículo 6° y 33, ambos de la Ley N°18.691, al considerar que la acción judicial para demandar el derecho de equivalencia se hizo exigible conjuntamente con la entrada en vigencia de la Ley N°18.961, pues mientras no se dicte por el Director General de Carabineros la resolución de reencasillamiento del causante, el término de prescripción no ha comenzado a regir, ya que primero debe ser reconocido el derecho mediante este acto administrativo, lo que en la especie no ha ocurrido.

Indica que el derecho a la equivalencia o reencasillamiento es del tipo innominado y que, no obstante, estar establecido en los artículos 6° y 33 de la Ley N°18.961, el Estado ha incurrido en una omisión permanente y deliberada que impide que la obligación sea exigible y, por ende, que cualquier plazo de prescripción comience a computarse por resultar contrario a los principios de equidad, justicia y buena fe.

En segundo lugar, denuncia la infracción del artículo 78 de la Ley N°18.961, en relación con los artículos 1° inciso tercero y 480 del Código del Trabajo, al señalarse por los sentenciadores que al no existir una norma expresa que regule la prescripción de las diferencias de sueldo, bonificaciones, asignaciones y desahucio, corresponde aplicar en forma supletoria el Código del Trabajo, pues el régimen previsional de Carabineros tiene un estatuto especial y autónomo en el que se ha consagrado el derecho de equivalencia, el que no tiene símil alguno en el derecho laboral, cuyas prestaciones aún no se han devengado, por la falta del acto administrativo señalado, de modo que no podría hablarse tampoco de su prescripción.

En el tercer capítulo del recurso, se invoca la vulneración del artículo 2518 del Código Civil, al omitir los sentenciadores la aplicación de la institución de la interrupción de la prescripción. Afirma, en este sentido, que las actoras presentaron un recurso de protección por la falta en que ha incurrido la autoridad; hecho que interrumpe la prescripción, sin embargo, esto no fue considerado en la sentencia impugnada. Adicionalmente, señala que existen actos del propio Estado que demuestran una clara manifestación de voluntad y de reconocimiento a la omisión de reencasillamiento que importan interrupción natural de la prescripción, como son la dictación de las Resoluciones N° 95 de 21 de junio de 1990 y N° 27 de 3 de diciembre de 1996, ambas de la Dirección General de Carabineros y mensajes y oficios que cita.

En cuarto lugar, expresa que se han vulnerado también los artículos 2494 y 2518 del Código Civil, pues existen una serie de actos que importan una verdadera renuncia de la prescripción extintiva, en los términos que la ley establece, ya que constituyen manifestaciones concretas de la voluntad del obligado de reconocer el derecho de equivalencia de que se trata, citando al respecto una serie de resoluciones y oficios.

En un quinto capítulo del recurso se denuncia como error de derecho la no aplicación del artículo 132 del Decreto con Fuerza de Ley N°2 de 1968, disposición aplicable a la materia, la cual establece un plazo de prescripción de diez años, respecto de los derechos previsionales establecidos en el Estatuto de Carabineros de Chile, contados desde el pensionamiento, conforme a lo cual debió rechazarse la excepción de prescripción deducida por la parte demandada.

En el último capítulo denuncia la vulneración de los artículos 342 y 346 del Código de Procedimiento Civil, al no haber ponderado la sentencia las probanzas aportadas al juicio, consistentes en documentos públicos y privados como las resoluciones dictadas por Carabineros de Chile, actuaciones del causante y de los demandantes que tienen el mérito de ser actos capaces de producir el efecto de interrumpir y/o suspender la prescripción o de implicar una renuncia a la misma.

Segundo: Que en el fallo impugnado se resolvió rechazar la acción intentada, acogiendo los sentenciadores la excepción de prescripción extintiva de los derechos reclamados de conformidad con lo dispuesto por el artículo 480 del Código del Trabajo, el que hacen aplicable a la resolución de la litis, en consideración a lo que el inciso tercero del artículo 1° del mismo cuerpo legal establece. Se sostiene que las pretensiones de las demandantes tienen su origen en la Ley N°18.961, que dispuso la equivalencia de las plazas de grados entre personal civil y de fila, publicada el 30 de diciembre de 1989 y que, por ende, a partir de esa fecha se hizo exigible el derecho a impetrar los beneficios consagrados en la referida normativa, por lo que atendida la fecha de notificación de la demanda, se concluye que tales prestaciones han prescrito, al no haber sido reclamadas en el término de dos años que contempla la ley y que se estima aplicable al caso.

En cuanto a las alegaciones vertidas por la parte demandante en orden a que el plazo de prescripción, cualquiera que fuese no habría comenzado a correr, mientras no se dicte la resolución que reconozca

a las actoras el derecho y disponga su reencasillamiento, se señala que no puede considerarse por el sólo hecho de no haberse dictado dichas resoluciones que el Estado se encuentre en una situación de omisión, al no haberse declarado dicha obligación previamente por sentencia judicial. Se desestima también el argumento en orden a que existirían actos que constituirían suspensión, interrupción o renuncia de la prescripción, pues se estima que el sólo reconocimiento por parte de algunos agentes respecto de la procedencia del derecho de equivalencia, no puede obligar en los términos pretendidos a la autoridad demandada.

Respecto de la procedencia del referido derecho, se estima que el mismo, en todo caso, no opera pura y simplemente, existiendo una serie de asignaciones o bonificaciones que no son aplicables al personal civil, sino que únicamente al de fila por disponerlo así la ley y porque la distinta naturaleza de las funciones así lo indicaría.

Tercero: Que el recurso de casación en el fondo es de derecho estricto y en él deben señalarse con precisión los errores de derecho que se advierten en el fallo impugnado, exigencia que no se cumple si los que se mencionan son contradictorios entre sí.

Cuarto: Que de la lectura del recurso en examen se advierte que se contienen en él planteamientos o argumentaciones alternativas, esto es, llamadas a regir sólo para el caso de que una u otra no resulte acogida. En efecto, por una parte se sostiene que no es posible entender que algún plazo de prescripción haya comenzado a correr que afecte la pretensión de reconocimiento y consiguiente pago de los beneficios reclamados, puesto que la obligación en cuestión aún no se ha hecho exigible, desde que no se ha dictado por la autoridad correspondiente la resolución de reencasillamiento respecto de las actoras. Pero, por otra, se plantea que los sentenciadores han incurrido en error de derecho, al no considerar que en la especie ha operado la interrupción tanto civil como natural de la prescripción. La primera, por el hecho de haber deducido las demandantes una acción de protección y la segunda, por la voluntad y reconocimiento por parte del Estado de la procedencia del derecho y de la omisión en que en este sentido se encuentra, al no haber efectuado como procedía el referido reencasillamiento, manifestada en los actos emanados de la autoridad que menciona; siendo este último fundamento sustento también para invocar una presunta renuncia a la prescripción por parte de la demandada. Por otro lado, la recurrente sostiene que debe aplicarse en

el caso sub lite la prescripción de 10 años, que contempla el artículo 132 del Decreto con Fuerza de Ley N°2 de 1968, término que estima habría comenzado a correr a partir de la época en que cada una de las actoras se pensionó.

Quinto: Que de acuerdo a lo anterior, es evidente que los argumentos de la recurrente se contraponen entre sí, pues en la forma propuesta, por un lado se desconoce la procedencia de la institución de la prescripción al caso de autos y por otro, se la acepta, invocándose situaciones de interrupción y/o renuncia que implican una aplicación de la misma. Además, de alegarse la aplicación de una norma que a juicio de la parte sería pertinente, reconociéndose la procedencia de la prescripción para el caso propuesto e incluso que el término dispuesto por la ley habría comenzado a transcurrir.

Sexto: Que el carácter dubitativo que la recurrente ha conferido a su libelo conspira contra la naturaleza del recurso intentado, puesto que, siendo su finalidad última la de fijar el recto alcance, sentido y aplicación de la ley, no puede admitirse que se viertan en él reflexiones contradictorias, eventuales o para el supuesto de no prosperar determinado capítulo de impugnación ni menos puede aceptarse que se hagan peticiones opcionales que lo dejen, así, desprovisto de la certeza necesaria. Lo anterior, hace que el recurso propuesto adolezca de una defectuosa formalización.

Séptimo: Que, sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que la norma aplicable a la resolución del conflicto, en relación al tema de la prescripción, corresponde al artículo 132 del Decreto con Fuerza de Ley N° 2 de 1968, por ser este el cuerpo legal que fija el estatuto del personal de Carabineros de Chile, refiriéndose especialmente la disposición citada a la prescripción de los derechos y acciones que la misma trata y que dicen relación con las pretensiones formuladas en autos.

Octavo: Que en este sentido, cabe tener presente que el artículo 132 del citado texto legal, dispone en su inciso cuarto que: “Sin perjuicio de los plazos de prescripción de corto tiempo establecidos para los casos específicos, el derecho a impetrar pensión, reajustes, acrecimiento o cualquier beneficio derivado de ellas, prescribirá en el plazo de diez años”. Esta norma se refiere tanto al derecho a impetrar pensión como a cualquier acrecimiento o reajuste, entendido este último en relación también con el sueldo; elemento que determina en todo caso la pensión. Tal conclusión se establece del propio tenor

de la disposición que contempla la hipótesis del reajuste como una situación distinta e independiente a las anteriores y del carácter y aplicación general que la ubicación dentro de las disposiciones finales del referido estatuto le confiere a la norma en estudio.

Noveno: Que la compleja pretensión de las actoras dice relación con un aumento o reajuste de sus remuneraciones o sueldos, al no haber percibido éstas una serie de asignaciones y bonificaciones a las que supuestamente habrían tenido derecho, si se hubiese efectuado su reencasillamiento y con ello el reconocimiento de la equivalencia con el personal de fila; situación que incide también en el monto del desahucio y de las pensiones otorgadas a las mismas.

Décimo: Que, conforme a lo anterior, el plazo de prescripción establecido en la regla que se revisa ha debido ser aplicado al caso de autos, ya que es un hecho establecido que las actoras y la causante doña Elena Sutil Pereira, no impetraron el derecho que hoy y por esta vía se reclama, en orden a reajustar el sueldo en su calidad de funcionarias de la institución de Carabineros de Chile, dentro del plazo de diez años, contados desde la vigencia de la Ley 18.691, por ser ésta la normativa que establece los beneficios invocados.

Undécimo: Que por otro lado, no debe confundirse esta acción en la que, como se desprende del petitorio de la demanda, se solicita el pago de diferencias resultantes de la omisión de reencasillamiento con una de reliquidación de pensiones. En todo caso, y toda vez que al decretarse las respectivas pensiones, éstas debieron ordenarse bajo el estatuto que venía siendo aplicado a la situación de las actoras, resulta evidente que por efectos de la prescripción de la acción de autos tampoco es posible hacer lugar a la petición de pagar las pensiones futuras con los aumentos que se reclaman y a cuyo respecto como se ha dicho, operó la referida causal de extinción.

Duodécimo: Que, así las cosas, cabe señalar que si bien la aplicación de las normas sobre prescripción que contempla el Código del Trabajo, no resulta procedente a la resolución del caso, atendido lo dispuesto por el inciso segundo parte final del artículo 1° del citado cuerpo legal, al existir un estatuto especial que regula la situación planteada, lo cierto es que los yerros que en este sentido se invocan por la recurrente carecen de influencia sustancial en lo dispositivo del fallo impugnado, pues conforme se ha señalado, el plazo de prescripción establecido en el inciso cuarto del artículo 132 del Decreto con Fuerza de Ley N°2 de 1968, ha debido aplicarse respecto de los



beneficios reclamados, término que a la fecha de notificación de la demanda ya había transcurrido.

Décimo tercero: Que tampoco resultan procedentes aquéllas alegaciones relativas a la interrupción, suspensión o renuncia a la prescripción que invoca la recurrente, desde que no es posible reconocer y atribuir a los actos que se citan, el efecto que se pretende respecto de los demandantes.

Décimo cuarto: Que por último, cabe consignar que las faltas que se denuncian en el último capítulo del recurso, no constituyen materias propias de ser planteadas por esta vía, pues de la forma en que han sido expuestas las infracciones a los artículos 342 y 346 del Código de Enjuiciamiento Civil, dicen más bien relación con posibles vicios de una nulidad formal.

Décimo quinto: Que en cuanto a la aplicación al caso de la norma del artículo 132 del Decreto con Fuerza de Ley N°2 de 1968, cabe destacar que si bien y tal como lo sostiene la parte demandante, esta resulta ser la disposición pertinente en relación a la materia debatida, el plazo de prescripción que allí se contempla, de diez años, se computa desde la época a partir de la cual los derechos hoy reclamados, se hicieron exigibles, esto es, desde la vigencia de la Ley N°18.961, que sería la fuente de los beneficios pretendidos, la que no establece una época distinta para estos efectos, debiendo estarse a las reglas generales que en este orden llevan a concluir en este sentido.

Décimo sexto: Que por otro lado, no puede dejar de consignarse que las alegaciones planteadas en el recurso, no atacan aquellos razonamientos del fallo impugnado que se refieren al derecho de equivalencia y a la improcedencia de que ciertas asignaciones y bonificaciones sean reconocidas para el personal de fila, circunstancia que impide, en todo caso, alterar lo que viene decidido, en la forma pretendida por la recurrente.

Décimo séptimo: Que, por lo razonado, no cabe sino concluir que el recurso en examen no puede prosperar y debe ser rechazado.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767, 772 y 783 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza, sin costas, el recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandante a fojas 1199, contra la sentencia de veintiocho de agosto de dos mil ocho, que se lee a fojas 1198.

Redacción a cargo del Abogado Integrante señor Roberto Jacob.

Regístrese y devuélvase con sus tomos y agregados.

N° 7.828-08.-

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Patricio Valdés A., señora Gabriela Pérez P., señor Guillermo Silva G., y los Abogados Integrantes señores Roberto Jacob Ch., y Ricardo Peralta V. No firma la Ministra señora Pérez y el Abogado Integrante señor Peralta, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar con licencia médica la primera y por estar ausente el segundo.

Santiago, 01 de junio de 2009.

Autoriza la Secretaria de la Corte Suprema, señora Rosa María Pinto Egusquiza.

En Santiago, a primero de junio de dos mil nueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

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

SHARON CREEDEN: *Fair is Fair*. August House Publishers, Little Rock, Arkansas, 1993, 224 páginas.

Sharon Creeden estudió Derecho a una edad ya madura y pronto descubrió que sus inquietudes humanistas necesitaban ampliar el horizonte de la práctica forense. Así, desde los inicios de los años ochenta, una vez titulado, comenzó a desempeñar el oficio de cuenta cuentos en colegios, festivales y parques. En la mayoría de los relatos de Creeden subyacía la cuestión de la justicia, la que, según indica, se condice con un sentimiento arraigado en el oyente, que lo lleva automáticamente a exclamar, ante la historia escuchada, “That’s not fair” o “Fair is fair”, oración que sirve de título al presente libro.

Una de las cuestiones centrales en el análisis del Derecho dice relación con sus fines y, en particular, con la justicia, la cual aparece, en la selección de Creeden, como un valor transversal, más allá de los diferentes orígenes -Birmania, China, Dinamarca, Escocia, Japón, Marruecos y México, entre otros- y épocas en que se desarrollan las historias.

“Fair is fair”, eso sí, no es una mera compilación de cuentos. En la obra existe un trabajo académico relevante que excede a la sola selección de los mismos y se extiende al análisis de sus fuentes, incluyendo comentarios que permiten contrastarlos con temas de actual interés jurídico, entre ellos, por ejemplo, la crueldad contra los ani-

---

<sup>1</sup> ARTURO ONFRAY VIVANCO. Abogado Jefe del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado y Profesor 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.

males, los derechos de los grupos minoritarios, la justicia juvenil y los problemas de tuición.

Los relatos, a su vez, se entroncan con instituciones centrales de la Administración de Justicia como son el proceso y, en particular, la prueba de los hechos, tanto en lo que dice relación con su establecimiento propiamente tal como con su interpretación; y el rol del juez, el que se debe caracterizar por su independencia e imparcialidad, sin perjuicio de la existencia de múltiples fuentes que contribuyen a la construcción de la decisión judicial.

La primera parte de “Fair is Fair” se titula “When mercy seasons Justice”. Aquí se analiza al buen juez, cuya labor se refleja principalmente en el adecuado establecimiento de las premisas fácticas de la decisión judicial y, luego, en el buen juicio aplicado en la solución del conflicto, el cual necesita de un adecuado equilibrio entre razón y corazón.

La importancia del establecimiento de los hechos, en un conflicto en el cual suelen faltar elementos probatorios o incluso pueden ser ocultados a través de la mentira, aparece bien explicada en la historia bíblica del Rey Salomón y en la de Ali Cogia, mercader de Bagdad.

La lectura de los cuentos, además, nos revela algunas sorpresas. Así en el caso de la conocida historia del Rey Salomón, el cual debe decidir quién es la verdadera madre del hijo que se disputan dos mujeres, podemos verificar que tal relato tiene antecedentes en la tradición india y versiones equivalentes en la judía y en la japonesa, como lo revela la lectura de la historia de la profecía del Juez Ooka, también llamado el Salomón de Japón, quien debe resolver en su Corte un caso similar.

Tales relatos, a su vez, son entroncados por el autor con casos recientes que guardan ciertas similitudes como el relativo a la firma de un contrato de subrogación por una madre sustituta y su posterior revocación unilateral por la misma, materia en la cual, ante la ausencia de una ley que regule el referido contrato, se privilegia el interés superior del niño.

En la historia de Ali Cogia, mercader de Bagdad, nuevamente se plantea el tema de la determinación de los hechos. Ali Cogia decide visitar La Meca y deja a resguardo de un mercader una vasija con aceitunas en las cuales esconde un centenar de monedas de oro, las que son descubiertas por el mercader al romperla en busca de los fru-

tos del olivo para su esposa. La vasija es reemplazada y también las aceitunas. Dada la no existencia de un testigo que hubiere visto a Ali Cogia depositar las monedas en el fondo de la vasija, el Cadi resuelve a favor del mercader. Sin embargo, Ali recurre ante el Califa, quien, inspirado en un niño, al que observa en las calles de la ciudad, decide verificar las aceitunas existentes en la vasija, las que por su frescura no pueden tener más de un año, en circunstancias que fueron depositadas por Ali hace más de siete años en la referida vasija, razón por la cual decide en su favor, condenando al mercader por hurto.

La obra continúa -en su segunda parte- con “A Parliament of Animals”, la que considera una selección de cuentos en los cuales los animales aparecen como protagonistas aun cuando, en el fondo, se trata de historias acerca de los hombres. Destacan en esta sección “Judge Coyote” y “The Otters and the Fox”.

En “Judge Coyote” se plantea el tema de los prejuicios en la emisión de una decisión judicial; y en “The Otters and the Fox” se explican las consecuencias negativas de la litigación en oposición con la búsqueda de una solución amistosa del conflicto jurídico, lo que ha sido, a su vez, destacado por prohombres americanos, entre ellos Abraham Lincoln, quien insta a los abogados a evitar la litigación, recalcando que: “As a peacemaker, the lawyer has a superior opportunity of being a good man”.

En la tercera parte de la obra -“Some are wise; some are otherwise”- se contienen una serie de breves narraciones caracterizadas por ser los protagonistas sujetos que engañan, a veces con sabiduría, si es que tal nombre cabe en el engaño, a veces sin. Se incluyen los cuentos relativos a la astucia del abogado (“A Bargain is a Bargain”) y a la del cliente (“The Lawyer’s Advice”).

Por último, la cuarta parte y final del libro -“Murder will out”- considera una serie de relatos sobre asesinatos, los que siempre dejan abierta la cuestión de cómo reparar lo irreparable. En ellos se exploran diferentes temas asociados al delito de homicidio como, por ejemplo, el del cuerpo del delito, materia que ha sido objeto de preocupación en el Consejo de Defensa del Estado.

Así, en el cuento escocés “The Singing Breastbone” se analiza la cuestión de si el cadáver es un requisito para establecer el delito de homicidio. En los comentarios de la historia, el autor recuerda que, en 1850, el tema fue planteado a propósito del asesinato de un profesor de la Universidad de Harvard, Dr. George Sparkman, por otro pro-

fesor del claustro, Dr. John Webster. A pesar de la imposibilidad de identificar el cuerpo de la víctima se estableció por el juez de la causa que el jurado puede establecer la existencia de un homicidio a partir de la evidencia circunstancial presentada en juicio. Es decir, la prueba por presunciones tiene mérito suficiente para dar por acreditado un homicidio.

La lectura de la obra nos deja un sabor de esperanza al corroborar que la fe en la justicia atraviesa distintas épocas hasta hoy y va más allá de una fuente formal específica del Derecho, como lo recuerda Walt Whitman en “Great are the Myths”, al decir “Justice is not settled by legislators and laws, it is in the Soul, it cannot be varied by statutes, any more than love, pride, the attraction of gravity can. It is immutable -it does not depend on majorities- majorities or what not come at last before the same passionless and exact tribunal”.

---

## INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

---

La Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado publica artículos originales sobre materias jurídicas.

Se considera un artículo original aquel que no ha sido publicado en una revista o monografía con anterioridad y la primera traducción realizada al español de un texto publicado en una lengua extranjera.

Los artículos deben ser enviados, en cualquiera época del año, en lengua castellana, en papel y en soporte electrónico, escritos en Microsoft Word para Windows o en formato compatible, interlineado simple, letra times new roman, tamaño 12, al Jefe del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado con domicilio en Agustinas N° 1687, Santiago, Chile. El manuscrito como archivo adjunto debe remitirse al correo electrónico [RevistadeDerechoCDE@cde.cl](mailto:RevistadeDerechoCDE@cde.cl).

La extensión máxima de los artículos es de 30 páginas tamaño oficio (incluidas las citas a pie de página y las listas de referencias bibliográficas), formato times new roman, 12, interlineado simple. En el caso de los comentarios de jurisprudencia y recensiones bibliográficas la extensión máxima no deberá ser superior a 10 páginas.

Se debe incluir el título del artículo, junto con un resumen de un máximo de 300 palabras y las palabras clave que considera su trabajo, ambos -el resumen y las palabras claves o descriptores- en español e inglés.

Se debe incluir el nombre completo del autor más sus grados académicos y cargo o trabajo que desempeña, así como la dirección de la universidad, centro de investigación o institución a la cual está incorporado y su correo electrónico.

El envío de un original supone el compromiso del autor de no someterlo a consideración simultáneamente a otras publicaciones periódicas de carácter jurídico.

El envío del original supone la cesión a título gratuito por parte del autor a la Revista de los derechos de reproducción una vez admitido, tanto en la Revista propiamente tal como en el sitio web institucional ([www.cde.cl](http://www.cde.cl)).

Los autores recibirán cinco ejemplares de la Revista.

El editor de la Revista decidirá la publicación de los artículos requiriendo la aprobación del Comité Editorial, sin perjuicio de la posibilidad de pedir informes adicionales a especialistas en el tema del trabajo.

Al Consejo de Defensa del Estado corresponde la corrección de las pruebas de imprenta, proceso que es autorizado por los autores, y que supone, eventualmente, modificaciones formales menores en el contenido del artículo.

En cuanto a las referencias bibliográficas, la Revista del Consejo de Defensa del Estado se rige por las siguientes normas:

Las citas a pie de página de manuales y monografías se hará del modo siguiente: Apellido del autor en mayúsculas y, seguido de una coma, el nombre del autor (si los autores son más de tres se autoriza el uso de la expresión et al), y a continuación de una coma, el título de la obra en cursivas, a lo cual siguen, separados por comas, el lugar, la editorial, la fecha de edición y la página respectiva (p., p-p, o págs., según el caso). Si la obra consta de más de un volumen, se indicará en numeración arábiga o romana, según corresponda, el tomo y el volumen, después de la fecha de edición.

#### Ejemplos:

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, Tomo 1, Volumen II, p.224.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, Tomo 1, Volumen II, pp.224-225.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, Tomo 1, Volumen II, págs. 224 y 226.



Las citas a pie de página de artículos publicados en revistas, misceláneas o escritos reunidos se efectuarán del modo siguiente: Apellido del autor en mayúsculas y, seguido de una coma, el nombre del autor, y a continuación de una coma, el título del estudio entre comillas, y luego después de un punto la expresión “En:”, el título de la revista o publicación en cursiva, con la indicación del volumen en numeración arábica o romana, según corresponda, a lo cual siguen, separados por comas, el lugar, la editorial, la fecha de edición y la página respectiva (p., p-p p, o págs., según el caso).

GELSI BIDART, Adolfo, “¿Apelación o Casación ante el superior tribunal?”. En: Revista uruguaya de derecho procesal, 4, Montevideo, 1989, p. 566.

GELSI BIDART, Adolfo, “¿Apelación o Casación ante el superior tribunal?”. En: Revista uruguaya de derecho procesal, 4, Montevideo, 1989, pp. 562-568.

GELSI BIDART, Adolfo, “¿Apelación o Casación ante el superior tribunal?”. En: Revista uruguaya de derecho procesal, 4, Montevideo, 1989, págs. 563 y 566.

En las citas a pie de página se utilizará el formato times new roman, tamaño 10 e interlineado simple.

Al final del texto deberá incluirse la bibliografía (libros, capítulos de libros, artículos, documentos electrónicos, normas y jurisprudencia).

En el caso de la bibliografía consistente en libros, capítulos de libro y artículos, debe utilizarse un sistema similar al de las notas al pie de página, excluyendo el número de páginas solamente en el caso de los libros:

Ejemplo (libro):

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, Tomo 1, Volumen II.

Ejemplo (capítulo de libro):

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André, Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, Tomo 1, Volumen II, Capítulo III, pp. 293-470.

Ejemplo (artículo):

GELSI BIDART, Adolfo, “¿Apelación o Casación ante el superior tribunal?”. En: Revista uruguaya de derecho procesal, 4, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1989, pp. 562-568.

En el caso de documentos electrónicos, debe utilizarse un sistema como el que sigue:

Pierry Arrau, Pedro, “¿Es objetiva la responsabilidad del Estado”, disponible en <http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/eea0f4804aec57cbaf78bff9e4d270c3/3.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=eea0f4804aec57cbaf78bff9e4d270c3&CACHEID=eea0f4804aec57cbaf78bff9e4d270c3&CACHEID=eea0f4804aec57cbaf78bff9e4d270c3> (visitado el 5 de diciembre de 2008).

En el caso de las normas legales y de la jurisprudencia, debe utilizarse un sistema de citación como el que sigue:

Ejemplo (Ley):

Chile, Ley N° 20.330, fomenta que profesionales y técnicos jóvenes presten servicios en las comunas con menores niveles de desarrollo del país. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 25 de Febrero de 2009.

Ejemplo (Decreto Supremo):

Chile, Decreto N° 76 del Ministerio de Justicia, nombra abogados integrantes de la Corte Suprema. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 25 de Febrero de 2009.

Ejemplo (Jurisprudencia)

Corte de Apelaciones de Santiago, Bienes Raíces e Inversiones Chile S.A. con Alcalde de la Ilustre Municipalidad de La Reina, de 4 de abril de 2001. En: Gaceta Jurídica (251), pp. 97-9.





