



CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO

REVISTA DE DERECHO

Diciembre 2012

N° 28

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 Felipe Onfray Vivanco

Comité Editorial

Ana María Hübner Guzmán

Álvaro Quintanilla Pérez

Arturo Felipe Onfray Vivanco

Propietario

Consejo de Defensa del Estado®

Representante Legal

Sergio Urrejola Monckeberg

Domicilio

Agustinas 1687, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual N° 115.310

ISSN N° 0717-5469

Diseño y producción:
Gráfica Metropolitana
contacto@gráficametropolitana.cl
www.gráficametropolitana.cl

Printed in Chile / Impreso en Chile

REVISTA DE DERECHO

Diciembre 2012 N° 28

ÍNDICE

PRESENTACIÓN 7

A.- DOCTRINA

TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y DEMOCRACIA
DELIBERATIVA 9

Mark Van Hoecke

¿PARA QUÉ SIRVE LA JUSTICIA CIVIL? 27

Hazel Genn

SÍNTESIS DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA
EXPERIMENTADA POR LA LEGISLACIÓN
URBANÍSTICA CHILENA..... 51

José Fernández Richard

B.- JURISPRUDENCIA DE INTERÉS

DERECHO ADMINISTRATIVO

Corte Suprema. Consejo de Defensa del Estado con Consejo para la
Transparencia. Recurso de queja 77

DERECHO LABORAL

Corte Suprema. Vallejos con Consejo de Defensa del Estado.
Recurso de unificación de jurisprudencia 109

Corte Suprema. Aedo y otros con Municipalidad de San Antonio. Recurso de unificación de jurisprudencia	119
---	-----

DERECHO MEDIOAMBIENTAL

Corte Suprema. Consejo de Defensa del Estado con Servicio de Vertederos Los Maitenes. Casación de oficio	123
---	-----

DERECHO PENAL

Corte Suprema. Claudio Manuel Carreño Rosales y Otros. Recurso de casación en el fondo	133
---	-----

DERECHO PROCESAL

Corte Suprema. Comercial Automotriz Miranda L. con Consejo de Defensa del Estado. Recurso de casación en el fondo	171
--	-----

C.- RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS..... 191

Arturo Felipe Onfray Vivanco

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES.....	195
----------------------------------	-----

PRESENTACIÓN

Comité Editorial

Es un inmenso privilegio iniciar la Sección Doctrina de este número de la Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado con un trabajo de Mark Van Hoecke, un destacado académico en el ámbito de la Teoría del Derecho contemporánea, el cual se titula “Tribunales Constitucionales y Democracia Deliberativa”. En dicho ensayo se argumenta, a partir de una revisión del caso europeo, que definir los límites mínimos de la democracia y el alcance de los derechos humanos es un proceso continuo, con decisiones provisionales por parte de los legisladores nacionales y europeos y de los Tribunales Constitucionales, las cuales, junto con los debates doctrinales y políticos, contribuyen a la formación de una cultura constitucional común, en un contexto de comunicación democrática deliberativa.

Enseguida, otra relevante figura de la escena académica del viejo continente, Hazel Genn, decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Londres, contribuye a nuestra Revista con un valioso trabajo que, generosamente, ha querido compartir. En su artículo, titulado “¿Para qué sirve la justicia civil?”, se contienen trascendentes reflexiones sobre la justicia civil, las cuales destacan su dimensión pública y sus amenazas. Ellas son parte de la celeberrima obra *Judging Civil Justice*, publicada por primera vez por la Universidad de Cambridge, con cuya autorización la presentamos en su inédita versión en español, conscientes del aporte que podría representar en el actual debate sobre la reforma al proceso civil en Chile.

Finalmente, José Fernández Richard expone en su artículo “Síntesis de la evolución histórica experimentada por la legislación urbanística

chilena” un breve pero certero análisis de la evolución histórica de la legislación urbana en Chile, desde la época colonial hasta la actual Ley General de Urbanismo y Construcciones, concluyendo con algunas sugerencias para una futura normativa sobre la materia.

En la Sección Jurisprudencia se incluyen importantes pronunciamientos recientes de la Corte Suprema, entre los cuales destacan el que señala que las actas del Consejo de Defensa del Estado y de sus Comités están resguardadas por el secreto profesional; el que establece que el procedimiento de tutela laboral no es aplicable a los funcionarios públicos; el que se pronuncia sobre el cómputo del factor “incremento del valor hora”, en el caso del Bono SAE; el que, acogiendo el recurso de casación en el fondo interpuesto por el Consejo, hace un extenso análisis de la figura del cohecho, refiriéndose, además, a los delitos de fraude al Fisco, malversación y negociación incompatible, como también a los distintos tipos de concursos de delitos existentes en nuestra legislación; y el que señala que los sentenciadores infringieron las normas de la sana crítica al establecer un monto de indemnización superior al propuesto por el perito fiscal.

Concluye este número de la revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado con una recensión bibliográfica sobre el interesante libro de los editores Moira Nakousi y Daniel Soto titulado “Cine y Criminalidad Organizada. Una mirada multidisciplinaria”.

DOCTRINA

**TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y
DEMOCRACIA DELIBERATIVA**

Mark Van Hoecke ¹⁻²

***RESUMEN:** En este trabajo se argumenta, a partir de una revisión del caso europeo, que definir los límites mínimos de la democracia y el alcance de los derechos humanos es un proceso continuo, con decisiones provisionales por parte de los legisladores nacionales y europeos y de los Tribunales Constitucionales, las cuales, junto con los debates doctrinales y políticos, contribuyen a la formación de una cultura constitucional común, en un contexto de comunicación democrática deliberativa.*

***PALABRAS CLAVE:** Comunicación deliberativa - Democracia - Derecho europeo - Derechos humanos - Tribunal Constitucional - Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*

***TABLA DE CONTENIDOS:** 1. Introducción. 2. Antecedentes ideológicos. 3. Legitimación de la revisión constitucional. 4. Legitimación a través de la comunicación deliberativa. 5. La comunidad de la interpretación constitucional.*

¹ **MARK VAN HOECKE.** PhD de la Universidad de Gante. Profesor de Derecho Comparado y de Teoría del Derecho de la Universidad de Gante. Director de la Escuela Doctoral en Artes, Humanidades y Derecho de la Universidad de Gante. Co-director de la Academia Europea de Teoría del Derecho.

² El presente artículo fue traducido por Arturo Felipe 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.

ABSTRACT: *The author argues, from an analysis of the European case, that defining the minimum limits of democracy and the scope of human rights is a continuous process, including decisions on the part of national and European legislators and of Constitutional Courts. These decisions, along with the theoretical and political debates, contribute, to the establishment of a common constitutional culture, in a context of a democratic deliberative communication.*

KEYWORDS: *Deliberative communication - Democracy - European Law - Human rights - Constitutional Court - European Court of Human rights.*

TABLE OF CONTENTS: *1. Introduction. 2. Ideological antecedents. 3. Legitimation of the constitutional revision. 4. Legitimation through the deliberative communication. 5. The community of the constitutional interpretation.*

1. Introducción

La historia política europea del siglo XX ha desafiado considerablemente nuestras concepciones de la democracia. La protección de las minorías y de los derechos fundamentales ha cuestionado la regla de la mayoría. La compleja estructura legal de Europa y de sus Estados miembros, con un creciente rol protagónico de los tribunales, ha desafiado el modelo tradicional, monopólico y centralizado, del Estado-Nación. Si bien todavía dependemos, casi exclusivamente, de las teorías que subyacen en la Revolución Francesa, los hechos ya no se ajustan a ellas. Algunos lo lamentan y quisieran adaptar la actual realidad a las anticuadas teorías. Critican lo que llaman el ‘déficit democrático’ de la Unión Europea y parecen apuntar a la construcción de una Europa según el modelo del Estado-Nación del siglo XIX, o a eliminar o, al menos, limitar considerablemente la Unión Europea en favor del antiguo patrón. Otros tienen un enfoque más creativo y realista y tratan de desarrollar teorías que permitan y estructuren un enfoque más plural y menos jerárquico de la realidad jurídica y política. Conceptos que originalmente se desarrollaron para la legitimación de los monarcas absolutos (e.g. ‘soberanía’) o como una reacción contra el poder de

ellos (e.g. ‘voluntad del pueblo’) son parcialmente reinterpretados (e.g. ‘pluralismo constitucional’ o ‘última soberanía’³) y reemplazados por nuevas nociones, tales como ‘democracia deliberativa’.

En este trabajo se argumenta que definir los límites mínimos de la democracia y el alcance de los derechos humanos es un proceso continuo, con decisiones provisionales por parte de los legisladores nacionales y europeos y de los Tribunales Constitucionales. Estas decisiones, junto con los debates doctrinales y políticos, contribuyen a la formación de una cultura constitucional común, en la cual la aceptación de las decisiones de los Tribunales Constitucionales por la comunidad interpretativa constituye la base de su legitimación.

2. Antecedentes ideológicos

Según la teoría tradicional, en los últimos dos siglos, los tribunales han estado en una posición muy débil en relación con el poder político en lo que se refiere a la competencia para la creación de la ley.

El miedo a un *gouvernement des juges* llevó a las autoridades, en Francia y en muchos otros países, tras la Revolución Francesa, a poner a los jueces en una posición estrictamente subordinada al legislador. Durante ese tiempo, por supuesto, habría sido impensable crear un Tribunal Constitucional con el poder de evaluar la constitucionalidad de la legislación, por no hablar de anular las leyes.

La relación entre los tribunales y los legisladores, al menos durante el último siglo, ha sido vista, por lo general, en el contexto de su legitimación democrática. Según sostiene la teoría clásica, al ser los legisladores elegidos democráticamente y los jueces no, corresponde a los primeros y no a los segundos determinar el contenido de la ley. Los jueces deben solamente aplicar las normas democráticamente establecidas y no, en cambio, abolirlas. Esta fuerte posición ha sobrestimado la posibilidad de organizar la sociedad enteramente a través de las normas generales y

³ Para mayores detalles sobre la ‘soberanía’, ver: Dieter Grimm, *Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs* (Berlin: Berlin University Press, 2009).

subestimado la necesidad de una división del trabajo entre el legislador y los jueces, en la creación de la ley.

A su vez, este punto de vista ofrece un enfoque muy formal para el concepto de *democracia*. La protección de los derechos humanos se ha convertido en una parte esencial de la concepción actual de la *democracia*. Esto implica un posible conflicto entre, por una parte, una decisión judicial democrática *substancialmente*, a favor de la protección de los derechos fundamentales del ciudadano, la que no aparece, sin embargo, legitimada democráticamente desde un punto de vista *formal* y, por otra parte, una norma legal que es *formalmente* legítima pero que no cumple con las normas democráticas *sustantivas* en materia de derechos humanos.

De hecho, en la mayoría de los países, los Tribunales Constitucionales han sido introducidos con el fin de verificar si la legislación se ajusta, en cuanto a su contenido, a los derechos fundamentales del ciudadano, establecidos por la Constitución. Se trata de un nuevo paso a favor de una plena aplicación de la *rule of law*. Si todo el mundo y todas las instituciones están limitadas por, al menos, algunas reglas legales, debe existir un organismo oficial encargado de controlar si se acatan o no estas normas. Si no lo hacen, debería ser posible imponer algún tipo de sanción, con el fin de hacer cumplir la ley. En el caso de la revisión de un Tribunal Constitucional esta sanción consiste en la anulación de la ley supuestamente inconstitucional.

La revisión constitucional está siguiendo la tradición del Derecho Natural. De hecho, el énfasis en los derechos humanos importa la idea de los derechos innatos de la Ley Natural, los cuales escapan del control de los legisladores y de otras autoridades públicas: Los derechos humanos existen al margen de cualquiera decisión legislativa y deben estar protegidos de las actuaciones de las autoridades públicas en su contra. Los derechos fundamentales se consideran absoluta y universalmente válidos pero, al contrario de la Ley Natural, ellos permiten una diversidad de interpretaciones según las tradiciones locales. Esto ocurre en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en los Tribunales Constitucionales, los cuales se han convertido en

el dispositivo de vigilancia para proteger al ciudadano y, en especial, a los grupos minoritarios contra los abusos de poder de las mayorías políticas. Los Tribunales Constitucionales son una especie de ‘Corte de Derecho Natural’. El argumento contramayoritario, el cual niega legitimación democrática a tales tribunales, falla debido a que la tarea de los Tribunales Constitucionales es precisamente corregir los abusos o errores de las mayorías políticas.

3. Legitimación de la revisión constitucional

En la discusión sobre la legitimación democrática de la revisión constitucional, varios argumentos se podrían dar en su favor.

En primer lugar, se podría señalar que si los jueces constitucionales no son elegidos directamente por el ciudadano, al menos son nombrados por un órgano electo, generalmente el Parlamento.

En segundo lugar, el poder de los jueces, ya sea en un Tribunal Constitucional o en otros tribunales, es normalmente mucho más limitado que el poder de los legisladores o de los gobiernos.

En términos generales, si bien los jueces constitucionales revisan la legislación inconstitucional no crean regla alguna. Ellos simplemente dejan sin efecto un estatuto, aun cuando, en algunos casos, pueden actuar como un ‘legislador positivo’ (al realizar anulaciones moduladas o al completar lagunas legislativas⁴, por ejemplo). En la mayoría de los casos, sin embargo, las reglas previas cobrarán vida por lo que, indirectamente, los jueces parecen crear reglas ‘nuevas’. Sin embargo, en términos generales, estas viejas reglas se han decidido y promulgado por un Parlamento elegido democráticamente y no por los jueces. Si esto no excluye el problema de la legitimación democrática formal, por lo menos reduce su importancia sustancialmente en comparación con la cuestión de la legitimación democrática formal del legislador. Al determinar el

⁴ Ver, por ejemplo: Allan Brewer-Carías, *Constitutional Courts as Positive Legislators in Comparative Law* (New York: Cambridge University Press, 2011); y Christian Behrendt, *Le juge constitutionnel, un législateur cadre positif* (Bruselas: Bruylant / París: LGDJ, 2006).

alcance de los derechos humanos, los Tribunales Constitucionales y, en particular, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, actúan al modo de reglas de redacción como si fueran los legisladores. Sin embargo, aquí nos enfrentamos a la tarea principal de dichos tribunales, cual es la de proteger a los grupos individuales o a las minorías contra los poderes públicos, incluyendo a los legisladores.

En cuanto a la discusión de los jueces de no haber sido elegidos, al contrario de los parlamentarios, podría argumentarse que una elección directa ofrece menos garantías para los mejores jueces de ser elegidos. De hecho, las cualidades que se necesitan para ser un buen juez son bastante diferentes de las que se requieren para ser popular y, por lo tanto, elegido por el pueblo. El modo en que funcionan las elecciones directas de los jueces en la práctica de algunos países, como Estados Unidos, ofrece un claro ejemplo de esto. Si los jueces casi nunca son elegidos mediante un sistema de elecciones directas, pero sí nombrados por el Gobierno o por el Parlamento, o por algún otro órgano independiente, es porque debe haber buenas razones para ello. Estas deben encontrarse en la evaluación de las ventajas y desventajas de un sistema de elecciones, el que ofrece una mejor legitimación democrática formal para las decisiones judiciales pero menos garantías para su calidad sustantiva, en comparación con un sistema de elección que ofrece un más débil ‘pedigrí democrático’ pero más garantías de calidad de los jueces.

Todo esto demuestra cómo la legitimación democrática formal no es sino un elemento en la discusión. No es el único y, más aún, no es el principal. Sería erróneo limitar el problema de la legitimación de la revisión constitucional de la legislación a este elemento formal.

Pero hay más. Todo el problema de la legitimación democrática no puede limitarse a un pesar y equilibrar la legitimación formal y la sustantiva. Debemos preguntarnos si el problema no se formula de manera incompleta cuando así se plantea. Sale desde un enfoque lineal, vertical y jerárquico, como una deducción Kelseniana de una norma básica: Si el ‘pedigrí democrático’ nos lleva a un consenso por el ciudadano entonces la decisión judicial se considera, formalmente, legitimada democráticamente; se razona que si nos devuelve a los derechos

fundamentales, aprobados previamente por un legislador constitucional, la decisión judicial se considera legitimada democráticamente sobre la base de su contenido.

En ambos casos, alguna preexistente ‘voluntad’ del ‘pueblo’ o ‘voluntad’ del ‘legislador constitucional’ es presumida, la que debe legitimar la decisión judicial de hoy.

Sin embargo, me gustaría argumentar que la legitimación de las decisiones judiciales debe verse en una perspectiva *circular* y *comunicativa* en lugar de una perspectiva lineal y jerárquica.

Para esto, uno debe aceptar que la discusión general sobre la legitimación de las decisiones judiciales es diferente de la discusión sobre la aceptabilidad de una sola sentencia. Limitar el análisis a este enfoque atomístico, conduce, casi inevitablemente, a una visión lineal en el sentido Kelseniano. Al ver el problema desde un punto de vista sistémico, global, otras funciones y elementos, que contribuyen a legitimar las decisiones judiciales, salen a la luz. Es solamente dentro de este enfoque que la perspectiva circular se hace visible.

La perspectiva lineal, *vertical y jerárquica*, está basada en la reacción histórica contra reyes y jueces que fue legitimada desde un punto de vista democrático. Así, aun cuando solamente un escaso porcentaje de la población, en las democracias del siglo XIX, tenía derecho a votar, la legislación promulgada por sus parlamentos estaba claramente mejor legitimada que la legislación emitida por los reyes anteriores, al menos desde un punto de vista formal.

En la segunda mitad de siglo XX hemos tomado conciencia de los límites de un enfoque puramente formal de la democracia. De hecho, dicho enfoque permite una represión ‘democrática’ así como la discriminación e incluso la eliminación física de todo tipo de minorías. Consecuentemente, los derechos fundamentales se comenzaron a tomar más en serio, por ejemplo en Europa, con la redacción y firma de un Tratado de Derechos Humanos, que estableció un tribunal internacional, el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Por primera vez en la historia

se permitió a una Corte Internacional condenar a un Estado y su legislación sobre la base de una violación de los derechos humanos contra sus propios ciudadanos. En la misma línea de pensamiento, en el nivel nacional, se establecieron Tribunales Constitucionales, dotados con el poder de anular la legislación parlamentaria cuando, según los jueces constitucionales, ella violaba los principios establecidos en la Constitución.

Por esto, la relación vertical entre tribunales y legisladores evolucionó hacia una *relación circular*. En lugar de una supremacía absoluta de los legisladores (electos democráticamente) sobre los jueces (no electos democráticamente), nos enfrentamos ahora a una relación circular entre legisladores y jueces. El poder de un Tribunal Constitucional está determinado por el legislador (constitucional). El legislador también, en la mayoría de los casos, designa a los jueces constitucionales. Pero el Tribunal Constitucional tiene la última palabra en cuanto a la interpretación de la Constitución y al alcance de la legislación sometida a su juicio.

Esta relación circular se puede encontrar asimismo dentro de la Unión Europea, entre los Estados miembros y la Unión: ninguno de ellos tiene una posición de *soberanía*: los Estados miembros solamente han dado parte de su poder legislativo y judicial a la Unión (lo que inevitablemente seguirá siendo así, al menos por un período bastante largo, debido al *principio de subsidiariedad* introducido en 1992 por el Tratado de *Maastricht*). Siguen siendo ‘soberanos’ en muchas áreas, pero se subordinan al nivel europeo en un número creciente de campos. Por otra parte, las decisiones claves a nivel europeo son tomadas por los ministros de los gobiernos *nacionales*.

En Europa tribunales como el *Tribunal Europeo de Justicia* (dentro de la Unión Europea) o el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (en el ámbito del Consejo Europeo y cubriendo, con muy pocas excepciones, todo el continente), han evolucionado hacia Tribunales Constitucionales fuertes, los cuales han establecido, mediante la interpretación de los tratados europeos respectivos, nuevas reglas generales con un alcance mucho más amplio y, a veces, en contextos diferentes, en comparación con lo que las partes en esos tratados originalmente tenían en mente.

Debido a la estructura de múltiples niveles (nacionales y europeos) en la Unión Europea, la relación circular se vuelve aún más compleja cuando los *jueces europeos* están controlando a los *legisladores nacionales*. Los jueces europeos, de hecho, están delimitando las fronteras dentro de las cuales pueden operar los legisladores nacionales (y los Tribunales Constitucionales).

Una relación circular puede encontrarse también a nivel de las relaciones entre los órganos jurisdiccionales dentro de la estructura de los tribunales nacionales. En cada sistema jurídico existe una estructura jerárquica de los tribunales, en la que los tribunales inferiores están subordinados a los tribunales superiores: de manera fuerte en sistemas de precedentes vinculantes, de manera débil en los otros. Sin embargo, los tribunales superiores, a veces, cambian su posición basándose en el hecho de que una decisión anterior no fue aceptada ni seguida por los tribunales inferiores o que fue rechazada masivamente por la doctrina jurídica⁵. La autoridad formal así, a veces, es revocada por los argumentos, esto es, por una autoridad sustantiva.

Estas relaciones circulares no son solamente una falla o una debilidad del sistema jurídico actual, resultado de una degeneración de los sistemas jurídicos desde el punto de vista de la fuerza democrática (formal). Al contrario, estamos ante una de las maneras en que una nueva concepción de la legitimación democrática de la creación de la ley se está desarrollando, incluso en el plano del Derecho Internacional.

El punto de partida esencial aquí es que la ley no es algo que se hace (totalmente) en algún momento y luego es simplemente ‘aplicada’ por los funcionarios, los ciudadanos y los jueces para casos concretos. La ley se está realizando constantemente, adaptando y desarrollando en la práctica legal y, principalmente, por los jueces. Si un tribunal adapta, o incluso cambia, el contenido de una norma legislativa, no está

⁵ Por ejemplo, en el caso de Bélgica, ha pasado más de una vez que la Corte Suprema (*Hof van Cassatie/Cour de cassation*) reconsidera su jurisprudencia, sobre la base de una denegación de tribunales inferiores para seguir una decisión anterior de la Corte Suprema. El *Hof van Cassatie*, entonces, se hará cargo de la interpretación, por unanimidad, con el fin de restablecer la ‘paz jurídica’.

usurpando su rol sino, en la mayoría de los casos, asumiendo sus tareas y deberes. Los legisladores no pueden prever todo, ni tampoco puede adaptarse constantemente cada estatuto a las nuevas circunstancias. Es precisamente la tarea y el deber de los jueces llenar la brecha que, inevitablemente, deja cada legislador.

La pregunta, entonces, es: ¿Cómo podemos legitimar estas decisiones judiciales si no existe, al menos formalmente, una fuente de legitimación para un papel tan activo de los tribunales? La respuesta es: a través de la *comunicación deliberativa*.

4. Legitimación a través de la comunicación deliberativa

Al igual que el *Derecho* se hace constantemente en y a través de la práctica jurídica, la *legitimación* también es constantemente alcanzada mediante la comunicación deliberativa.

En un juicio, las partes intercambian argumentos y pruebas. Probablemente ellas no intentan convencerse unas a otras pero sí, sin duda, tratan de convencer a los jueces. En algunos casos, los jueces harán preguntas y requerirán más información de una o más partes. A través de este proceso de comunicación, entre las partes y el juez, nace una ‘verdad judicial’. Si el tribunal ofrece razones convincentes para su decisión, bien puede lograr que ambas partes la acepten. Se trata de un primer ‘*círculo comunicativo*’, el cual involucra al juez y a las partes en el juicio.

Si la decisión del tribunal no logra convencer a ambas partes y si una de ellas lleva el caso a un tribunal superior, se amplía el proceso de comunicación: el tribunal superior no solamente tendrá en cuenta los argumentos y pruebas ofrecidos por las partes sino que también la anterior decisión del tribunal inferior. Se trata de un segundo ‘*círculo comunicativo*’, que implica más de un tribunal en el mismo juicio.

De todos modos, fuera del contexto de una apelación, las decisiones judiciales se localizan en una estructura más amplia de decisiones anteriores en casos similares. Como regla general, siguen esos precedentes. Si no lo hacen, tendrán que dar razones para ello, las cuales,

a su vez, probablemente, se discutirán por la doctrina y luego serán seguidas o revocadas por futuras decisiones judiciales.

Cuando el caso se considera suficientemente interesante para ser publicado, que es la regla con las decisiones de un Tribunal Constitucional, los juristas formularán sus comentarios, criticando o apoyando la decisión, colocándola en un contexto más amplio en el cual aparezca su valor o su debilidad, etc. Esos comentarios pueden, a su vez, influir en futuras decisiones del mismo tribunal o de otros órganos jurisdiccionales. Se trata de un tercer '*círculo comunicativo*', el cual involucra a la comunidad de intérpretes profesionales.

Algunos casos pueden atraer el interés de los medios de comunicación y discutirse, asimismo, con una audiencia no jurídica. Con las decisiones de un Tribunal Constitucional, esta será la regla más que la excepción. Este es el cuarto '*círculo comunicativo*', el cual involucra un foro público.

Por último, aun cuando raramente para las causas ordinarias y no así para los casos del Tribunal Constitucional, un asunto puede debatirse en la sociedad en general si trata de cuestiones éticas o políticas fundamentales (por ejemplo, el aborto, la eutanasia, la inmigración, el racismo, etc.). En estos temas tenemos una gran participación del ciudadano en la determinación del contenido de la ley. Este es el quinto y más grande '*círculo comunicativo*', el cual involucra a toda la esfera pública de una sociedad.

Estos tipos de casos y de procesos de comunicación crean diferentes, y siempre más amplios, círculos de política deliberativa. Ofrecen diversas formas y grados de un '*foro público*'. Entre más técnica y acotada sea la materia, más limitado será el círculo deliberativo, ya que hay solamente un pequeño interés de la comunidad en general. Entre más ética y política sea la cuestión mayor será el interés general, por lo que será apropiado discutir dentro de un público más amplio. Lo mismo ocurre con cuestiones más bien técnicas que son de importancia general ya que la decisión, como un precedente, puede afectar a muchos otros. Aquí, también, un debate más amplio es deseable.

La legitimación democrática de la revisión constitucional y del activismo judicial, en general, es ofrecida por los procesos deliberativos. Es a través de la función del *foro público* que el control público, la crítica y el debate son posibles. Este ‘foro público’ también puede ser encontrado en los Parlamentos⁶. Es al menos tan importante como la función de hacer las leyes sobre la base de la representación democrática. Podríamos preguntarnos cuál sería la peor situación: (1) una sociedad abierta con pleno acceso a cualquier tipo de información y una amplia gama de oportunidades para la discusión política, también respecto al Parlamento, aunque éste pueda no haber sido elegido democráticamente, sino, por ejemplo, constituido en base hereditaria; o (2) un Parlamento elegido democráticamente que trabaja en secreto, con ninguna información al público (excepto el resultado de la labor parlamentaria, en particular la legislación como tal) y sin ningún tipo de debate público.

Si tuviéramos que elegir entre estas dos alternativas, es obvio que estaríamos mejor con la primera de ellas. La razón es que tal debate público *fuera* del Parlamento es una condición necesaria para posibilitar elecciones democráticas. Si tal recurso al debate no es posible, las elecciones no pueden ser significativas. Por otro lado, es muy probable que el debate público en la sociedad, con un Parlamento no elegido democráticamente, conducirá eventualmente a elecciones democráticas.

Este ejemplo muestra cómo el debate público es una condición necesaria para la democracia y, por ende, para la legitimación democrática.

Todo esto no es solamente una cuestión de, en forma defensiva, intentar legitimar un Poder Judicial que sufriría, de todos modos, de algún ‘déficit democrático’. La manera como la práctica legal opera, como una comunidad delibera permanentemente, permitiendo que nuevos conceptos jurídicos, nuevas reglas, nuevos principios, nuevas interpretaciones y nuevas teorías sean propuestas, discutidas, elaboradas y, finalmente, aceptadas, demuestra que también, cualitativamente,

⁶ Para mayores detalles, ver J.H.H. Weiler, U. Haltern, y F. C. Mayer, *European Democracy and its Critique. Five Uneasy Pieces*, EUI Working Paper RSC N° 95/11, European University Institute, Florencia, 1995.

ofrece un *valor añadido*, en comparación con la ley hecha a través de la delegación, que es (solamente) formalmente legítima. Ello confirma lo que Michael Sandel escribió: “Cuando la política va bien, podemos conocer un bien común que solos no podemos conocer”⁷. En otras palabras, nos encontramos ante un ‘*beneficio democrático*’.

Es cierto que, en el corto plazo, algunas decisiones ‘equivocadas’, algunos ‘accidentes’, pueden ocurrir, pero, en el largo plazo, tal fabricación deliberativa de la ley ha demostrado crear una mejor norma.

5. La comunidad de la interpretación constitucional

Hoy, debido a la estructura estratificada de los sistemas jurídicos europeos y de los poderes constitucionales, repartidos en, a lo menos, tres sistemas legales (Corte Europea de Derechos Humanos, Sistemas Nacionales y Unión Europea), el cuadro de la comunicación deliberativa dentro de un foro público es bastante complejo, con un rol mayor de los Tribunales Constitucionales (domésticos, Estrasburgo y Luxemburgo).

La interacción entre los Tribunales Constitucionales y los legisladores ha sido bien ilustrada por Kaarlo Tuori a través del caso finlandés:

“La opinión prevaleciente es que la obligación de Derecho Internacional de Finlandia se refiere a la Convención según lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo. La Convención se ha incorporado en el ordenamiento jurídico interno a través de una ley del Parlamento y el derecho interno, también, posee el contenido que el Tribunal de Estrasburgo le ha asignado. Por lo tanto, un tribunal transnacional constantemente está redefiniendo el contenido normativo del ordenamiento jurídico de Finlandia. Además, según la doctrina imperante, los derechos de la Convención definen la línea de base de la protección ofrecida por las disposiciones constitucionales correspondientes. Por lo tanto, la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo tiene

⁷ Michael Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, New York: Cambridge University Press, 1998, p.143.

un impacto inmediato en el Derecho Constitucional nacional. En consecuencia, la Comisión de Derecho Constitucional del Parlamento, en su revisión constitucional *ex ante*, rutinariamente invoca la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo. En algunos de sus recientes precedentes, el Tribunal Supremo se ha referido también a la jurisprudencia de Estrasburgo, por ejemplo cuando pesa y equilibra el derecho a la intimidad y a la libertad de prensa como principios interpretativos en la aplicación de la disposición del Código Penal sobre la violación de la privacidad. El Tribunal Supremo Administrativo, también, en varias resoluciones, ha invocado la Convención y la jurisprudencia de Estrasburgo al especificar la relevancia de las disposiciones constitucionales relativas a los derechos básicos”⁸.

Las resoluciones de los Parlamentos o de las Cortes Supremas nacionales han sido reemplazadas por una comunidad europea interpretativa amplia, llamada a determinar el alcance de la democracia y de los derechos fundamentales de los ciudadanos a través de un diálogo constante.

Así como los tribunales nacionales no siempre siguen a sus Cortes Supremas, los Tribunales Constitucionales nacionales pueden tomar una postura crítica hacia los niveles europeos tal como, en particular, el Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*) lo ha demostrado regularmente. Junto con los comentarios doctrinales y políticos sobre las decisiones constitucionales, esto crea un proceso de comunicación y debate profundo sobre las cuestiones en juego. A su vez, ello influirá en las posiciones adoptadas por los Tribunales Constitucionales.

La definición de los límites mínimos de la democracia y del alcance de los derechos humanos es un proceso continuo, con decisiones provisionales de los legisladores y de los tribunales. Estas decisiones, junto con los debates doctrinales y políticos, contribuyen a su vez, a

⁸ Kaarlo Tuori, *Judicial Constitutional Review as a Last Resort*, en: T. Campbell, e.a. (editores), *The Legal Protection of Human Rights*, Oxford University Press, 2010, p. 367.

construir una opinión generalizada en la sociedad y a la creación de una cultura constitucional europea común. Los Tribunales Constitucionales en Europa han experimentado cambios en sus cosmovisiones de la sociedad pero también han contribuido a crear nuevas perspectivas sobre la democracia y los derechos fundamentales.

Un aporte a los puntos de vista sobre la democracia y los derechos fundamentales está, sin lugar a dudas, claramente presente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Veamos, al respecto, dos ejemplos:

Un primer caso es la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 10 de enero de 2012, por la cual el Estado italiano fue condenado por la violación del artículo 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos por haber mantenido las calles de Nápoles llenas de basura durante un período prolongado (siete meses)⁹. El derecho a un ambiente sano no está incluido explícitamente en la Convención, pero la Corte lo vincula al derecho al respeto de la vida privada. Es obvio que, en el común entendimiento, el ‘respeto a la vida privada’ no incluye el derecho a un ambiente sano. Tampoco la mayoría de los ciudadanos europeos considera el problema de la basura napolitana como una cuestión de ‘derechos humanos’ aun cuando la mayoría estaría de acuerdo en que es un ejemplo de mala política, más aún considerando que la Camorra estuvo implicada. Al decidir en este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos está contribuyendo a *la creencia* de que el gobierno estaba violando un derecho humano y, además, por pura negligencia.

Un segundo caso es la reacción de los políticos y miembros del Poder Judicial a la decisión ‘Salduz’ del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁰. Hasta esa decisión era, en muchos países, incluyendo a Bélgica, generalmente aceptado que alguien fuese interrogado por la policía sin la presencia de un abogado, cuando este derecho no era

⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 10 de enero de 2012, N° 30.765/08, Di Saro y otros v. Italia.

¹⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, 27 de noviembre de 2008, Salduz v. Turquía.

concedido expresamente por la ley. Como resultado de dicha decisión, que condenó esta práctica, Bélgica tuvo que reorganizar su procedimiento penal¹¹. Lo que parecía impensable y prácticamente imposible de realizar hasta 2011, pronto se hizo una realidad procesal a partir de enero de 2012. Es interesante señalar que nos encontramos aquí con un caso en que un legislador está siguiendo las decisiones judiciales. Lo anterior se ha hecho costumbre por los Parlamentos nacionales en relación con las decisiones de Estrasburgo, pero aquí la Ley belga de 2011 también había sido precedida por una decisión de la Corte de Casación de 2010, en la que el Tribunal, tras la decisión del caso ‘Salduz’, revocó su propia jurisprudencia y pasó a considerar que la presencia de un abogado durante el primer interrogatorio es necesaria para una adecuada defensa de los sospechosos¹². Además, el Tribunal de Apelaciones de Amberes, en 2009, había ya excluido como evidencia, en un caso penal, las confesiones hechas por un sospechoso en ausencia de su abogado¹³.

Eventualmente, la aceptación de las decisiones de los Tribunales Constitucionales, en las sociedades a las cuales se aplican, es la última piedra de toque de su legitimación. Esto no significa que una mayoría debe estar de acuerdo, pero sí que dicha mayoría podría aceptar la referida decisión, considerándola no claramente irrazonable o inaceptable.

En este proceso, la comunidad interpretativa de los jueces constitucionales y estudiosos del Derecho Constitucional desempeña un papel importante como *mediador* entre la política y la opinión pública. Cuanto mayor sea el consenso en el seno de esa comunidad interpretativa (Académicos, Tribunales Constitucionales nacionales y Tribunal Europeo de Derechos Humanos) más claramente la decisión será aceptada por la opinión pública y los políticos involucrados¹⁴.

¹¹ Ley de 13 de agosto de 2011, en vigencia a partir del 1 de enero de 2012.

¹² Tribunal de Casación, 23 de noviembre de 2010, P. 10.1428.N.

¹³ Tribunal de Apelaciones de Amberes, 9ª Cámara, 24 de diciembre de 2009, 973 P. 09.

¹⁴ Una falta de consenso en la comunidad interpretativa puede comprometer la

Las discusiones en la esfera pública sobre los conceptos de democracia y el alcance de los derechos humanos son debates en desarrollo permanente, en los que grandes grupos participan. Los Tribunales Constitucionales tienen una posición privilegiada, en la medida que tienen la autoridad para determinar el exacto alcance de los principios y de las normas constitucionales. Sin embargo, como nos enfrentamos a un debate, cada decisión es, por definición, provisional y puede cambiar en el futuro ya sea por una distinta posición del Tribunal Constitucional o por una nueva norma establecida por el legislador constitucional¹⁵.

posición de la Corte Constitucional debido a la falta de legitimación. Para mayores detalles, ver los comentarios formulados, en el año 2010, por el Presidente de la Corte Constitucional belga, Marc Bossuyt, contenidos en su libro *Strasbourg et les demandeurs d'asile: des juges sur un terrain glissant*, Bruselas: Bruylant, 2010.

¹⁵ Básicamente, Jacques Chevalier escribe lo mismo, aun cuando ve la relación entre los diferentes actores como competencia y no como comunicación (Jacques Chevallier, Denys de Béchillon, e.a. (editores), *L'architecture du droit "Pour une sociologie du droit constitutionnel"*. *Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, París: Economica 2006, 281-297, p. 296.

¿PARA QUÉ SIRVE LA JUSTICIA CIVIL?*

Hazel Genn¹

RESUMEN: *En el año 2008 la profesora y decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Londres, Hazel Genn, fue invitada a participar en la prestigiosa cátedra Hamlyn, que anualmente se realiza en el Reino Unido. En dicha oportunidad la profesora Genn decidió hablar sobre la justicia civil en el derecho consuetudinario y, en especial, acerca de la justicia civil inglesa. El año 2010 su conferencia fue publicada bajo el título *Judging Civil Justice o Juzgando a la justicia civil, constituyéndose en una de las publicaciones más citadas en el área en dicho país.**

El presente documento contiene la versión adaptada en castellano de la introducción de aquel libro, reconociendo lo inusual que supone traducir solo una parte de una publicación. Sin embargo, se ha estimado que el señalado preámbulo supone por sí solo un gran aporte al debate en Chile sobre la reforma al proceso civil, hoy en discusión parlamentaria.

En este breve documento la profesora Genn es capaz de caracterizar con mucha precisión cuáles son los rasgos distintivos de la justicia civil en el sistema judicial. Asimismo, identifica, con claridad, cuáles son

* Traducción de Claudio Fuentes Maureira, Profesor de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

· Documento originalmente publicado bajo el título “Introduction: what is civil justice for?” En: Genn, Hazel, *Judging Civil Justice*, Cambridge University Press, 2010, pp. 1 - 26.

¹ **HAZEL GENN.** Profesora de estudios socio-legales y Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Londres. Co-directora del Centro para Estudios Empíricos de la referida Universidad.

los problemas, cuestionamientos y desafíos que la justicia civil inglesa enfrenta en la actualidad.

Para la profesora Genn es claro que el buen funcionamiento de la justicia civil va más allá de la satisfacción de los intereses privados en juego. La autora transmite, de forma persuasiva y clara, una idea fundamental, a saber, que la justicia civil y su buen funcionamiento cumplen un rol público que no debe ser desconocido por las políticas públicas en el sector justicia que impulsan los Estados.

PALABRAS CLAVE: *Adjudicación – Justicia civil – Justicia civil en crisis – Reforma judicial – Rol de los tribunales.*

TABLA DE CONTENIDOS: *1. La forma de la justicia civil. 2. ¿Qué es un sistema de justicia civil? 3. La relevancia del proceso. 4. La justicia civil como bien público. 5. La importancia de la adjudicación. 6. Amenazas a la justicia civil.*

ABSTRACT: *In 2008, professor and dean of the Faculty of Law of the University of London, Hazel Genn, was invited to participate in the prestigious Hamlyn Lectures, which are held annually in the United Kingdom. Professor Genn decided to speak on civil justice in customary law and especially about English civil justice. In 2010 her conference was published under the title *Judging Civil Justice*, becoming one of the most cited publications in the area in that country.*

This document contains the Spanish version of the introduction to that book. Even though it is unusual to translate only part of a manuscript, it was estimated that this introduction itself represents a great input to the the current debate about civil justice reform in Chile.

In this paper Professor Genn is able to characterize very precisely what are the distinctive features of civil justice in the judicial system. It is also possible to identify clearly what issues, questions and challenges English civil justice faces today.

For Professor Genn it is clear that the proper functioning of civil justice goes beyond the satisfaction of private interests. On the contrary, she is

able to communicate persuasively and clearly a basic idea: civil justice system and its proper functioning plays a public role that should not be ignored by public policy in the justice sector.

KEYWORDS: *Adjudication – Civil justice – Civil justice in crisis – Judicial reform – Role of courts.*

TABLE OF CONTENTS: *1. The shape of civil justice. 2. What is the civil justice system? 3. The significance of procedure. 4. Civil justice as a public good. 5. The importance of adjudication. 5. Threats to civil justice.*

*Todo sistema de gobierno civilizado requiere que el Estado ponga a disposición de todos sus ciudadanos los medios para una justa y pacífica resolución de los conflictos respecto de sus derechos. Los medios proveídos son los tribunales de justicia, a los cuales todo ciudadano tiene un derecho constitucional de acceso (Lord Diplock en *Bremer Vulkan Schiffbau and Maschinenfabrik v. South India Shipping Corp.* [1981] AC 909, HL, p. 976).*

*La justificación del sistema legal y los procedimientos debe ser la del mal menor, que el sistema legal de resolución de disputas es preferible a los derramamientos de sangre, el crimen rampante y la violencia (M. Bayles, *Principles for legal procedure, Law and philosophy*, 5:1, 1986, p. 57).*

El primer impulso de un alma elemental es hacer justicia por la propia mano. Solamente pagando el costo de grandes esfuerzos históricos ha sido posible suplantar en el alma humana la idea de la justicia por mano propia por la idea de la justicia encargada a las autoridades (Eduardo

Couture, The nature of judicial process, Tulane Law Review, 1950, p. 7).

Los últimos quince años ha sido un período de cambios significativos para los sistemas de justicia civil alrededor del mundo. La reforma fundamental a la justicia civil inglesa, que fue parte de ese movimiento, tiene hoy más de una década. Este, por tanto, es un momento oportuno para reflexionar. Al seleccionar la justicia civil como el tópico para las *Hamlyn Lectures*^{*} estoy entrando en un territorio claramente demarcado por expertos como Sir Jack Jacob, Michael Zander, J.A. Jolowicz, Adrian Zuckerman y, en su momento, Jeremy Bentham. Con todo, mi intención en estas conferencias es ofrecer una perspectiva un poco distinta respecto de la justicia civil. Estoy interesada en preguntas teóricas acerca del propósito social y la función de la justicia civil (en particular en los sistemas del *common law*) y en preguntas empíricas acerca de cómo el sistema de justicia civil trabaja a la luz de dichos propósitos. Mi visión acerca de la justicia civil está moldeada por casi tres décadas de experiencia estudiando cómo el sistema de justicia civil opera en la práctica. En los hogares de los ciudadanos he discutido con estos respecto de los problemas de la justicia civil, acerca de por qué han o no han litigado y si desearían haberlo o no hecho. Me he sentado en las salas de los tribunales para conversar con los abogados antes y después de sus audiencias. He visitado los despachos judiciales para obtener

-
- * Nota del traductor. Las *Hamlyn lectures* están conformadas por una conferencia anual pública a cargo de un expositor de renombre sobre un tema de interés general vinculado al derecho comparado europeo. Ellas se financian con los fondos dejados por el jurista William Bussel Hamlyn, los cuales son manejados por las Universidades de Belfast, Exeter, Gales, Glasgow, Leeds y Londres y por algunas personas naturales. Las conferencias se han realizado desde 1949 y entre las personas que han sido encomendadas con esta tarea se encuentran destacados académicos y exponentes, entre ellos, Sir Jack Jacob, Lord Justice Woolf, William Twining y Michael Zander, por solo nombrar algunos.
 - * Nota del traductor: La diferencia entre *barristers* y *solicitors* no es compartida por todos los países del *common law*. Los *solicitors* son aquellos abogados que normalmente litigan ante tribunales de inferior jerarquía, quienes conocen la tramitación de los procedimientos y poseen un conocimiento general acerca del Derecho. En cambio los *barristers* se consideran especialistas en un área del Derecho e intervienen en determinados momentos del proceso, especialmente ante las Cortes superiores.

información de los funcionarios. Me he abierto paso a través de confusos archivos judiciales. He hablado con “*solicitors*”, “*barristers*” y jueces y he observado su trabajo. Mi enfoque está, por lo tanto, basado en una comprensión empírica de qué es lo que constituye el sistema de justicia civil inglés, cómo opera y cómo su funcionamiento se relaciona con las expectativas y las necesidades de las personas comunes y corrientes².

En las *Hamlyn lectures* sobre la justicia civil, en 1987, Sir Jack Jacob remarcó que “el sistema de justicia civil es de vital importancia para las personas de este país, como lo es también para las de todo el mundo”³. Él definió al sistema de justicia civil como la ley sustantiva, la maquinaria y los procedimientos para reclamar y defender pretensiones civiles, es decir, la totalidad del sistema de administración de justicia en materias civiles. Al adoptar esta definición amplia, mi punto de partida es que la maquinaria de la justicia civil afirma la estabilidad social y el crecimiento económico al proveer un proceso público de resolución pacífica de conflictos civiles que permite hacer valer y proteger los derechos personales y privados⁴. El sistema de justicia civil provee la arquitectura legal que permite a la Economía operar efectivamente, que los acuerdos sean cumplidos y que el poder del Estado sea fiscalizado y limitado. El Derecho Civil fija los límites de la actividad social y económica, mientras que los tribunales civiles resuelven disputas cuando éstas surgen. En tal sentido, dichos órganos jurisdiccionales, de manera pública, reafirman las normas y los estándares de conducta para ciudadanos, empresarios y entidades públicas. Los acuerdos entre extraños son posibles gracias a que los derechos y las responsabilidades se encuentran determinados por un marco jurídico establecido que es respaldado por los tribunales si las promesas no son cumplidas. Bajo el Estado de Derecho, el gobierno está sujeto a dar cuenta de sus acciones y será controlado si se excede

² La frase es usada al describir los objetivos de las *Hamlyn lectures* como se especifica en los términos de la fundación en 1948. Véase <http://law.exeter.ac.uk/hamlyn/documents/hamlyntrustorder.pdf>

³ Jacob, J., *The Fabric of English Civil Justice*, Sweet & Maxwell, 1987, p. 1.

⁴ Para una formulación contemporánea, véase Comisión del Gobierno Australiano para la Productividad, *Report on Government Services 2008*, Volumen 1, Parte C, “Justice”, Prefacio.

de sus atribuciones. Los tribunales no solamente son el vehículo para enviar estos mensajes sino que contribuyen, de manera silenciosa y significativa, al bienestar social y económico. Estos cumplen un rol, en el sentido de que nosotros vivimos en una sociedad ordenada, donde hay derechos y garantías, los cuales pueden hacerse valer. Si la ley es el esqueleto que soporta las democracias liberales⁵, entonces la maquinaria de la justicia civil es parte de los músculos y los ligamentos que permiten que él funcione.

Mi objetivo es formular ciertas preguntas acerca de las modernas tendencias en política judicial respecto de la justicia civil en Inglaterra y en el mundo, en el contexto de mi visión acerca de la importancia social que tiene el buen funcionamiento del sistema de justicia civil. En particular, quiero enfocarme en el declive de la justicia civil, en la reducción en importancia de ésta, en el mal estado de los edificios de justicia y en el desvío de casos a sistemas de resolución privada de disputas, acompañado por un discurso anti-litigación/anti-adjudicación que interpreta estos eventos como algo socialmente positivo.

Antes de comenzar, es necesario aclarar ciertas confusiones conceptuales. El hecho de que Sir Jack Jacob, en sus conferencias de 1987, haya decidido dejar pasar la oportunidad de decir algo más acerca de la importancia social de la justicia civil puede no haber sido accidental. Uno de los problemas de discutir el propósito social de la justicia civil dice relación con las dificultades en su terminología. Quizás esto importa hacernos ciertas preguntas acerca de cómo nosotros concebimos el sistema de justicia civil y si de hecho es, en algún sentido, “un sistema”.

Cuando mencioné a mis colegas que iba a participar en las *Hamlyn lectures*, después de un suspiro ellos inmediatamente respondieron “¿sobre qué tratan?” Cuando les di el título general de “justicia civil”, la mayoría de las personas asientan y balbuceaban algo como “oh, muy bien”. Pero algunos de mis críticos más agudos preguntaban “¿A qué te

⁵ Metáfora tomada de B. Tamanhana, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2004, p. 36 (“La ley es el esqueleto que soporta adecuadamente el sistema liberal, dándole forma y estabilidad”).

refieres con justicia civil?” Mientras reflexionaba con mayor detención acerca de la respuesta a dicha pregunta y consideraba la literatura del mundo en relación con la reforma de la justicia civil, el propósito de la misma, la adjudicación, la desaparición en la práctica del juicio oral, los acuerdos y la resolución alternativa de disputas, de forma creciente adquirí consciencia de que los tópicos que había tocado en el pasado son, quizás, más complejos de lo que había originalmente apreciado.

La forma de la justicia civil

El funcionamiento de los tribunales civiles refleja las diversas opciones que los ciudadanos y empresarios tienen respecto de cuándo, cómo y hasta dónde empujar y defender sus causas civiles. Existen muchas personas interesadas en el sistema de justicia civil así como una variada gama de problemas a él asociados. Una de las dificultades de conceptualizar la justicia civil en comparación con la justicia criminal es su complejidad. El “sistema” de justicia civil es más variado y complejo que el sistema de justicia criminal. En la justicia criminal es posible identificar una gama consistente y limitada de procedimientos y legislación que lleva inexorablemente a la persecución criminal, normalmente involucrando al Estado, a través del fiscal, y a un individuo como imputado. En contraste con la justicia criminal, los casos civiles involucran un amplio rango de potenciales demandantes y demandados, organizados de diversas formas. En los casos civiles, el impulso del sistema judicial es una decisión de los demandantes, generalmente cuando otros intentos por llegar a acuerdo con el demandado han fallado.

Hace más de diez años⁶, en mi conferencia inaugural, en la Universidad de Londres, sobre la justicia civil, escribí que uno de los problemas para comprenderla es su complejidad en lo que se refiere a la diversidad de las materias y de las configuraciones de las partes y que es ella la que inhibe una conceptualización y desarrollo teórico. Muchos tipos de partes. Muchos tipos de disputas. Gracias a la investigación

⁶ Genn, H., “Understanding Civil Justice”, en Freeman M., *Law and Public Opinion in the 20th century*, Current Legal Problems, Volumen 50 (Oxford University Press, 1997) pp. 155 – 187.

sobre los conflictos legales que se ha desarrollado en la última década⁷ sabemos que aquellas disputas que potencialmente pueden judicializarse y que conciernen al ciudadano son los problemas del diario vivir: disputas entre vecinos acerca de sus conductas o la propiedad; problemas con los arrendatarios; deudas; conflictos laborales; reclamos respecto de bienes defectuosos y prestaciones de baja calidad; demandas contra compañías de seguros; arrendadores que buscan expulsar a arrendatarios con rentas impagas. La variedad de los derechos reclamados, agravios y disputas resulta en la dificultad de generalizar acerca de los “problemas civiles”. Dentro de lo que nosotros consideramos el sistema de justicia civil, los individuos pueden iniciar acciones contra otros individuos, contra grandes compañías o contra entidades públicas. A su vez, las instituciones financieras y las autoridades regularmente siguen la vía judicial contra los ciudadanos. La dinámica de la resolución de las disputas varía de forma significativa en relación a la distribución del poder y los recursos en la litigación. ¿Quién puede asumir con mayor facilidad los costos de demandar o de defenderse? ¿Quién puede asumir el precio de esperar una resolución? Lo que un demandante de una compañía de seguros quiere de la justicia civil, probablemente, va a ser distinto de lo que desea el arrendatario que busca resistir a su arrendador⁸.

La actividad económica se ve facilitada gracias a un complejo sistema de derechos y obligaciones que pueden las sociedades comerciales hacer valer de manera frecuente ante los tribunales. En la esfera de las disputas

⁷ Genn, H., *Paths to Justice: What Do People Think About Going to Law* (Hart, 1999); Buck, A. et al., *Causes of Action: Civil Law and Social Justice* (The Stationery office, 2004). Otros ejemplos incluyen: *Consultancy Study on the Demand for and Supply of Legal and Related Services* (Hong Kong Department of Justice, 2008); Coumarelos, C.; Wei, Z. y Zhou, A. *Justice made to measure: NSW legal needs survey in disadvantaged areas* (Law and Justice Foundation of New South Wales, 2006); Murayama, M. “Experiences of problems and disputing behaviour in Japan”, *Meiji Law Journal*, 14 (2007), 1-59; van Velthoven, B. y ter Voert, M. *Geschilbeslechtingdelta 2003* (WODC, 2004); Gramatikov, M. “Multiple Justiciable Problems in Bulgaria” (Tilburg University Legal Studies Working Paper No. 16/2008, 2008).

⁸ Para un discusión acerca de esta diversidad véase Genn, H. *Solving Civil Justice Problems: What might be best?*, Scottish Consumer Council Seminar on Civil Justice, 19 de enero 2005, www.ucl.ac.uk/laws/academics/profiles/docs/genn_05_civil_justice_problems.pdf

de negocios existe un amplio rango de materias que pueden ser discutidas por las compañías y, también, hay una considerable variación en la configuración de las partes en disputa, ya se trate de pequeñas, medianas o grandes compañías. De forma similar a los litigios que involucran a los ciudadanos, las dinámicas de las causas comerciales están influidas por la distribución del poder y los recursos.

Pero el problema de fondo es más complejo que simplemente reconocer la variedad de disputas y sus respectivas dinámicas. Sir Jack Jacob señaló que el término “justicia civil” describe a todo el sistema de administración de justicia en materias civiles. En su perspectiva, el ámbito de la justicia civil “es amplio y de gran alcance y sus límites no han sido aún completamente fijados; envuelve toda el área de aquello que es cubierto por el procedimiento civil”⁹. Michael Zander, en sus conferencias de 1999, adoptó un enfoque similar al indicar que “la justicia civil se preocupa de manejar las disputas entre ciudadanos que derivan de lo civil en oposición al Derecho Penal. La expresión es normalmente utilizada para referirse a todas las etapas de las disputas civiles en los tribunales, incluyendo la presentación de la demanda, la negociación, el juicio y los recursos post juicio”¹⁰. Al dibujar la justicia civil de manera tan amplia, se advierte que tales definiciones agrupan las disputas entre ciudadanos, entre empresarios y otras entidades comerciales; y aun entre familiares. Más importante todavía, ellas incluyen conflictos entre ciudadanos y agencias públicas. Algunas veces, cuando las personas hablan de la justicia civil están pensando en algo separado de la justicia de familia y de la justicia administrativa. En otras ocasiones se están refiriendo a la justicia civil como todo aquello que no es criminal. Es importante, entonces, ser claros porque existen diferencias conceptuales, constitucionales y prácticas entre las disputas que involucran a un individuo y el Estado, las disputas que siguen a un quiebre familiar; y las disputas civiles y comerciales. Las diferencias importan porque existen distintas perspectivas acerca del propósito teórico del rol de los tribunales en esas subáreas o divisiones

⁹ Jacob, J., *The Fabric of English Civil Justice*, p. 2.

¹⁰ Zander, M., *The State of Justice*, Hamlyn Lectures 51, Sweet & Maxwell, 2000, p. 27.

de la justicia civil y porque, hasta cierto punto, existen variaciones en la política judicial respecto de dichas subáreas.

Cuando consideramos la litigación de daños personales, las disputas de consumo o los casos de deudas, estamos tratando con temas distintos pero siempre dentro del mismo marco de las disputas por indemnización de perjuicios, incumplimiento contractual, cumplimiento negligente de obligaciones, etc. En cada uno de estos casos la disputa vendrá a los tribunales como consecuencia de una diferencia de perspectivas sobre una situación de hecho para la cual la ley y los tribunales ofrecen una solución. La diferencia de perspectivas no puede ser resuelta por las partes. Si así se pudiese no sería una disputa. En la mayoría de los casos el demandante quiere más dinero para compensar su daño. El demandando no quiere o no puede pagar la compensación. No quiere –porque genuinamente cree que no ha hecho nada malo– o no puede porque es insolvente. El poder coercitivo de los tribunales es movilizado por el demandante para obtener aquello que él o ella cree es un derecho y que no ha podido obtener mediante el poder del argumento y de la negociación. El hecho de demandar ante los tribunales confirma la creencia de que el demandante tiene derecho a un remedio y remarca la función social de los tribunales, quienes están preparados para escuchar y decidir acerca de la disputa en nombre del demandante.

En el caso del quiebre de una relación y la tuición de los hijos, también pensamos en disputas, pero más allá de los contratos y las demandas por daños. Estamos en el contexto de sufrimiento de un conflicto familiar. Nuevamente existen diferentes visiones acerca de situaciones de hecho. ¿Cuál es la justa división de las propiedades familiares? ¿Quién está en mejor posición para cuidar a los hijos?

Sin embargo, cuando hablamos del control de las decisiones de la Administración, estamos en un territorio diferente. Aquí el rol de los tribunales es menos acerca de la resolución de disputas, la promulgación de normas y estándares respecto del comportamiento de los ciudadanos o de la forma de llevar a cabo negocios, y más sobre el ejercicio de la responsabilidad constitucional de asegurar que el Ejecutivo actúe en

conformidad con la ley. De hecho estos casos son acerca del Estado de Derecho en acción.

Una pregunta relevante es cuánta importancia debemos atribuir a la decisión judicial en comparación con los acuerdos de las partes. Es obvio que toda idea acerca de la importancia de la labor adjudicativa y del rol del Poder Judicial cambiará dependiendo no solamente de la posición que el juez tiene en la jerarquía del sistema de tribunales ingleses, sino que también de si el juez es llamado a resolver disputas entre ciudadanos particulares, entre miembros de una familia, entre empresarios o entre el gobierno y los ciudadanos. Siendo que todas estas materias son consideradas bajo la administración de justicia civil, es difícil al momento de considerar las influencias de la política judicial del gobierno limitar la discusión a solo una de estas áreas. Si bien mi interés está en el rol de los tribunales en disputas no familiares, me gustaría dejar en claro que los desarrollos que identifiqué en el discurso sobre la justicia civil y la política judicial están influenciados y tendrán impacto en el trabajo de los tribunales respecto de la justicia de familia y administrativa.

¿Qué es un sistema de justicia civil?

Las definiciones de la justicia civil proveídas por Sir Jack Jacob y Michael Zander no solamente incorporan a la ley sustantiva, que se refiere a los derechos y deberes, sino que también a la maquinaria que es proveída por el Estado y la judicatura para la resolución de quejas y disputas civiles. La administración de la justicia civil incluye a las estructuras institucionales, a los procedimientos y a los mecanismos para conocer y adjudicar reclamos y disputas. El sistema –si es que es un sistema– está conformado en parte por el gobierno, mediante la entrega de edificios, recursos, personal judicial y tasas por la interposición de demandas, y también por la judicatura, guardiana del proceso. Los jueces son responsables por el ejercicio de su facultad de separarse del precedente jurisprudencial; por la dirección y el

cambio normativo; y, en muchos sistemas del *common law*, han tenido una fuerte influencia en las revisiones y reformas de la justicia civil.

El sistema de justicia civil se refiere en parte a los derechos sustantivos¹¹, sin embargo es quizás más relevante el hecho de que trata de las medidas que la sociedad toma para que los ciudadanos y los empresarios puedan interponer demandas civiles y así ejercer el derecho a la acción y poner en movimiento la maquinaria que permite hacerla efectiva. Una pregunta vital para aquellos interesados en la justicia civil no es “¿qué derechos otorgamos?”, sino que, una vez otorgados aquellos, habiéndose impuesto deberes y obligaciones, habiéndose diseñado una política para obligar cierto comportamiento o aminorar un mal social, preguntarnos ¿qué oportunidades y estructuras nosotros proveemos para que el pueblo pueda hacer valer esos derechos y obligaciones o para que los derechos sean respetados?

Esto levanta la pregunta acerca de si la ley, las estructuras y los procedimientos para perseguir y resolver disputas constituyen o no un “sistema”. El concepto de sistema sugiere un grupo de elementos que interactúan, se interrelacionan y son dependientes entre sí, que forman un todo complejo y funcional. La justicia civil representa hasta cierto punto un sistema en la medida que hay elementos interrelacionados que interactúan y que cualquiera perturbación en una parte del sistema producirá, algunas veces de forma predecible y otras no, consecuencias en otras partes del mismo. Desafortunadamente, si bien la justicia civil es referida como un sistema, las iniciativas de política judicial no siempre han entendido de forma correcta la naturaleza de estas relaciones e interacciones o no las han tomado en consideración. De hecho, es posible indicar que recientes políticas en algunas áreas han sido diseñadas casi de manera intencional para causar efectos perturbadores y disfuncionales en otras partes. La introducción de los acuerdos condicionales acerca de las costas¹² –una medida para satisfacer las necesidades de acceso

¹¹ Vea la discusión de Jolowicz, J.A., en “On the nature and purposes of civil procedural law”, capítulo 3, en Jolowicz, J.A., *On Civil Procedure*, Cambridge University Press, 2000.

¹² Se trata de una especie de acuerdo de “no gana, no se paga” entre el abogado

a la justicia de la clase media– ha creado complejos incentivos y desincentivos respecto del costo de las demandas y de las presiones para llegar a acuerdos. A su vez, el financiamiento de los tribunales civiles ha incorporado, en el pasado, una forma de subsidio. De esta forma las tarifas pagadas por demandantes institucionales en miles de casos de deudas sin defensa han provisto de un colchón sólido para soportar las actividades de otras partes en el sistema de justicia civil. Como resultado de lo anterior, las políticas para reducir el número de demandas presentadas en ciertas materias pueden impactar el trabajo en otras áreas e inevitablemente llevar a una pérdida de ganancias para el sistema de justicia civil en su conjunto.

La relevancia del proceso

El sistema de justicia civil conlleva la ley sustantiva, las reglas de procedimiento civil, los tribunales y la judicatura. Si bien no deseo focalizarme en el detalle del procedimiento civil, es necesario pensar acerca del propósito de las reglas de procedimiento civil, ya que son estas las que han sido el objeto principal de aquellos que desean reformar la justicia civil. Parece existir una noción compartida en el mundo de que para enfrentar el desafío de resolver los problemas del costo, la complejidad y la tardanza en la justicia civil es necesario dar en el clavo en cuanto a las reglas procedimentales. Pero ¿por qué son las reglas procedimentales tan importantes? La respuesta es que las reglas procedimentales aseguran la ecuanimidad procesal, lo cual es relevante *per se*, y están, además, estrechamente vinculadas con la justicia sustantiva.

Se ha afirmado que el procedimiento es un “ritual de una importancia social extrema” y que las características de un país “civilizado” son reveladas no tanto en su ley sustantiva, sino que en la práctica y en

y el cliente. Originalmente fue introducido por el Acta de 1990 de Tribunales y Servicios Judiciales, dichos acuerdos permiten a los abogados cobrar a sus clientes involucrados en disputa civil un monto adicional por la victoria en el juicio o por un acuerdo con la contraria. Si la parte pierde, el cliente no es responsable por la tarifa del abogado y una póliza de seguro cubre la responsabilidad por las costas. Si bien en un comienzo se limitó a demandas por daños personales, quiebra y causas de derechos humanos en el Acta de 1990, en el Acta de Acceso a la Justicia de 1999 se extendieron a todas las demandas civiles, excepto las causas de familia.

el proceder de los tribunales¹³. Jeremy Bentham vio a las reglas del procedimiento como centrales para la maquinaria de la justicia civil. Para Bentham el poder del procedimiento estaba en la conexión entre la prueba y la corrección de las decisiones (rectitud). Este rol del procedimiento en orden a lograr certeza en las decisiones judiciales continúa siendo un tema central para los estudiosos del Derecho Procesal¹⁴. El sistema procedimental está diseñado para asegurar que los jueces tengan disponible toda la prueba apropiada para que ellos puedan determinar los hechos y aplicar la ley sustantiva a aquéllos. De esta forma las reglas procedimentales reflejan un sentido de justicia. El procedimiento es la vía por la cual los derechos sustantivos son asegurados.

A mayor abundamiento, se ha afirmado recientemente que más que tratarse de *meras* reglas, los procedimientos diseñados para la adjudicación de los casos civiles son esencialmente “los medios por los cuales la sociedad expresa su esencia”¹⁵. El procedimiento es importante por su vínculo con un resultado relevante. Si la justicia sustantiva recae en la correcta aplicación de principios legales a una situación fáctica, entonces los procedimientos que incrementan la probabilidad de alcanzar una decisión correcta son vitales.

También se ha argumentado que el procedimiento es importante para los litigantes. Existe un cuerpo relevante de información en psicología social que provee datos empíricos, primero acerca de que aquellos involucrados en un proceso de decisión judicial son capaces de diferenciar el procedimiento del resultado y, segundo, respecto de que los procedimientos justos hacen que perder sea más aceptable,

¹³ Hamson, C.J., “In Court in Two Countries: Civil Procedure in England and France”, *Times* (Londres), 15 de noviembre de 1949, citado en Woo, Margaret y Wang, Y., “Civil Justice in China: An Empirical Study of Courts in Three Provinces”, *American Journal of Comparative Law*, 53 (2005), p. 911.

¹⁴ Zuckerman, A., “Justice in Crisis: Comparative Aspects of Civil Procedure”, en Zucherman, A. (Editor), *Civil Justice in Crisis: Comparative perspectives of Civil Procedure*, Oxford University Press, 1999.

¹⁵ Jacob, J.M., *Civil Justice in the Age of Human Rights*, Ashgate, 2007, p. 3.

contribuyendo a la legitimidad de la entidad que tomó la decisión¹⁶. Según estas investigaciones, los elementos vitales que contribuyen a la percepción de justicia son la oportunidad de ser escuchado, la oportunidad de influenciar al ente decisor, la imparcialidad de éste y el ser tratado con respeto y cortesía. Por ello la justicia procesal no es solo teóricamente importante como una ruta para la obtención de una decisión justa, sino que es una influencia relevante en la percepción de la ecuanimidad del proceso legal. Al considerar la importancia de la justicia procesal, Lawrence Solum indica que está fundamentalmente referida a participación:

“La justicia procesal está profundamente vinculada con la antigua y poderosa idea de que un proceso que garantice derechos básicos de participación significativa es un prerrequisito esencial para la legitimidad de las normas legales que dirigen conductas”¹⁷.

Más adelante, Solum sugiere que si bien una participación significativa en los procedimientos judiciales requiere que las partes hayan sido notificadas de los procedimientos en su contra, dandóseles la oportunidad de ser escuchadas, igualmente exige un equilibrio razonable entre costo y certeza. Sin embargo, el desafío al enfrentar cualquier sistema de justicia civil es dónde encontrar el equilibrio entre eficiencia y justicia sustantiva. ¿Cuánta justicia podemos pagar? ¿Cuánta justicia podemos soportar perder? ¿Cuánta justicia procesal se requiere para alcanzar un nivel adecuado de justicia sustantiva? Ya al comienzo del siglo diecinueve Bentham estaba preocupado por la carga que para ambas partes supone la litigación¹⁸. Él indicaba que era importante reducir los retrasos, las vejaciones y los costos que involucraba la litigación civil.

¹⁶ Lind, E. y Tyler, E., *The Social Psychology of Procedural Justice* (Plenum, 1988); Blader, S. y Tyler, T., “A Four-Component Model of Procedural Justice: Defining the Meaning of a “Fair” Process”, *Personality and Social Psychology Bulletin*, 29 (2003), pp. 747-758.

¹⁷ Solum, L.B., “Procedural Justice”, *Southern California Law Review*, 78 (2004), p. 181.

¹⁸ Draper, A.J., “Corruptions in the Administration of Justice: Bentham’s Critique of Civil Procedure, 1806-1811”, *Journal of Bentham studies*, 7 (2004).

Para Bentham la expresión vejación es una amalgama entre la frustración, las dificultades y los malestares que supone llevar la vía judicial. El desafío está en encontrar un equilibrio entre procedimientos que sean vistos como justos, que contribuyan a la justicia sustantiva y que provean de un acceso razonable a la justicia para que los derechos puedan ser hechos valer, pero que no sean tan complicados o costosos como para hacer los procedimientos inaccesibles. Pero ¿cuál es la correcta duración del procedimiento? ¿Y la satisfacción del litigante con el procedimiento y su resultado? ¿Y las decisiones correctas y su vinculación con la justicia sustantiva? ¿Qué tan precisos debemos ser? Cuando decimos que el resultado es “correcto” ¿qué significa? Adrian Zuckerman ha dicho que medir el éxito de un procedimiento en términos de hacer justicia es un juicio complejo que considera la rectitud de la decisión, del tiempo y del costo. “No hay decisiones perfectas, la justicia no puede ser impartida de forma instantánea sin atraso alguno y la justicia no puede estar completamente libre de los límites dinerarios. Cada sistema debe equilibrar las necesidades en competencia y ceder”¹⁹.

La justicia civil como bien público

La justicia civil cumple un sinnúmero de propósitos. Esencialmente ésta provee de una estructura legal que permite a la Economía operar de forma efectiva y que el poder del Estado pueda ser limitado y supervisado. Sirve una función privada al proveer de una forma de resolución de conflictos pacífica, de autoridad y coercitiva para los ciudadanos, compañías y entidades públicas. Esas son las funciones de resolución de disputas y de modificación de conductas²⁰. Como es usual, Sir Jack Jacob es capaz de concentrar la mayoría de las funciones privadas de la justicia civil como sigue: “La justicia civil cumple un rol de vital importancia en la vida y en la cultura de una comunidad civilizada. Constituye el mecanismo para obtener lo que Lord Brougham llamó “la justicia entre los hombres”. Ésta manifiesta la voluntad política del Estado en orden a brindar soluciones a los derechos y reclamaciones civiles, y que los perjuicios, ya sean una

¹⁹ Zuckerman, A., *Civil Justice in Crisis*, p. 11.

²⁰ Bayles, M., “Principles for Legal Procedure”, *Law and Philosophy*, 5:1 (1986), 33-57, p. 57.

afectación a los derechos personales que inciden en la vida, la libertad o la propiedad, entre otros elementos, sean reparados en la medida de lo posible, ya sea por compensación y satisfacción, o sean limitados sus efectos, de ser necesario, en la forma adecuada”²¹.

Pero la justicia civil tiene funciones sociales importantes y extensas que van más allá de solucionar las disputas “entre los hombres” y que deben ser consideradas como un beneficio público más que privado. Posee funciones en relación a la justicia social, la estabilidad económica y el orden de la sociedad. La ley refleja y promueve el cambio social. La justicia civil es el medio por el cual los ciudadanos son capaces de hacer valer sus derechos sustantivos ante otros ciudadanos. Provee de un marco en el cual los negocios pueden realizarse y la inversión puede ser protegida, apoyando así la actividad económica y el desarrollo. Lord Woolf indicó que la justicia civil “salvaguarda los derechos de los individuos, regula sus acuerdos con otros y asegura los deberes del Estado”²². Lord Bingham ha indicado que, al permitir la justicia civil que los ciudadanos puedan por sí mismos hacer valer sus derechos sustantivos contra el Estado, el sistema de justicia civil juega un “rol esencial” en la mantención del Estado de Derecho²³. Sobre la dirección de la justicia civil, Sir Anthony Clarke ha indicado que sin un efectivo sistema de justicia civil la ley sustantiva no es más que palabras y que el Estado de Derecho se convierte en una “aspiración” más que en una realidad. El sistema de justicia civil debe ser por tanto “fácil de acceder y efectivo”²⁴. También ha dejado en claro que si bien el sistema criminal “tiene un perfil más importante en el Reino Unido”, un sistema de justicia

²¹ Jacob, J., “The Reform of Civil Procedural Law”, reimpresso en *The Reform of Civil Procedural Law and Other Essays in Civil Procedure*, Sweet & Maxwell, 1982, p. 1.

²² Lord Woolf, *Access to justice: Interim report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales* (HMSO, 1995), Capítulo 1, Párrafo 1.

²³ Lord Bingham, “The rule of law”, Sixth David Williams Annual Lecture, Centre for Public Law, Cambridge University, http://www.cpl.law.cam.ac.uk/past_activities/

²⁴ Clarke, A., “The Importance of Civil justice: Nationally and Internationally”, American Bar Association Conference, Londres, 3 de octubre de 2007, Párrafo 9, www.judiciary.gov.uk/docs/speeches/mr_american_bar_assoc_031007.pdf

civil efectivo constituye un aspecto esencial de nuestro compromiso con el Estado de Derecho²⁵.

Por lo tanto, en un sistema de derecho consuetudinario, el propósito de los tribunales civiles va más allá de la resolución de las disputas. Jolowicz sostiene que la finalidad social de la justicia civil es demostrar la efectividad de la ley y permitir que los jueces puedan llevar a cabo su función de clarificar, desarrollar y aplicar la ley²⁶. Al determinar el mérito de los casos particulares, la judicatura está fijando de forma pública la ley, está reforzando normas de conducta social y económica, está identificando los límites del Poder Ejecutivo y está dando a conocer los valores de la sociedad. Los tribunales hacen declaraciones de autoridad acerca de qué es la ley, qué obligaciones deben cumplirse y qué responsabilidades deben ser licenciadas. De hecho los tribunales reflejan, comunican y refuerzan los valores sociales y económicos imperantes en una sociedad. En este sentido la ley es una declaración de valores²⁷. En los sistemas del *common law* (incluso uno predominantemente dominado por la ley escrita) estas finalidades son alcanzadas gracias a la promulgación y el desarrollo del derecho consuetudinario. La promulgación se produce a través de la publicación de las decisiones judiciales. Como ha notado Roy Goode en sus *Hamlyn lectures* en Derecho Comercial, la mayoría del mismo se encuentra en la jurisprudencia más que en las leyes, dando a entender que para que la actividad comercial florezca el sistema legal en que se encuentra debe ser “flexible y capaz de responder a los cambios”. El rol de los tribunales es el de “respetar y hacer valer de forma razonable la práctica mercantil mientras que rehúsa reconocimiento alguno a acuerdos que son contrarios a la políticas públicas”²⁸.

²⁵ Clarke, A., UK perspective on EU Civil Justice – Impact on Domestic Dispute Resolution”, EU Civil Justice Day Conference, The law Society, Londres, octubre 2007, Párrafo 3, www.judiciary.gov.uk/docs/speeches/mr_ukeu_civiljustice_251007.pdf

²⁶ Jolowicz, J. A., *On Civil Procedure*, p. 71.

²⁷ Fiss, O., “Against Settlement”, *Yale Law Journal*, 93 (1984), pp. 1073-1090; Galanter, M., “The Radiating Effects of Courts” en Boyum, K. y Mather, L. (editores), *Empirical Theories about Courts* (Longman, 1983), p. 117.

²⁸ Goode, R., *Commercial Law in the Next Millennium*, 49 Hamlyn lectures, Sweet &

La importancia social del sistema de justicia se ve reflejada en su relevancia en la literatura. Los textos de justicia civil están repletos de citas de Bentham, Shakespeare, Dickens y Kafka. La permeabilidad de temáticas de la justicia y del sistema judicial en nuestra literatura puede ser una manifestación de la importancia trascendental de la justicia civil de la que hablaba Jacobs. La significancia de la justicia civil también se refleja en la majestuosidad de los edificios de justicia, en la iconografía de la justicia²⁹. Pero la pregunta es ¿de qué importancia estamos hablando? ¿Tiene el sistema de justicia civil una relevancia práctica en la resolución de los conflictos de todos los días? ¿Es importante porque ofrece el último recurso que provee una sensación de orden y seguridad? La respuesta es que es relevante ya que la ley fija las obligaciones y deberes mediante reglas que gobiernan la conducta social, la económica y la estatal. Es relevante porque en virtud de dichas reglas las personas ordenan sus negocios y buscan evitar disputas. La relevancia recae en las decisiones particulares que afectan las vidas de los ciudadanos, los empresarios y las entidades públicas, y, más importante, desde una perspectiva social, en las decisiones de autoridad de la judicatura, con su razonamiento y los principios que aplicaron.

La importancia de la adjudicación

“El juicio oral es un lugar de profunda rendición de cuentas donde los hechos son expuestos y la responsabilidad es determinada. Un lugar donde nuestra forma normal de interacción se suspende, donde aquellas creencias que nos protegen de la vergüenza y el juicio moral nos son arrebatadas”³⁰.

Mientras que el valor privado de la justicia civil está en el término de las disputas –ya sea mediante negociación, acuerdos generados por

Maxwell, 1998, p. 10.

²⁹ Resnik, J., “Courts: In and Out of Sight, Site and Cite”, *Villanova Law Review*, 53 (2008), pp. 101 – 138.

³⁰ Galanter, M., “A world without trials”, *Journal of Dispute Resolution*, 7 (2006), 7-34, p. 22.

los abogados o facilitados por la formas alternativas de solución de los conflictos jurídicos o mediante una decisión judicial— la función pública de la justicia civil está, explícita o implícitamente, vinculada con el valor que le demos a la *adjudicación*. La importancia pública de la justicia civil está en el reforzamiento de los valores y de las prácticas. Proviene de las decisiones de autoridad acerca de qué es la ley, quién tiene derechos y cómo aquellos deben ser reestablecidos. “Las normas y comportamientos contenidos en la ley se internalizan y respaldan las acciones de los miembros de una comunidad en sus interacciones diarias”³¹. Esta es la “sombra” que proyecta la ley, es su valor público.

Se sostiene que para que la justicia civil pueda llevar a cabo su rol público —proyectar su sombra—, la adjudicación y la promulgación pública de las decisiones son claves. Este es el rol público del juez. La adjudicación provee del marco jurídico para los acuerdos, la sombra bajo la cual estos pueden lograrse. Aquello es afirmado por el poder coercitivo que proviene de una amenaza que lleva a los litigantes sin voluntad a sentarse a negociar. Si bien en la práctica la mayoría de los casos se negocian, un conjunto de ellos, en los que hay adjudicación, es necesario para guiar la ley y, más importante, para que la litigación sea una amenaza creíble si un acuerdo no es logrado. Ciertamente los casos que son litigados son un pequeño grupo en la pirámide de disputas. Se trata de aquellos en los que no pudo haber acuerdo porque los hechos no estaban claros o porque dieron origen a problemas originales o porque una parte fue muy intransigente para llegar a acuerdo o, quizás, porque los costos eran muy altos para negociar. Cuáles casos concluirán en un litigio es, por lo tanto, una cuestión de azar. Pero aquellos casos que sí lo hagan proveerán de insumos para la elaboración del *common law* y darán pie a la función social de los tribunales al darles la oportunidad de mantener o desarrollar la ley. Aquello que llega a los tribunales es, hasta cierto punto, un reflejo del acceso a la justicia o de los medios que las partes disponen para avanzar en la adjudicación y, en su caso, apelar.

³¹ Galanter, M., “The Radiating Effects of Courts”, *ibidem*; Department of Justice, Victoria, Australia, *Justice statement* – capítulo 2.0, “Justice and the need for change” (2004), párrafo. 2.3.1.

Tomemos el caso de la Sra. Donoghue y el caracol en la botella de cerveza que fue decidido por la Cámara de los Lores en 1932³². Tal asunto efectivamente transformó la ley. Cualquiera sea la opinión que se tenga sobre esta decisión, el conflicto estableció la protección de los consumidores, creó incentivos para aquellos que generan riesgos para hacerse cargo de estos y compensar a aquellos afectados por estas acciones negligentes. De esta forma el derecho consuetudinario del *common law* se ha desarrollado, apoyándose en disputas privadas y comerciales y millones de casos resueltos con su paso.

En estas ideas acerca de la justicia civil como un bien público encontramos una serie de temas relacionados: la relevancia pública del sistema de justicia civil como el Estado de Derecho en funcionamiento; el rol de los procedimientos al asegurar la equidad en el funcionamiento del sistema; y la importancia de la adjudicación como expresión pública de normas y valores y de declaración de la ley con autoridad. Todos estos elementos conectados están actualmente bajo lo que puede ser visto como una reevaluación. El sistema en su conjunto está amenazado como resultado de restricciones en los recursos económicos; o de reglas procesales que expresan valores sociales respecto de donde fijar la confiabilidad de la evidencia, las que son cuestionadas por ser muy complicadas y por servir solamente a los intereses de los abogados; o incluso de una adjudicación considerada como innecesaria y molesta. Mas ella es importante. Resnik ha dicho que la adjudicación es más que la oportunidad de debatir derechos en disputa y que es de hecho una práctica que fortalece la democracia:

“La adjudicación es una práctica democrática ya que dentro de sus parámetros puede reconfigurar a la autoridad, incluso sujetando al Estado a divulgar información y proveer soluciones”³³.

³² *Donoghue (or McAlister) v Stevenson* (1932), All ER Rep 1; (1932) AC 562; Cámara de los Lores.

³³ Resnik, J. y Curtis, D., “Representing justice: from Renaissance Iconography to Twenty-First Century Courthouses”, *Proceedings of the American Philosophical Society*, 151 (2007), p. 139.

Recientemente tanto Adrian Zuckerman³⁴ como David Luban han, de forma separada, argumentado que la adjudicación es un bien público y algo más que un servicio público. Indica Luban:

“En vez de tratar la adjudicación como un servicio público que el Estado provee a las partes en conflicto para mantener la paz, una concepción pública trata a las partes en disputa (...) como una ocasión para que la ley trabaje de forma pura (...) los litigantes sirven como la punta de los nervios que registran las quejas y dolores del cuerpo político, que la Corte trata de mejorar mediante la redefinición de la ley. Usar a los litigantes como un estímulo para redefinir la ley es literalmente un interés público legítimo (...) La ley es un autorretrato de nuestras políticas, y la adjudicación es al mismo tiempo la interpretación y el refinamiento del retrato”³⁵.

Sin embargo, la idea de que la justicia civil es al mismo tiempo un bien privado y público supone que el ciudadano puede acceder a la maquinaria para hacer valer sus derechos y que los procedimientos para hacerlos valer son justos³⁶.

Amenazas a la justicia civil

Un argumento basal a considerar es que la reciente política en materia de Administración de la Justicia Civil ha dejado de lado la importancia social del buen funcionamiento del sistema de justicia, que presiones externas e internas amenazan el futuro de la justicia civil y que ellas se ven en diferentes jurisdicciones del mundo.

³⁴ Zuckerman, A., *Civil Justice in Crisis*, p. 10.

³⁵ Luban, D., “Settlements and the Ferosion of the Public Realm”, *Georgetown Law Journal*, 83 (1995), p. 2.638.

³⁶ Sandefur, R.L., “Access to Civil Justice and Race, Class and Gender Inequality”, *Annual Review of sociology*, 34 (2008), pp. 339 – 358.

La amenaza externa para la justicia civil surge del crecimiento imparable de la justicia criminal en un ambiente de recursos limitados. El incremento en la regulación y la criminalización de la actividad social y económica, la demanda de una legislación acorde con los derechos humanos y los costos asociados a la encarcelación han llevado a un incremento sustancial en el dinero público destinado a la justicia criminal. En Inglaterra, la reciente creación del Ministerio de Justicia supone que la administración de la justicia civil y criminal, el personal y las actividades de las cortes y de los tribunales, así como el funcionamiento de un sistema penal en expansión se han agrupado en un solo departamento del gobierno. Es posible afirmar que con un solo presupuesto para la justicia, la urgencia y las presiones políticas para dar recursos al sistema criminal han llevado a un clima en el cual la importancia de la justicia civil se ha vuelto oscura y su funcionamiento ha sido degradado.

Junto a esta amenaza externa existe una amenaza interna a la justicia civil que emana de algunos sectores del Poder Judicial, de los abogados y del área emergente de la resolución alternativa de disputas en busca de un mercado para sus servicios. En el proceso de buscar necesarias y loables mejoras a la administración de justicia civil, reformistas volubles han atacado sus principios fundamentales y su propósito mediante un discurso “postmodernista” que quita valor a la determinación de la ley, sugiriendo que la adjudicación es siempre innecesaria y molesta, y, finalmente, promoviendo una visión de que no existen derechos que no puedan ser objeto de compromiso y que todo conflicto representa un simple enfrentamiento entre intereses moralmente equivalentes.

Un gran acuerdo se ha dado entre una profesión emergente de mediadores privados y reformadores judiciales que coincide con las realidades financieras de una justicia escasa de dinero que intenta procesar un número incremental de imputados. En este contexto, la responsabilidad del Estado de proveer espacios para una efectiva y pacífica resolución de conflictos civiles está siendo desechada mediante un discurso que localiza a la justicia civil como un tema privado más que un bien público y socialmente importante. Los tribunales civiles y la judicatura pueden no ser un servicio público como la salud o el transporte público, pero su funcionamiento es crítico para el funcionamiento social y

económico. La justicia civil sirve al público de una forma que trasciende los intereses privados.

Mientras los procesalistas se preocupan de minuciosas mejoras a las reglas del procedimiento civil, sugiero que las estructuras y procedimientos basales de la justicia civil están desmoronándose. Es, por lo tanto, el momento de dar una mirada a la justicia civil, no focalizándose en aquellos puntos que incrementan el conjunto de reglas procesales sino que retrocediendo y observando qué ha pasado con la política y la práctica, en el contexto de un entendimiento compartido acerca del propósito y el valor de la justicia civil en una sociedad moderna y democrática.

SÍNTESIS DE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA EXPERIMENTADA POR LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA CHILENA

José Fernández Richard ¹⁻²

RESUMEN: *El autor realiza un análisis de la evolución histórica de la legislación urbana en Chile desde la época colonial hasta la actual Ley General de Urbanismo y Construcciones, formulando, en la parte final del texto, algunas sugerencias para perfeccionar la legislación sobre la materia.*

PALABRAS CLAVE: *Expansión de las ciudades - Historia del Derecho - Legislación urbanística - Ley General de Urbanismo y de Construcciones - Urbanismo.*

TABLA DE CONTENIDOS: *1.- El Urbanismo en el período Colonial. 2.- Expansión de las ciudades en Chile. 3.- La Ley de la Cámara Autónoma. 4.- La Ley N° 4.563 y sus antecedentes previos. 5.- Desarrollo Urbanístico desde la Ley N° 4.563 hasta el Decreto Ley N° 458, de 1975. 6.- El Decreto con Fuerza de Ley 458 o Ley General de Urbanismo y Construcciones. 7.- Principales modificaciones a la Ley General de Urbanismo y Construcciones. 8.- Visión crítica del Decreto con Fuerza de Ley 458 y sugerencias para una futura legislación. 9.- Conclusiones. 10.- Bibliografía.*

¹ **JOSÉ FERNÁNDEZ RICHARD.** Profesor de Derecho Urbanístico de la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile y ex Abogado Integrante de la Corte Suprema.

² Este artículo contó con la colaboración de Felipe Holmes S., ayudante de la Cátedra de Derecho Urbanístico.

ABSTRACT: *The author analyzes the historical evolution of urban legislation in Chile since colonial times until current General Act Urbanism and Construction, formulating, at the end of the text, some suggestions for improving legislation on the subject.*

KEYWORDS: *General Law of Urban Planning and Construction - Legal History - Urban development legislation - Urban Sprawl - Urbanism*

TABLE OF CONTENTS: *1.- The Urbanism in the Colonial period. 2.- Expansion of cities in Chile. 3.- The Autonomous House Bill. 4.- Law 4.563 and its previous history. 5.- Law Urban Development from Law 4.563 until Decree Law 458 (1975). 6.- Decree in Force of Law 458, General Law of Urban Planning and Construction. 7.- Main modifications to the General Law of Urban Planning and Construction. 8.- Critical approach to Decree in Force of Law 458 DFL and suggestions for a future legislation. 9.- Conclusions. 10.- Bibliography.*

I. El urbanismo en el período colonial

La creación de ciudades por parte de los conquistadores de Chile fue uno de sus principales objetivos ya que estas cumplían diversas e importantes funciones dentro del plan colonizador.

Cumplían funciones de fortificación militar; asimismo, servían para “civilizar y evangelizar a los indios” como también contribuían al desarrollo y expansión de la cultura.

La fundación de ciudades en América y, por ende, en Chile, estuvo dirigida por un conjunto de leyes, con características urbanísticas, dictadas por la Corona.

Sin embargo, hay que relativizar profundamente dicho postulado, ya que la realidad práctica muchas veces no se rigió por las órdenes de la Corona. En efecto, tal como nos cuenta la historia “el resultado del proceso fundacional fue irregular, legalmente accidentado o inexistente. Durante el siglo XVIII se desarrollan varios núcleos urbanos producto

de agrupamientos espontáneos. Su estudio ha revelado que generalmente derivan de antiguos pueblos de indios o de la ininterrumpida subdivisión de la tierra en poder de pequeños propietarios”³.

Es incuestionable que las órdenes de la Corona constituyen un precedente importante para el derecho urbanístico nacional, en el cual pueden distinguirse “dos grupos dentro del conjunto de leyes dictadas por la Corona para las nuevas poblaciones de los reinos de las Indias. En el primero, las disposiciones urbanísticas se muestran envueltas entre directivas generales confeccionadas para regir el orden de los descubrimientos, el requerimiento de los naturales a la Fe, su buen trato, quedando para la parte concreta relativa a las poblaciones sólo conceptos muy amplios que, no obstante, muestran ya una clara voluntad ordenadora. En este grupo incluiremos la instrucción dada por Fernando el Católico en Valladolid en 4 de agosto de 1513, que usará Pedrarias Dávila el año siguiente en tierras americanas y luego Francisco de Garay al pasar a Amichel, en México, en 1521; las dadas por Cortés en 1523 –incluidas en ellas las de Diego Velázquez, 1518– la provisión imperial dada en Granada el 17 de noviembre de 1526 y la extensa cédula de Felipe II al Virrey del Perú don Francisco de Toledo en Aranjuez el 31 de noviembre de 1568. En todo este primer grupo de disposiciones no hay referencias definidas respecto a trazas o planos; sí las hay, en cambio en lo que se relaciona con la elección del sitio, como un anticipo a la redacción definitiva que esta materia recibirá en 1537”⁴.

Sobre esta materia el historiador Gabriel Guarda señala que:

“Un segundo grupo de leyes debemos constreñirlo a la fundamental y famosa Instrucción firmada por Felipe II el 13 de julio de 1573 en el Bosque de Segovia (...) componen esta valiosa pieza ciento cuarenta y nueve ordenanzas que refundan y completan todo lo producido

³ Guarda, G. “La ciudad chilena del siglo XVIII”, Centro Editor de América Latina S.A., Buenos Aires, Argentina, año 1968, p. 18.

⁴ Guarda, G. “Santo Tomás de Aquino y las fuentes del urbanismo indiano”, en Boletín de la Academia de la Historia, año XXXII, núm. 72, primer semestre de 1965, pp. 5-50.

hasta entonces sobre el particular (...) desde la ordenanza N° 32 a la 41, se desarrolla una serie interesantísima de disposiciones sobre las circunstancias que deben distinguir el lugar a poblar; en ellas se repiten las recomendaciones conocidas desde 1523 pero en lenguaje elegante, clásico. Después de interrumpirse nuestro tema por las signadas desde el N° 45 al 110, en la 111 continúa la Instrucción con las disposiciones que nos interesan, impartiendo las más claras directrices técnicas que pudiéramos esperar. Suman 19 ordenanzas y reglan ahora la manera concreta sobre cómo proceder en el medir, distribuir y trazar; desfilan pormenorizadas las características que ha de tener la ciudad: calles y plazas, templos y edificios públicos, servicios, solares y casas. La elaboración de este nuevo grupo de directivas sorprende por la seguridad con que reglamenta en materia tan especializada y pareciera revelar la intervención de autoridades técnicas competentísimas”.⁵

Es de destacar que siguiendo dichas instrucciones se fundan las ciudades en Chile. Un ejemplo claro de la aplicación de dichos criterios urbanísticos fue Santiago. En efecto, su fundación, que data del mes de febrero de 1541, constaba de una planta que “se compuso de manzanas de 138 varas de longitud que estaban separadas entre ellas por calles rectas de 12 varas de ancho, es decir, dejaron 150 varas (125,39 metros) desde el eje de cada calle hasta el eje de la siguiente. En el plano fueron delineadas nueve calles que corrían de este a oeste, de las cuales sólo seis atravesaban toda la planta, y otras quince calles en dirección nortesur, las que formaron 126 manzanas no todas cuadradas, pues las que se acercaban al río o a la cañada quedaban cortadas por la inclinación diagonal que estos dos cursos tienen. El resto del territorio que comprendía la “isla” formada entre el río Mapocho y la cañada se dividió en chacras y quintas que en los siglos siguientes fueron urbanizándose lentamente”⁶.

Sin embargo, tal como se adelantó anteriormente, no todas las ciudades fueron creadas al amparo de las instrucciones de la Corona; por ejemplo, Valparaíso, puede decirse que tuvo un desarrollo espontáneo.

⁵ Guarda, G. “Santo Tomás de Aquino y las fuentes del urbanismo indiano”, pp. 5-50.

⁶ De Ramón, A., p. 17.

Sobre este punto el historiador Gabriel Guarda señala que “de data inmemorial, informe por no haber sido nunca fundado, despechado por no haber logrado el título de ciudad, armas ni santos patronos hasta 1802, Valparaíso representaba un caso especial dentro del elenco de las ciudades del reino. Su estrechez, determinada por su proximidad a la zona aprovechable como puerto, generó una traza libre, fomentada por la espontaneidad de las circulaciones y el aprovechamiento de los faldeos de los cerros, en los que, fatalmente, comenzó a remontarse la población”⁷.

De lo anterior se colige que existen variadas formas para hacer mejores ciudades, ya que el orden de la cuadrícula impuesta por la Corona en la creación de la ciudad de Santiago no necesariamente se impone a la espontaneidad y belleza de Valparaíso, que actualmente lo hacen acreedor de una protección especial, que vela por conservar sus estrechas y caóticas calles, como sus casas, castillos e iglesias, que muchas veces parecen estar cayéndose sobre el mar, y que la han hecho acreedora a ser considerada “patrimonio de la humanidad”.

La ciudad de Santiago es una exponente de la expansión que tuvieron las ciudades en Chile. Recordemos que la capital al momento de su fundación se compuso de nueve calles que corrían de Este a Oeste, de las cuales solamente seis atravesaban toda la planta, y otras quince calles en dirección Norte-Sur, las que formaron 126 manzanas no todas cuadradas. “En 1748 Santiago de Chile medía 15 cuadras y media (1.946 metros) de Este a Oeste y 7 cuadras y tres cuartos de otra (973 metros) de Norte a Sur”⁸. Como se logra apreciar, el crecimiento de la ciudad de Santiago en 200 años aproximadamente, había sido pausado.

Por el contrario, “Santiago de Chile entre los años 1872 y 1915 vio duplicar su espacio urbano y también sufrió un proceso de crecimiento cada vez más acelerado”⁹.

⁷ Guarda, G. “La ciudad chilena del siglo XVIII”, p. 46.

⁸ De Ramón, A., p. 93.

⁹ De Ramón, A., p. 184.

Con todo, señala el historiador Armando De Ramón que: “a partir de la década de 1930, el crecimiento de Santiago se hizo vertiginoso, adquiriendo proporciones hasta entonces nunca vistas. Puede afirmarse que Santiago de Chile, cuyo radio urbano había crecido durante casi cuatrocientos años en forma pausada y con cierto orden, en los tiempos contemporáneos rompió aquellos moldes, extendiéndose hacia los cuatro puntos cardinales”.¹⁰

Expresa también el historiador De Ramón que:

“La ciudad, que durante los primeros años del siglo XX había estado expandiendo sus límites a un ritmo de 50 hectáreas anuales, entre 1930 y 1980 superó estas magnitudes. En 1930 abarcaba una superficie de 6.500 hectáreas, pero en 1960 había llegado a tener 20.900 hectáreas, lo cual significaba que había más que triplicado su extensión anterior. En 1980, la ciudad tenía una superficie de 38.296 hectáreas, sextuplicando el área existente cincuenta años antes. Según estos cálculos, la aceleración del crecimiento, fenómeno iniciado en 1930, alcanzó su máxima intensidad en las décadas de 1960 y 1970”¹¹.

El aumento de la extensión de la ciudad puede explicarse por diversos factores, sin embargo destacamos la inmigración campo-ciudad y la ausencia de un sistema jurídico que regulase dicho fenómeno social.

En cuanto a la migración campo-ciudad, se ha dicho por el historiador De Ramón que “la intensidad, ya fuese alta o baja, nunca dejó de existir porque desde mediados del siglo XIX la inmigración desde las provincias hacia Santiago constituyó un fenómeno siempre en aumento que no se detuvo ni cambió de dirección, ni con el reclutamiento de hombre para la guerra del Pacífico en 1879, ni con el enganche de obreros para las salitreras de las provincias de Tarapacá y Antofagasta, adquiridas como fruto de aquella guerra. Las autoridades de su tiempo, salvo excepciones, no tuvieron clara percepción de lo que realmente estaba pasando y las

¹⁰ De Ramón, A., p. 197.

¹¹ De Ramón, A., p. 197.

pocas que captaron el fenómeno no supieron a qué atribuirlo ni menos cómo detenerlo. Existía una tendencia a emigrar entre los individuos de las clases medias y altas de las regiones que era impulsada por el paulatino crecimiento de la burocracia del Estado”¹². Sin embargo, agrega el mencionado historiador que: “más notoria todavía era la propensión a migrar que distinguía a los campesinos que dejaban su terruño atraídos por las posibilidades que brindaban los centros urbanos, en especial Santiago y Valparaíso”¹³.

El incremento poblacional de una ciudad no necesariamente implica su expansión horizontal ya que existen diferentes formas de crecimiento. Las dos grandes variables actualmente conocidas, son el crecimiento en extensión (horizontal) versus el crecimiento en densificación (en altura). De todas formas, frente a un fenómeno de crecimiento exponencial de la población urbana, debiese optarse entre uno u otro, o bien combinar ambos.

En nuestra capital, Santiago, más que una decisión entre crecimiento en extensión o por densificación, la espontaneidad y la ausencia de un marco jurídico derivaron en que la expansión se produjera por extensión.

De esta forma, señala el historiador De Ramón que “desde finales del siglo XIX y aumentando con más intensidad al comenzar el siglo XX, comenzó a desarrollarse en la periferia santiaguina la subdivisión de terrenos agrícolas para instalar allí poblaciones, tanto para grupos modestos como para sectores de clase media acomodada (...) Se trataba de zonas rurales vecinas muy conocidas por los santiaguinos, lugares que “se recomendaban solos”, por lo que la invitación a vivir en ellos, si se daban las facilidades de urbanización y comunicación, tenía muy pocas probabilidades de ser rechazada. Sin duda que esta consideración es una de las explicaciones del porque fueron precisamente esos lugares los preferidos por las familias de clase media para trasladar su residencia cuando comenzaron a buscar nuevos lugares donde vivir. Sin embargo, para que ello ocurriera en forma masiva se necesitaba crear

¹² De Ramón, A., p. 185.

¹³ De Ramón, A., p. 186.

los mecanismos legales que permitieran la parcelación y loteamiento de aquellas propiedades rurales que, hasta ese momento, sólo habían servido para solaz y esparcimiento de los que viajaban hasta ellos para pasar el día o el fin de semana”¹⁴.

El régimen o sistema jurídico que amparó dichas subdivisiones de la tierra y creación de nuevos barrios en las periferias de la ciudad fue la denominada Ley de la Comuna Autónoma, a la que nos referiremos en el siguiente párrafo:

II. La Ley de la Comuna Autónoma y su influencia en el urbanismo

La Ley de la Comuna Autónoma, “promulgada en diciembre de 1891, posee su origen en una discusión parlamentaria previa a la guerra civil que derrocó a Balmaceda. Su promotor, Manuel José Irrarrázaval y Larraín, impresionado por el funcionamiento de las municipalidades de Europa, hizo ver la necesidad imperiosa de crear una “comuna autónoma”, proyecto que comenzó su discusión en 1888. Producto de los problemas políticos y la propia guerra civil, el proyecto fue inicialmente postergado, el que, sin embargo, fue rápidamente aprobado y modificado una vez asumido el gobierno parlamentarista de Jorge Montt. La Ley, cuyo verdadero nombre era “Organización y atribuciones de las municipalidades”, se vinculó a la organización y atribuciones de las municipalidades y apuntó a constituir a los municipios sobre una base autónoma e independiente. Este cuerpo legal dividió al país en 267 comunas, haciendo descansar las funciones comunales en Asambleas Electorales, en cuyas funciones recayó elegir a los municipales, aprobar el presupuesto, resolver sobre inversiones, enajenaciones e impuestos, entre otras medidas. El objetivo de esta Ley era debilitar la autoridad ejecutiva, impidiéndole la manipulación de los resultados electorales, entregando a las municipalidades el gobierno de policía de seguridad y la implantación de las contribuciones”¹⁵.

¹⁴ De Ramón, A., p. 190.

¹⁵ www.memoriachilena.cl

De un análisis jurídico de la Ley de la Comuna Autónoma puede señalarse que le otorgó diversas atribuciones a los municipios, en múltiples y variadas materias. La explicación de ello se debe a que uno de sus principales objetivos era traspasar facultades desde el Ejecutivo al ente municipal, para debilitar el primero y fortalecer el segundo, siguiendo la experiencia de los cantones suizos.

Con todo, debemos destacar ciertas atribuciones que no solamente constituyen normas de carácter urbanístico sino que constituyen precedentes concretos de algunas disposiciones urbanísticas actuales:

El título IV de la Ley de la Comuna Autónoma trata “De las atribuciones de las municipalidades”. Su artículo 23 contempla una atribución que autoriza a los municipios a regular los intereses locales: “Artículo 23: La administración de los intereses locales corresponde a las Municipalidades dentro de sus respectivos territorios”, lo cual es similar al actual artículo 1º de la Ley Orgánica de Municipalidades.

Además, como precedentes urbanísticos propiamente tales, podemos destacar el artículo 24 N° 7 que faculta a los Municipios para: “Reglamentar la instalación, servicio de corrales, caballerizas, fábricas o industrias insalubres, determinando las condiciones de limpieza a que deben someterse para que no infeccionen el aire, y pudiendo prohibirlos dentro de ciertos límites urbanos”. Como se logra apreciar, dicha norma constituye un precedente de la regulación de la industria en las áreas urbanas y es similar a lo establecido en los artículos 62, 159 y 160 de la actual Ley General de Urbanismo y Construcciones.

Por otra parte, el artículo 25 N° 1 faculta a las municipalidades para: “Fijar los límites urbanos de las poblaciones y determinar las condiciones en que pueden entregarse al uso público otras nuevas o nuevos barrios”. Esta norma es fundamental ya que constituye el precedente explícito de los límites urbanos actuales.

Cabe señalar que los límites urbanos constituyen una de las bases esenciales del sistema urbanístico actual. En efecto, el legislador

“estableció un sistema basado en límites urbanos que generan tres áreas: área urbana, área de extensión urbana y el área rural”¹⁶.

Ahora bien, de todos los precedentes urbanísticos existentes en la Ley de la Comuna Autónoma, el artículo 25 N° 1 es el más trascendente ya que constituye un antecedente directo de la regulación de los límites urbanos, los cuales, reiteramos, son la base del ordenamiento urbanístico actual.

Existen otras disposiciones que deben destacarse, por ejemplo el artículo 25 N° 5, que regula las condiciones mínimas de urbanización que deberán tener los caminos públicos (“Ningún nuevo camino y ninguna nueva calle, ni la prolongación de los existentes, podrán tener menos de veinte metros de anchura, en la parte plana: en los cerros y terrenos accidentados, tendrán a lo menos diez metros de ancho”), que constituye un precedente del artículo 134 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, o el artículo 25 N° 10, que faculta a los municipios para reglamentar las líneas de edificación y para poder ordenar la demolición de una construcción que amenace ruina (“Reglamentar la construcción de edificios u otras obras al costado de las vías públicas, determinando las líneas correspondientes y las condiciones que deben llenar para impedir su caída y la propagación de los incendios, y pudiendo ordenar la destrucción o reparación de los que amenacen ruina, sin perjuicio de que los que se crean perjudicados puedan reclamar ante la justicia ordinaria”), lo que constituye un precedente de los artículos 78 (líneas de edificación) y 148 N° 3 (demolición por amenaza de ruina) de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

Es importante destacar también las facultades otorgadas a los municipios para otorgar concesiones: en el artículo 26 N° 1 (“Conceder el uso y goce de los bienes comunales por un tiempo que no podrá exceder de diez años y bajo ciertas condiciones a personas, sociedades o instituciones (...)”) o la atribución, contemplada en el artículo 28 N°2, para preparar ordenanzas locales (“Formar las ordenanzas municipales y presentarlas, por el conducto del Intendente, al Presidente de la República

¹⁶ Holmes Salvo, F., en “Propiedad Urbana. Régimen Jurídico”, Editorial Legal Publishing, año 2010, p. 102.

para su aprobación con audiencia del Consejo del Estado”), ambos muy similares a los actuales artículos 5º letra d) y 8º de la Ley Orgánica de Municipalidades.

Como se puede apreciar, la Ley de la Comuna Autónoma constituye un importante precedente al sistema urbanístico actual, aunque no alcance a tener el estatus de sistema urbanístico propiamente tal como para ser la génesis de la organización actual.

Existieron otras normas aisladas que precedieron a la dictación de la Ley Nº 4.563, de 1929. Sin embargo, tal como ha señalado la doctrina, “esta legislación casuística y sin pretensiones de generalidad se mantuvo hasta la tercera década del siglo XX”¹⁷.

Es así que en “1874 y 1876 se dictaron leyes para regularizar las construcciones en Santiago y Valparaíso, respectivamente. La de Santiago se modificó en 1909, por medio de la Ley Nº 2.203, que exigió permiso previo de la autoridad para edificar. En 1896 se dictó una Ley que disponía que los desagües debían conducirse por alcantarillas y cañerías, siendo estas últimas de cargo de la autoridad, pero el costo de la conexión a ellas era de parte de los propietarios”¹⁸. Otra Ley Urbanística fue la Nº 2.658, la cual se dictó en 1912 “para regular la construcción en Concepción”¹⁹.

Cabe señalar que dichos cuerpos legales (Leyes Nºs 2.203 y 2.658) constituyeron leyes urbanísticas que significaron solamente precedentes aislados de un sistema jurídico que se instauraría recién el año 1929, ya que regulaban solamente dos ciudades del país (Santiago y Concepción). Además, más que contener las reglas básicas de un sistema jurídico, contenían normas casuísticas que actualmente se encuentran radicadas en la competencia de los Planes Reguladores. Por ejemplo, el artículo 20

¹⁷ Jiménez Salas, G., en “La obligación de cesión de terrenos en materia urbanística”, Tesis de Grado, Universidad de Chile, año 2008, página 18.

¹⁸ Jiménez Salas, G., p. 18.

¹⁹ Jiménez Salas, G., p. 18.

de la Ley N° 2.658 establecía, concretamente, cuáles serían los límites urbanos de la ciudad de Concepción, lo cual constituye un concepto local solo aplicable a esa ciudad.

III. La Ley N° 4.563 y sus antecedentes previos

Un intento por establecer un sistema jurídico que regulara el urbanismo y la construcción fue la Ley N° 4.563, promulgada el 30 de enero de 1929 y publicada el 14 de febrero del mismo año.

El Historiador Armando De Ramón señala que hasta los comienzos “del siglo XX no había en Chile, ni en sus universidades, ni en sus instituciones de Gobierno, un especial cuidado por estudiar la planificación del desarrollo urbano. Únicamente la actividad solitaria de los precursores que, entre 1894 y 1923, elaboraron algunos proyectos de planificación para la ciudad de Santiago. Tal fue el caso del Plan Concha, de Alejandro Beltrand, el de la Sociedad Central de Arquitectos, el de Ernest Coxhed y otros que, transformados en proyectos de Ley, durmieron en la Secretaría del Congreso Nacional sin que los congresistas dieran muestras de mayor interés por despacharlos. Como siempre había ocurrido, la inspiración debió venir desde Europa para que la autoridades, en unión con los grupos de profesionales existentes en el país, iniciaran acciones para impulsar planes urbanos, los que, hacia 1930, se habían convertido en una necesidad imperiosa en la ciudad”²⁰.

Agrega el historiador Armando De Ramón que: “A lo anterior se unieron varias causas internas, entre las que debe mencionarse la ocurrencia de algunas catástrofes naturales que afectaron la zona central de Chile. Los estragos que ocasionó el terremoto de Talca de 1928, que devastó a varias provincias, fueron causa de que se dictase la Ley N° 4.563, de 1929, la cual llegó a ser el primer intento de ordenación urbanística de las ciudades porque dispuso, entre otras normas, “que aquellas ciudades que tuviesen más de 20.000 habitantes, deberían elaborar un Plano General de Transformación”²¹.

²⁰ De Ramón, A., p. 220.

²¹ De Ramón, A., p. 221.

Otra causa relevante en el desarrollo del urbanismo en Chile lo constituye la llegada al país del urbanista vienés Karl Brunner, quien influyó profundamente en el desarrollo y planificación de las ciudades de Chile, y cuya estadía en nuestro país se debió en gran parte a las gestiones de la Municipalidad de Santiago, donde contó con la valiosa colaboración del Arquitecto Roberto Humeres, un distinguido arquitecto de la Dirección de Obras Municipales de Santiago.

Se estima que la Ley N° 4.563 constituye el primer intento para crear un sistema urbanístico en Chile, ya que establece, a nivel nacional, normas de aplicación general que regularían el urbanismo de todas las ciudades del territorio, lo que no ocurría con las Leyes N°s 2.203 y 2.658.

Es así que el artículo 1° de la Ley N° 4.563 “autoriza al Presidente de la República para que, sin perjuicio de las facultades que la ley le confiere a las municipalidades, dicte ordenanzas generales que establezcan las normas a que deberán someterse la construcción de edificios y otras obras, en las distintas zonas del país, determinando su altura máxima y mínima, la naturaleza de sus materiales, las condiciones que deben reunir para impedir su caída y la propagación de los incendios y para evitar, en lo posible, los riesgos provenientes de terremotos u otros fenómenos, especialmente en lo relativo a teatros, iglesias, hoteles y demás establecimientos destinados a reunir gran número de personas”.

El hito más importante de la Ley N° 4.563 está constituido por la obligación, a nivel nacional, de requerir permiso para construir. En el artículo 2° del mencionado cuerpo legal se establece que “En las poblaciones de más de cinco mil habitantes, nadie podrá construir, reconstruir ni efectuar reparaciones o transformaciones de importancia, sin permiso de la autoridad comunal”. Así pues nace, a nivel nacional, la obligación de solicitar previamente un permiso de edificación, para poder construir.

IV. Desarrollo urbanístico desde la Ley N° 4.563 hasta el Decreto con Fuerza de Ley N° 458, de 1975

Cabe consignar que el 30 de mayo de 1931 se publicó el Decreto con Fuerza de Ley N° 345, del Ministerio de Obras Públicas. “Sin embargo, sólo el título de la promulgación fue publicado en el Diario Oficial el 30 de mayo de 1931, por lo que dicha ley y su ordenanza no comenzaron a regir sino hasta el 6 de febrero de 1936, fecha en que se publicó en el Diario Oficial el texto completo de ambos cuerpos normativos: la Ley General y su Ordenanza General”²².

En esos cuerpos normativos se estableció la figura de “planos de las ciudades”, a través de los cuales se determinaba el trazado y ancho de las calles y la altura máxima de edificación, además de estatuirse diversas otras normas de contenido urbanístico.

Es así que: “Desde entonces el Decreto con Fuerza de Ley N° 345 tuvo múltiples modificaciones, siendo las principales aquellas efectuadas en el año 1953, través del Decreto con Fuerza de Ley N° 224 del Ministerio de Obras Públicas, publicado en el Diario Oficial el 5 de agosto de 1953”²³.

Mediante dicho Decreto con Fuerza de Ley se estableció la figura de los “planes reguladores” y se reguló detalladamente el tema de los permisos de edificación, creándose normas que hasta el día de hoy existen en la actual Ley General de Urbanismo y Construcciones. Por ejemplo, el artículo 7° del Decreto con Fuerza de Ley N° 224 es muy similar al artículo 116 de la actual ley.

En lo que respecta a la planificación urbana, ninguna de las leyes referidas –esto es la Ley 4563, el Decreto con Fuerza de Ley N° 224 y el Decreto con Fuerza de Ley N° 345– contenían normas concretas sobre dicha materia, sino solamente normas que reenviaban la planificación a

²² Fernández Richard, J. y Holmes Salvo, F., en “Derecho Urbanístico Chileno”, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, año 2008, p. 37.

²³ Fernández Richard, J. y Holmes Salvo, F., p. 37.

los instrumentos de planificación, llámense planos de ciudades o planes reguladores.

Es así que, con excepción de pequeñas alusiones sobre alturas de edificios, anchos de las calles, la planificación urbana quedaba entregada a lo que estableciesen los planes reguladores, sin que la ley estableciese cuáles eran las regulaciones que estos podían imponer.

Cabe señalar que el primer plan regulador data del año 1939, cuyo procedimiento y estudio lo inició el año 1934 el urbanista vienés Karl Brunner, “quien, con la asesoría de arquitectos chilenos, preparó un “Anteproyecto regulador de la comuna de Santiago”, que fue la base para el estudio definitivo que hizo el arquitecto Roberto Humeres. Este concluyó su trabajo en 1939 elaborando un plan que fue aprobado ese mismo año. En él había especificaciones sobre edificación según alturas, aprovechamiento máximo de los terrenos y de las subdivisiones permitidas, zonificación de acuerdo a la modalidad de equipamiento (continuo o aislado), clasificación y demarcación industrial y plan de vialidad y áreas verdes²⁴.

Armando De Ramón agrega que “Aunque la mayoría de sus aspiraciones quedaron en buenos deseos y la ciudad de Santiago evolucionó en una forma totalmente distinta a lo pensado por él, algunas de sus obras permanecen hasta ahora. Sin hablar del barrio cívico, debe agregarse que, en materia de parques, se crearon dos nuevos: el Parque Bustamante, en los terrenos que ocupó la estación llamada de Providencia o de Pirque, y el parque, llamado primero Japonés y luego Gran Bretaña, trazado por el paisajista vienés Oscar Prager”²⁵.

Posteriormente a la dictación del Decreto con Fuerza de Ley N° 224, y de acuerdo al mismo, se creó el Plan Regulador Metropolitano de Santiago del año 1960. “Como su nombre lo indicaba, este programa se refería a todas las comunas que componían la realidad urbana y cuyo conjunto podría llamarse “Gran Santiago”. Se reconocía así, la realidad

²⁴ De Ramón, A., p. 222.

²⁵ De Ramón, A., p. 223.

de que ya la antigua comuna de Santiago solamente era representativa del centro urbano y que la acción de cada comuna, debido a su amplia autonomía “para adoptar disposiciones relativas al desarrollo urbano”, perjudicaba “la natural coordinación que debía existir en una metrópoli que constituye una sola unidad”. En cuanto a los extremos de la ciudad, o comunas periféricas, el Gran Santiago había dejado de ser una ciudad compacta “y sus prolongaciones hacia el sur dejaban intersticios que no son ni rurales, ni claramente urbanizados”, con lo cual el crecimiento de la ciudad había tomado “una forma general de aspas de molinos”²⁶.

Lo anteriormente expuesto constituye el contexto urbanístico que enmarcó la dictación del Decreto Supremo N° 458, de 1975, actual Ley General de Urbanismo y Construcciones.

V. La Ley General de Urbanismo y Construcciones o Decreto con Fuerza de Ley N° 458

La actual Ley General de Urbanismo y Construcciones sigue un procedimiento bastante singular, puesto que, a través de una “delegación” efectuada por el Decreto Ley N° 602, de 1974, la Junta de Gobierno facultó al Ministerio de Vivienda y Urbanismo, para que a través de un Decreto Supremo dictase una Ley²⁷.

En el ejercicio de la facultad delegada, el Ministerio de Vivienda y Urbanismo dictó el Decreto Supremo N° 458, que se denomina “Ley General de Urbanismo y Construcciones”, promulgada el 18 de diciembre de 1975 y publicada en el Diario Oficial el 13 de abril de 1976.

²⁶ De Ramón, A., p. 226.

²⁷ Decreto Ley N° 602, de 1974: ARTÍCULO ÚNICO: Facúltese al Ministerio de la Vivienda y Urbanismo para suspender la vigencia, derogar, modificar o adicionar de inmediato todas las disposiciones legales o reglamentarias vigentes, relativas a construcciones y urbanización, y a instalaciones de agua potable, alcantarillado, gas y electricidad. Autorízasele, asimismo, para dictar normas de vigencia transitoria sobre las materias señaladas. Estas facultades se ejercerán mediante decretos supremos, dictados a través del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, y regirán hasta el 31 de diciembre de 1975.

En la actualidad, la comunidad jurídica, tanto legisladores como tratadistas, ha elevado el estatus jurídico del Decreto Supremo N° 458 y lo ha denominado Decreto con Fuerza de Ley N° 458 y se le llama Ley General de Urbanismo y Construcciones. Es más, todas las modificaciones que ha sufrido el Decreto Supremo N° 458 han sido a través de normas de rango legal, que expresamente se refieren al Decreto con Fuerza de Ley N° 458.

Al respecto cabe señalar que el Ministerio de Vivienda se excedió de las materias que le habían sido delegadas a través del Decreto Ley N° 602, ya que incorporó una nueva materia que no había sido delegada, referente a la planificación urbana.

Es así que la planificación urbana, que actualmente se encuentra regulada en el Título II de la actual Ley General de Urbanismo y Construcciones, no se encontraba comprendida dentro de las materias delegadas (construcciones y urbanización, instalaciones de agua potable, alcantarillado, gas y electricidad).

De todos modos dicho exceso implicó incluir por primera vez en Chile una regulación legal más acabada sobre la planificación de las ciudades, ya que los intentos anteriores no hacían más que remitirse a otros cuerpos normativos (Ordenanza General o, bien, los planes reguladores).

Es así que se definió la planificación urbana (artículo 27) y se establecieron cuatro niveles de acción dentro de la planificación: nacional, regional, intercomunal y comunal (artículo 28), entre otros aspectos, y, además, se fijaron a nivel legal los elementos de los planes reguladores (memoria explicativa, ordenanza, planos) y las materias que pueden regular: usos de suelo, declaratorias de utilidad pública y alturas máximas, entre otros tópicos.

Extraña que dicha regulación llegase a rango legal recién el año 1975, en circunstancias de que el desarrollo explosivo de las ciudades había comenzado en la segunda década del siglo XIX y colapsado durante el transcurso del XX, como es público y notorio.

VI. Modificaciones experimentadas por la Ley General de Urbanismo y Construcciones

La Ley General de Urbanismo y Construcciones o Decreto con Fuerza de Ley N° 458, desde su publicación el año 1976, ha sido modificada en veintiocho oportunidades y rectificada en dos (en 1976 y en 1988).

Las modificaciones de la actual Ley General de Urbanismo y Construcciones son las siguientes:

- Decreto Ley N° 3.063, publicado en el Diario Oficial el 29 de diciembre de 1979, modificó el artículo 130.
- La Ley N° 18.101, publicada en el Diario Oficial el 29 de enero de 1982, modificó los artículos 145 y 162.
- La Ley N° 18.513, publicada en el Diario Oficial el 27 de mayo de 1986, modificó el artículo 116.
- La Ley N° 18.738, publicada en el Diario Oficial el 14 de septiembre de 1988, modificó los artículos 3, 4, 33, 43 al 48, 53, 117 y transitorio.
- La Ley N° 19.021 publicada en el Diario Oficial el 3 de enero de 1991, modificó el artículo 162.
- La Ley N° 19.057, publicada en el Diario Oficial el 3 de mayo de 1991, modificó los artículos 134, 141 y 10 transitorio.
- La Ley N° 19.063, publicada en el Diario Oficial el 1 de julio de 1991, modificó el artículo 162.
- La Ley N° 19.472, publicada en el Diario Oficial el 16 de septiembre de 1996, modificó los artículos 4, 12, 15, 17 al 21, 25, 26, 116, 116 bis, 116 bis A), 118, 126, 142 al 144 y transitorio.

- La Ley N° 19.525, publicada en el Diario Oficial el 10 de noviembre de 1997, modificó el artículo 134.
- La Ley N° 19.537, publicada en el Diario Oficial el 16 de diciembre de 1997, derogó los artículos 110 al 115 y el artículo 166.
- La Ley N° 19.712, publicada en el Diario Oficial el 9 de febrero de 2001, sustituyó el artículo 70.
- La Ley N° 19.744, publicada en el Diario Oficial el 10 de agosto de 2001, modificó el artículo 62.
- La Ley N° 19.748, publicada en el Diario Oficial el 23 de agosto de 2001, modificó los artículos 116 bis A), 116 bis B), 144 y transitorio.
- La Ley N° 19.778, publicada en el Diario Oficial el 10 de diciembre de 2001, modificó los artículos 33 y 43.
- La Ley N° 19.859, publicada en el Diario Oficial el 31 de enero de 2003, modificó el artículo 55.
- La Ley N° 19.864, publicada en el Diario Oficial el 8 de abril de 2003 modificó los artículos 162 y transitorio.
- La Ley N° 19.878, publicada en el Diario Oficial el 31 de mayo de 2003, modificó los artículos 4, 116 y 116 bis C).
- La Ley N° 19.932, publicada en el Diario Oficial el 3 de febrero de 2004, modificó el artículo 138 bis.
- La Ley N° 19.939, publicada en el Diario Oficial el 13 de febrero de 2004, modificó los artículos 59, 83 y derogó los artículos 84 al 87, 89, 91 al 98, 100 al 104 y transitorio.
- La Ley N° 20.007, publicada en el Diario Oficial el 11 de abril de 2005, modificó el artículo 138 bis.

- La Ley N° 20.016, publicada en el Diario Oficial el 27 de mayo de 2005, modificó los artículos 17, 18, 20, 116, 116 bis, 116 bis B), 144 y transitorio.
- La Ley N° 20.218, publicada en el Diario Oficial el 29 de septiembre de 2007, modificó los artículos 135 y transitorio.
- La Ley N° 20.251, publicada en el Diario Oficial el 4 de marzo de 2008, modificó los artículos 116 bis D), 166 y transitorios.
- La Ley N° 20.296, publicada en el Diario Oficial el 23 de octubre de 2008, modificó los artículos 159 bis. y transitorios.
- La Ley N° 20.325, publicada en el Diario Oficial el 28 de enero de 2009, modificó el artículo 116.
- La Ley N° 20.331, publicada en el Diario Oficial el 12 de febrero de 2009, modificó el artículo 59.
- La Ley N° 20.389, publicada en el Diario Oficial el 24 de octubre de 2009, modificó los artículos 142 y 144.
- La Ley N° 20.443, publicada en el Diario Oficial el 23 de noviembre de 2010, modificó el artículo 19.

De las modificaciones experimentadas por la Ley General de Urbanismo y Construcciones cabe destacar las Leyes N°s 19.472 y 20.016, ambas denominadas de la Calidad de la Construcción, y la Ley N° 19.939, llamada Caducidad de las Declaraciones de Utilidad Pública. El resto de las modificaciones no han tenido mayor relevancia.

En lo que se refiere a las leyes denominadas de la Calidad de la Construcción, ellas modificaron el sistema de responsabilidades de los agentes de la construcción, crearon personas encargadas de velar por la seguridad y cumplimiento normativo en las construcciones (los revisores externos) y regularon y agilizaron los procedimientos para solicitar y obtener permisos de edificación.

Por su parte, la Ley sobre Caducidad de las Declaraciones de Utilidad Pública estableció plazos de caducidad para dichas afectaciones. La importancia del cambio regulatorio estuvo dado en que antes de la modificación legal, dichas restricciones eran perpetuas, lo cual constituía un círculo vicioso en donde se afectaba indefinidamente los derechos de las personas y por otro lado, no existía ningún incentivo para que el Estado expropiara y ejecutara las obras de vialidad o áreas verdes. Al presente se está estudiando otra modificación sobre la materia, por considerarse que se han visto afectadas áreas verdes indispensables para las ciudades.

La modificación legal, a través de la Ley N° 20.443, que hizo aplicables el procedimiento de demandas colectivas a los juicios sobre calidad de la construcción, fue una modificación al parecer impulsada por el ímpetu proveniente de las consecuencias del terremoto de febrero de 2010, la que no tuvo ninguna contribución práctica para la defensa de los derechos de los afectados por la mala calidad de la construcción de una vivienda, ya que las reglas de fondo no se alteraron (artículo 18) y la posibilidad de demandar entre varios afectados (aunque no sea de manera colectiva) ya existía de acuerdo a las reglas generales de nuestro Código Procesal.

VII. Visión crítica a la Ley General de Urbanismo y Construcciones

Con la dictación de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, han existido avances, como, por ejemplo, la obligación impuesta a nivel nacional, de requerir permisos de edificación para construir. Sin embargo, existen todavía carencias de nuestra legislación que perjudican la conservación y desarrollo de nuestras ciudades, y que merecen ser encaradas en una futura legislación.

Debemos distinguir al respecto, entre problemas urbanos propiamente tales, como segregación de la ciudad, falta de áreas verdes, congestión vehicular y contaminación, entre otros, y aspectos jurídicos o de técnica jurídica, existentes en nuestra actual legislación de urbanismo y construcciones.

Demás está decir que una buena ley de urbanismo no soluciona todos los problemas que puede tener una ciudad, sin embargo creemos que una adecuada legislación contribuye a ello.

Para una mayor comprensión de los problemas jurídicos más relevantes, que son los que nos interesan, debemos distinguir entre la regulación del área rural y la del área urbana.

Las ciudades han ido creciendo y superponiéndose al área rural, lo cual conlleva una serie de trastornos. Los urbanistas han postulado diversas teorías respecto de las razones de dicho crecimiento, que van desde un resultado natural del crecimiento económico, a la influencia de los intereses de los gestores inmobiliarios o bien la falta de un adecuado marco jurídico regulatorio.

El estado actual de la regulación del área rural está dado, principalmente, por la interacción de dos normas: el artículo 55 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones y el Decreto Ley N° 3.516, sobre División de Predios Rústicos.

En efecto, el Decreto Ley N° 3.516 permite subdividir en el área rural y el artículo 55 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones permite, además de subdividir en el área rural, urbanizar y construir. Para ser más exactos, el mencionado artículo 55 lo que hace es prohibir, por regla general, dichas acciones. Sin embargo, establece ciertas excepciones para poder llevarlas a cabo, quedando a merced de la plena discrecionalidad administrativa el autorizarlas, lo cual constituye a nuestro juicio uno de los problemas actuales más grandes de nuestra legislación urbanística, ya que desde una perspectiva jurídica no parece conveniente que la ley prohíba construir y urbanizar en el área rural, pero al mismo tiempo deje abierta la posibilidad de “hacer excepciones” a dicha prohibición, en términos tan imprecisos.

A lo anterior se añade el hecho de que la autoridad autoriza dichas excepciones, caso a caso, con plena discrecionalidad, lo cual se presta para generar todo tipo de desigualdades dentro de los agentes del sector y puede constituir un foco de arbitrariedades, ya que el poder construir

y urbanizar donde nadie más puede hacerlo, constituye un “muy buen negocio”.

A su vez, la regulación del área urbana está determinada, principalmente, por lo establecido en los respectivos planes reguladores, por lo que el sistema se apoya en lo que establecen dichos instrumentos de planificación territorial.

La actual ley carece de la densidad normativa que debiese tener y sólo se limita a nombrar cada una de las regulaciones que pueden contener los respectivos instrumentos de planificación, estando el contenido y alcance de estas, en un decreto supremo llamado Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones, que constituye el cuerpo regulatorio.

Estimamos que debiese aprobarse una nueva Ley General de Urbanismo y Construcciones, tanto por razones de forma, como de fondo, a fin de tener un cuerpo legal normativo más adecuado.

Creemos que la ley que regula el urbanismo nacional debe fundarse en un texto legal expreso y no en el producto de una dudosa delegación de facultades.

Si nos atenemos al fondo, debiese existir en la ley que regula el urbanismo en Chile un mínimo de contenido o densidad normativa, ya que en la actualidad su texto está desarrollado carente de fundamentación sólida y contiene, incluso, contradicciones.

Por consiguiente, la ley debiese establecer las regulaciones, señalando y definiendo cada una de ellas, y, además, debiese dictaminar la forma en que estas pueden utilizarse, junto a sus respectivos límites de acción, con el objeto de que los planes reguladores sean los adecuados aplicadores o ejecutores de dichas reglas básicas.

Una nueva ley significaría una oportunidad para que el legislador pueda incorporar innovadoras regulaciones jurídicas escuchando previamente el parecer de todos aquellos sectores que participan en el quehacer urbanístico.

VIII. Conclusiones

1. La extensión del tamaño de las ciudades ha constituido una constante en el último tiempo.
2. Si bien existieron regulaciones coloniales en materia urbanística, y también en nuestra vida independiente a través de la “Ley de la comuna autónoma” de 1891, solamente el 30 de mayo de 1931 se dictó la primera Ley General de Urbanismo, a saber la Ley N° 4.563.
3. Solamente a partir de la Ley N° 4.563 se exige, a nivel nacional, el permiso de edificación, en las poblaciones de más de cinco mil habitantes.
4. Sucesivas normas, como las del Decreto con Fuerza de Ley N° 224, fueron enriqueciendo la normativa urbanística.
5. En la actualidad rige el Decreto con Fuerza de Ley N° 458, Ley General de Urbanismo y Construcciones, fruto de una dudosa delegación de facultades.
6. Aparece conveniente, por razones de forma y fondo, la dictación de una nueva Ley de Urbanismo y Construcciones, con un texto normativo y regulatorio coherente, que actualice la legislación urbanística, acorde a los requerimientos actuales de nuestro tiempo.

IX. Bibliografía

- De Ramón, A., “Santiago de Chile (1541-1991). Historia de una Sociedad Urbana”, Editorial Sudamericana, Chile, 2000.
- Fernández Richard, J. y Holmes Salvo, F., “Derecho Urbanístico Chileno”, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, 2008.

- Gómez Rojo, M. “Líneas Históricas del Derecho Urbanístico con especial referencia al de España hasta 1936”, en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, Sección Historia de Derecho Europeo, XXV, Valparaíso, Chile, 2003.
- Guarda, G. “La ciudad chilena del siglo XVIII”, Centro Editor de América Latina S.A., Buenos Aires, Argentina, 1968.
- Guarda, G. “Santo Tomás de Aquino y las fuentes del urbanismo indiano”, en Boletín de la Academia Chilena de la Historia, año XXXII, N°. 72, primer semestre de 1965.
- Holmes Salvo, F., en “Propiedad Urbana. Régimen Jurídico”, Editorial Legal Publishing, 2010.
- Jiménez Salas, G. “La obligación de cesión de terrenos en materia urbanística”, tesis de grado, Universidad de Chile, 2008.
- Ríos Álvarez, L.: “El urbanismo y los principios fundamentales del derecho urbanístico”, tesis doctoral, dirigida por el profesor Martín Bassols Coma, Universidad Complutense de Madrid, 1985.

JURISPRUDENCIA DE INTERÉS

DERECHO ADMINISTRATIVO

Corte Suprema

Consejo de Defensa del Estado con Consejo para la Transparencia

28 de noviembre de 2012

RECURSO PLANTEADO: *Recurso de queja.*

DOCTRINA: *Las actas del Consejo y de los Comités del Consejo de Defensa del Estado (CDE) están resguardadas por el secreto profesional que tiene el CDE en su calidad de abogado del Fisco (de acuerdo al artículo 61 de la Ley Orgánica del CDE y 7° del Código de Ética del Colegio de Abogados). La reserva de estos antecedentes está amparada por la norma del artículo 21 N° 1 letra A) de la Ley N° 20.285, sobre acceso a la información pública. Sostiene la sentencia que teniendo el CDE por objeto, principalmente, la defensa judicial de los intereses del Estado, la publicidad de los antecedentes que obren en su poder y que él mismo genere, en el marco de la decisión de defensa, importa una violación al secreto profesional y con ello al derecho de defensa, cuestión que se traduce en la afectación directa a la función del órgano, generándose a su respecto la causal de reserva o secreto contemplada en la ley.*

En idéntico sentido se pronuncian las sentencias, de igual fecha, dictadas en las causas roles N°s 2.582-2012 y 2.423-2012.

Santiago, veintiocho de noviembre de dos mil doce.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que en estos autos rol N° 2788-2012 comparece don Leonardo Corral Arancibia, abogado, en representación del Consejo de Defensa del Estado, y deduce recurso de queja en contra de la Ministra de la Corte de Apelaciones de Santiago doña María Soledad Melo Labra, el Fiscal Judicial don Juan Escandón Jara y el abogado integrante don Eugenio Benítez Ramírez. Se argumenta que los recurridos incurrieron en falta o abuso grave al dictar la sentencia de veintinueve de marzo pasado en la causa rol 7330-2011 de ese Tribunal por la que rechazaron el Reclamo de Ilegalidad deducido por su parte en contra de la Decisión de Amparo C-690-11, adoptada por el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia en sesión de 6 de septiembre de 2001, que acoge parcialmente el amparo por denegación de información deducido por Daniel Vásquez Medina y, en consecuencia, se ordenó la entrega del acta de sesiones de su Comité o Sección Penal, de fecha 6 de mayo de 2004, en lo relativo a las causas Roles 5327-1 y 2717-4, ambas seguidas ante el 32° Juzgado del Crimen de Santiago; y aquella en que acordó intervenir en la causa Rol 1456-03, seguida ante el Juzgado de Letras de Tomé, en querrela interpuesta en contra del reclamante por la Superintendencia de Quiebras.

Segundo: Que –refiere el quejoso– los jueces recurridos incurrieron en falta o abuso grave en la dictación de la resolución de veinticinco de marzo pasado por cuanto, sin consideración jurídica alguna y con grave infracción de texto expreso constitucional y legal, declararon improcedente el Reclamo de Ilegalidad interpuesto, manteniendo lo resuelto por el Consejo para la Transparencia que, a su vez, con idénticas vulneraciones impuso la exhibición y entrega al solicitante de información calificada de reservada y secreta.

Expone que la sentencia sostuvo, en sus considerandos séptimo a décimo: “7°.- Que, el citado artículo 61 de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, fundamento legal del Consejo de Defensa para oponerse a la publicidad, no se refiere en modo alguno a las Actas del

Consejo, ni a sus datos o informaciones, que en todo caso, en cuanto a las que motivan el Recurso, no son conocidas por esta Corte, sino que se refiere a las personas, no necesariamente abogados, que se desempeñan como profesionales o funcionarios, los cuales están obligados a mantener reserva respecto de trámites, documentos, diligencias e instrucciones. La norma indicada afecta a personas y no a la Institución en su relacionamiento con los ciudadanos. 8°.- Que, no existiendo norma explícita al respecto, que declare con precisión que las Actas de que se trata son secretas porque lo contrario afectaría el cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado, o los derechos de las personas o la seguridad de la Nación o el interés nacional, como lo previene el artículo 8° de la Constitución, a lo menos toca al juzgador, determinar si el contenido de tales Actas puede causar los daños que se precaven, lo que no puede hacerse en modo alguno, en ausencia de las mismas. 9°.- Que, en consecuencia, debido a que la publicidad de los actos de la administración tiene rango constitucional, las excepciones deben examinarse restrictivamente, y sólo pueden darse por concurrentes, cuando ello ha quedado establecido de un modo fehaciente e indubitado, lo que no ocurre en la especie. 10°.- Que, por lo expuesto, ha de concluirse que la impugnada actuación del Consejo para la Transparencia, se encuentra bien fundada en los hechos y el derecho, particularmente en lo dispuesto por los artículos 32 y 33 de la Ley 20.285.”

El fallo recurrido sostiene también que, en su oportunidad, el Consejo de Defensa del Estado, dando respuesta a la solicitud de información, sostuvo su improcedencia de acuerdo a la causal contemplada en el artículo 21 N° 1 letra a) de la Ley sobre acceso a la información pública, esto es, “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” pues la publicidad del contenido de los documentos solicitados constituye un riesgo cierto para la estrategia judicial de los intereses del Estado de Chile, dado que contienen los fundamentos de las decisiones adoptadas y, por lo mismo, su divulgación podría afectar el debido cumplimiento de sus funciones.

Igualmente se razona sobre la causal de denegación de información contemplada en el numeral 5° del artículo 21 de la Ley sobre acceso a la información pública, la cual se configura “Cuando se trata de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política de la República”, ello pues la información requerida se encuentra amparada por el derecho/obligación de secreto profesional, resguardado tanto por la Constitución como por las leyes.

Sostiene el recurrente que el marco constitucional, legal y de regulación ética del ejercicio de la profesión de abogado está dado por los artículos 8 y 19 N° 3 de la Constitución Política de la República; el artículo 61 de la Ley Orgánica Constitucional del Consejo de Defensa del Estado; los artículos 231 y 247 del Código Penal; la normativa contenida en los artículos 5, 10, 20, 21 N° 1, 2, 4 y 5, y 1° Transitorio de la Ley 20.835 sobre acceso a la información pública; y lo estatuido en los artículos 7, 46, 47, 63 y 64 del nuevo Código de Ética del Colegio de Abogados, normas que regulan la procedencia de la entrega de antecedentes que obran en un proceso criminal, en etapa de sumario.

Refiere que la causa criminal Rol N° 1456-03 seguida ante el Juzgado de Letras de Tomé, en la cual incide el amparo, se encontraba a la fecha en estado procesal de sumario, etapa que conforme a la legislación aplicable tiene por objeto la determinación del hecho punible y la participación que en el mismo se le pueda imputar a una persona, fase procesal que de conformidad con el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal es secreta, razón por la cual resulta improcedente sostener que no se pone en riesgo la estrategia judicial, pues de la actitud procesal que pueda adoptar el Consejo de Defensa del Estado, en lo concerniente a la defensa de los intereses del Fisco, dependerá el resultado de las pertinentes investigaciones y eventualmente su intervención en procesos en los cuales no se ha hecho parte. Es en la etapa de sumario en la cual se delinea el trazado de la defensa judicial de la parte pretensora y, por tanto, la solicitud de antecedentes debe seguir su cauce legal cual es la solicitud del conocimiento de sumario, pues de otra manera se impone una carga al Consejo de Defensa del Estado que sólo puede ser establecida por los Tribunales de Justicia.

Precisa que, formalmente, cada uno de los Comités que conforman el Consejo de Defensa del Estado es el ámbito propio en el cual se genera el debate y discusión de las causas judiciales en las cuales el Estado tiene interés, de los hechos y su marco jurídico, y las motivaciones y conveniencias legales y prácticas que llevan a adoptar una determinada decisión de defensa jurídica. Por ello resulta evidente que la exposición de las motivaciones y conveniencias legales y prácticas que llevan a adoptar una determinada decisión de defensa jurídica, a la actual o eventual contraparte procesal resulta, a los menos, inapropiada, pero por sobre todo, no procede dado el marco jurídico, más aún cuando la información solicitada era respecto de un juicio pendiente dirigido en contra de quien la solicita.

Refiere que el artículo 78 del Código de Procedimiento Penal consagra el secreto del sumario, secreto que abarca, también, la divulgación pública de los antecedentes que obran en el proceso, secreto que se vería transgredido con la carga impuesta al Consejo de Defensa del Estado.

Precisando las causales del recurso explica el quejoso que la falta o abuso grave se deriva de la carencia absoluta de consideraciones que sustenten lo resuelto, por una parte; y, por otra, de la manifiesta vulneración y desconocimiento del texto y sentidos expresos de la Constitución Política de la República y de la ley que garantiza el secreto de la información.

Refiere que no existe en la sentencia fundamentación alguna que permita vislumbrar el razonamiento que siguió el sentenciador, de modo que se infringe, también, la forma de dictación de las sentencias contenida en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil y en el Auto Acordado sobre la materia, cuyo incumplimiento afecta el derecho al debido proceso y a la debida defensa, como también la exigencia que la sentencia sea motivada.

En lo que respecta a la vulneración y desconocimiento del texto y sentido de la Constitución en lo que dice relación al secreto de la información, expone que, pese a reconocerse en el fallo que el artículo

8° de la Carta Fundamental admite situaciones de excepción a la publicidad dadas por la existencia de una ley de quórum calificado, ignora absolutamente la garantía del artículo 19 N° 3, especialmente lo relativo al derecho a defensa y su relación con el secreto profesional, al igual que los artículos 61 de la Ley Orgánica Constitucional del Consejo de Defensa del Estado y 231 y 247 del Código Penal, así como también las normas establecidas en el nuevo Código de Ética del Colegio de Abogados.

La esencia del debate, según se expone en el recurso, versa sobre la obligación de secreto profesional que obliga al Consejo de Defensa del Estado y a sus profesionales y funcionarios a guardar reserva de los antecedentes de que conozca en el ejercicio de sus funciones, obligación que constituye la causal de reserva de información contemplada en el N° 5 del artículo 21 de la ley tantas veces citada, esto es, “cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8° de la Constitución Política de la República”.

Se afirma que el principio general de publicidad de la información pública consagrado en el artículo 8° de la Constitución Política de la República admite causales de reserva contempladas en la misma norma; sin perjuicio, ellas no son las únicas. En este sentido afirma que el secreto profesional –como parte del derecho a defensa jurídica– constituye un límite o excepción al mismo y también el sustento del reclamo y del recurso de queja.

El conflicto, aparente, se situaría entre la Ley N° 20.823 que regula la forma en que se materializa el principio general de publicidad de los actos administrativos y los artículos 231 y 247 del Código Penal y 61 de la Ley Orgánica Constitucional del Consejo de Defensa del Estado que constituyen el resguardo legal del derecho a defensa jurídica y del secreto profesional.

Refiere que el artículo 19 N° 3 de la Constitución consagra el derecho a defensa jurídica o defensa técnica, el que incluye como una de sus expresiones el secreto profesional del abogado, mediante el cual se brinda adecuada protección a las comunicaciones con su cliente,

de modo que cualquier perturbación o amenaza al mismo importa una afección a la garantía.

Agrega que el nuevo Código de Ética del Colegio de Abogados –en su artículo 7º– dispone que el abogado debe estricta confidencialidad a su cliente, agregando que en su cumplimiento debe él exigir se le reconozca confidencialidad que se extiende a toda la información relativa a los asuntos del cliente que el abogado ha conocido en el ejercicio de su profesión. Dicho cuerpo consagra, además, el deber de cautelar el secreto profesional para lo cual debe actuar en consonancia de ello, incluyendo, de conformidad con el artículo 64, que el mismo se extiende a los documentos y demás soportes que contengan información confidencial, de lo cual se desprende que el secreto profesional es tanto un deber como un derecho.

Dado lo anterior es que no sería efectivo, como lo plantea el Consejo para la Transparencia, que los abogados funcionarios públicos no puedan excusarse en el secreto profesional para negar el acceso a información pues de conformidad con los artículos 3º, 7º, 46º y 47º del nuevo Código de Ética del Colegio de Abogados el deber de lealtad al cliente, de confidencialidad y secreto profesional se les aplica en tanto tienen la misma relación abogado – cliente y dicho deber es de carácter indefinido.

Plantea que efectivamente el Código de Ética señalado expone, en su artículo 48, que la obligación del abogado funcionario de revelar o entregar la información de que dispone en razón de esa función, significa que no puede excusarse de cumplir ese deber a pretexto de su calidad profesional de abogado. Sin embargo, dicha obligación genérica de transparencia está limitada en lo que dice relación con el resguardo de los antecedentes necesarios para defensas jurídicas y judiciales para el debido cumplimiento de las funciones del órgano y el interés nacional, limitación que justamente se encuentra reconocida en el artículo 61 de la Ley Orgánica Constitucional del Consejo de Defensa del Estado.

Por lo demás, de la discusión sostenida al momento de redactar el actual Código de Ética se desprende que la relación existente entre el Consejo de Defensa del Estado, en tanto representante judicial del

Fisco de Chile y sus servicios públicos, es análoga a la relación abogado cliente, con lo cual el deber de confidencialidad es el mismo que tiene un abogado particular para con su cliente.

En complemento, explica el quejoso, el hecho que a todo empleado público, conforme lo dispone la letra h) del artículo 55 del Estatuto Administrativo, le está vedado revelar asuntos que tengan carácter reservado en virtud de la ley, del reglamento, de su naturaleza o por instrucciones aplicables, si lo hace, compromete gravemente su responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio de la responsabilidad penal contemplada en los artículos 231 y 247 del Código Penal.

En lo que respecta a la afirmación sostenida en el fundamento 8° de la sentencia dictada por los jueces recurridos, relativa a “que no existiendo norma explícita al respecto, que declare con precisión que las Actas de que se trata son secretas porque lo contrario afectaría el cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado, o los derechos de las personas o la seguridad de la nación o el interés nacional, como lo previene el artículo 8° de la Constitución, a lo menos toca al juzgador, determinar si el contenido de las tales Actas pueden causar los daños que se precaven, lo que no puede hacerse en modo alguno, en ausencia de las mismas”, ella es arbitraria pues las actas tienen el resguardo del secreto dada la naturaleza pluripersonal del Consejo de Defensa del Estado los comités configuran el ámbito propio del debate y discusión jurídica, de mérito, oportunidad, conveniencia y estrategia a asumir en las causas judiciales en la que el Estado tiene interés, por lo que la exposición de las mismas a la actual o eventual contraparte procesal resulta contraria al resguardo del principio del secreto profesional, pues la publicidad de estrategias de defensas tanto procesales como de fondo afectarían gravemente el derecho a defensa de su parte, pues ello equivale a obligar a un abogado a entregar, a hacer pública, su estrategia de defensa y las razones por las cuales ha elegido uno u otro camino frente a un determinado asunto. Al ser el Consejo de Defensa del Estado un órgano público afecta el carácter de secreto de las deliberaciones de los abogados en el marco de sus comités donde diseñan estrategias y argumentos jurídicos a fin de representar de mejor forma los intereses de su cliente, para este caso, el Estado.

Por lo anterior es que la decisión de si un acta tiene o no incidencia en el cumplimiento de las funciones del respectivo órgano es una determinación de cada órgano y no de un tercero externo. Así, no es aceptable que el Consejo para la Transparencia se subroge en la persona del abogado para decidir qué antecedentes ameritan o no la protección del secreto profesional, debiendo para realizar dicha función, violarlo de partida.

Precisa que el artículo 61 de la Ley Orgánica Constitucional del Consejo de Defensa del Estado, que es de quórum calificado, dispone que los “profesionales y funcionarios que se desempeñen en el Consejo de Defensa del Estado cualquiera sea la naturaleza de su designación o contratación, están obligados a mantener reserva sobre trámites, documentos, diligencias e instrucciones relacionadas con los procesos o asuntos en que intervenga el servicio”, de lo que se desprende que la relación que existe entre los abogados del Consejo y el Servicio es idéntica a la de un abogado con su cliente, y, en consecuencia, le son aplicables las normas de secreto profesional, pues de hecho la violación a dicha norma importa la comisión de delito de prevaricación y violación de secreto. Resulta absurdo concluir, como lo hace el Consejo para la Transparencia, que el secreto profesional obliga sólo a los funcionarios, pero no al Órgano y su jefatura, quienes en consecuencia sí estarían obligados a entregar esa misma información. El órgano no tiene existencia sin sus funcionarios y la jefatura también corresponde a un funcionario, por lo que el Consejo para la Transparencia no puede obligar a tales funcionarios, o a quien ejerce el cargo de jefe superior del servicio, a cometer un delito.

Por lo demás, en el caso de autos lo pedido influye en un juicio seguido en contra del requirente, quien es la persona en contra de quien se dirige la persecución penal.

Afirma, además, que existen causales que impiden la entrega de información, entre las cuales se encuentra la establecida en el artículo 21 N° 5 de la ley del ramo que expresa que serán secretos o reservados, los documentos, datos o informaciones, cuando una ley de quórum así lo haya declarado, de acuerdo a las causales del artículo 8° de la Constitución Política de la República.

En su oportunidad el Consejo para la Transparencia desechó la procedencia de esta argumentación como parte de la fundamentación de la causal del numeral 1° del artículo 21, debiendo haber reconducido la misma al análisis de la causal quinta del mismo artículo y en virtud de ello haber resuelto el conflicto aplicando la preeminencia del secreto profesional, secreto que –como ha sostenido el propio Colegio de Abogados– se extiende a todo hecho, circunstancia, documento, dato o antecedentes que hubiere conocido el abogado en virtud de su encargo.

En el mismo sentido, refiere el quejoso, se expresa el artículo 21 N° 1 letra a), norma que señala que cuando su publicidad, comunicación o conocimiento, referidos a documentos, datos o informaciones, afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente 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, los mismos han de ser secretos o reservados.

Plantea que dicha causal –artículo 21 N° 1 letra a)– fue deducida sólo a título informativo, sin que constituyese fundamento del reclamo, sin perjuicio de señalar que la información solicitada consiste en antecedentes directamente vinculados con el juicio criminal, en actual tramitación, en contra del solicitante.

Expresa que en sentido contrario y entrando al análisis de fondo los señores Ministros de la Sexta Sala de la Corte de Apelaciones, en fallo de 13 de marzo pasado, concluyeron que las normas que rigen el secreto profesional y particularmente el artículo 61 de la Ley Orgánica Constitucional del Consejo de Defensa del Estado resulta aplicable al caso, por lo cual al fallar como lo han hecho los recurridos han incurrido en falta o abuso grave, ignorando absolutamente la garantía constitucional del artículo 19 N° 3° de la Constitución Política de la República en lo relativo al derecho a la defensa y su relación con el secreto profesional, como asimismo las normas contenidas en el nuevo Código de Ética del Colegio de Abogados, razones todas por las cuales solicita se ponga pronto remedio a la falta o abuso grave cometido, y se resuelva dejarla sin efecto, al igual que la decisión del Consejo para la Transparencia a que se

hace referencia, ordenando –en su reemplazo– que no procede disponer la entrega de la información requerida, sin perjuicio de la adopción de las medidas que se estimen conducentes y de la aplicación de las sanciones disciplinarias que se pudieren considerar.

Tercero: Que al informar los jueces recurridos exponen que el quejoso plantea una verdadera apelación del fallo, pues haciendo nuevamente la argumentación de fondo argüida al momento de plantear el reclamo solicita sea dejado sin efecto, con lo cual la falta consiste en no habersele otorgado lo pedido en el reclamo, en razón de haberse adoptado una interpretación diversa a la planteada por la parte, lo que debiera conducir a la declaración de inadmisibilidad en la revisión del recurso.

En cuanto al fondo la sentencia se atiene a lo estipulado en el artículo 8° de la Constitución Política de la República, que indica que sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva de aquellos o éstos, refiriéndose a los actos y resoluciones de los órganos del Estado.

Una ley es lo que dice la Constitución Política de la República y es por ello que, luego de citar veintiocho disposiciones legales e interpretarlas en el sentido que indica llega a la conclusión que en el fallo se estima errada.

La norma sobre la que se construye la alegación del secreto profesional, artículo 61 de la Ley Orgánica Constitucional del Consejo de Defensa del Estado, sólo impone un deber de reserva a los funcionarios del servicio, es decir, se trata de una obligación de todo el personal, cuestión que por lo demás es de toda lógica y por ello acarrea responsabilidad penal, lo que no se condice con las actuaciones que, bajo la forma de actas que perfectamente equivalen a documentos, datos o informaciones, son referidos en el artículo 8° de la Constitución. Así la obligación de reserva no existe.

Por último, señalan que a falta de ley que consagre la reserva de las actas tampoco los juzgadores han tenido la oportunidad de calificar si su contenido tiene tal relevancia que importe, con su publicidad, afectar el cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado.

Luego estiman que no han incurrido en falta o abuso.

Cuarto: Que de lo relacionado en los motivos que anteceden se aprecia que las faltas o abusos graves que se atribuyen a los jueces recurridos se contraen a la vulneración de la garantía del secreto profesional de que es titular el Consejo de Defensa del Estado en tanto tiene una relación de abogado-cliente con los órganos de la administración, secreto que se extiende a las actas de los Comités en que orgánicamente funciona.

Quinto: Que previo al examen de las cuestiones jurídicas implicadas en la presente impugnación, ya sintetizadas precedentemente, es menester consignar que la Constitución Política de la República señala, en su artículo 8º, que “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 el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional”.

También el Código Político asegura el derecho de acceso a la información pública como una manifestación de la libertad de información (art. 19, N° 12), el que se encuentra reconocido en la Carta Fundamental –aunque no en forma explícita– como un mecanismo esencial para la plena vigencia del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades, unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía, sin perjuicio que representa, además, un efectivo medio para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas.

La relevancia de este derecho público subjetivo queda de manifiesto al observar que, reconocido inicialmente a nivel legal fue posteriormente recogido por la reforma constitucional de agosto de 2005 como una de las bases de la institucionalidad o como un principio fundamental del Estado Constitucional democrático que funda el Código Político, en que la publicidad es la regla y el secreto la excepción.

Tal preceptiva, que sin distinción obliga a todos los órganos del Estado, exige de éstos que den a conocer sus actos decisorios –tanto en sus contenidos y fundamentos– y que aquellos obren con la mayor transparencia posible en los procedimientos a su cargo, lo que se relaciona justamente con el derecho de las personas a ser informadas.

Con todo, la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado tiene justificadas excepciones que contempla la Constitución, las que dicen relación con los valores y derechos que la publicidad pudiere afectar, referidas todas ellas explícita y taxativamente en la norma constitucional antes transcrita y que sólo el legislador de quórum calificado puede configurar. Se sigue de ello que la interpretación de dichas excepciones debe efectuarse restrictivamente.

En cumplimiento del mandato constitucional fue dictada la Ley de Acceso a la Información Pública (N° 20.285) que preceptúa, en lo que interesa, que “la función pública se ejerce con transparencia, de modo que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y decisiones que se adopten en ejercicio de ella” (art. 3°). También que “el principio de transparencia de la función pública consiste en respetar y cautelar la publicidad de los actos, resoluciones, procedimientos y documentos de la Administración, así como la de sus fundamentos, y en facilitar el acceso de cualquier persona a esa información, a través de los medios y procedimientos que al efecto establezca la ley” (art. 4). Por último, que “en virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado. Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas” (art. 5).

Por último, cabe observar que la referida legislación establece dos mecanismos de transparencia. Uno, denominado transparencia activa,

que consiste en la obligación de los órganos públicos de difundir o poner a disposición del público determinada información. Y transparencia pasiva, traducida en la obligación de entregar determinada información a los ciudadanos cuando éstos la soliciten. El legislador creó el Consejo para la Transparencia como un órgano de la Administración del Estado –con autonomía– con el fin de hacer efectivo el principio de publicidad previsto en la Carta Política y es en esa línea que lo dotó de facultades para conocer reclamos respecto de actos emanados de entidades que forman parte básicamente de la Administración del Estado.

Sexto: Que puede decirse, entonces, que el derecho de acceso a la información pública es un derecho implícito que, como otros –entre ellos el derecho a la identidad personal o al desarrollo libre de la personalidad– nuestro orden constitucional asegura a toda persona y, por tal consideración merece íntegra protección.

Séptimo: Que las consideraciones anteriores exhiben singular importancia para la resolución de la presente impugnación, desde que el Consejo de Defensa del Estado ha alegado que, de obligársele a revelar la información que ha recibido de su cliente, se arrastraría al abogado funcionario a cargo de la asesoría o defensa a la disyuntiva de tener que entregar la documentación o antecedentes que hubiere recibido de su cliente con quebranto del deber de confidencialidad y secreto profesional que el Código de Ética le impone.

Octavo: Que el quejoso ha sostenido que la decisión de no considerar las actas como documentos sujetos a secreto profesional, en virtud del objetivo dado por ley al Consejo de Defensa del Estado en relación al Fisco de Chile, constituye una falta o abuso grave, violentando con ello el derecho que le cabe al Estado de contar con una defensa jurídica en los términos garantizados en el numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Noveno: Que el secreto profesional constituye una obligación legal que tiene como sujeto pasivo a un profesional y que importa que el mismo no puede revelar lo que el cliente mantiene oculto y solamente ha permitido conocer al profesional para el mejor desempeño de su cometido

(Novoa Monreal, Eduardo, RDJ Tomo XLI, marzo a diciembre de 1944, N° a 10, pág. 85 – 100), reconociéndose su existencia a nivel legal en los artículos 231 y 247 del Código Penal, que sancionan la violación del secreto por el abogado o procurador y la violación del secreto por los que ejercen profesión que requiera título, respectivamente, excluyéndose las normas contempladas en los artículos 360 N° 1 del Código de Procedimiento Civil y 303 del Código Procesal Penal, pues las mismas sólo se limitan a consagrar la facultad del profesional para eludir declaraciones judiciales que puedan justamente comprometer el secreto; carecen, en consecuencia, del carácter imperativo como para calificarlas de normas sustantivas, lo que se hace extensivo al artículo 269 bis inciso final del Código Penal, que señala que están exentas de las penas –que establece la misma norma– las personas a que se refieren el inciso final del artículo 17 del Código Penal y el artículo 302 del Código Procesal Penal.

Décimo: Que el objeto del secreto profesional, en el caso de los abogados, encuentra su fundamento en el ejercicio mismo de la abogacía pues ella importa, principalmente, el informar al cliente lo que el derecho le exige en una determinada situación, señalarle qué debe hacer para pasar de su actual situación a otra deseada y hacer valer los derechos o pretensiones de los que goza en cada caso, para los cuales es necesario un acabado conocimiento de las situaciones fácticas que sólo el cliente puede otorgar, cuestión que importa tener acceso y conocer hechos no conocidos públicamente y que el cliente quiere mantener en dicha opacidad, todo ello enmarcado en una relación en que el cliente confía y tiene seguridad de que sus confidencias no serán objeto de difusión.

De lo dicho se desprende claramente que la existencia y reconocimiento del secreto profesional es una cuestión de interés público pues permite asegurar las condiciones que promuevan que el cliente dé acceso o informe al abogado las situaciones de hecho que permitan a dicho profesional una adecuada defensa de los intereses que le ha encomendado proteger, encontrando garantía en el sistema legal que dichos antecedentes quedarán resguardados por el secreto profesional.

Undécimo: Que si bien nuestra Constitución no tiene referencia directa al secreto profesional si se observa, por ejemplo, la Carta Española

de 1978 en su artículo 20 N° 1 letra d), dicho deber-obligación se encuentra subsumido como uno de los presupuestos del debido proceso, particularmente vinculado al derecho a defensa jurídica que toda persona tiene y que se encuentra garantizado en el numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, norma que importa asegurar las condiciones de libertad en las que debe verificarse la debida intervención del letrado en el procedimiento, elemento que constituye una pieza fundamental en el justo y debido proceso. Ello es así pues, sin una legítima expectativa de confidencialidad por parte del cliente, la confianza en que esa relación se basa se vería seriamente perjudicada y con ello su derecho a defensa técnica gravemente menoscabado.

Duodécimo: Que establecido lo anterior cabe señalar que la reglamentación precisa del secreto profesional de los abogados se encuentra en el Código de Ética Profesional dictado por el Colegio de Abogados de Chile, particularmente en su artículo 7°, que señala “El abogado debe estricta confidencialidad a su cliente. En cumplimiento de su obligación debe exigir que se le reconozca el derecho al secreto profesional con que la ley lo ampara. La confidencialidad se extiende a toda la información relativa a los asuntos del cliente que el abogado ha conocido en el ejercicio de su profesión”, norma que ha de ser relacionada con la letra a) del artículo 46 del mismo Código –en cuanto a la litis importa– que dispone: “El abogado debe abstenerse de revelar la información cubierta por su deber de confidencialidad, así como de entregar, exhibir o facilitar el acceso a los soportes materiales, electrónicos o de cualquier otro tipo que contenga dicha información y que se encuentre bajo su custodia”.

Así, el secreto profesional se extiende, entonces, a todos los antecedentes con que cuente el abogado y que digan relación con el encargo que ha recibido, extensión que ya ha sido reconocida en fallo de esta Corte de fecha 13 de mayo de 1954, en los autos caratulados “Guttman con Guttman” (Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. I, pág. 128, Vol. 51, 1954).

Decimotercero: Que de lo que se ha venido sosteniendo es posible concluir que al disponer el artículo 61 de la Ley Orgánica del

Consejo de Defensa del Estado que “Los profesionales y funcionarios que se desempeñen en el Consejo, cualquiera sea la naturaleza de su designación o contratación, estarán obligados a mantener reserva sobre los trámites, documentos, diligencias e instrucciones relacionados con los procesos o asuntos en que intervenga el Servicio, siéndoles aplicables las disposiciones del artículo 247° del Código Penal”, lo que está haciendo no es sino precisar la prohibición de publicitar la información que ha sido puesta en su conocimiento, pues la misma la han recibido en su calidad de abogados y, por ende, queda amparada bajo el secreto profesional.

Decimocuarto: Que si bien es efectivo que el Código de Ética Profesional –aprobado en su nueva versión el año recién pasado por el Consejo General del Colegio de Abogados de Chile A.G. y que rige a partir del 1 de agosto de 2011– no puede estimarse una ley en sentido formal, desde que no ha sido dictado por el órgano legislativo con sujeción a los requisitos y al procedimiento de elaboración de la ley que para la validez de ésta prevé la Constitución Política de la República, sí lo es en un sentido material en cuanto sustantivamente impone normas de conducta generales, permanentes, abstractas y ciertamente obligatorias para todos los letrados del país, estén o no afiliados a la entidad gremial respectiva, más allá del órgano que en definitiva ejerza la tuición ética del profesional en el caso concreto, el Colegio Profesional correspondiente con sujeción al Reglamento de Disciplina que en éste rijan o el tribunal especial que el Constituyente manda crear al legislador para que ante él se juzgue a los profesionales no afiliados, y, mientras éstos no se establezcan, a la justicia ordinaria.

Decimoquinto: Que entendidas con la fuerza indicada las normas relativas a la conducta ética que deben cumplir los profesionales que detentan un grado o título universitario, más allá de su afiliación al colegio profesional respectivo, toda vez que las mismas afinan su legitimidad general en el mínimo ético exigible a quienes han recibido un título para el ejercicio profesional a que se los habilita –en el caso de los abogados, prestando estos incluso el juramento que exige el Código Orgánico de Tribunales en su artículo 522 ante la Corte Suprema, con todas las implicancias que de ello se derivan–, habrá de entenderse también que las normas del Código de Ética que obligan a los abogados tienen para

todos estos fuerza vinculante, las mismas que este máximo Tribunal, como todo juez de la República, debe exigir en su estricto cumplimiento con el mayor rigor.

Decimosexto: Que en virtud de lo anterior la problemática no radica en establecer si las actas de los Comités, en los cuales funciona orgánicamente el Consejo de Defensa del Estado, se encuentran o no señaladas expresamente en el artículo 61 de Ley Orgánica del mismo Consejo, sino si las mismas se encuentran sujetas a reserva en virtud del secreto profesional.

Decimoséptimo: Que el supuesto básico para que se configure el secreto profesional, en los términos que se ha venido desarrollando, es la existencia de un deber fiduciario generado como consecuencia de la relación cliente - abogado, pues de no existir la misma dicho deber no se genera.

En este contexto resulta clarificador el contenido del artículo 2° de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, que señala que dicha institución “tiene por objeto principalmente la defensa judicial de los intereses del Estado”, es decir, el de hacer valer los derechos o pretensiones de los que goza el Estado respecto de una determinada situación, objetivo que –como ya se señalara precedentemente– constituye uno de los elementos fundamentales del ejercicio de la abogacía, cuestión que por lo demás quedó plasmada en la discusión que dio origen al Código de Ética Profesional (Acta N° 3. Sesión ordinaria 18.06.2008 de la Comisión de Ética y Código de Buenas Prácticas del Colegio de Abogados de Chile A.G.).

Decimooctavo: Que el artículo 48 del Código de Ética dispone que “El abogado que en el ejercicio de una función pública está sujeto a un deber legal de revelar o entregar la información de que dispone en razón de esa función no puede excusarse de cumplir ese deber a pretexto de su calidad profesional de abogado”, aun cuando esta norma lo que pretende es establecer que no por la mera calidad de abogado un funcionario público queda exento de la obligación de revelar o entregar información, la misma no se extiende y no puede ser interpretada como lo ha sostenido

el Consejo para la Transparencia al caso concreto en que el Consejo de Defensa del Estado, representado por su Presidente, se presenta en su calidad de abogado, toda vez que su función legal es el cumplimiento de su misión institucional cual es justamente la de representar judicialmente los intereses del Estado y, por ende, las vinculaciones que entabla con los órganos públicos es precisamente la de cliente - abogado, elemento necesario para que se genere el derecho/obligación de secreto profesional.

Dicha concepción fue justamente la que tuvieron en mente los redactores del Código de Ética del Colegio de Abogados A.G., quienes enfrentados a la redacción del artículo 48 expusieron, en la Sesión N° 16 de 29 de septiembre de 2008, “El primer objetivo, fue tratar de encontrar la mejor forma posible para expresar conceptualmente de modo preciso una cuestión ya debatida por el Consejo. Lo crucial del modo adoptado fue la consideración de relación abogado - cliente versus la relación funcional o de funcionario público. Las dos cosas no se excluyen ni se presuponen. Entonces el problema en orden es el siguiente: el abogado funcionario público, sí. Si es funcionario público, está sometido a deberes de divulgación que son especiales, sí. Pregunta: ¿en su oficio ejerció representación de intereses de clientes o tuvo otra función? Si tuvo otra función, no puede pretextar el deber de confidencialidad para eximirse del deber de divulgación. La idea es que los órganos públicos no contraten abogados para eximirse de los deberes de divulgación, y se debe pensar en el día de mañana también en los propios fiscales del Ministerio Público. La idea es que los abogados que desempeñen función pública sin representar clientes no pretexten la condición de abogados para eludir los deberes de divulgación o de revelación que imponen las reglas de orden público (...) La pregunta del día de mañana va a ser: el abogado fiscal respecto de la Municipalidad ¿es abogado de un cliente o no? Agregó que a él le parece que desde un punto de vista de las reglas de la Ética, la mejor manera en que se puede plantear el problema es preguntarse si en este caso se da la relación fiduciaria de abogado con cliente. Agregó que no le cabe ninguna duda, que tratándose del Ministerio Público y sus Fiscales no hay ninguna relación fiduciaria respecto a cliente alguno. Y respecto del abogado de la Municipalidad diría que en principio no, pero no se puede descartar que haya algún tipo de relación confidencial de abogado cliente en la posición que desempeña” (Consejero Sr. Antonio Bascuñán).

Más precisa resultó la intervención de la Consejera Sra. Olga Feliú, quien expresó, refiriéndose a la situación de abogados que prestan servicios a la administración: “Si a un abogado se le encarga una gestión profesional por un servicio público, por una empresa pública, por una Universidad, se le encarga una labor profesional, ese abogado tiene la obligación de reserva del N° 1, ese abogado no puede andar revelando cosas.”.

Concordando con lo anterior el Consejero Sr. Sergio Urrejola señaló que “le preocupaba el tema del 1.3 porque rápidamente van a llegar al tema del abogado-empleado, entonces el abogado público-empleado tiene unas normas éticas y el abogado empleado-particular tiene otras” y agrega que “a su juicio el abogado que ejerce como tal siempre, sea quien sea su empleador, sea quien sea quien lo contrate, sea trabajador asalariado o no, siempre está sujeto al secreto profesional con respecto a su cliente.”

Finalmente, y en lo que importa para la litis, el Consejero Sr. Antonio Bascuñán reiteró a modo de conclusión “la regla lo que hace es decir “en adelante tenga usted presente que necesita calificar la situación como si es una situación de la Regla 1.1” o que “la condición de abogado no basta”, que lo crucial es la existencia de la relación abogado-cliente. Por lo tanto habrá abogados en el desempeño administrativo que tienen casos con clientes y el Fisco puede ser un cliente, pero hay otros abogados que no tienen clientes y esos abogados no pueden ampararse en nuestra nueva regla 1.1 para introducir una alteración de sus deberes de funcionarios públicos”.

Decimonoveno: Que así las cosas es posible concluir que la relación que entabla el Consejo de Defensa del Estado con el Fisco de Chile es una relación cliente-abogado y en esta virtud los antecedentes que recaba quedan sujetos a secreto profesional, secreto que, como ya fuera establecido, forma parte del derecho a defensa garantizado en la Constitución Política de la República.

Vigésimo: Que la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública tiene por objeto el regular el principio de transparencia de la función pública, el derecho de acceso a la información de los órganos

de la Administración del Estado, los procedimientos para el ejercicio del derecho y para su amparo y las excepciones a la publicidad de la información. Entre estas últimas se encuentra la establecida en el artículo 21 N° 1 letra a) que contempla como causal de secreto o reserva en cuya virtud puede denegarse total o parcialmente el acceso a la información el que la publicidad afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente tratándose de antecedentes necesarios para defensas jurídicas.

Vigésimo primero: Que la situación referida en el fundamento precedente, que corresponde a la descrita en la letra a) del N° 1 del artículo 21 de la Ley N° 20.085, es justamente la que acontece en el caso de autos, toda vez que teniendo el Consejo de Defensa del Estado por objeto, principalmente, la defensa judicial de los intereses del Estado, la publicidad de los antecedentes que obren en su poder y que él mismo genere en el marco de la decisión de defensa importa, entonces, una violación al secreto profesional y con ello al derecho a defensa, cuestión que se traduce en una afeción directa a la función del órgano, generándose a su respecto la causal de secreto o reserva contemplada en la ley.

Vigésimo segundo: Que el Consejo para la Transparencia ha alegado en estos autos que para decidir el amparo de acceso a la información se halla en el imperativo legal de examinar el contenido de los antecedentes solicitados al órgano del Estado requerido, por lo que éste en cualquier caso deberá enviárselos para su examen previo a fin de resolver si ordenará o no su entrega. En ese sentido reclama para sí el ejercicio de una facultad que estima privativa y excluyente de ponderación de toda la documentación e información que hubiere motivado su intervención, y sobre la cual, sostiene, está llamado a aplicar lo que denomina el “test de daños”, ponderación que importa discernir si la divulgación de ella –información– podría llegar a erosionar alguno de los bienes jurídicos protegidos por las causales de secreto o reserva que taxativamente la Constitución Política autoriza y que sólo el legislador de quórum calificado puede precisar –lo que hizo la Ley N° 20.285 en cinco numerales en su artículo 21–, casos en los cuales debe negar el acceso a los antecedentes solicitados, y si así no fuere ordenará su entrega.

Vigesimotercero: Que para descartar esa alegación basta considerar que el secreto profesional, del modo en que se ha venido conceptualizando, está garantizado a nivel constitucional y es precisado en el Código de Ética Profesional, por lo cual se vería seriamente conculcado si se admitiera que el Consejo de Defensa del Estado está obligado a remitir al Consejo para la Transparencia los antecedentes, documentación e informes que reciba para las asesorías, defensas o patrocinios que en cumplimiento de las obligaciones que le impone su ley orgánica debe asumir en favor de autoridades y órganos del Estado. Desde luego porque siendo un derecho constitucional implícito, asegurado a todos los letrados, pero que constituye para éstos a la vez un deber al que quedan sujetos, incluso, bajo sanción penal, el mismo no puede ser afectado por el requerimiento que haga un órgano que integra la Administración del Estado, como lo es el Consejo para la Transparencia, aun cuando la ley que lo estableció lo haya dotado de autonomía frente a los restantes órganos pertenecientes a la Administración, ya que constitucionalmente sólo mediante autorización judicial previa, la que en el presente caso no existe, podría permitirse un requerimiento tal. No es admisible entonces, porque carece de la facultad para ello, que el Consejo para la Transparencia recabe antecedentes que obran en poder del órgano del Estado encargado de la defensa fiscal y que de revelarse conduciría a la afectación de un bien jurídico de la más alta significación, el que sólo podría ceder eventualmente ante un requerimiento judicial.

Vigesimocuarto: Que el secreto profesional de los letrados así conceptualizado y dada su extensión se halla en íntima conexión con el derecho a la defensa jurídica, con la garantía que ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la intervención del letrado si ésta hubiere sido requerida, con la inviolabilidad de la documentación privada que con ese carácter fuere recibida por el abogado de su cliente y, en fin, con la libertad que constitucionalmente se le reconoce a aquellos para el ejercicio de su profesión.

Vigesimoquinto: Que el Consejo para la Transparencia ha sostenido, también, que dada la causal esgrimida por el Consejo de Defensa del Estado al momento de contestar el requerimiento de información, esto es, la contemplada en la letra a) del numeral 1 del artículo 21 de la ley

del ramo, se vería impedido en virtud del artículo 28 de recurrir ante la Corte de Apelaciones, pues esta última norma contempla una restricción a dicho recurso.

Vigesimosexto: Que al analizar la alegación referida en el fundamento precedente se hace necesario dejar establecido que el Consejo de Defensa del Estado al momento de interponer el Reclamo de Ilegalidad sostuvo que lo hacía en virtud de los numerales 1° y 5° del artículo 21, causal esta última a la que no se le aplica la restricción del artículo 28.

A lo anterior se adiciona el hecho de que esta Corte en tanto tribunal de justicia ejerce función jurisdiccional, la que consiste en la aplicación del derecho en relación con los términos fácticos en los que se plantea un conflicto jurídico entre partes, razón por la cual el tribunal goza de libertad al momento de aplicar el derecho invocado, ámbito en el que por cierto se encuentra lo relativo al ejercicio de las acciones.

Tales razones conducen a desestimar el planteamiento, de orden procesal, sostenido por el Consejo para la Transparencia.

Vigesimoséptimo: Que al no haber aplicado los jueces recurridos las normas expresas que se refieren a las causales de secreto o reserva han incurrido en falta o abuso grave que debe ser enmendado por esta vía.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, **se acoge** el recurso de queja deducido en lo principal de fojas 21, se deja sin efecto la sentencia de veintinueve de marzo de dos mil doce que rechazó el reclamo interpuesto por el Consejo de Defensa del Estado y en su lugar se acoge el mismo declarándose que se deja sin efecto la Decisión de Amparo C-690-11, adoptada por el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia en sesión de 6 de septiembre de 2011, que acoge parcialmente el amparo por denegación de información deducido por Daniel Vásquez Medina y, en consecuencia, se deniega la entrega del acta de sesiones del Comité o Sección Penal del Consejo de Defensa del Estado, de fecha 6 de mayo de 2004, en lo relativo a las causas Roles 5327-1 y 2717-4, ambas seguidas ante el 32°

Juzgado del Crimen de Santiago y aquella en que acordó intervenir en la causa Rol 1456-03, seguida ante el Juzgado de Letras de Tomé, en querrela interpuesta en contra del reclamante por la Superintendencia de Quiebras.

Se previene que el Ministro señor Carreño estuvo por enviar los antecedentes al Tribunal Pleno en virtud de lo dispuesto obligatoriamente por el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, sin perjuicio de lo que aquél pueda resolver en cuanto a la procedencia de aplicar una medida disciplinaria.

Acordada contra el voto del Ministro señor Muñoz, quien fue de parecer de rechazar el recurso deducido por el Consejo de Defensa del Estado, fundado en las siguientes consideraciones:

1°.- Que el derecho al acceso a la información pública encuentra sus orígenes en las demandas de los pueblos por conocer los fundamentos de las determinaciones de las autoridades, evolucionando en su reconocimiento por el derecho positivo (Ley Sueca de 1766) y dotándole de contenido por la doctrina, la jurisprudencia y declaraciones especializadas sobre la materia. Es así como surgen los conceptos de libertad de prensa, libertad de información y libertad de expresión, todos conceptos desarrollados en instrumentos internacionales como la Resolución 59 (I), de 14 de diciembre de 1946 dictada por la Asamblea General de Naciones Unidas en la que se señala: “La libertad de información es un derecho humano fundamental y piedra de toque de todas las libertades a las cuales están consagradas las Naciones Unidas” y la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 19°) y a partir de ahí, en el resto de la Convenciones sobre Derechos Humanos, a saber, artículo 10° de la Convención Europea de Derechos Humanos; artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 19° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 13° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumentos mediante los cuales se consagra el derecho a la libertad de expresión con conceptos que incorporan el derecho a investigar y recibir informaciones; libertad de investigación y libertad de buscar, recibir y difundir informaciones, reconociéndose

en consecuencia un derecho a exigir información cuando ésta recaea sobre temas de interés público.

En el concierto latinoamericano la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-5/85 expuso que “el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a buscar y a recibir informaciones, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto”.

Es siguiendo dicha argumentación que la Corte Interamericana, el 16 de septiembre de 2006, en el caso “Claude et. Vs Chile”, da por acreditado que el Estado demandado ha vulnerado el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, en tanto dicho derecho importa “no sólo el derecho a la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también del derecho y libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”, con lo cual la garantía ampara el derecho de las personas a recibir dicha información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona puede tener acceso a esa información o reciba una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto, información que debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos que en que se aplique una legítima restricción; entrega por ende permite que dicha información circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla, todas razones que condujeron a que en su resolutive 7, por unanimidad se condenara a que “El Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para garantizar el derecho a acceso a la información bajo el control de Estado, de acuerdo al deber general de adoptar disposiciones de derecho interno establecido en el artículo 2 de

la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos de los párrafos 161 a 163 y 168 de la presente Sentencia”.

2º.- Que de lo que se viene expresando es posible señalar que desde el punto de vista del derecho interno del Estado, se puede sostener la vinculación de los instrumentos internacionales suscritos por Chile, que no tienen el carácter de tratados solemnes, puesto que les ampara la normativa general del tratado marco que está constituida por la Carta de las Naciones Unidas, orientada por los factores que llevaron a constituir la.

3º.- Que nuestro país desde los primeros textos constitucionales reconoció la existencia de ciertos derechos consustanciales a las personas, es así que al interior de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sobre la base de la redacción de una norma que obligara a respetar los derechos de las personas y limitara la soberanía, se inicia un intercambio de opiniones, señalando el comisionado Jaime Guzmán Errázuriz que “La soberanía tiene un solo límite fundamental que es el derecho natural. Concuera en no decirlo como tal, porque es una expresión vaga, para muchos doctrinaria y tal vez innecesariamente conflictiva. Pero sí se podría hablar del respeto a los derechos fundamentales que arrancan de la naturaleza humana. Ese le parece que es un límite a la soberanía”, concluyendo el presidente señor Ortúzar que la disposición propuesta es de extraordinaria importancia, pues “conforma un régimen en la Carta Fundamental que ni siquiera por vía de la reforma constitucional o por la del plebiscito podría destruirse” (Sesiones 48 y 49, de 25 y 27 de junio de 1974), consideración que se tiene presente al formular la norma del inciso segundo del artículo 5º de la Constitución Política de la República de 1980. Esta construcción determinó que esta Corte Suprema haya expresado en innumerables fallos que “de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5º de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los valores que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos” (Revista Fallos del Mes N° 446, enero de 1996, sección criminal, fallo 1, considerando cuarto, página 2066), construcción supraconstitucional que

importa incluso reconocer que los derechos humanos están por sobre la Constitución Política de la República, entre ellos los que se encuentren en tratados internacionales, no por estar dichos derechos fundamentales consagrados en instrumentos internacionales, los que siempre tendrán rango legal y deberán ser aprobados por el quórum respectivo, sino por referirse a derechos esenciales, en lo cual existe concordancia con lo resuelto por el Tribunal Constitucional.

Esta decisión se enmarca, además, en el hecho reconocido y aceptado por nuestro país, que ante la inobservancia del derecho internacional, los tribunales internacionales no se constituyen en una instancia revisora del mérito del proceso, sino que se limitan a declarar la transgresión, responsabilizando al Estado, al que le imponen adopte las medidas pertinentes para reparar a los afectados, que es justamente el objetivo de la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso de “Claude et. Vs Chile”, elemento que sin duda debe tenerse presente al momento de resolver los conflictos particulares, de hecho en cumplimiento de lo anterior es que esta Corte ha debido emitir informes a la Cancillería para explicar el proceder de los tribunales ante casos concretos, los que han sido sometidos a la jurisdicción de la Comisión y Corte Interamericana de Justicia.

Es así que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que los Estados deben disponer de medios idóneos de investigación, respondiendo a parámetros de eficiencia y no de formalidad, reprochando la inhibición de mecanismos que fueron diseñados teóricamente (Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, considerandos 119, 167 y 178).

4º.- Que en este contexto se hace posible sostener que en el sistema jurídico interno la Constitución Política de la República garantiza en el numeral 12º del artículo 19 “La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado”, agregando en su numeral 14º el artículo en comentario: “el derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto

de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes”, garantías de las cuales se deriva, como lo señala la jurisprudencia internacional citada, el derecho a exigir información a la autoridad.

5°.- Que con fecha 14 de diciembre de 1999 se publica la Ley N° 19.653 sobre “probidad administrativa aplicable a los órganos de la administración del Estado” que incorpora los principios de probidad, transparencia y publicidad, principios que posteriormente, 17 de noviembre de 2001, se incorporarían a la Ley N° 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado.

El 29 de mayo de 2003 se publica la Ley 19.880 sobre “procedimientos administrativos” en la cual se incorpora el principio de publicidad.

6°.- Que el derecho al acceso a la información pública encontró su reconocimiento positivo en nuestra Constitución por medio de la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050, de 26 de agosto de 2005, que importó la modificación del inciso segundo del artículo 8° de la misma, disponiendo: “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 el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, seguridad de la Nación o el interés nacional”, cuestión que se condice con el hecho de ser Chile una República democrática, tal y como se afirma en el artículo 4° de la Constitución Política y es, dicho derecho, una manifestación y forma parte, por ende, del derecho a la libertad de expresión consagrado en el numeral 12° del artículo 19 de la misma norma fundamental, ello pues de nada sirve que se asegure la libertad de emitir opinión y la de información si no se reconoce que los destinatarios tienen, a su vez, el legítimo derecho a acceder a una información oportuna, veraz y completa.

7°.- Que establecido el acceso a la información como garantía constitucional, existe la posibilidad que la administración estatal se

pueda ver favorecida por las eventuales limitaciones que el mismo constituyente imponga a su ejercicio.

Sin embargo y teniendo en consideración, tal como ya se señalara, que las garantías fundamentales están concebidas como barreras de protección para los ciudadanos respecto del accionar del Estado y no a la inversa, es que en el caso en concreto la excepción al ejercicio de la garantía, en tanto crea espacios de opacidad en el actuar de la Administración, debe estar no sólo contemplada en una ley de quórum calificado, sino que debe tener un carácter expreso y específico, requisitos copulativos que en el caso de autos no se cumplen.

Razonar en sentido inverso supone limitar entonces, con base a una interpretación extensiva de las excepciones, el ámbito de protección que generan las garantías fundamentales, cuestión que no tiene lógica si de lo que se trata es de garantizar a los ciudadanos el libre ejercicio de sus derechos.

El principio de no regresión lleva a considerar que ampliados los márgenes de un derecho fundamental no es posible ya restringirlo, con menos razón por vía interpretativa.

El sistema de control de constitucionalidad de las normas legales permite la aplicación directa de la Constitución por los tribunales ordinarios, y además determinar el derecho vigente que tenga carácter pre-constitucional e interpretar las leyes de la forma que tenga mayor coincidencia con la carta Política. Sin embargo, esta función no puede extenderse considerando normas de menor jerarquía y de carácter post-constitucionales.

Resuelto por el constituyente que “son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos”, no es posible relativizar su alcance. Es así como el mismo texto señala las excepciones a tal publicidad exclusivamente cuando pueda afectar el cumplimiento de las funciones de los órganos del Estado, que en el caso del Consejo de Defensa del Estado no es posible que acontezca, puesto que su accionar, como el de todos los órganos

estatales, se rige por el principio de legalidad, pero especialmente en su caso le es consustancial dado que no puede realizar actuación alguna que se aparte de tal presupuesto.

8°.- Que, en todo caso, cualquier reglamentación que los preceptos legales hagan respecto de las garantías fundamentales o que desarrollen las limitaciones en los casos que lo autoriza, no podrán afectar la esencia del derecho, con mayor razón ningún precepto de menor jerarquía al legal, puede integrar la ley en este sentido, que está expresamente prohibido por el mismo constituyente (artículo 64 inciso segundo de la Constitución Política de la República). Esta congruencia la destaca la disposición cuarta transitoria de la Carta Fundamental, que reconoce valor a las leyes pre-constitucionales, “en lo que no sean contrarias a la Constitución”.

9°.- Que en todo caso, sobre la base de este recurso extraordinario, que únicamente procede ante una falta o abuso grave, no se advierte que pueda constituirse en una instancia de revisión de todos los aspectos de la controversia, puesto que puede acarrear consecuencias igualmente graves para los jueces.

10°.- Que, en concepto de este disidente, el Consejo de Defensa del Estado no puede asilarse en el secreto profesional, puesto que sus determinaciones deben ajustarse a la ley y deben ser conocidas de todos los afectados, puesto que ello es propio de un Estado de Derecho, al cual es consustancial el principio de responsabilidad. Además, no es posible que bajo el amparo del secreto profesional desarrolle estrategias en perjuicio de su contraparte, mantenga en reserva antecedentes o elementos de juicio, puesto que su defensa siempre debe estar en consonancia con la verdad, poniendo a disposición del juez todos los antecedentes con los que cuente en relación al caso; no le resulta lícito a dicho órgano, como no le es permitido al Estado mismo, litigar en contra de los ciudadanos como un individuo más, tiene estándares de probidad y excelencia superiores, esto mismo lleva a que sus deliberaciones y actos puedan ser conocidos por todos los interesados, como si se hicieran directamente ante la ciudadanía, de quien derivan sus atribuciones y facultades, sin que le sea permitido ocultar ningún análisis o antecedente que no quede comprendido en las excepciones constitucionales.

11°.- Que la cuestión a resolver no se refiere al juego de distintas disposiciones legales, sino a determinar si el artículo 61 de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado es contrario a la Constitución, en el caso de autos, al artículo 8° inciso segundo de la Carta Fundamental.

La respuesta se impone sin ningún tipo de dudas. El secreto o reserva está regulado respecto de los funcionarios profesionales que integran el organismo, no en relación al órgano en sí mismo. En efecto, corresponde descartar que la publicidad de las actas del Consejo afecte el debido cumplimiento de sus funciones, puesto que ha adoptado sus determinaciones con entera libertad, las ha ejecutado y generado con sus profesionales relaciones funcionales según esas determinaciones.

Las consecuencias de una determinación contraria llamará a amparar con la reserva y limitar la publicidad de los actos, fundamentos y procedimientos desde que se reclame por cualquier afectado o interesado, puesto que desde esa ocasión se inicia la defensa de la autoridad, conclusión que repugna a toda interpretación, no puede entenderse que iniciado un procedimiento en resguardo de los intereses de los administrados, esta circunstancia le prive del acceso a los elementos de juicio destinados a fundar su defensa. Un acto propio le traerá consecuencias perjudiciales, sería la conclusión, conclusión que ciertamente el ordenamiento jurídico no puede tolerar.

12°.- Que con el mérito de lo expuesto y a juicio de este disidente no procede sino desechar el planteamiento sostenido por el Consejo de Defensa del Estado.

Regístrese y agréguese copia autorizada de esta resolución a la causa tenida a la vista, la que será devuelta en su oportunidad.

Redacción a cargo del Ministra Sra. Sandoval y del voto disidente su autor.

Rol N° 2.788-2012.-

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Héctor Carreño S., Sra. Sonia Araneda B., Sra. María Eugenia Sandoval G. y el Abogado Integrante Sr. Emilio Pfeffer U. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Muñoz por estar en comisión de servicios y la Ministro señora Araneda por haber cesado en sus funciones. Santiago, 28 de noviembre de 2012.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a veintiocho de noviembre de dos mil doce, notifiqué en Secretaría por el estado diario la resolución precedente.

DERECHO LABORAL

Corte Suprema Vallejos con Consejo de Defensa del Estado

8 de agosto de 2012

RECURSO PLANTEADO: *Recurso de unificación de jurisprudencia.*

DOCTRINA: *El procedimiento de tutela laboral no es aplicable a los funcionarios públicos por lo que los Juzgados del Trabajo carecen de competencia para conocer de estas demandas, en cuanto sean interpuestas por dichos funcionarios públicos, cuyo régimen de contratación se rige por el Estatuto Administrativo y no por el Código del Trabajo.*

Santiago, ocho de agosto de dos mil doce.

Vistos:

En estos autos RUC N° 1140008915-0 y RIT N° T-9-2011, del Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco, don Jerry Frank Vallejos Bustamante y don Sergio Renato Yáñez Ruiz interpusieron demanda de tutela laboral por vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido, en contra del Fisco de Chile, representado por don Oscar Exss Krugmann, a fin que se declare que el despido ha sido con infracción a las normas dispuestas en los artículos 2° del Código del Trabajo y 19 N° 1° inciso primero y N° 4° de la Constitución Política de la República y se condene al demandado al pago de las sumas que indica por concepto de lucro cesante y daño moral, más intereses, reajustes y costas.

El demandado, al contestar, opuso excepción de incompetencia y solicitó el rechazo de la acción, sosteniendo entre otras alegaciones, que los actores tenían la calidad de funcionarios públicos, ya que fueron designados a contrata como profesionales con desempeño en la Dirección de Vialidad, por lo que el Juzgado del Trabajo carece de competencia para conocer del presente asunto, atendido lo dispuesto en el artículo 1° del Código del Trabajo, el que establece que sus normas no se aplicarán a los funcionarios de la Administración del Estado.

Por resolución de veintidós de marzo de dos mil once, dictada en la audiencia preparatoria, se rechazó la excepción de incompetencia.

En la sentencia definitiva, de diez de mayo de dos mil once, el tribunal acogió la demanda interpuesta en cuanto declaró que con el actuar del Estado en los hechos denunciados se ha producido vulneración de los derechos fundamentales de los actores con ocasión del término anticipado de sus contrata, estableciéndose a raíz de esto como medidas reparatorias y sancionatorias las siguientes: I.- el pago por concepto de lucro cesante de las remuneraciones de diciembre 2010: A.- al actor don Jerry Frank Vallejos Bustamante, la suma de \$347.696; y B.- al demandante don Sergio Renato Yáñez Ruiz, la cantidad de \$1.398.519; II.- indemnización de once sueldos: A.- al actor Vallejos Bustamante, la suma de \$3.824.656; y B.- al demandante Yáñez Ruiz \$15.383.709; sin costas; más reajustes e intereses contemplados en los artículos 63 y 173 del Código del Trabajo, según corresponda.

En contra del referido fallo, la parte demandada interpuso recurso de nulidad, el que fundó en la causal prevista en la letra a) del artículo 478 del Código del Trabajo, por haber sido dictada la sentencia por juez incompetente; en subsidio, en la causal contemplada en la letra c) del artículo 478 del mismo cuerpo legal y, también en subsidio, en la causal de la letra b) del referido artículo 478.

La Corte de Apelaciones de Temuco, conociendo del recurso de nulidad señalado, por resolución de dieciséis de agosto del año dos mil once, escrita a fojas 19 y siguientes, lo acogió por la causal de la letra a) del artículo 478 del Código del Trabajo, e invalidó todo lo obrado en el

proceso por haberse seguido la causa ante un tribunal incompetente en razón de la materia; resolución que fue acordada con el voto en contra de uno de sus integrantes, quien estuvo por rechazar el recurso de nulidad por la causal de incompetencia del tribunal y entrar a analizar las causales subsidiarias del recurso.

Respecto de la decisión que falla el recurso de nulidad, la parte demandante interpone recurso de unificación de jurisprudencia, solicitando que esta Corte lo acoja y dicte la correspondiente sentencia de reemplazo.

Se ordenó traer estos autos en relación.

Considerando:

Primero: Que de conformidad a lo dispuesto en los artículos 483 y 483 A del Código del Trabajo, el recurso de unificación de jurisprudencia procede cuando respecto de la materia de derecho, objeto del juicio, existieren distintas interpretaciones sostenidas en uno o más fallos firmes emanados de tribunales superiores de justicia. La presentación respectiva debe ser fundada, incluir una relación precisa y circunstanciada de las distintas interpretaciones recaídas en el asunto de que se trate sostenidas en las mencionadas resoluciones y que haya sido objeto de la sentencia contra la que se recurre y, por último, se debe acompañar la copia fidedigna del o de los fallos que se invocan como fundamento, requisitos a los cuales se da cumplimiento en la especie.

Segundo: Que la parte demandante luego de hacer alusión a los antecedentes de la causa, señaló que la materia de derecho objeto del presente recurso versa sobre la competencia de los juzgados del trabajo para conocer de una demanda de tutela laboral por vulneración de derechos con ocasión del término anticipado de contratos de funcionarios públicos designados en sus cargos en tal calidad.

Tercero: Que los actores sustentan su arbitrio argumentando que eran funcionarios públicos designados bajo la modalidad a contrata, con desempeño en la Dirección de Vialidad. Agregan que fueron cesados

en sus funciones, en forma anticipada por razones discriminatorias de carácter político, sin invocarse causa o fundamento para ello, motivo por el cual interpusieron la presente demanda, en sede laboral, amparados en lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 1° del Código del Trabajo, norma que establece como contra excepción que los funcionarios públicos pueden sujetarse a las normas del Código Laboral, en todas aquellas materias no reguladas en su respectivo estatuto y siempre que no fueren contrarias a este último. Fundan esta interpretación, que estiman aplicable, en lo decidido por dos sentencias de la Corte de Apelaciones de Temuco. La primera, rol N° 186-2010, no será considerada, por no haberse acompañado el respectivo certificado de encontrarse ejecutoriada. La segunda es la rol N° 10-2011.

La recién referida Corte de Apelaciones, en los autos rol N° 10-2011 sobre tutela de derechos fundamentales, caratulados “Luman Retamal Lídice Alejandra con Fisco de Chile”, por sentencia de 11 de marzo de 2011 revocó la resolución apelada que acogió la excepción de incompetencia decretada en la audiencia preparatoria y, en su lugar, declaró que es competente para conocer de la demanda por vulneración de derechos fundamentales planteada por una ex funcionaria pública, el Juzgado de Letras del Trabajo de Temuco. La Corte de Apelaciones sostuvo su decisión razonando en el considerando tercero que el artículo 1° del Código del Trabajo dispone en su inciso 2° que sus normas no son aplicables, entre otros, a los funcionarios de la administración del Estado, como lo sería la demandante de autos, como funcionaria del Ministerio Secretaría General de Gobierno, sin embargo, en el inciso 3° indica que “con todo, los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código en los aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos”. Al efecto, los jueces concluyeron en el fundamento cuarto que las normas sobre tutela laboral establecidas en el Código del Trabajo no tienen paralelo o regulación en el Estatuto Administrativo y no siendo contrarias a esta institución, es procedente su aplicación a los funcionarios públicos. Asimismo, expresaron que una interpretación contraria es enmarcar a este tipo de funcionarios en una posición disminuida frente al resto de los trabajadores.

Cuarto: Que por su parte, la Corte de Apelaciones de Temuco –a través del fallo recurrido– acogió el recurso de nulidad interpuesto por el demandado, fundado en la causal de la letra a) del artículo 478 del Código del Trabajo, por estimar que el tribunal recurrido carece de competencia absoluta para conocer de la presente litis, en consideración al factor materia. La misma Corte estableció en el razonamiento segundo que de acuerdo con el inciso segundo del artículo 1° del Código Laboral, este cuerpo legal no le es aplicable a los actores, ya que al momento del cese de funciones revestían la calidad de funcionarios a contrata en la Dirección de Vialidad de la Novena Región, cuyo vínculo jurídico se encuentra regulado por el Estatuto Administrativo contenido en la Ley N° 18.834, que regula en su artículo 10 todo lo relacionado con la generación y expiración de los empleos servidos a contrata. De esta manera, los jueces determinaron que no tiene cabida el procedimiento de tutela laboral contemplado en los artículos 485 y siguientes del Código del Trabajo, convicción que es reforzada por el artículo 486 de este cuerpo legal, en cuanto faculta a los trabajadores para utilizar tal procedimiento cuando estimen “lesionados derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones jurídicas cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción laboral”, cuyo no es el caso, ya que como se señaló, en la especie tiene aplicación una normativa especial, esto es, el Estatuto Administrativo. Además, los jueces expresaron que entre las cuestiones que indica el artículo 420 del referido código que son de competencia de los Juzgados de Letras del Trabajo, no se encuentran las suscitadas entre los contratados bajo la modalidad a contrata y la Administración del Estado, por cuanto sus relaciones de trabajo están reguladas por el Estatuto Administrativo.

Quinto: Que de lo expuesto queda de manifiesto la existencia de distintas interpretaciones sobre una misma materia de derecho, a saber, la aplicación del procedimiento de tutela laboral de derechos fundamentales establecido en el Código del Trabajo, a funcionarios públicos designados a contrata, conforme a lo dispuesto en el artículo 1° del mismo cuerpo legal.

Sexto: Que, ante la contradicción constatada y para una apropiada solución de la controversia, se hace necesario dilucidar si los juzgados del trabajo tienen competencia para aplicar la tutela de los derechos laborales

fundamentales a funcionarios públicos designados en calidad de contratados en sus respectivos cargos o si, por el contrario, esta conclusión carece de asidero en las disposiciones que gobiernan la materia. Este tema ha sido resuelto con anterioridad por esta Corte, como se dirá a continuación.

Séptimo: Que al respecto cabe tener en consideración el artículo 108 del Código Orgánico de Tribunales que establece: “La competencia es la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones”, a lo que cabe agregar que la incompetencia lo es en razón de la materia, del fuero o de la cuantía o, del territorio tratándose de un elemento de competencia relativa, en su caso. En la especie, se discute una incompetencia absoluta por referirse a un asunto que se ha sustraído de las materias de las que el juez o tribunal laboral está llamado a resolver en conformidad con lo dispuesto en el artículo 420 del Código del ramo, norma que precisa los negocios de competencia de los juzgados de letras del trabajo.

Octavo: Que para dilucidar el litigio planteado, se hace necesario tener en consideración la norma contenida en el artículo 1° del Código del Trabajo, que prescribe en su inciso primero: “Las relaciones laborales entre los empleadores y los trabajadores se regularán por este Código y por sus leyes complementarias.”. En su inciso segundo agrega: “Estas normas no se aplicarán, sin embargo, a los funcionarios de la Administración del Estado, centralizada y descentralizada, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, ni a los trabajadores de las empresas o instituciones del Estado o de aquellas en que éste tenga aportes, participación o representación, siempre que dichos funcionarios o trabajadores se encuentren sometidos por ley a un estatuto especial.”. En su inciso tercero, dispone: “Con todo, los trabajadores de las entidades señaladas en el inciso precedente se sujetarán a las normas de este Código en los aspectos o materias no regulados en sus respectivos estatutos, siempre que ellas no fueren contrarias a estos últimos.”. Por último, en su inciso cuarto prescribe: “Los trabajadores que presenten servicios en los oficios de notarías, archiveros o conservadores, se regirán por las normas de este Código.”.

Asimismo, corresponde considerar lo dispuesto en el artículo 1° del Estatuto Administrativo, esto es: “Las relaciones entre el Estado y

el personal de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y de los servicios públicos centralizados y descentralizados creados para el cumplimiento de la función administrativa, se regularán por las normas del presente Estatuto Administrativo, con las excepciones que establece el inciso segundo del artículo 18 de la ley N° 18.575.”, como también lo establecido en su artículo 3º, que señala: “Para los efectos de este Estatuto el significado legal de los términos que a continuación se indican será el siguiente:... c) Empleo a contrata: Es aquél de carácter transitorio que se consulta en la dotación de una institución”; y, por último, lo dispuesto en el inciso primero del artículo 9º actual artículo 10, que prescribe: “Los empleos a contrata durarán, como máximo, sólo hasta el 31 de diciembre de cada año y los empleados que los sirvan expirarán en sus funciones en esa fecha, por el solo ministerio de la ley, salvo que hubiere sido propuesta la prórroga con treinta días de anticipación a lo menos”.

Noveno: Que de las disposiciones transcritas en los considerandos que preceden, resulta que los denunciados en sus relaciones con la Dirección de Vialidad de la Novena Región se hallaban especialmente sometidos al Estatuto Administrativo y, en forma supletoria, a las normas del Código del Trabajo, pero sólo en los asuntos no regulados por dicho Estatuto y en la medida en que las normas del Código Laboral no fueran contrarias a las de esa normativa especial.

Décimo: Que de esas mismas disposiciones y de las restantes normas de la Ley N° 18.834, aparece que el Estatuto Administrativo establece su propia regulación en torno a las calidades funcionarias que pueden formar parte de una dotación institucional y en cuanto a las causales de expiración en los cargos de contratados; y sus disposiciones rigen con preferencia a quienes integran una dotación como la de que se trata, excluyendo el imperio del derecho laboral común en esos asuntos, al tenor de lo preceptuado tanto en los artículos 1º y 9º (actual artículo 10) del mismo Estatuto Administrativo como en los incisos segundo y tercero del artículo 1º del Código del Trabajo, sin perjuicio de considerarse además el artículo 13 del Código Civil.

Undécimo: Que, por otra parte, el artículo 485 del Código del Trabajo, establece que este procedimiento –de tutela laboral– se aplicará

respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales que afecten los derechos fundamentales de los trabajadores que allí se precisan; es decir, a la vinculación surgida en los términos de los artículos 7° y 8° del mismo texto legal y, en caso alguno, a la relación estatutaria a la que se someten los funcionarios públicos a contrata, cuyo contenido está dado por las disposiciones de su propio estatuto, esto es, la Ley N° 18.834.

Duodécimo: Que, por consiguiente, los juzgados laborales son incompetentes absolutamente, en razón de la materia, para conocer de una demanda de tutela de derechos laborales fundamentales incoada por funcionarios públicos designados en calidad de contratas en una Dirección de Vialidad, en sus respectivos cargos.

Decimotercero: Que lo expuesto en los considerandos que anteceden lleva a concluir que los Ministros de la Corte de Apelaciones de Temuco al acoger el recurso de nulidad de que se trata, invalidando la decisión sobre competencia absoluta del Tribunal Laboral, dieron correcta aplicación a la normativa en estudio.

Decimocuarto: Que, en consecuencia, si bien se constata la disconformidad denunciada en lo relativo a la interpretación y aplicación de los preceptos analizados en la sentencia atacada en relación a aquella de que da cuenta la copia del fallo dictado por la misma Corte de Apelaciones de Temuco en los antecedentes rol N° 10-2011 que se acompaña, ello no constituye la hipótesis prevista por el legislador para que esta Corte, por la vía del presente recurso, invalide el fallo de nulidad, que a su vez invalidó todo lo obrado en el proceso por haberse seguido la causa ante un tribunal incompetente en razón de la materia, por cuanto la línea de razonamientos desarrollados por la Corte de Apelaciones para fundamentar esa decisión, se ha ajustado a derecho, de tal forma que el recurso intentado deberá ser desestimado.

Por estas consideraciones y en conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 483 y siguientes del Código del Trabajo, **se rechaza**, sin costas, el recurso de unificación de jurisprudencia interpuesto por la parte demandante, a fojas 41, en relación con la sentencia dictada por la

Corte de Apelaciones de Temuco, de dieciséis de agosto del año dos mil once, escrita a fojas 19 y siguientes de estos antecedentes.

Redacción a cargo del Abogado Integrante señor Ricardo Peralta Valenzuela.

Regístrese y devuélvase con sus documentos.

N° 8.680-2011.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Patricio Valdés A., señoras Gabriela Pérez P., Rosa Egnem S., y los Abogados Integrantes señores Ricardo Peralta V., y Arturo Prado P. No firma el Ministro señor Valdés y el Abogado Integrante señor Peralta, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar en comisión de servicios el primero y por estar ausente el segundo. Santiago, ocho de agosto de dos mil doce.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a ocho de agosto de dos mil doce, notifiqué en Secretaría por el estado diario la resolución precedente.

DERECHO LABORAL

Corte Suprema

Aedo y otros con Municipalidad de San Antonio

19 de diciembre de 2012

RECURSO PLANTEADO: *Recurso de unificación de jurisprudencia.*

DOCTRINA: *La sentencia acoge el recurso de unificación de jurisprudencia y, en sentencia de replazo, desecha la demanda interpuesta contra la Municipalidad por el pago del Bono SAE. El fallo señala que se unifica la jurisprudencia en cuanto a que el factor “incremento del valor hora” debe contarse desde el año 1998 en adelante. A raíz de lo anterior, se estima, en sentencia de replazo del recurso de nulidad, que debiendo descontarse el incremento del valor hora, en la forma señalada por Contraloría, nada se adeuda a los demandantes.*

Santiago, diecinueve de diciembre de dos mil doce.

Vistos:

Se mantienen los motivos primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo, noveno, décimo y duodécimo de la sentencia de la instancia de treinta y uno de enero de dos mil doce, no afectados por la sentencia invalidatoria que antecede. Asimismo, se mantienen los párrafos primero a quinto y séptimo del razonamiento undécimo y desde el inicio del párrafo decimotercero hasta las palabras “fijado por ley”, del mismo fallo mencionado.

Y teniendo, además, presente:

Primero: Los fundamentos primero a octavo del fallo de nulidad que precede, los que se tienen por expresamente reproducidos para estos efectos.

Segundo: Que los demandantes han solicitado el pago íntegro del bono extraordinario de excedentes correspondiente a los años 2009 y 2010.

Tercero: Que, por su parte la demandada alegó que el procedimiento de cálculo seguido por la Municipalidad de San Antonio ha sido el que señala la ley, estableciéndose como hechos acreditados por las partes, en lo que interesa, que el cálculo efectuado por la Corporación demandada de acuerdo al Dictamen N° 44.747 de la Contraloría General de la República determinó que no existían excedentes a repartir a título de bono SAE entre los demandantes; y que el cálculo efectuado por la demandada consideró, para la determinación del rubro “incremento del valor hora”, un factor que se obtiene considerando el año 1998 en adelante. Asentándose en el considerando decimotercero en la parte que se ha tenido por reproducida, que el único elemento discutido por las partes en el cálculo del bono es el elemento del denominado incremento valor hora, el cual de acuerdo a la tesis de los actores no debe ser descontado como ítem en el cálculo del bono extraordinario y según la teoría del caso de la demandada sí debe ser descontado como elemento de cálculo, según lo resuelto por la Contraloría General de la República en el Dictamen N° 44.747 del año 2009. Así, el incluir o no el denominado incremento valor hora, arroja que existan o no excedentes que repartir a título de bono.

A su turno, esta Corte ha establecido que la fórmula de cálculo procedente coincide con la interpretación dada por dicho organismo, por lo que huelga concluir que nada se adeuda a los demandantes, por lo que su demanda deberá ser desestimada.

Cuarto: Que, atendido lo razonado, no existiendo excedentes a repartir, atendido que la Municipalidad demandada aplicó la fórmula de cálculo de la manera como lo establece la Ley N° 20.158, la demanda

debe ser rechazada, sin que sea necesario emitir pronunciamiento sobre las restantes defensas de la demandada.

Y en conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 425, 432, 456, 458 y 459 del Código del Trabajo, se declara:

I.- Que se rechaza la demanda interpuesta por don Gonzalo Ernesto Pereira Puchy en representación de don Juan Wilfredo Aedo Lara y de los demás actores individualizados en el libelo, en contra de la Municipalidad de San Antonio.

II.- Que no se condena en costas a los actores, por estimar este Tribunal que han tenido motivos atendibles para litigar.

Redacción a cargo de la Ministra señora Gabriela Pérez Paredes.

Regístrese y devuélvase.

Nº 3.321-2012.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Patricio Valdés A., señoras Gabriela Pérez P., Rosa Egnem S., el Ministro Suplente señor Alfredo Pfeiffer R., y el Abogado Integrante señor Jorge Lagos G. No firma el Ministro Suplente señor Pfeiffer y el Abogado Integrante señor Lagos, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar ambos ausentes. Santiago, diecinueve de diciembre de dos mil doce.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a diecinueve de diciembre de dos mil doce, notifiqué en Secretaría por el estado diario la resolución precedente.

DERECHO MEDIOAMBIENTAL

Corte Suprema Consejo de Defensa del Estado con Servicio de Vertederos Los Maitenes

4 de diciembre de 2012

***RECURSO PLANTEADO:** Casación de oficio.*

***DOCTRINA:** El fallo accede a la demanda de reparación de daño ambiental señalando que el artículo 51 inciso primero de la Ley N° 19.300 obliga al culpable del daño ambiental a responder del mismo, en tanto que el artículo 3° prescribe que el que culposamente causa daño al medio ambiente está obligado a repararlo materialmente, a su costo, sin perjuicio, por supuesto, de las indemnizaciones que corresponda. Por lo que, señala la sentencia, no cabe más que acceder a la demanda de reparación ambiental mediante la adopción de las medidas indispensables para una corrección que acerque el actual estado de cosas a la situación previa a la de su malograda intervención, es decir, a aquella calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado.*

Santiago, cuatro de diciembre de dos mil doce.

Vistos:

En esta causa Rol N° 667-2.008 del Primer Juzgado Civil de Concepción, procedimiento sumario sobre reparación ambiental e indemnización de perjuicios derivados de daño ambiental, los litigantes –Fisco de Chile contra Servicios de Vertedero Los Maitenes Limitada–

han deducido sendos recursos de casación contra la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción el quince de septiembre de dos mil once, que revocó parcialmente la de primera instancia emitida por la jueza del citado tribunal a fs. 508, que había desestimado íntegramente la pretensión fiscal, acogéndola, sólo en cuanto hace lugar a la indemnización de perjuicios por el valor del daño ambiental, reservándose la determinación de su monto para ulterior etapa procesal, pero confirmándola en la parte que desestimó la acción reparatoria del daño ambiental.

El demandante Fisco de Chile recurre de casación en el fondo, a fs. 612, aduciendo tres grupos de infracciones de ley.

Primero, el artículo 62 de la Ley 19.300 sobre Bases del Medio Ambiente.

Segundo, los artículos 2 s), 3 y 51 inciso primero de esa legislación.

Tercero, los artículos 19 inciso primero, 20 y 23 del Código Civil.

Por su parte, la demandada se alza a fs. 629 de casación adjetiva y substantiva.

Como fundamento de la casación formal invoca las hipótesis de los ordinales 4° y 5° del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, por haber sido dada *ultra petita* y por incumplimiento del artículo 170 de esa normativa.

Centra la casación de fondo en la conculcación de los artículos 53 y 54 de la Ley 19.300, por no ser el Fisco de Chile el directamente perjudicado, único titular de las acciones intentadas, según esos preceptos.

Traídos que fueron los antecedentes en relación, se procedió a su vista en la audiencia de uno de octubre último, con la intervención de la abogada del demandante, que compareció a efectuar su defensa oral, habiéndose dejado el asunto en acuerdo.

Y teniendo presente que:

Primero: De introito la Corte se ve impelida a revisar un defecto que podría ameritar una invalidación oficiosa;

Segundo: En sus considerandos cuarto, séptimo y octavo la sentencia recurrida efectúa razonamientos y desarrolla conclusiones que es del caso precisar.

Considerando cuarto: “Que, las numerosas y variadas pruebas que se aportaron por la demandante, de diversa naturaleza... dejan suficientemente demostrada la existencia de daño al medio ambiente; y, asimismo, que ese daño es significativo, entendido en su acepción de ‘magnitud’. El daño al ambiente ocasionado por la demandada fue de una importante magnitud... Y formulando una referencia a los componentes ambientales afectados, del examen de las pruebas que obran en el proceso se concluye que el daño se ha producido, fundamentalmente: al suelo, al agua y a la flora nativa.” (fs. 606).

Considerando séptimo: “... estimados en conjunto, los perjuicios propinados al ambiente resultan claramente significativos, entendiendo este adjetivo tanto como magnitud no tolerable, como en el sentido de representativo... para los elementos suelo, agua y flora...”, “... el daño al elemento agua, de una vertiente y de Esteros, el Estero Patagual, el Quetra y el Pilco, se vincula directamente con la salud de las personas, las que empleaban esa agua para el consumo;” (fs. 609 vta.).

Considerando octavo: “... ha quedado ampliamente establecida respecto de la demandada” “...la infracción a las normas de calidad ambiental y otras de la misma naturaleza...” (fs. 610);

Tercero: Lo transcrito es suficientemente claro como para entender que los jueces consideraron ampliamente establecido un daño significativo al medio ambiente, de importante magnitud, con grave daño, principalmente, al suelo, agua y flora, afectando, incluso, el agua para el consumo humano, circunstancia que importa infracción a la normativa atinente;

Cuarto: En el propio fallo se lee un considerando décimo que, en lo que interesa a la posible actuación oficiosa, expresa: “Que, en cuanto a las medidas de reparación que se demandan, no se allegaron pruebas suficientes acerca de la situación en que estaba el ambiente perjudicado antes de producirse el impacto, como para poder reponerlo a ese estado...” (fs. 610 vta.);

Quinto: El daño, en todo caso en su acepción jurídica, que es la aquí rescatable, presupone un cambio, una alteración, un movimiento con respecto a un estado pretérito.

Se destroza lo total o parcialmente íntegro; se deteriora lo que estaba distinto a la época de la acción deterioradora; se avería lo que queda desmejorado.

Hay en el daño una necesaria idea de nocividad, siempre con respecto a un “*ex ante*”.

El daño es connaturalmente perjudicial, malicioso, perverso. Siempre “echa a perder” o estropea;

Sexto: Dejar categóricamente sentada la existencia de un daño de importante magnitud al medio ambiente lleva necesariamente ínsita la constatación del cambio desde lo que se ve como “bueno” hacia lo peor.

No cabe predicar semejante daño sin convicción del menoscabo, más allá de lo razonablemente previsible y tolerable como mal menor.

En la medida que, en la especificidad de la materia *en veremus*, la acepción que viene al “medio ambiente” es la del conjunto de realidades, circunstancias y bienes inherentes a todo orden de vitalidad, la afirmación de comparecer un daño al medio ambiente presupone una alteración negativa de esos parámetros;

Séptimo: Siendo así, no se entiende cómo, una vez consumado el aserto perjudicial en los términos de los parcialmente transcritos argumentos cuarto, séptimo y octavo de la resolución en estudio, haya

podido espetarse, en el décimo, que “no se allegaron pruebas suficientes acerca de la situación en que estaba el ambiente perjudicado antes de producirse el impacto”.

La premisa asentada de la ocurrencia del daño implica dicho conocimiento.

Una de dos.

Se sabía o no semejante situación, pero en ningún caso ambas hipótesis contemporáneamente;

Octavo: Lo manifestado deja entrever una manifiesta incompatibilidad al interior de la unidad resolutive de la Corte de Apelaciones de Concepción, esta incoherencia interna acarrea como consecuencia la ausencia de consideración, en los términos demandados por el artículo 170 N° 4° del Código de Procedimiento Civil, acerca de la acción reparatoria, como quiera que en una perspectiva epistemológica se produce una autoeliminación entre lo concluido en los apartados cuarto, séptimo y octavo, por una parte, y el décimo, por la otra;

Noveno: De esa manera, configurado queda el defecto quinto del artículo 768 del estatuto procesal, a saber, haberse omitido en el pronunciamiento objetado las consideraciones de hecho y de derecho que le exige el 170 N° 4° recién referido, lo que impele a la Corte a proceder como lo autorizan los artículos 775 y 785 inciso segundo de la citada preceptiva.

Consideraciones en virtud de las cuales se **invalida** de oficio, en lo acotado, la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción el quince de septiembre de dos mil once, escrita a fs. 605, procediendo a reemplazársela por la que se dicta a continuación, en forma separada y sin nueva vista.

En razón de lo decidido, se omite pronunciamiento sobre el recurso formal deducido por la demandada y los substantivos intentados por ambas partes.

Regístrese.

Redacción del ministro suplente señor Cerda.

N° 10.884-2.011.-

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Héctor Carreño S., Sr. Juan Eduardo Fuentes B., el Ministro Suplente Sr. Carlos Cerda F., y el Abogado Integrante Sr. Jorge Baraona G. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Carreño por estar en comisión de servicios y el Ministro señor Cerda por haber terminado su periodo de suplencia. Santiago, 04 de diciembre de 2012.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a cuatro de diciembre de dos mil doce, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

Santiago, cuatro de diciembre de dos mil doce.

En cumplimiento a lo precedentemente ordenado y en atención a lo que preceptúa el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta a continuación, sin nueva vista, la sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia de veintisiete de agosto de dos mil diez, escrita a fs. 508, eliminándosele sus considerandos decimotercero, decimonoveno, vigésimo y vigesimoprimeros e interviniéndose sus argumentos undécimo, duodécimo y decimocuarto en la forma que lo hace la parte no afectada por la nulidad de la sentencia de fs. 605.

Y se tiene, además, presente:

Primero: Lo razonado en los numerales primero a noveno de la sentencia invalidada;

Segundo: Lo expuesto en los motivos quinto y sexto del fallo que antecede;

Tercero: Lo dispuesto en el artículo 51 inciso primero de la Ley 19.300, que obliga al culpable de daño ambiental a responder del mismo en conformidad a ella, noción que viene a reiterar lo que señalara su artículo 3 en orden a que el que culposamente causa daño al medio ambiente está obligado a repararlo materialmente, a su costo, sin perjuicio, por supuesto, de las indemnizaciones que corresponda;

Cuarto: Lo que contempla el artículo 2 s) de esa legislación en punto a que la reparación consiste en “reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado...”;

Quinto: Que de la prueba ponderada en la parte reproducida de las referidas sentencias, particularmente la concerniente a las evidencias periciales, surge con suficiente claridad que para que las cosas vuelvan al estado que se encontraban al tiempo de la intervención, se hace menester, al menos, ejecutar un plan de cierre del relleno sanitario, extraer los gases provenientes del mismo, tratar y retirar los líquidos percolados presentes, sellar las membranas de impermeabilización, reparar los canales perimetrales, revegetar la superficie cubierta por la intervención, reforestar con bosque nativo las áreas de cortes no autorizados y recuperar o manejar las laderas del cerro; todo, integrado en un plan de monitoreo;

Sexto: Que, por consiguiente, no cabe más que acceder a la demanda de reparación ambiental, mediante la adopción de las medidas indispensables para una corrección que acerque el actual estado de cosas a la situación previa a la de su malograda intervención, es decir, a aquella calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado.

Séptimo: El Ejecutivo, en el mensaje de la ley N° 19.300, expresó que la nueva normativa ambiental tiene como base axiológica diversos principios, en especial el número 10 recogido en la Declaración de Río de 1992, esto es, “quien contamina paga”, el cual está referido a la carga impuesta a las actividades que alteran el medio ambiente, en el sentido

de quien contamina limpia, repara e indemniza. Vuelve –en todo lo posible– las condiciones actuales a las existentes con anterioridad a su intervención.

Resultan plenamente compatibles las sanciones, indemnizaciones y reparaciones que se pueden imponer a quien desarrolla una actividad contaminante, todas las cuales tienen su causa en el mismo antecedente, pero con diferente objeto.

Consideraciones en virtud de las cuales se **revoca** el referido fallo, también en la parte que rechazó la demanda de reparación del medio ambiente a través de medidas concretas, declarándose que se la acoge en ese particular, debiendo Servicio de Vertederos Los Maitenes Limitada llevar a cabo las siguientes medidas concretas:

- 1) ejecutar un plan de cierre del relleno,
- 2) extraer los gases provenientes del mismo,
- 3) tratar y retirar los líquidos percolados presentes,
- 4) sellar las membranas de impermeabilización,
- 5) reparar los canales perimetrales,
- 6) revegetar la superficie cubierta por la intervención,
- 7) reforestar con bosque nativo las áreas de cortes no autorizados, y
- 8) recuperar o manejar las laderas del cerro.

Todo ello, integrado en un plan de monitoreo.

Por consiguiente, la demanda queda acogida en todas sus partes, con costas de la causa.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción del ministro suplente señor Cerda.

N° 10.884-2.011.-

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Héctor Carreño S., Sr. Juan Eduardo Fuentes B., el Ministro Suplente Sr. Carlos Cerda F., y el Abogado Integrante Sr. Jorge Baraona G. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Carreño por estar en comisión de servicios y el Ministro señor Cerda por haber terminado su periodo de suplencia. Santiago, 04 de diciembre de 2012.

Autoriza la Ministra de Fe de la Excma. Corte Suprema.

En Santiago, a cuatro de diciembre de dos mil doce, notifiqué en Secretaría por el estado diario la resolución precedente.

DERECHO PENAL

Corte Suprema

Claudio Manuel Carreño Rosales y Otros

4 de diciembre de 2012

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

***DOCTRINA:** La sentencia acoge el recurso de casación en el fondo interpuesto por el Consejo de Defensa del Estado en contra de la sentencia de segunda instancia que había condenado al acusado por los delitos de fraude al Fisco y de negociación incompatible, pero lo había absuelto de nueve delitos de cohecho agravado, previstos en el artículo 248 bis del Código Penal. El fallo hace un extenso análisis de la figura del cohecho y se refiere, además, a los delitos de fraude al Fisco, malversación y negociación incompatible, como también a los distintos tipos de concursos de delitos existentes en nuestra legislación.*

Santiago, cuatro de diciembre de dos mil doce.

Vistos:

En esta causa N° 191.516, cuaderno N° 5, Rol del Trigésimo Cuarto Juzgado del Crimen de esta ciudad, como continuador legal del Segundo Juzgado homónimo, por sentencia de diecinueve de enero de dos mil diez, escrita de fojas 3325 a 3413, dictada por el Ministro en Visita Extraordinaria, señor Omar Astudillo Contreras, se resolvió en lo relativo a su sección penal: 1.- Condenar a **CLAUDIO MANUEL CARREÑO ROSALES**, en su carácter de autor de un delito de FRAUDE AL FISCO

y de 14 (catorce) delitos de **NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE**, a la pena única de **CUATRO AÑOS** de presidio menor en su grado máximo; al pago de una multa del veinticinco por ciento (25%) del perjuicio causado al Fisco de Chile; a las accesorias de inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio; y al pago del 50% de las costas de la causa; 2.- Sancionar a **LUIS CÉSAR BRICEÑO GUZMÁN**, en los siguientes términos: a.- en su condición de autor del delito de **ESTAFA** en perjuicio del Fisco de Chile, a la pena de **SEISCIENTOS DÍAS** de presidio menor en su grado medio; al pago de una multa de veinticinco (25) Unidades Tributarias Mensuales; a las accesorias de suspensión para cargos u oficios públicos durante el tiempo de la condena; y al pago del 50% de las costas de la causa; y b.- en el carácter de autor de 9 (nueve) delitos de **SOBORNO**, a la pena única de **CIEN DÍAS** de presidio menor en su grado mínimo; a la de inhabilitación especial para cargos públicos por el término de cuatro años; al pago de una multa equivalente al monto del beneficio otorgado al funcionario público, esto es, la suma de \$16.580.634; y al pago del 50% de las costas de la causa; 3.- Absolver al mismo **CLAUDIO MANUEL CARREÑO ROSALES** de las siguientes imputaciones: **a.-** del cargo formulado en su contra como autor de un delito de negociación incompatible, en concurso aparente con el delito de fraude por el que ha sido condenado; **b.-** de la acusación formulada en contra suya, como autor de 9 delitos de cohecho; **c.-** de la imputación formulada en su contra como autor de un delito de Fraude al Fisco, relacionado con la emisión, cobro y pago de la boleta de honorarios XEM N° 59 y **4.-** Absolver a la acusada **XIMENA LUISA ESPINOZA MUÑOZ**, de los cargos formulados en su contra como autora del delito de Estafa al Fisco de Chile, por los hechos relacionados con la emisión, cobro y pago de la boleta de honorarios XEM N° 59.

Por su fracción civil se decidió acoger, con costas, la demanda del primer otrosí de fojas 3.022, promovida por el Fisco de Chile, sólo en cuanto se condena a los demandados Claudio Manuel Carreño Rosales y Luis Briceño Guzmán, a pagar en forma solidaria al Fisco de Chile, la cantidad de \$28.440.495 (veintiocho millones cuatrocientos cuarenta mil cuatrocientos noventa y cinco pesos), con los reajustes e intereses que quedaron señalados en el motivo quincuagésimo séptimo del laudo y rechazar la misma postulación formalizada a fojas 3022, en cuanto se dirige contra la demandada Ximena Espinoza Muñoz y el mismo Claudio

Carreño Rosales, por los hechos relacionados con la citada boleta de honorarios N° 59, sin costas por estimarse que hubo motivo plausible para litigar.

Por estimarse que concurren las exigencias que prevé el artículo 15 de la Ley N° 18.216, se suspendió la pena corporal impuesta al encartado Carreño Rosales, concediéndosele el beneficio de la libertad vigilada, debiendo quedar sujeto al control de la Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería, por un término equivalente al de duración de la pena y satisfacer las restantes exigencias del artículo 17 de la citada Ley N° 18.216. En el caso de Briceño Guzmán, por concurrir las exigencias del artículo 4° de la misma ley, se le favoreció con el beneficio de la remisión condicional de la pena, fijándose en el término de dos años el plazo de observación, debiendo cumplir las demás exigencias del artículo 5° del mencionado estatuto.

Apelada esta decisión por la defensa letrada de Luis Cesar Briceño Guzmán y por el organismo estatal, la Corte de Apelaciones de Santiago, por resolución de veintisiete de octubre de dos mil diez, que se lee de fojas 3.462 a 3.464, la confirmó, sin modificaciones.

En contra de este dictamen, la señora María Teresa Muñoz Ortúzar, en su calidad de Abogada Procuradora Fiscal de Santiago del Consejo de Defensa del Estado, dedujo recurso de casación en el fondo asentado en el literal segundo del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, en conexión con los artículos 19 al 24 Código Civil, 1°, 15, 28, 75, 239, 240 y 248 bis del Código Penal y 509 del Código de Procedimiento Penal.

Concedido el expresado arbitrio y habiéndosele declarado admisible, se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que el medio de impugnación intentado descansa en la causal segunda del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, en que la sentencia, haciendo una calificación equivocada del delito, aplique la pena en conformidad a esa calificación.

Segundo: Que, en aval de sus reclamos, la compareciente sostiene que los fallos de las instancias yerran al sostener que existe concurso aparente de leyes penales, por una parte, entre el delito de fraude al fisco por el que fue condenado Claudio Carreño Rosales y el de negociación incompatible, por el que resultó absuelto, y por otra parte, entre este mismo injusto de fraude junto a los de negociación incompatible, por los que también resultó Carreño sancionado y los delitos de cohecho por los que resultó también absuelto, exculpaciones todas fundadas en las infracciones de ley cometidas. Aduce que en la especie no se dan los presupuestos del concurso aparente de leyes que asevera el laudo recurrido, dejando sin sanción penal los ilícitos que se señalan.

Advierte que el concurso aludido, es en rigor, un problema de interpretación que se produce cuando existe más de un tipo penal que pareciera ser aplicable respecto de un mismo hecho y, en virtud de determinados principios, como lo son los de especialidad y consunción, es posible resolver el caso a favor de la aplicación de uno solo de ellos, de modo que el concurso aparente desempeña, además, la función de excluir las consecuencias que la afirmación de un concurso auténtico (de delitos) tiene para la determinación del marco penal aplicable, razón por la cual, la transgresión denunciada influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, pues al tratarse, en la especie, de un concurso de delitos debió aplicarse al condenado una pena mayor.

Argumenta que el propio dictamen recurrido reconoce la comisión de una pluralidad de delitos de cohecho y de negociaciones incompatibles, pero el jurisdicente considera, primero que el desvalor del delito de fraude al Fisco abarca el de negociación incompatible y, segundo, que el desvalor de los injustos de cohecho se encuentra comprendido en los ilícitos de negociación incompatible y, además en el delito de fraude al Fisco cometido por el señor Carreño, esto es, habría un concurso aparente de leyes que se resolvería conforme al principio de consunción, por el cual, el desvalor de una de las imputaciones abarca el desprecio de la otra, o dicho de otra manera, el desvalor del hecho es suficientemente expresado en la imputación de responsabilidad por una de las realizaciones típicas.

Sin embargo, en la especie, explica que los bienes jurídicos protegidos son diferentes y cada ilícito puede cometerse de modo independiente, sin que pueda afirmarse una relación de necesidad entre ellos (como las lesiones y el homicidio, o el hurto y el robo con fuerza en las cosas), sino que los tres delitos configurados, si bien son injustos funcionarios, tienen un diferente fin de protección a través de sus normas.

Precisa que a diferencia de lo que sucede con el fraude al Fisco, que es un delito eminentemente de carácter patrimonial, la negociación incompatible es un ilícito encaminado a garantizar la imparcialidad y objetividad en el desempeño de la función pública, castigando el comportamiento de quien hace prevalecer el interés personal o particular por sobre el provecho público. Con este tipo penal se pretende evitar la existencia de conflictos de utilidad en un individuo que ejerce una función en la administración pública en cuya virtud se realizan actos de decisión o de disposición de bienes, y que podría generar beneficios respecto suyo, de su cónyuge, parientes, socios o personas relacionadas. Como se advierte, el fraude al Fisco no abarca el desvalor de la negociación incompatible, pues la acción típica no exige que el sujeto activo se interese directa o indirectamente en el contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo. En consecuencia, es posible cometer el delito de fraude al Fisco sin realizar el delito contemplado en el artículo 240 del Código Penal. **De allí que siendo su concurrencia contingente, cuando con un mismo hecho se realicen ambos delitos, estamos frente a un concurso ideal impropio que debe resolverse conforme a las reglas del artículo 75 del Código Penal, relativas a la unidad jurídica de acción, de modo que no se está quebrantando la prohibición de doble valoración (“non bis in ídem”) como señala el juzgador, sino por el contrario, se violentan las normas de los artículos 75 y 240 del mencionado cuerpo legal, por falta de aplicación.**

Por lo mismo –agrega–, tampoco es efectivo que la negociación incompatible constituya una suerte de anticipación de la fase consumativa del delito de fraude al Fisco, pues éste puede existir perfectamente en total ausencia de negociación incompatible, lo que se explica porque se trata de figuras que dirigen su mirada a acciones y desvalores diferentes,

que pueden coexistir, caso en el cual merecen cada una la sanción que corresponda conforme a las reglas de los concursos de delitos.

Por otro lado, tampoco es posible afirmar un concurso aparente de leyes entre los delitos de cohecho y de negociación incompatible o, incluso, fraude al Fisco, como señala el sentenciador, pues con el primero se trata de proteger exclusivamente la probidad administrativa, a través de la prohibición de aceptar o recibir dádivas para la realización u omisión de actos propios del cargo o con infracción de los deberes de éste.

Finaliza, argumentando que el actual artículo 351 del Código Procesal Penal señala que son delitos de la misma especie, para efectos de estimar la concurrencia de una reiteración delictiva, “aquellos que afectaren un mismo bien jurídico”, y ello es especialmente relevante en el caso sub-lite, que plantea justamente un supuesto de reiteración de injustos de la misma especie –cohecho y negociación incompatible–, por lo que no resulta válido el fundamento de que existe concurso aparente de leyes cuando los tipos penales cometidos protegen un mismo bien jurídico. Además, se requiere que exista un nexo de necesidad en abstracto, esto es, que la realización de uno conlleve siempre la del otro delito. Si la necesidad es contingente, se trata de un concurso medial de delitos. Lo anterior es más evidente aún con el antiguo artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, aplicable a este caso, que plantea la pena aplicable a delitos reiterados “de la misma especie”, entendiendo por tales, los contemplados en un mismo Título del Código Penal.

Tercero: Que, al explicar la forma como estas infracciones de ley influyeron sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia recurrida, asevera que los errores de derecho denunciados permitieron sancionar al acusado Claudio Carreño Rosales, a una pena inferior a la legalmente procedente, en circunstancias que por disposición de los artículos 75 del Código Penal y 509 del Código de Procedimiento Penal, debió imponérsele una pena privativa de libertad no inferior a presidio mayor en su grado mínimo, con las correspondientes penas accesorias, por lo que insta por la invalidación del pronunciamiento de alzada a fin que, en su reemplazo, se sancione al encartado antes individualizado, como autor de un delito de fraude al fisco, quince negociaciones incompatibles, una

de ellas en concurso ideal propio con el delito de fraude al fisco y nueve cohechos, todos ellos en calidad de reiterados, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, multa del cincuenta por ciento del perjuicio causado, con las accesorias legales correspondientes y costas.

Cuarto: Que, como cuestión previa, es menester destacar que el único motivo en que descansa el arbitrio de nulidad hecho valer por el compareciente, tiene cabida ante la presencia de errores de derecho que llevan a calificar como un determinado delito, hechos que forman otro diverso, esto es, yerros que dan como resultado la afirmación de la existencia de un tipo penal diferente del que las circunstancias configuran realmente, lo que supone la necesidad que tanto la pretendida errada calificación de la sentencia cuanto la reclamada como verdadera por el recurrente, sitúen los acontecimientos en determinados modelos delictivos, es decir, que la realidad fáctica en cualquiera de las dos hipótesis sea ilícita. En otras palabras, la invocación de esta causal lleva a precisar si el suceso acreditado en la decisión impugnada guarda conformidad y es coincidente con la descripción penal invocada por el recurrente, o bien, si se ajusta a la calificación otorgada por los jueces del grado.

Quinto: Que, en lo que interesa a este recurso, los hechos asentados en el fallo de primera instancia, reproducidos por el de alzada, que no han sido cuestionados por el libelo y por lo tanto son inamovibles, fueron los siguientes:

I.- Sobre el delito de fraude al fisco:

Hechos establecidos:

“Sobre una primera contratación, informe y pago”

a.- En el año 2004, inserto en el “Plan Trienal”, la Empresa de Ferrocarriles del Estado (EFE) proyectaba la celebración de un contrato sobre “Señalización, Electrificación y Comunicaciones”, SEC, para el que había abierto un proceso de licitación;

b.- durante el mes de octubre de ese año 2004, a instancias de su gerente de administración y con la anuencia de su gerente general, EFE contrató a la empresa “Servicios Tributarios Integrales Limitada” (STI);

c.- el objeto de esa primera contratación era que STI llevara a cabo una asesoría respecto del mencionado contrato SEC, para “evaluar las consecuencias tributarias, alcances y consecuencias contables, minimizar la carga tributaria, implementar correcciones o modificaciones a los contratos en cuestión”;

d.- esa primera contratación se tradujo en la entrega de un informe, de fecha 29 de octubre de 2004, a través del cual STI efectuó un análisis de la estructura y consecuencias tributarias del contrato SEC, señalando que se había “visualizado” una nueva estructura para ese contrato, lo que permitiría a EFE lograr un ahorro de IVA por un monto que fluctuaba entre los 10 y 15 millones de dólares;

e.- ese primer informe dio lugar a la emisión de dos boletas de honorarios (STI N° 1310, de fecha 27 de octubre de 2004 y STI N° 1321, de 05 de noviembre de 2004), por la suma total de 400 unidades de fomento, cantidad que fue pagada por EFE;

f.- en el mes de noviembre de 2004, la plana ejecutiva de EFE –que estaba a cargo de la implementación del contrato SEC–, tomó conocimiento de ese primer informe y lo desestimó por considerar que incorporaba modificaciones estructurales imposibles de implementar a esas alturas, al estar próxima la recepción de ofertas de los licitantes (para la adjudicación del contrato SEC), y porque la solución de ahorro propuesta podía involucrar evasión o elusión tributaria;

Sobre una segunda contratación, informe y pago

g.- sin embargo, días después, con la sola indicación del gerente de administración aludido, STI presentó una propuesta de servicios y de honorarios para el desarrollo de un estudio, fijando su costo en un monto fijo de 1050 unidades de fomento, a todo evento, y una comisión de éxito del 0,9% del ahorro efectivo logrado en beneficio de EFE;

h.- a pesar de que los órganos competentes de EFE rechazaron tanto el primer informe de STI como la fórmula sugerida por dicho asesor externo, el gerente de administración de EFE elaboró un documento, intitulado “Asesoría Contable Tributaria”, a través del cual dio cuenta de la asignación de un estudio a Servicios Tributarios Integrales Limitada, consignando que sus honorarios ascenderían a uno fijo (de UF 600) y a otro variable (de UF 1050);

i.- en ese contexto, “Servicios Tributarios Integrales Limitada” elaboró un segundo informe, sobre “alternativas de acción que permitan minimizar la carga tributaria...” y emitió a EFE, para su posterior pago por parte de esa empresa estatal, las boletas de honorarios N° 1333, de fecha 2 de diciembre de 2004, por la suma de \$10.365.060 (600 UF de la época), por concepto de “Honorario Fijo Estrategia de Planificación Tributaria Contrato SEC” y la N° 1373, de fecha 16 de marzo de 2005, por la suma de \$18.075.435 (1050 UF de la época), por concepto de “Asesoría Tributaria Especial”;

j.- la contratación que subyace en esas dos boletas de honorarios (1333 y 1373) se efectuó en forma directa y prescindiendo de la exigencia reglamentaria interna de EFE, en orden a obtener tres cotizaciones distintas y específicas, para el servicio a contratar. Asimismo, se alteró la secuencia regular interna, en el sentido que, tratándose de la primera de esas boletas (N° 1333), la orden de compra que debía dar lugar a su extensión, se emitió con posterioridad a su fecha. Entretanto, respecto de la segunda boleta (N° 1373), el contrato llamado a servirle de respaldo se extendió solo un día antes de su emisión;

k.- para lograr el pago de las boletas aludidas se emplearon caminos diferentes. Tratándose de la boleta de honorarios STI N° 1333, se estampó en ella la firma y el timbre del gerente de administración de EFE, significando de ese modo la conformidad con el servicio que se dice prestado, provocándose la disposición patrimonial correlativa. A su turno, en lo que atañe a la boleta STI N° 1373, ese mismo gerente obtuvo que el gerente general (subrogante) de EFE suscribiera un contrato de prestación de servicio que pudiera servirle de sustento, estampando en el documento respectivo tanto su firma como su timbre, en señal de

aprobación. En ese contrato se describió su objeto o materia en los términos siguientes: “...Servicios Profesionales de Asesoría Exención de IVA Variable de Contrato SEC...”;

l.- en lo que concierne a la boleta de honorarios STI 1373, cabe poner de relieve que se extendió, que se presentó para su cobro y que se pagó, por el concepto de un honorario variable o comisión de éxito, cuya base de cálculo estaba ligada al monto del ahorro efectivo que recibiera EFE producto de la solución propuesta por STI;

m.- la estrategia de ahorro aludida ya había sido desechada por los ejecutivos responsables de EFE y, de hecho, tal solución o mecanismo de ahorro tributario, propuesto por STI, nunca llegó a implementarse;

n.- con anterioridad a la emisión de esas boletas de honorarios, el gerente de administración de la Empresa de Ferrocarriles del Estado de la época, tenía constituida la sociedad “By C Consultores Limitada”, con Luis Briceño Guzmán, socio mayoritario y representante de “Servicios Tributarios Integrales Ltda.” (STI); y

ñ.- a la sazón o en un tiempo coetáneo al de la emisión de esas boletas de honorarios, ese mismo gerente, a través de “Consultorías Bottom Line Consulting Group Ltda.” (Bottom Line), de la que es su socio mayoritario y representante, había prestado servicios de asesoría –y continuó prestándolos en lo sucesivo– a “Servicios Tributarios Integrales Ltda.”. Así, por ese concepto, “Bottom Line” emitió a “STI” facturas por \$400.000 (Nº 045, de 17 de diciembre de 2004), \$499.724 (Nº 046, de 8 de marzo de 2005), \$5.500.000 (Nº 047, de 11 de abril de 2005), \$854.000 (Nº 052, de 31 de mayo de 2005), \$14.000.000 (Nº 056, de 11 de julio de 2005) y \$3.861.000 (Nº 059, de 21 de septiembre de 2005)” (basamento noveno del laudo mencionado).

Sobre el particular y para los fines de la calificación jurídica que se aborda en el dictamen, específicamente en lo que atañe a la contratación que subyace en las boletas de honorarios STI 1333 y 1373, el veredicto en su motivación décima precisa algunos de los hechos determinados en autos y las derivaciones o inferencias que es posible extraer de ellos, a saber:

1.- la contratación aludida estaba asociada a una determinada área de gestión de la Empresa de Ferrocarriles del Estado (la gerencia de administración) y no podía ejecutarse sin la anuencia e intervención del gerente a cargo de esa unidad;

2.- en cuanto a las particularidades o circunstancias de esa contratación, cabe enfatizar los siguientes aspectos:

a.- con la declaración de los testigos Darío Farren Spencer (fojas 862), Macarena Gobantes de la Fuente (fojas 867), Jorge Letelier de la Cruz (fojas 874), Vicente Pardo Díaz (fojas 883), Rolf Heller Ilhe (fojas 915), Sebastián Quijada Fajardo (fojas 929), Jorge Echavarría Riquelme (fojas 984 y 1211) y Eduardo Castillo Aguirre (fojas 1150) –no tachados, contestes tanto en los sucesos como en sus circunstancias esenciales, que dan razón de sus dichos, siendo además concordantes con el mérito de los instrumentos de fojas 716, 724 “A”, 859 y 860–, resultan demostrados los hechos siguientes:

- *el objeto de la primera contratación (asociada a las boletas de honorarios STI 1310 y 1321) comprendía la de minimizar la carga tributaria asociada al contrato SEC, proyectado por EFE;*
- *esa primera contratación dio origen a un primer informe de la empresa STI (informe de fecha 29 de octubre de 2004); y*
- *tanto ese informe como la propuesta asociada al mismo, fueron conocidas y analizadas por los correspondientes ejecutivos de EFE; y*
- *como consecuencia de ese análisis y estudio, los señalados ejecutivos de la empresa estatal desecharon la alternativa de ahorro tributario, sugerida por el asesor externo (STI);*

b.- no obstante ese rechazo, se observa dos hechos que propiciaron la contratación del asesor externo (STI) y el pago de los honorarios respectivos:

- se elaboró un documento (el de fojas 739), en el que se hizo figurar a distintas empresas como postulando o presentando propuestas para un servicio de asesoría; y, al gerente general de EFE, como asignando la contratación respectiva a la empresa STI;
- se elaboró una propuesta de honorarios y un nuevo informe, los que fueron recibidos por el gerente de administración de EFE;
- se obtuvo la suscripción de un contrato (el de fojas 772) por parte del Gerente General (s) de EFE, esto es, en ausencia del gerente general titular;

3.- en definitiva, EFE pagó las dos boletas aludidas (1333 y 1373) que suman un total de **\$28.440.495**.

II.- Sobre las negociaciones incompatibles atribuidas a Claudio Carreño Rosales:

Hechos acreditados:

“1.- Las personas que se indica; emitieron a la Empresa de Ferrocarriles del Estado, para su posterior pago por parte de esa empresa, las boletas de honorarios que pasan a especificarse:

- a) la sociedad “Servicios Tributarios Integrales Limitada”, la boleta N° 1310, de fecha 27 de octubre de 2004, por la suma de \$3.444.274 (200 UF de la época), por concepto de “Anticipo de honorarios Análisis Tributarios Contratos SEC”;*
- b) la sociedad “Servicios Tributarios Integrales Limitada”, la boleta N° 1321, de fecha 05 de noviembre de 2004, por la suma de \$3.445.274 (200 UF de la época), por concepto de “Honorarios Análisis Tributarios Contratos SEC”;*
- c) la sociedad “Servicios Tributarios Integrales Limitada”, la boleta N° 1322, de fecha 23 de noviembre de 2004, por la suma de \$2.071.770 (120 UF de la época), por concepto de “Honorario*

Cálculo valor presente Provisión Indemnización por años de servicio al 31 de octubre de 2004”;

- d) la sociedad “Servicios Tributarios Integrales Limitada”, la boleta N° 1333, de fecha 2 de diciembre de 2004, por la suma de \$10.365.060 (600 UF de la época), por concepto de “Honorario Fijo Estrategia de Planificación Tributaria Contrato SEC”;*
- e) la sociedad “Servicios Tributarios Integrales Limitada”, la boleta N° 1345, de fecha 7 de enero de 2005, por la suma de \$3.463.410, por concepto de “Análisis Tributario, Gasto de Operación con Merval”;*
- f) la sociedad “Servicios Tributarios Integrales Limitada”, la boleta N° 1346, de fecha 7 de enero de 2005, por la suma de \$1.733.312, por concepto de “Informe Situación Preliminar Declaraciones de IVA (Enero 2002-Junio 2003);*
- g) la sociedad “Servicios Tributarios Integrales Limitada”, la boleta N° 1358, de fecha 14 de febrero de 2005, por la suma de \$1.380.282 (80 UF de la época), por concepto de “Cálculo Valor Presente Provisión Indemnización por Años de Servicio a Dic 2003 y 2004”;*
- h) la sociedad “Servicios Tributarios Integrales Limitada”, la boleta N° 1359, de fecha 14 de febrero de 2005, por la suma de \$2.070.424, por concepto de “Outsourcing Tributario”;*
- i) la sociedad “Servicios Tributarios Integrales Limitada”, la boleta N° 1373, de fecha 16 de marzo de 2005, por la suma de \$18.075.435 (1050 UF de la época), por concepto de “Asesoría Tributaria Especial”;*
- j) la sociedad “Servicios Tributarios Integrales Limitada”, la boleta N° 1374, de fecha 24 de marzo de 2005, por la suma de \$2.063.854, por concepto de “Outsourcing Tributario”;*

- k)** *la sociedad “Servicios Tributarios Integrales Limitada”, la boleta N° 1386, de fecha 15 de abril de 2005, por la suma de \$3.000.000, por concepto de “Capacitación de Personal, Departamento de Contabilidad IVA”; y*
- l)** *Luis Briceño Guzmán, la boleta de honorarios N° 176, de fecha 19 de mayo de 2005, por la suma de \$1.927.445, por concepto de “Anticipo de Honorarios, preparar respuesta citación del SII”;*
- m)** *Luis Briceño Guzmán, la boleta de honorarios N° 179, de fecha 9 de junio de 2005, por la suma de \$1.931.350, por concepto de “Estudio Efecto Tributario, Convenio Financiero Baco. BNP. Estudio Efecto Tributario NA Contrato Norcontrol”;*
- n)** *la sociedad “Servicios Tributarios Integrales Limitada”, la boleta N° 1403, de fecha 19 de mayo de 2005, por la suma de \$3.476.430, por concepto de “Asesoría SAP en Controles Tributarios”;*
- ñ)** *Ximena Espinoza Muñoz, la boleta N° 60, de fecha 13 de junio de 2005, por concepto de “Asesoría Contabilidad y Finanzas”, por la suma de \$ 1.500.000;*
- o)** *la sociedad “Servicios Tributarios Integrales Limitada”, las boletas N° 1447 y 1460, de fechas 11 de julio y 11 de agosto de 2005, por las sumas de \$8.754.745 (UF 500) y \$10.551.108 (UF 600), por concepto de “Proceso de Búsqueda, Clasificación y Actualización de Archivos Computacionales de facturas, años 1996 – 1999”, respectivamente, siendo del caso precisar que las mismas corresponden a un servicio de búsqueda de copias de facturas extraviadas, emitidas entre los años 1996 y 1999; y que esos servicios fueron ofrecidos por STI con fecha 03 de junio de 2005, en respuesta a un requerimiento del gerente de administración de EFE; y*
- p)** *la sociedad “Servicios Tributarios Integrales Limitada”, la boleta N° 1489, de fecha 24 de octubre de 2005, por la suma de \$7.500.000, por concepto de “Confecionar Manual de*

Procedimientos Administrativos para el Área Tributaria”. Cabe señalar, en este caso, que los servicios correspondientes fueron ofrecidos con fecha 15 de marzo de 2005;

2.- todas las contrataciones que subyacen en las boletas individualizadas se llevaron a cabo en forma directa y prescindiendo de las tres cotizaciones que exige el reglamento interno de EFE, sea porque sencillamente no existen, sea porque son falsas las que se hiciera valer para ese fin. En efecto, tratándose de las boletas STI 1322, 1386 y 1403, se forjó documentos en los que se hizo aparecer a otras empresas, distintas de STI, formulando propuestas de servicios, inclusive por precios más caros que los cobrados por la sociedad contratada, en circunstancias que aquellas nunca las presentaron. Asimismo, en todos esos casos se alteró la secuencia regular interna, en el sentido que las solicitudes de pedido y órdenes de compra que debían dar lugar a la extensión de las boletas, se emitieron con posterioridad a la fecha de éstas, es decir, se operó sobre la base de formalizar o regularizar la situación, para el solo efecto de pagar;

3.- las aludidas contrataciones, verificadas en los términos que se ha expresado, tienen como denominador común la circunstancia de corresponder a una misma área de gestión de la Empresa de Ferrocarriles del Estado (la gerencia de administración) y el hecho de que no podían ejecutarse sin la anuencia del gerente a cargo de esa sección, amén de que la emisión de las boletas correlativas fue, prácticamente, mensual;

4.- con anterioridad a la emisión de esas boletas de honorarios, el gerente de administración de la Empresa de Ferrocarriles del Estado de la época, tenía constituida la sociedad “B y C Consultores Limitada”, con Luis Briceño Guzmán, socio mayoritario y representante de “Servicios Tributarios Integrales Ltda.” (STI);

5.- a la sazón o en un tiempo coetáneo al de la emisión de esas boletas de honorarios, ese mismo gerente, a través de “Consultorías Bottom Line Consulting Group Ltda.” (Bottom Line), de la que es su socio mayoritario y representante, había prestado servicios de asesoría –y continuó prestándolos en lo sucesivo– a “Servicios Tributarios

Integrales Ltda.” Así, por ese concepto, “Bottom Line” emitió a “STI” facturas por \$400.000 (N° 045, de 17 de diciembre de 2004), \$499.724 (N° 046, de 8 de marzo de 2005), \$5.500.000 (N° 047, de 11 de abril de 2005), \$854.000 (N° 052, de 31 de mayo de 2005), \$14.000.000 (N° 056, de 11 de julio de 2005) y \$3.861.000 (N° 059, de 21 de septiembre de 2005)” (considerando trigésimo primero del fallo).

III.- Sobre los cohechos – sobornos atribuidos a Carreño Rosales:

Hechos probados:

*“1.- en diversas oportunidades, acaecidas entre los días 27 de octubre de 2004 y 11 de agosto de 2005, cuando menos una vez al mes durante ese lapso y también el día 24 de octubre de 2005, una persona –actuando por sí misma o a través de la sociedad “Servicios Tributarios Integrales” (STI) o a través de Ximena Espinoza Muñoz– emitió un total de 19 boletas de honorarios, con la secuencia que deriva del detalle especificado en el motivo trigésimo segundo N° 2.- de esta resolución (letras a.- a la r.-), las que, sumadas, alcanzaron la cantidad de **\$89.844.624**, pagados por EFE;*

2.- esas 19 boletas de honorarios se emitieron con el objeto de obtener el pago de servicios que se dicen prestados a EFE, es decir, subyacen en ellas contrataciones decididas con anterioridad a la fecha de su emisión, por el entonces gerente de administración de EFE;

3.- las contrataciones implícitas en dichas boletas de honorarios se llevaron a cabo en forma directa y prescindiendo de las tres cotizaciones que exige el reglamento interno de EFE, sea porque esas cotizaciones sencillamente no existen, sea porque se las presentó de un modo alterado, sea porque son falsas las que se hiciera valer para ese fin. En particular, tratándose de las boletas STI 1322, 1333, 1373, 1386 y 1403, se llegó a forjar documentos en los que se hizo aparecer a otras empresas, distintas de STI, formulando propuestas de servicios, inclusive por precios más caros que los cobrados por la sociedad contratada, en circunstancias que aquellas nunca las presentaron. Asimismo, amén de que en su mayoría no se escrituraron, en esas contrataciones se alteró la secuencia regular

interna, en el sentido que las solicitudes de pedido y órdenes de compra que debían dar lugar a la extensión de las boletas, se generaron con posterioridad a su fecha de emisión, es decir, se operó sobre la base de formalizar o regularizar la situación, para el solo efecto de pagar;

4.- las referidas contrataciones, efectuadas a nombre de EFE, verificadas en los términos que se ha expresado, tienen como denominador común la circunstancia de corresponder a una misma área de gestión de esa empresa (la gerencia de administración) y el hecho de que no podían ejecutarse sin la anuencia del gerente a cargo de esa sección, amén que –como se dijo– la emisión de las boletas correlativas fue, prácticamente, mensual;

5.- sucede que, en forma sucesiva a la época de cada una de esas contrataciones y, en particular, a la de extensión de las respectivas boletas de honorarios y, especialmente, a la fecha de su pago por parte de EFE, la empresa “Consultorías Bottom Line Consulting Group Ltda.” (Bottom Line), emitió a “Servicios Tributarios Integrales Ltda.”, entre el 2 de noviembre de 2004 y el 11 de noviembre de 2005, un total de 9 facturas de ventas y servicios, con la secuencia que deriva del detalle especificado en el motivo trigésimo segundo N° 5 de esta resolución (letras a.- a la i.-), por un monto total de \$29.690.634, de los cuales se registra pagos por la cantidad de \$16.580.634;

6.- con anterioridad a la emisión de aquellas boletas de honorarios, el entonces gerente de administración de la Empresa de Ferrocarriles del Estado, tenía constituida la sociedad “B y C Consultores Limitada”, con Luis Briceño Guzmán, socio mayoritario y representante de “Servicios Tributarios Integrales Ltda.” (STI)”. (motivación trigésimo tercera del laudo).

Sexto: Que, en consonancia con lo hasta ahora razonado, es útil dejar en claro que por el recurso no se ataca el establecimiento de los hechos, ni la violación de leyes reguladoras de la prueba, toda vez que lo que se cuestiona de la sentencia de segundo grado es que, al confirmar la del a quo, hizo suyos los mismos errores de derecho, consistentes en aseverar que en el caso de autos se estaría en presencia del llamado

“concurso aparente de leyes penales”, entre los injustos de fraude al fisco –delito por el cual se condena a Carreño Rosales–, un ilícito de negociación incompatible y nueve delitos de cohecho, figuras penales que forman parte de un número mayor de injustos por los que fue acusado el encartado, aserto que induce a los jurisdicentes a pronunciar sentencia absolutoria en su favor por las dos últimas especies de ilícitos.

Séptimo: Que, dado que no son cuestionados los hechos ni su establecimiento, se reproduce lo ya expuesto en el razonamiento quinto del presente fallo, relativo a cuáles son los elementos fácticos que se fijaron en la presente litis, los que fueron debidamente reproducidos por el de alzada, para entrar a analizar directamente si de ellos puede estimarse, como lo sostiene el recurrente, que estén en situación de calificarse como concurrentes los requisitos del concurso ideal propio reglado por el artículo 75 del Código Penal, y no del “concurso aparente de leyes penales” que declara el fallo recurrido.

Octavo: Que los hechos establecidos en la sentencia que se revisa, para los jueces del fondo fueron constitutivos de los delitos de fraude al Fisco, negociación incompatible y cohecho, previstos y sancionados en los artículos 239, 240 y 248 bis, todos del Código Penal.

Noveno: Que respecto de la primera figura penal, se expresó que la confrontación de la norma legal aludida con los hechos establecidos en los motivos asentados en el fallo, les hace concluir que están presentes todos sus elementos del tipo. A saber:

1. la “operación”, corresponde en este caso a la que está implícita en las boletas de honorarios STI N° 1333 y N° 1373, por la supuesta prestación de una asesoría externa, para la que EFE aparece contratando los servicios de la empresa “Servicios Tributarios Integrales Ltda.” (STI);
2. esa *maniobra* estaba asociada a la Gerencia de Administración de EFE, cuyo titular estaba encargado de gestionar la contratación de asesores externos para su área, de aprobar los pagos relacionados con el contrato o, en su caso, de obtener la aprobación correspondiente.

En suma, estaba llamado a intervenir en la operación “*por razón de su cargo*”;

3. existe también la “*defraudación*” (“*engaño*”). En síntesis, la maniobra consistió en dividir artificiosamente un único trabajo u operación, lo que generó la idea de adeudarse una suma adicional, en circunstancias que ese único encargo ya estaba pagado. De esa manera se obtuvo un nuevo o doble pago de honorarios, por una misma asesoría.
4. concurre el error y el nexo causal puesto que, merced a esas maniobras o ardidés, se logró que el Fisco de Chile experimentara una pérdida patrimonial directa y efectiva por la suma total de \$28.440.495, toda vez que ejecutó un pago al que no estaba obligado. En suma, pagó por una obligación inexistente, sin justificación verdadera o sólo aparente;
5. en fin, la operación reprochada se llevó a cabo con la concurrencia de un empleado público (el Gerente de Administración de EFE), en los términos que precisa el artículo 260 del Código Penal, vale decir, de la persona que forma o ejecuta o que *contribuye a formar o a ejecutar* la voluntad del Estado para la realización del fin público, atendido que de acuerdo con el artículo 1° de su ley orgánica, EFE es una empresa autónoma del Estado.

En cuanto a la época de su perpetración, es un acto complejo cuyo ciclo se inicia con la presentación de la propuesta respectiva (03 de noviembre de 2004) y se consuma con el pago de la boleta de honorarios STI 1373 (14 de abril de 2005) (motivaciones undécima y duodécima).

Décimo: Que, en relación a la calificación jurídica de los hechos establecidos en los motivos trigésimo primero y trigésimo tercero del laudo de primer grado, que el de alzada hizo suyos, asimismo, los falladores ponen de relieve los hechos siguientes:

1. todas las contrataciones del asesor particular, reflejadas en las diecinueve boletas de honorarios aludidas, corresponden a una

misma área de gestión de la Empresa de Ferrocarriles del Estado (EFE);

2. Al margen de quienes las emitieran formalmente, los valores correspondientes a esas boletas de honorarios terminaron beneficiando económicamente a una sola persona: “Luis Briceño Guzmán”;
3. en forma sucesiva a la época de extensión y pago de esas diecisiete boletas de honorarios, por parte de EFE, la empresa “Consultorías Bottom Line Consulting Group Ltda.” (Bottom Line) emitió a “Servicios Tributarios Integrales Ltda.” (entre el 2 de noviembre de 2004 y el 11 de noviembre de 2005), un total de nueve facturas de ventas y servicios, por un monto total de \$29.690.634, de los cuales se registra pagos por la cantidad de \$16.580.634;
4. “Consultorías Bottom Line Consulting Group Ltda.” corresponde a una sociedad cuyo socio principal y controlador era, a la época de los hechos, el gerente de administración de EFE.

En consecuencia, los sentenciadores presumen fundadamente que la asignación de servicios al contratista (el particular) estuvo determinada por la circunstancia de que ello significaba una retribución o contraprestación, reflejada en el encargo de servicios o asesorías a la empresa “Consultorías Bottom Line Consulting Group Ltda.” (fundamento trigésimo cuarto).

Undécimo: Que, en los mismos antecedentes se dijo que los hechos determinados en los basamentos antes aludidos –motivos 31° y 33°–, respecto del acusado **Carreño Rosales**, encuentran su correlato, por un lado, en la hipótesis del delito de “**Negociación Incompatible**”, esto es, de aquellos que describe y sanciona el inciso primero del artículo 240 del Código Penal, que en su texto vigente a la época de los sucesos estaba redactado en los términos siguientes:

“Art. 240. El empleado público que directa o indirectamente se interesare en cualquiera clase de contrato u operación en que deba

intervenir por razón de su cargo, será castigado con las penas de reclusión menor en su grado medio, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa del diez al cincuenta por ciento del interés que hubiere tomado en el negocio...”

Según el laudo, la confrontación de la norma legal aludida con los hechos establecidos hace concluir a los jurisdicentes que están presentes todos los elementos del delito examinado. En efecto:

1. según lo dispone el artículo 1º de su ley orgánica, EFE es una empresa autónoma del Estado. Por lo tanto, las personas que prestan servicios en EFE revisten la calidad de “*empleados públicos*”, en los términos que refiere el artículo 260 del Código Penal;
2. las “*operaciones*” o “*contratos*”, corresponden en este caso a los servicios relacionados con las 19 boletas de honorarios que aparecen emitidas por la empresa “Servicios Tributarios Integrales Ltda.” (STI), por Luis Briceño Guzmán (LBG) y por Ximena Espinoza Muñoz (XEM);
3. todos esos “*contratos*” u “*operaciones*” estaban asociados a la Gerencia de Administración de EFE, cuyo titular era el encargado de gestionar la contratación de asesores externos para su área, de aprobar los pagos relacionados con esos servicios o de obtener la aprobación correspondiente, en su caso. En suma, el funcionario respectivo estaba llamado a intervenir en esas operaciones “*por razón de su cargo*”; y
4. concurre el “*interés*”. Sobre este elemento es preciso efectuar algunas consideraciones: a) debe tratarse de un interés de carácter económico o pecuniario, lo que se deduce de la ubicación del tipo penal (“Fraudes y exacciones ilegales”) y de la circunstancia que la multa asignada se fija en forma proporcional al valor del interés tomado en el negocio; y b) que, a fin de cuentas, lo castigado es el hecho que el funcionario privilegie o haga prevalecer su propio interés, por sobre el interés del servicio, lesionando los principios de imparcialidad y objetividad que han de gobernar sus actos.

Ese *interés personal* es directo y manifiesto en este caso. En efecto, los hechos dan cuenta que, en la medida que las operaciones eran adjudicadas al contratista particular, el funcionario público recibía la asignación de servicios de parte de ese contratista. Por lo tanto, es evidente que las actuaciones del funcionario estaban teñidas de subjetividad y que “*tomó interés*” en los negocios;

5. sobre la forma específica de la actuación interesada, cabe recordar que el tipo penal es amplio (“se interesare *directa o indirectamente*”). En la especie, la modalidad fue *directa*, aunque encubierta. No se trató de una suerte de auto contratación, como cuando se actúa por interpósita persona. Los contratos fueron asignados efectivamente al particular, pero –en definitiva– ello reportaba beneficios al funcionario. En los hechos, era *como si* el funcionario contratara para sí mismo, aunque mediando una especie de triangulación.

Prosigue la sentencia, que en cuanto al número de delitos de negociación incompatible, cabe indicar que –en principio–, cada boleta debiera dar cuenta de una operación o contrato diferente. Expresado en otras palabras, existirían tantas operaciones o contratos como boletas emitidas. Sin embargo, se advierte que en algunos casos una misma operación es cubierta por más de una boleta, de modo que deben ser consideradas como unidad. Así acontece tratándose de las boletas STI 1310 y 1321 (relacionadas con la asesoría tributaria del contrato SEC); STI 1359 y 1374 (“Outsourcing Tributario”); y STI 1447 y 1460 (proceso de búsqueda de facturas) (considerandos trigésimo quinto y trigésimo sexto del fallo aludido).

Duodécimo: Que, sobre el particular los jurisdicentes discurren en la motivación trigésima séptima del veredicto de primer grado, que aun cuando en autos se formuló acusación por un total de quince delitos de negociación incompatible, incluyéndose en ellos la operación (una sola) implícita en las boletas de honorarios STI 1333 y STI 1373, de acuerdo con lo que concluye el mismo fallo, las citadas boletas STI 1333 y 1373 dan cuenta de una operación fraudulenta o comportan la comisión del ilícito de fraude al Fisco de Chile, produciéndose una relación concursal

entre ese fraude y la negociación incompatible correspondiente, aseverándose por los sentenciadores que existe consenso en la doctrina que, en tal caso, se está en presencia de un concurso aparente de leyes penales, donde debe prevalecer la figura penal de resultado, llegándose a sostener que el tipo penal de negociación incompatible constituye un adelantamiento de la fase consumativa del fraude. Por ende, concluyen los recurridos que el fraude desplaza a la negociación incompatible y como derivación de lo anterior, se llega a la convicción por el tribunal que debe librarse sentencia absolutoria por el delito de negociación incompatible, relacionado con esas dos boletas de honorarios (1333 y 1373).

Como corolario para las reflexiones precedentes, se indica en el fallo que los hechos determinados en autos importan la configuración de 14 (**atorce**) delitos reiterados, de “**Negociación Incompatible**” del artículo 240 del Código Penal (basamento trigésimo octavo), condenándose por ellos al encausado Carreño Rosales.

Decimotercero: Que, en el mismo orden de ideas, en el motivo cuadragésimo segundo del laudo de primera instancia, se discurre que los mismos hechos que son materia de análisis –en relación al otro acusado de la causa, esto es, Luis Briceño Guzmán– encuadran en la figura del delito de “soborno” o de “cohecho activo”, de aquellos que se describe y sanciona en los incisos primero y segundo del artículo 250 del Código Penal, ya que de los hechos asentados fluye que concurren todos sus presupuestos. A saber:

- a.- *existe beneficio económico.* La confrontación de las épocas de emisión y pago de respectivas boletas de honorarios (de STI, Luis Briceño Guzmán y Ximena Espinoza Muñoz) con las de emisión y pago de las facturas de la empresa “Consultorías Bottom Line Consulting Group Ltda.”, deja en evidencia que la reiterada contratación de los servicios de esta última empresa y el pago efectuado en su virtud, es la respuesta o contraprestación a las contrataciones obtenidas en EFE por el particular;
- b.- *existe consentimiento para la retribución económica.* Esos mismos antecedentes, unidos a las declaraciones de Claudio

Carreño Rosales, demuestran que el contratista particular aceptó o consintió en otorgar beneficios económicos al funcionario público, en la medida que lograra asignarle contratos en EFE. Tanto es así que esos beneficios se devengaron y pagaron en forma secuencial y sucesiva a la obtención de contrataciones en la empresa estatal;

c.- infracción de deberes por el funcionario público. Finalmente, es también un hecho que las diferentes asignaciones de servicios se ejecutaron en forma prácticamente mensual y que se alcanzaron vulnerando los procedimientos y reglamentación interna de EFE, circunstancia que fue conocida por el particular.

Decimocuarto: Que, en cuanto al número de delitos de soborno, se precisa que cada factura de la empresa “Consultorías Bottom Line Consulting Group Ltda.” da cuenta de distintas retribuciones o contraprestaciones por servicios obtenidos en EFE. Son susceptibles de diferenciar unas de otras, tanto por el servicio que se dice prestado como por la época de su emisión. Por lo tanto, se afirma que existen tantas retribuciones o sobornos como facturas emitidas. Consecuentemente, se ultima que los hechos determinados en autos importan la configuración de 9 (nueve) delitos reiterados de “Soborno”, de los que prevén y sancionan los incisos primero y segundo del artículo 250 del Código Penal, ilícitos por los que en definitiva se condena a Luis Briceño Guzmán (motivación cuadragésimo tercera del mismo dictamen).

Decimoquinto: Que, no obstante lo decidido en relación al encartado Briceño Guzmán, en la motivación trigésimo séptima del laudo de primer grado, corroborado por el dictamen objetado, se manifiesta que en la causa también se formuló acusación contra Carreño Rosales por nueve (9) delitos de “cohecho” –específicamente de “Cohecho agravado”, de aquellos que prevé y sanciona el inciso primero del artículo 248 bis del Código Penal–. Sin embargo, se concluye que tal como se adujo anteriormente entre el delito de “Fraude al Fisco” con uno de los injustos de Negociación Incompatible por los que se acusó a Carreño Rosales, también se produce una situación de concurso entre esos ilícitos de cohecho con el delito de “Fraude al Fisco”, ya establecido en la sentencia (boletas STI 1333 y 1373) y entre esos mismos delitos de cohecho, con los catorce delitos

de negociación incompatible, igualmente determinados en el fallo. Se asevera en la resolución, que en rigor el desvalor presente en la conducta constitutiva del cohecho ya está comprendido en la configuración del delito de Fraude al Fisco y que algo similar ocurre entre esos mismos injustos de cohecho con los de negociación incompatible. Por ende, se considera que el castigo conjunto y simultáneo de todas esas conductas importaría vulnerar el principio del “non bis in idem”, afirmado que aun cuando es cierto que el delito de fraude propende a proteger la integridad del patrimonio fiscal, también está presente la necesidad de propiciar el correcto funcionamiento de la administración. A su vez –se sostiene en la sentencia–, que las negociaciones incompatibles propician el respeto de los deberes de imparcialidad y objetividad del funcionario público, valores que también comprenden los delitos de cohecho. Agrega el laudo que como la figura típica de la negociación incompatible recoge de manera más completa las conductas establecidas, se impone la necesidad de librar sentencia absolutoria por los delitos de cohecho y castigar sólo por las negociaciones incompatibles.

Decimosexto: Que la figura del fraude al Fisco descrita en el artículo 239 del Código Penal, castiga al funcionario público que en las operaciones en que interviniere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las Municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles una pérdida o privándoles de un lucro legítimo.

Se trata de una figura especial asociada a una forma de defraudación, que en sus aspectos subjetivos requiere de una conducta dolosa de cooperación, concertada o no, con el ánimo de malversar el erario fiscal, exigencia que resultó acreditada en el proceso, según se estableció latamente en la sentencia recurrida y que constituye un hecho no controvertido en la litis. Se caracteriza por ende por la producción de un menoscabo patrimonial al Estado, perpetrado a través del engaño o el incumplimiento de ciertos deberes, de modo que el empleado puede producir el perjuicio merced a un ardid o bien mediante el incumplimiento de sus obligaciones funcionarias, sin que se requiera un beneficio para el subalterno, que puede no recibir ninguno, sino actuar por amistad, espíritu de venganza u otro móvil, aunque siempre se exige el menoscabo al interés público.

En cambio, el delito de negociación incompatible contemplado en el artículo 240 del Código del ramo, sanciona al empleado público que directa o indirectamente se interese en cualquiera clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo, tipo penal que tiende a confundirse con cierta forma de malversación cuando el perjuicio causado al Estado consiste, precisamente, en la apropiación o desviación de caudales o efectos públicos. Se hace difícil calificar el hecho cuando el funcionario, previo a la apropiación de los caudales o efectos públicos, ha realizado maniobras engañosas que, en definitiva, permiten la apropiación. Ante la posibilidad de estimar el hecho como un fraude al Fisco o malversación, se ha optado jurisprudencialmente en la mayoría de los casos por este último delito. Así, se ha resuelto que la defraudación tiene un carácter residual y que en el artículo 239 del Código Penal se contienen todos los demás casos de defraudación que no consistan en la sustracción de los fondos públicos y no estén penados en los artículos relativos a la malversación.

En la malversación la conducta del empleado consiste en apropiarse directamente del dinero recibido o en invertirlo indebidamente. De modo que, si el particular entrega al Estado lo que debe, por intermedio del empleado, y éste se queda con todo o parte del dinero, el delito es de malversación; si, en cambio, el empleado se concierta con el particular para que éste entregue menos de lo que debe, o simplemente le permite que lo haga, el delito es fraude, situación que corresponde a la abonada en autos.

Tratándose de las llamadas “negociaciones incompatibles con la función pública”, este delito tiene como bien jurídico tutelado el interés del Estado en el fiel y debido desempeño de las funciones de la administración pública. Se trata de un injusto meramente formal que puede en algunos casos producir perjuicios al erario fiscal, como también puede producir utilidad, siendo esta circunstancia un elemento indiferente para la tipificación del ilícito, ya que éste no requiere la producción de un daño, sino la actuación torcida de un funcionario, de una conducta que resulte de su actuación como tal y como interesado directo o indirectamente en un contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo. En este caso, el legislador desea proteger la apariencia de imparcialidad y honestidad que debe rodear la administración pública,

tratándose de un delito formal que no exige necesariamente que llegue efectivamente a obtener un beneficio, llegando incluso a ser posible que en definitiva le resulte un perjuicio. Asimismo, no se requiere que el interés fiscal resulte lacerado, existiendo el delito aun cuando el Fisco adquiera una utilidad por la conducta del hechor. Sin embargo, si el patrimonio estatal resulta afectado por la actividad delictiva, la doctrina se encuentra conteste en orden a que el encuadramiento se desplaza hacia la respectiva forma de fraude (artículo 239) o malversación; "... el tomar interés sería únicamente un acto anterior que necesariamente ha precedido al otro y es consumido por éste..." (Alfredo Etcheberry, "Derecho Penal", Parte Especial, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, año 1997, pág. 249).

Preciso es reiterar que los tipos penales descritos en los artículos 239 y 240 del Código Penal, corresponden a figuras delictivas de sujeto activo especial, comprensivos de diferentes conductas que confluyen, genéricamente, en el respeto de principios relacionados con la probidad administrativa que deben observar, en el ejercicio de sus cargos, los funcionarios públicos y particulares que se benefician económicamente a costa de los recursos estatales. Estas figuras penales exigen para su consumación de engaño o fraude y el detrimento propio de la estafa, en tanto que el perjuicio originado al Fisco, puede consistir en pérdidas directas o en la privación de un lucro legítimo o cesante, la que subjetivamente requiere de dolo directo, exigencia que deben satisfacer también los delitos de negociación incompatible.

En consecuencia, tratándose de las "negociaciones incompatibles" puede suceder que el funcionario público al interesarse en cualquier clase de contrato le cause un perjuicio al Estado, en cuyo evento el delito de fraude absorbería a la negociación incompatible, por ser el primero un delito de resultado quedando subsumida en éste la infracción formal.

Así las cosas, aciertan los jueces del grado, cuando razonan que habiéndose formulado acusación por un total de quince delitos de los configurados por el artículo 240 del Código Penal, incluyéndose en ellos la operación (una sola) implícita en las boletas de honorarios STI 1333 y STI 1373, las que dan cuenta de una operación fraudulenta o comportan

la comisión del delito de fraude al Fisco de Chile, injusto por el cual se sancionó al encartado Carreño Rosales, se origina una relación concursal entre ese fraude y la negociación incompatible correspondiente. Así, el fraude desplaza al segundo de los delitos respecto de tales operaciones y consiguientemente, debe despacharse sentencia absolutoria por el ilícito de negociación incompatible concerniente con esas dos boletas, de modo que yerra el recurrente al afirmar que deben sancionarse como delitos independientes, conforme a las reglas del concurso real establecidas en el artículo 74 del Código Penal.

Decimoséptimo: Que, finalmente en relación a los delitos de cohecho imputados al acusado Carreño Rosales, por esta figura penal bilateral (plurisubjetiva), se sanciona el hecho de aceptar el funcionario público una retribución no debida, entregada o prometida, en consideración a actos de su oficio, constituyendo así el denominado “cohecho pasivo”, en que se sanciona al dependiente fiscal por infringir un deber funcionario. Al efecto, debe precisarse que como expresa el jurisperito Guillermo Oliver C., en una completa y detallada monografía sobre la materia denominada “Aproximación al Delito de Cohecho”, publicada en la Revista de Estudios de la Justicia – Nº 5 – Año 2004, página 83, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, “...*la corrupción en el ámbito de las funciones públicas presenta un alto grado de impacto, no sólo porque conduce a una frustración de las expectativas de los ciudadanos, quienes esperan que los funcionarios públicos se desempeñen con probidad en el ejercicio de sus cargos, sino también porque posee una gran capacidad para socavar las bases del sistema político imperante. Sin embargo, no debe creerse que se trata de un fenómeno presente sólo en el ámbito público. También en el sector privado existe corrupción, atendido el hecho de que ésta conduce a infringir deberes que pueden tener su fuente, tanto en disposiciones legales, como contractuales. Con todo, no es difícil constatar que la corrupción en el ámbito privado no provoca tanta alarma como en el sector público. Es quizás esa la razón por la cual el legislador se ha preocupado más de la corrupción en el ámbito público...*”.

Esta especial preocupación por la corrupción en el sector público se tradujo en la dictación de la Ley Nº 19.645, publicada en el Diario Oficial del 11 de diciembre de 1999, que, básicamente, introdujo una serie de

modificaciones en el título V del libro II del Código Penal. La propia denominación con que esta ley fue publicada (“Ley núm. 19.645. Modifica disposiciones del Código Penal que sancionan delitos de corrupción”) demuestra que para el legislador el problema de la corrupción se centra en el ámbito público, dado que sólo se hicieron cambios en la regulación de los delitos cometidos por empleados públicos. Además, esta ley tuvo como importante antecedente la Convención Interamericana contra la corrupción, adoptada en Caracas el 29 de marzo de 1996, aprobada por el Congreso Nacional en septiembre de 1998 y promulgada mediante Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 1879, del 29 de octubre de 1998, que se publicó en el Diario Oficial de fecha 2 de febrero de 1999. En el artículo VI de la Convención se mencionan los actos de corrupción a los cuales les será aplicable aquélla, los que presentan la particularidad de ser realizados por funcionarios públicos, circunstancia que viene a confirmar la señalada tesis.

La determinación del bien jurídico protegido en el delito de cohecho, si bien no es un punto muy tratado por la doctrina nacional, ha originado una fuerte discusión en la escuela extranjera. No sólo se ha discutido cuál es este bien jurídico, sino también si existe un único bien jurídico protegido, tanto por el cohecho del funcionario, como por el del particular, o si, por el contrario, ambas clases de cohecho buscan cautelar bienes jurídicos diferentes.

Al efecto, mayoritariamente la doctrina española afirma que el bien jurídico protegido es único, tanto en el cohecho del funcionario, como en el del particular. Sin embargo, la determinación de cuál es ese bien jurídico no ha sido pacífica, existiendo varias posiciones, a saber las siguientes ponencias:

1.- Una primera vertiente expresa que lo sería “*la confianza de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de la Administración*”. En esta postura destaca Enrique Bacigalupo, quien señala que el bien jurídico en el delito de cohecho es “*la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial según los principios del Estado de derecho*”. Esta opinión, según don Guillermo Oliver C., en el trabajo ya citado, resulta criticable, ya que la confianza pública en que los empleados se comporten

con probidad no sólo se ve afectada en el cohecho, sino también en otros delitos funcionarios. Además, si éste fuera el bien jurídico protegido en el cohecho, no podría considerarse cometido este delito, por falta de afectación del bien jurídico, cuando la conducta sea realizada por un funcionario que no goce de la confianza pública, por ser estimada una persona corrupta;

2.- Luego se apunta al “*principio de imparcialidad en el ejercicio de la función pública*”. Es ésta una posición que en la actualidad goza de bastante aceptación, en la que destaca, entre otros, María José Rodríguez Puerta, quien afirma que “lo que propiamente se configura como objeto de tutela es el respeto al principio de imparcialidad, que vincula de un lado a los poderes públicos, en cuanto principio alumbrador del ejercicio de la actividad administrativa y judicial, y, circunscrita a la desviación del fin, a la actividad legislativa o política. El referido principio es proyectable también a los ciudadanos, en cuanto destinatarios de esa actividad pública, dado que la relación con estos últimos viene también limitada por el respeto a la Constitución y los principios en ella consagrados”. Sin embargo, también puede ser reprendida. Por un lado, porque si bien es cierto que la imparcialidad efectivamente puede resultar afectada en un delito de cohecho, también lo es el hecho de que ella puede igualmente ser atacada en otros delitos funcionarios, como, por ejemplo, el tráfico de influencias. No parece, en consecuencia, que la imparcialidad sea el bien jurídico específicamente protegido en el cohecho. Y por otro lado, porque existen tipos de cohecho que no necesariamente requieren una vulneración de la imparcialidad. Es el caso, por ejemplo, del tipo penal previsto en el artículo 248 del Código Penal. En efecto, no se aprecia cómo podría resultar afectada la “*imparcialidad*” cuando el funcionario solicita un beneficio económico para ejecutar un acto propio de su cargo que se encuentra obligado a realizar. Otro tanto ocurre con la figura del artículo 249 del mismo Código. Resulta difícil afirmar que sea la imparcialidad lo que se vulnera cuando el beneficio económico que el empleado pide apunta a la comisión de un delito (que no siempre será una prevaricación);

3.- Enseguida se apunta al “*cumplimiento de ciertos deberes del cargo del funcionario público*”, tales como, lealtad, integridad, probidad, honestidad, fidelidad, etc.. Cada vez se encuentra más abandonada la postura que afirma que el bien jurídico protegido en el delito de cohecho

está constituido por una serie de deberes que han sido encomendados al funcionario por el Estado y que emanarían del cargo que desempeña. Pero aún subsisten autores que la defienden. Es el caso, por ejemplo, de Carlos Granados Pérez, quien sostiene que el bien jurídico que se intenta tutelar por el cohecho es “la integridad y lealtad del funcionario al Estado, así como el cumplimiento de los deberes que al mismo le vienen impuestos por razón del ejercicio del cargo”. Esta posición, a juicio del autor del trabajo ya singularizado puede ser tildada por razones señaladas supra. “*..Identificar como bien jurídico del cohecho los deberes funcionariales es propio de un sistema de tinte claramente autoritario. Los deberes de los empleados públicos no se justifican por sí solos, sino que su existencia obedece a que conducen a la prestación de un servicio para la comunidad...*”. En otras palabras, según su parecer, “*...dichos deberes no son el bien jurídico del cohecho, sino que su cumplimiento permite proteger el auténtico bien jurídico tutelado por este delito...*”, el que según el tratadista, consiste tanto en el cohecho cometido por el funcionario público como en el del particular, es “*...el correcto servicio que la Administración presta a los ciudadanos..*”. Agrega que si el cohecho consiste, “en una conducta activa o pasiva de un funcionario público destinada a recibir una retribución no debida en el ejercicio de su cargo, o en una conducta activa o pasiva de un particular destinada a dar a un funcionario público una retribución no debida en el ejercicio del cargo de éste”, la razón para castigar esta clase de comportamientos es que impiden o dificultan que el servicio a los ciudadanos –razón de ser de la existencia de los organismos públicos y los deberes funcionarios– se preste de manera correcta. Para que esta prestación de servicios se estime correcta, es necesario que a los ciudadanos no se les pida que paguen por ella, ni que tampoco se acepten los eventuales beneficios económicos que los ciudadanos puedan ofrecer por ella. Y en caso que la prestación de servicios no sea gratuita, para que ésta se considere adecuada, es necesario que a los particulares no se les pida que paguen más que lo que se encuentra establecido en el propio ordenamiento jurídico, ni que tampoco se acepten los eventuales beneficios económicos que puedan ofrecer por sobre el monto fijado.

Esta posición obliga a precisar y sostener que el delito de cohecho, atendiendo al modo en que se produce la afectación del bien jurídico,

puede ser de lesión o de peligro. Será un delito de lesión o daño efectivo para el bien jurídico cuando se trate del cohecho del funcionario público. Ello, porque si el empleado solicita o acepta un beneficio económico, en caso de prestaciones gratuitas, o mayores derechos que los debidos, en caso de prestaciones remuneradas, para ejecutar un acto propio de su cargo, ya habrá impedido que el servicio llamado a prestar se brinde de manera correcta. En cambio, será un delito de peligro para el mismo bien jurídico cuando se trate del cohecho del particular. Esto, porque si el particular ofrece un beneficio económico, en caso de prestaciones gratuitas, o mayores derechos que los debidos, en caso de prestaciones remuneradas, su conducta no necesariamente impedirá que el servicio se preste de manera adecuada, toda vez que no está en sus manos, sino en las del funcionario, la efectiva lesión del bien jurídico, aunque generará un peligro de que así ocurra.

Decimoctavo: Que por la figura básica de cohecho del funcionario público, activo o pasivo (artículo 248 del Código Penal), se sanciona al empleado público que solicita (modalidad activa) o acepta (modalidad pasiva) recibir mayores derechos que los que le están señalados por razón de su cargo, o un beneficio económico para sí o un tercero para ejecutar o por haber ejecutado un acto propio de su cargo, en razón del cual no le están señalados derechos. Por su parte, acorde a la figura agravada de cohecho del funcionario público, activo o pasivo, por la que fue acusado el encartado (artículo 248 bis del Código Penal), en la especie, se sanciona con penas superiores a las correspondientes a la figura básica de cohecho de funcionario, al empleado público que solicita (modalidad activa) o acepta (modalidad pasiva) recibir un beneficio económico, para sí o un tercero, para omitir o por haber omitido un acto debido propio de su cargo, o para ejecutar o por haber realizado un acto con infracción a los deberes de su cargo (inciso 1º, que corresponde a la acusación de autos). Se imponen penas aún superiores si la infracción a los deberes del cargo consiste en ejercer influencia en otro empleado público, con el fin de obtener de éste una decisión que pueda generar un provecho para un tercero interesado (inciso 2º).

En esta situación, en lo que respecta al verbo rector, el tipo base exige que el funcionario realice una conducta consistente en solicitar o aceptar.

Lo primero significa, de conformidad con la última edición del Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, “pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado” (1ª acepción); “pedir algo de manera respetuosa, o rellenando una solicitud o instancia” (4ª acepción). Pero no es necesario que la petición se haga en forma expresa, ya que el tipo penal no lo exige, sino que basta con que se realice de cualquier forma idónea para transmitir el mensaje. Por ejemplo, a través del simple gesto de estirar la mano. Lo segundo significa, conforme al mismo Diccionario, “aprobar, dar por bueno, acceder a algo” (2ª acepción). Y al igual que la conducta de solicitar, no es necesario que la aceptación se realice de manera expresa, bastando cualquier comportamiento que revele inequívocamente la manifestación de voluntad en el sentido de consentir. Por ejemplo, guiñando un ojo o asintiendo con la cabeza. En consecuencia, no se requiere que el funcionario reciba algo del particular para que su comportamiento se considere típico, sino que basta que admita lo que el particular le ofrece. En lo que dice relación con los derechos que están señalados por razón del cargo del empleado, cabe incluir aquí todos los casos en que los funcionarios están facultados para cobrar una suma de dinero por el servicio que prestan al público. Así ocurre, por ejemplo, con los notarios, los conservadores, los archiveros y los receptores. Estos funcionarios sólo pueden cobrar los montos establecidos en sus respectivos aranceles, incurriendo en delito de cohecho si solicitan o simplemente aceptan sumas superiores. Sobre el beneficio económico de este delito, en Chile antes de la modificación introducida por la Ley N° 19.645, las disposiciones que regulaban el delito de cohecho utilizaban las palabras “dádiva” y “promesa”, lo que generaba la posibilidad de discutir la naturaleza de dichas dádiva y promesa. Después de la promulgación de esta ley la posible discusión perdió razón de ser, porque la actual regulación del cohecho emplea la expresión “beneficio económico”, lo que deja meridianamente claro que la ventaja que el empleado pretende conseguir –o que el particular le ofrece– debe ser de contenido patrimonial.

Este beneficio económico, en la figura básica del artículo 248, en alusión al socorro patrimonial para realizar un acto en razón del cual no están señalados derechos al funcionario, se pretende cubrir las hipótesis en las que éste no se encuentra facultado para cobrar dinero al público por el ejercicio de su cargo. En cambio, la figura agravada del artículo 248

bis resulta aplicable, tanto a los casos en que el empleado no se encuentra facultado para cobrar dinero al público por el ejercicio de su cargo, como a aquellos en que está facultado para cobrar derechos. Por otra parte, las consideraciones que giran en torno a la idea de la adecuación social, deben ser tomadas en cuenta para excluir del tipo básico del artículo 248 comportamientos que, a pesar de calzar en su tenor literal, la propia sociedad tolera o estima adecuados (por ejemplo, los regalos de navidad). En cambio, no caben consideraciones de esta clase en la figura agravada del artículo 248 bis, porque lo impide la finalidad que debe tener la solicitud o aceptación del beneficio económico. Como se exige que este beneficio se solicite o acepte para omitir o por haber omitido un acto debido propio del cargo del funcionario, o para ejecutar o por haber ejecutado un acto con infracción a los deberes de su cargo, no resulta posible invocar un criterio de adecuación social para excluir conductas que quepan dentro de su tenor literal. Esto es así, porque “...si bien la sociedad puede considerar adecuado o tolerar, en ciertas circunstancias, que los particulares entreguen a los funcionarios beneficios porque han cumplido su deber o para que lo cumplan, no resulta aceptable para la misma sociedad que esos beneficios se entreguen porque los empleados no han cumplido su deber o para que dejen de cumplirlo...”.

A propósito de la frase “*para omitir o por haber omitido*”, la conducta del funcionario que omite un acto debido propio de su cargo para obtener una ventaja parece más grave que la del empleado que pretende conseguir una ventaja a través de la ejecución de un acto debido propio de su cargo. La mayor gravedad del primer comportamiento se explica, porque en él el funcionario pretende lograr un beneficio, dejando de cumplir con sus deberes, a diferencia de lo que ocurre en el segundo, en el cual busca obtener una ventaja para cumplir con sus deberes. Esa es la razón por la que el legislador sanciona más severamente la primera conducta.

La expresión “*para omitir o por haber omitido*” de que se vale la figura agravada del artículo 248 bis implica una importante exigencia subjetiva, cual es que debe concurrir dolo directo en el sujeto activo. La mencionada expresión no es compatible con un dolo eventual. Sólo de quien actúa con dolo directo se puede decir que solicita o acepta algo para omitir un acto debido o por haberlo omitido.

Decimonoveno: Que un sugestivo problema puede plantearse si la omisión en la que se pretende que el empleado incurra, a cambio del beneficio económico, constituyera, a su vez, un delito funcionario. Sobre el particular, Guillermo Oliver C., en su monografía citada considera que en tal evento es necesario realizar una distinción. "...Si la omisión del acto debido constituyera un delito funcionario previsto en el párrafo 4 del título III o en el título V del libro II del Código Penal (por ejemplo, artículo 149 números 4° y 5°, artículo 150 A inciso 2°, artículo 224 número 4°, artículo 229, artículo 237, artículo 253, etc.), se produciría un concurso aparente de leyes penales entre el artículo 248 bis y el artículo 249, concurso que, por aplicación del principio de subsidiariedad, se resolvería en favor del art. 249. En esta hipótesis, en todo caso, el concurso se presentaría sólo si el empleado solicita o acepta el beneficio económico para incurrir en la omisión y no si se hace por haber incurrido en ella, porque el art. 249 únicamente alude a la solicitud o aceptación del beneficio económico para cometer alguno de los señalados delitos ministeriales y no al caso en que se lo pida o acepte por haberlo cometido. En cambio, si la omisión del acto debido constituyera un delito funcionario distinto (por ejemplo, la omisión de los empleados públicos de presentar denuncia, de conformidad con lo previsto en los arts. 175 letras a) y b) y 177 del Código Procesal Penal), no habría ningún concurso y únicamente sería aplicable el art. 248 bis. No se realizaría el tipo penal omisivo, porque respecto de éste la conducta realizada habría alcanzado a constituir sólo un acto preparatorio impune.

En lo atinente a la frase "*con infracción a los deberes de su cargo*", un funcionario infringe los deberes de su cargo al ejecutar un acto, cuando con su realización contraviene las disposiciones que regulan el desarrollo de las funciones propias del cargo o del servicio al que pertenece. Estas disposiciones pueden estar situadas en textos normativos tan diversos como una ley, un reglamento, un instructivo, una circular, etc. Contra lo que pudiera creerse, esta infracción de deberes del cargo del funcionario no sólo se puede presentar en el ejercicio de su actividad reglada, sino también dentro de su actividad discrecional. Particularmente, esto último puede tener lugar cuando el acto discrecional que realiza importa una desviación o un exceso del poder que se le ha conferido.

Vigésimo: Que, de acuerdo a lo razonado precedentemente, queda en evidencia que los hechos establecidos en el basamento trigésimo tercero del laudo de primer grado, corroborados por el dictamen cuestionado constituyen nueve delitos de cohecho agravado, previstos y sancionados en el inciso primero del artículo 248 bis del Código Penal, injustos que dicen relación con hechos discordantes con los asentados en los fundamentos noveno y trigésimo primero del veredicto aludido, máxime si apuntan a bienes jurídicos protegidos disímiles según se ha demostrado lata y pormenorizadamente en los considerandos que anteceden, en todos los cuales ha cabido participación dolosa al acusado Carreño Rosales, en calidad de autor, en los términos que establece el numeral primero del artículo 15 del mismo cuerpo legal.

En efecto, estos delitos de cohecho, al igual que los de soborno por los que fuera condenado el procesado Luis César Briceño Guzmán –tratado en la motivación decimotercera de este fallo–, son delitos de peligro, que se satisfacen con el ofrecimiento y aceptación de la dádiva respectiva, siendo irrelevante lo que ocurra después, o sea, la materialización del pago mismo.

Vigesimoprimer: Que, en materia de concursos, debe precisarse que esta situación se produce cuando en un mismo proceso se puede imputar a una persona la realización de hechos que configuran varios tipos penales o varias veces de uno idéntico, recurriéndose a la regla general para la aplicación del castigo corporal, la que proporciona el sistema de la acumulación material de las penas que consigna el inciso primero del artículo 74 del Código Penal.

Que, en nuestra legislación se han dado en llamar los tres tipos de concursos existentes, en real, medial e ideal. El primero (real), se presenta en relación al culpable de varios delitos, independientes entre sí, respecto del cual el Código Penal, en su artículo 74, ordena imponer una pena a cada uno de ellos. Luego, está el medial, una especie de concurso real, desde que en ambas categorías existe pluralidad de acciones, pero que en este caso no son independientes entre sí, sino que una es considerada el medio necesario para la comisión de la otra, a la que el artículo 75 del texto legal citado, ordena imponer la pena mayor asignada al delito más

grave. Y finalmente, el concurso “ideal o formal”, del mismo artículo anterior, en que un solo hecho constituye dos o más delitos, imponiendo el legislador el castigo en la misma forma.

Vigésimosegundo: Que, en el presente caso, resulta de toda evidencia que se está en presencia de un concurso medial, en que un grupo de delitos ha sido también el medio necesario para cometer los otros. No ante un único hecho aislado, sino que ante pluralidad de los mismos en relación de medio a fin, que son a su vez cada uno constitutivos de diferentes tipos penales, como son los delitos de cohecho con los de negociación incompatible y de éste con el de fraude al fisco.

No es posible sostener entonces –como erradamente lo sostienen los jueces del fondo–, que estamos frente a un “*concurso aparente de leyes penales*”, puesto que esta modalidad de concurso como su nombre lo indica, se presenta “...cuando una conducta puede ser encuadrada aparentemente en dos o más tipos penales, de los cuales sólo uno resulta apto para captarla...”, como lo explica el profesor Eduardo Novoa Monreal, en el texto Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General, Edición 1966, página 281, quien agrega, que a diferencia del concurso ideal de delitos, que existe en los casos en que un solo hecho cae simultáneamente bajo distintos tipos penales, todos los cuales les resultan aplicables en forma conjunta, en el concurso aparente de leyes penales al hecho único le conviene tan sólo un tipo, pero varios parecen apropiados para tipificarlos a la vez.

En consecuencia, la única confusión que pudiera producirse es entre el concurso medial y el concurso aparente, diferenciándose en la coexistencia de pluralidad de acciones, que en este caso no son autónomas unas de las demás, debiendo discurrirse unas como el medio necesario para la comisión de las otras, dándose así aplicación a lo previsto en el artículo 75 del Código Penal, que prescribe que debe imponerse la pena mayor asignada al delito más grave.

Vigésimotercero: Que por haberse cometido, en consecuencia, una infracción de derecho con influencia sustancial en la decisión, desde que ha significado la imposición de una pena menor a la que correspondía

en el caso concreto, se acogerá el recurso planteado por este apartado, invalidándose la sentencia pronunciada en estos antecedentes, dictándose sentencia de reemplazo.

En consecuencia y visto lo dispuesto en los artículos 535, 546 N° 2, 547 del Código de Procedimiento Penal y 785 del Código de Procedimiento Civil, se resuelve, que **se acoge** el recurso de casación en el fondo interpuesto en lo principal de fojas 3.466, por doña María Teresa Muñoz Ortúzar, abogado Procurador Fiscal de Santiago del Consejo de Defensa del Estado, contra la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, de veintisiete de octubre de dos mil diez, escrita desde fojas 3462 a 3464, la que, por consiguiente, **es nula** y se reemplaza por la que se dicta acto continuo, sin nueva vista, pero en forma separada.

Redacción a cargo del Ministro señor Künsemüller.

Regístrese.

Rol N° 496-11.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y Juan Escobar Z. No firma el Ministro Sr. Rodríguez, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por haber cesado en sus funciones.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a cuatro de diciembre de dos mil doce, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente, como asimismo personalmente a la señora Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien no firmó.

DERECHO PROCESAL

Corte Suprema Comercial Automotriz Miranda L. con Consejo de Defensa del Estado

22 de noviembre de 2012

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

***DOCTRINA:** La corte acoge el recurso de casación en el fondo interpuesto por el Consejo de Defensa del Estado señalando que los sentenciadores infringieron las normas de la sana crítica al establecer un monto de indemnización superior al propuesto por el perito fiscal. Ello debido a que fue la única prueba considerada para resolver el pleito de manera que, sostiene el fallo, los jueces se apartaron de las reglas de la lógica, vulnerando los principios de la identidad y de la falta de contradicción, incurriendo, además, en un error argumentativo que contraría las máximas de la experiencia ya que al considerar esa particular probanza para el establecimiento de los supuestos fácticos en base a los cuales han quedado en condiciones de decidir el asunto controvertido, no pudieron omitirla precisamente al resolver el pleito que fue sometido a su conocimiento.*

Santiago, veintidós de noviembre de dos mil doce.

Vistos:

Primero: Que en este procedimiento especial de reclamación del monto de la indemnización provisoria propuesta por la Comisión de

Peritos, establecido en los artículos 12 y siguientes del Decreto Ley N° 2186, que aprueba la Ley Orgánica del Procedimiento de Expropiaciones, caratulado “Comercial Automotriz Miranda L. con Consejo de Defensa del Estado”, tramitado ante el Tercer Juzgado Civil de Antofagasta, bajo el rol N° 792-2009, el juez no inhabilitado de dicho tribunal, por sentencia de once de agosto de dos mil nueve, escrita a fojas 190, acogió parcialmente la reclamación deducida, fijando como indemnización definitiva por la expropiación la suma de \$ 50.000.000, más el reajuste que indica, sin costas.

Apelado este fallo por ambas partes, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, mediante sentencia de diecisiete de junio de dos mil diez, lo confirmó, con declaración que se fija como monto definitivo de indemnización la suma de \$ 50.525.307, con reajustes que señala.

En contra de esta última sentencia, también ambas partes deducen recurso de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

Segundo: Que en el arbitrio de nulidad sustancial interpuesto por la actora se expresa que en el fallo cuestionado se ha incurrido en error de derecho al infringirse lo dispuesto en los artículos 425 del Código de Procedimiento Civil, 1698 del Código Civil y 38 del Decreto Ley N° 2.186.

Expone el impugnante que en la sentencia objetada se ha desestimado por completo el informe pericial promovido por su parte, prefiriendo el evacuado por el perito propuesto por el Fisco de Chile, sin señalar una razón concreta que justifique tal preferencia, vulnerando así la exigencia contenida en el artículo 425 del Código de Procedimiento Civil y prescindiendo de un elemento decisorio del juicio ya que la única manera de determinar el valor de la indemnización es siguiendo las opiniones vertidas por los peritos, sosteniendo el actor que el producido por su parte posee un mayor valor probatorio que el que pueda asignarse al de la contraria, por cuanto aquél atendió a la rentabilidad del local comercial que fuera parcialmente expropiado, incluyendo los gastos relativos a un

arriendo alternativo, los costos del paro de actividades por el período de rediseño y construcción del local, todos los cuales son perjuicios ocasionados directamente por el acto expropiatorio.

La falta de consideración y ponderación de tal probanza también hace incurrir a los sentenciadores en la infracción del artículo 1698 del código sustantivo ya que la carga probatoria que impone a su parte la señalada disposición se ha satisfecho con su informe pericial.

Las referidas infracciones determinan que también se haya conculcado el artículo 38 del D.L. 2.186, disposición que –conforme lo ha asentado la doctrina y la jurisprudencia– establece que la indemnización a que tiene derecho el expropiado debe ser íntegra y completa, compensando todo el daño que se le causa con la privación de un bien de su dominio, perjuicio del que el informe pericial da debida cuenta, explicando que la estructura afectada por la expropiación comparte con la superficie restante del edificio no expropiado los apoyos en los ejes estructurales del local, lo que exige intervenir esos pilares, desarmándolos, para la posterior ejecución de refuerzos.

Si bien tales conceptos han sido reconocidos en el informe de tasación, se ha errado al momento de avaluar sus costos y se precisan debidamente en el informe pericial que los sentenciadores han omitido;

Tercero: Que de su parte, el recurso de nulidad deducido por la defensa fiscal sostiene que la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta ha vulnerado los artículos 38 del D.L. 2.186 y 425 del Código de Procedimiento Civil.

Expone el recurrente que la sentencia de autos ha hecho un análisis pormenorizado, detallado y descriptivo de la prueba rendida en autos, concluyendo que la prueba testimonial rendida por la reclamada, analizada en el considerando sexto, otorga fuerza al informe de tasación de la comisión de peritos y que tanto el referido informe como el dictamen pericial evacuado por el perito fiscal concuerdan en los criterios aplicados para valorizar las diversas partidas de sus pericias, por lo que

los antecedentes consignados en ellos servirán para determinar el monto definitivo de la cuestionada indemnización.

Tal razonamiento, contenido en el basamento noveno, se complementa además con las consideraciones por las cuales se desestima la pericia de la reclamante, al concluir los sentenciadores a este respecto que el perito propuesto por la expropiada desarrolló su trabajo abarcando una superficie mayor que la expropiada y extendió su estudio a factores de explotación comercial, actuales y futuros, laxitud que lo condujo a concluir valores que chocan con la lógica y máximas de experiencia.

De esta forma, la determinación del monto definitivo de la indemnización por la expropiación de autos ha tenido en consideración sólo el informe de la comisión pericial y el evacuado por el perito propuesto por la entidad expropiante.

Sin embargo, en una clara infracción a las reglas de la sana crítica, incurriendo en un error de precisión y falta a la fidelidad, lógica, verdad, método y raciocinio de dichas normas, para la fijación del valor de la indemnización, equivocadamente se contabilizó dos veces el presupuesto adjunto al informe del perito fiscal.

Ese dictamen propuso el valor único y total de \$ 30.900.000, incluyendo el terreno y la remodelación de un galpón. Empero, el fallo considera esa suma como si fuese únicamente la tasación del terreno, adicionándole el valor de remodelación del galpón, error de razonamiento que resulta confirmado al considerar que el fallo rechaza todas las pretensiones de indemnización a título de rentabilidad del negocio, plusvalía y reajustes, evidenciándose que la inconsistencia de la sentencia obedece a la falta de precisión, exactitud y fidelidad a lo establecido en el informe pericial que la funda, error que también importa conculcar la norma del artículo 38 del D.L. 2.186 puesto que se dispone una indemnización que no corresponde con el daño patrimonial efectivamente causado por la expropiación, otorgando una cantidad que constituye un enriquecimiento ilícito para el expropiado;

Cuarto: Que, en resumen, la cita de las disposiciones legales denunciadas por los recurrentes, expuestas previamente en los motivos que anteceden y los argumentos esgrimidos en apoyo de sus afirmaciones en tal sentido, tienen por objeto sustentar, en lo fundamental, que la indemnización de autos no ha sido determinada correctamente ya que la suma fijada no comprende el daño patrimonial que no ha sido consecuencia inmediata y directa de la expropiación, ya por no haber considerado y ponderado debidamente el informe pericial de la parte reclamante, ya por haber incurrido en un error de apreciación del dictamen evacuado a instancias del Fisco y, en ambos casos, los sentenciadores han infringido las normas de la sana crítica;

Quinto: Que la controversia de autos se refiere al monto de la indemnización que corresponde pagar al actor respecto del Lote 1-B, de 87 metros cuadrados y parte de un inmueble de mayor extensión –de 496,25 metros cuadrados– que tiene asignado el rol de avalúo 1392-34 de la comuna de Antofagasta, que le fuera expropiado por el Fisco de Chile, mediante Decreto N° 375, de 22 de mayo de 2006, necesario para la ejecución de la obra “Estudio de Ingeniería Mejoramiento Costanera Norte, Antofagasta II Región”;

Sexto: Que en lo que atañe al arbitrio de nulidad que ha sido puesto en conocimiento de esta Corte, en autos constan las siguientes actuaciones y antecedentes, conforme a los cuales los jueces de mérito resolvieron el asunto controvertido:

1.- Por informe evacuado el 8 de marzo de 2005, la comisión de peritos determinó como monto provisional de indemnización por expropiación la suma de \$ 29.598.303, cantidad que se descompone en cuatro rubros: Terreno, por \$ 9.512.841 (a razón de \$ 109.343 el metro cuadrado); Construcción, por 15.072.512 (128 metros cuadrados tasados a \$ 117.754 cada uno); Obras Complementarias, por \$ 1.984.994 y Daños adicionales, por \$ 3.027.956.

La entidad expropiante consignó a nombre del aparente propietario la suma de \$ 31.433.398.

2.- En su reclamación de fojas 54, el actor pidió que se fijara la indemnización definitiva en la suma de 9.851 unidades de fomento, equivalente a \$ 209.547.122, con costas.

Justificó su pretensión sosteniendo que la comisión de peritos no atendió aspectos relevantes necesarios de considerar; a saber, que el lote expropiado es parte de un inmueble con frente a dos avenidas estructurales, característica que no se condice con la tasación de la comisión pericial, la que además sólo ha reiterado los valores nominales que consignaba un anterior informe de tasación del año 2004 practicado a propósito de un decreto expropiatorio que finalmente no surtió efecto, proceso en el cual además se había practicado otra tasación que arrojó valores mayores a los actuales, todo lo cual denota la falta de acuciosidad de la pericia.

Con todo, el informe de la comisión pericial no considera el correcto valor de mercado del terreno, que asciende a 22 unidades de fomento el metro cuadrado, el costo de reposición de las construcciones, que exige el nuevo diseño de local que se utiliza para la exhibición de automóviles, considerando, entre otros aspectos, el proyecto de electricidad, gastos de construcción de una nueva estructura, costo de cierre y vigilancia del área no expropiada, todo lo cual asciende a la suma de 4.954 unidades de fomento (\$ 105.386.400), debiendo aumentarse también los valores tasados por concepto de obras complementarias y daños adicionales, atendido que la estructura construida forma un solo todo con la superficie del inmueble no expropiada debiendo contemplarse costos de demolición, intervención de pilares estructurales, reemplazo de cenefa, todo por un total de 1.633 unidades de fomento (\$ 34.744.900), más la pérdida de rentabilidad durante el tiempo de rediseño y reconstrucción, que valora en 1.350 unidades de fomento, considerando en esa suma el arrendamiento de un local de similares características por 3 meses y la pérdida de ventas.

3.- Mediante la contestación agregada a fojas 80, la reclamada sostuvo que la indemnización provisoria propuesta por la comisión de peritos consideró el valor total y en conjunto de la propiedad, debiendo considerarse que, tratándose de una expropiación parcial, no es necesario

el traslado de local y que el expropiado se beneficiará con la construcción de la vía de cuatro pistas que enfrentará su inmueble. Sostuvo que lo pedido a título de construcciones, remodelación de local, arriendos y costos por nuevo diseño son todos rubros no indemnizables, al no constituir un perjuicio a consecuencia directa e inmediata de la expropiación, ya que constituyen inversiones futuras y modificaciones voluntarias, así como tampoco resulta indemnizable las eventuales pérdidas de ventas, que no necesariamente se originan con ocasión del acto expropiatorio.

4.- Las partes produjeron prueba documental, testimonial y pericial.

Respecto a esta última, el informe elaborado por el arquitecto Larry Games, propuesto por la parte reclamante, define los perjuicios sufridos por el expropiado en tres rubros: a) la infraestructura física y el terreno (incluyendo en el primero el valor del rediseño del local, la demolición parcial o total de la estructura y el valor de la nueva construcción); b) la rentabilidad del espacio; y c) la productividad del local, proponiendo la suma total, a título de indemnización de perjuicios, de \$ 176.228.975.

El informe pericial del Fisco evacuado por el arquitecto Edwin Villarroel determina el valor de terreno en 522 unidades de fomento y la tasación comercial (que incluye las obras preliminares, obra gruesa, terminaciones y obras anexas) en \$ 19.625.307 (equivalente a 957 unidades de fomento), proponiendo un total de tasación de 1.479 unidades de fomento, o \$ 30.900.000;

Séptimo: Que en lo relativo al arbitrio que se viene analizando, el fallo recurrido, al reproducir y confirmar el de primer grado, ha considerado para fijar la indemnización definitiva tanto la ubicación del inmueble como su estructura, aspectos detallados en el basamento decimoquinto del fallo de primer grado, el que deja asentado que su valor comercial es mayor a aquel fijado por la comisión pericial,

Luego de discurrir acerca de los criterios empleados para fijar el monto de la indemnización por la parte expropiada del bien raíz de dominio de la reclamante, el fallo dejó establecido que la reclamante no ha rendido pruebas que establezcan que la pérdida del terreno expropiado

haya afectado a la rentabilidad de su negocio y que el inmueble de la reclamante se ha visto favorecido con la remodelación de ese sector.

Asimismo, luego de analizar las probanzas rendidas en juicio, establece que para la fijación del monto definitivo de la indemnización se estará al informe pericial emitido por el señor Edwin Villarroel Terrazas, “...*que asignó a los 87 metros cuadrados objeto de la expropiación un valor de \$30.900.000.- y de \$19.635.307.- por concepto de la remodelación del galpón, que suman \$50.535.307*”, cantidad que determina como indemnización definitiva;

Octavo: Que emprendiendo el análisis de los reproches jurídicos que sustentan el libelo de nulidad de la reclamante, la primera denuncia formulada dice relación con una eventual trasgresión del artículo 425 del Código de Procedimiento Civil, la que dispone que “Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria del dictamen de peritos en conformidad a las reglas de la sana crítica”.

Conforme lo plantea el impugnante, la norma habría sido conculcada al no haber atendido los sentenciadores a los antecedentes y conclusiones del informe pericial rendido por su parte, el que pese a tener un mayor valor probatorio que el peritaje de la contraria, se desestima por completo “*sin señalar una razón concreta al respecto*”, infracción que se hace vincular con la conculcación del artículo 1698 del Código Civil, afirmando que su parte sí cumplió con la carga probatoria de acreditar la procedencia del mayor valor pretendido.

Conviene en este punto precisar que esta última disposición legal contiene en su inciso primero la directriz básica de la distribución del peso de la prueba en nuestro ordenamiento civil, acerca de la cual esta Corte ha definido ya que exhibe carácter regulatorio de la prueba, pues la impone imperativamente, como regla general, a quien alega la existencia de la obligación y, a contramano, a quien sostiene su extinción. Así, su infracción se configura en la medida que el fallo altere esa carga procesal.

Asimismo, también ha de recordarse que, en cambio, el artículo 425 del Código de Enjuiciamiento no reviste el carácter de reguladora de la

prueba, toda vez que el precepto no le fija un valor probatorio tasado a la prueba pericial, como acontece con otras probanzas, sino que consagra la potestad del tribunal de apreciarla en conformidad a las reglas de la sana crítica ya que, por medio de la referida disposición se conduce el análisis del sentenciador conforme a las reglas del correcto entendimiento contingentes y variables, con relación a la experiencia del tiempo y del lugar, que son estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia. Es la ley la que envía al juez la forma como apreciará la prueba, pudiendo, por ende, dar o no dar valor probatorio a estos medios, razonando conforme a las reglas de la lógica y máximas de experiencia, motivo por el cual queda dentro de lo que se denomina prueba judicial y no legal.

Por ello es que esta disposición sólo podría verse conculcada en la medida que los sentenciadores incurriesen en una franca infracción a los principios y pautas del correcto entendimiento y de la lógica, mas no cuando el reproche se sustente en discrepancias con el proceso de apreciación comparativa de los diversos informes periciales y la metodología utilizada para justipreciar el daño, por cuanto la ponderación del informe de peritos, efectuada adaptada a la sana crítica, constituye un ámbito amplio e inespecífico de análisis con fidelidad a las pautas inmutables de la lógica, de los principios científicos afianzados y a las máximas de la experiencia;

Noveno: Que analizado el asunto en la forma que se viene relacionando, desde luego ha de concluirse que no se aprecia infracción al principio rector de la distribución de la carga probatoria, por cuanto lo denunciado no ha dicho relación con la alteración de dicho deber procesal sino que se orienta a sostener que el actor cumplió precisamente con esa carga y que el sentenciador no consideró las probanzas que en cumplimiento de tal carga se produjeron. Subyace en la denuncia, entonces, un reproche respecto a la manera en que el sentenciador apreció y ponderó las probanzas y, en particular, el informe pericial del reclamante;

Décimo: Que como consecuencia de lo recién señalado, al no vulnerarse las normas reguladoras de la prueba; aquellas que, como

reiteradamente esta Corte ha precisado, se entienden conculcadas cuando los sentenciadores invierten el “onus probandi”, o carga de la prueba; cuando rechazan pruebas que la ley admite; aceptan las que la ley rechaza; desconocen el valor probatorio de las que se hayan producido en el proceso cuando la ley le asigna uno determinado de carácter obligatorio, o alteran el orden de precedencia que la ley les otorga, no resulta posible alterar los presupuestos fácticos fijados por los jueces del grado –los que han sido establecidos con sujeción al mérito de los antecedentes, probanzas aportadas por las partes, interpretación y aplicación de normas atinentes al caso en estudio y sobre los cuales recayó la aplicación del derecho sustantivo– siendo ellos inamovibles y, por lo mismo, imposible de impugnarlos por la vía de la nulidad que se revisa, al haber adquirido el carácter de definitivos para la decisión de la acción interpuesta en autos;

Undécimo: Que, en este orden de ideas, del examen del fallo impugnado fluye además que no es efectivo que los sentenciadores hayan desestimado sin más la pericia del impugnante. Tal probanza sí fue considerada por los jueces de fondo, ya que el antecedente fue analizado –al igual que la pericia ofrecida por la demandada y el propio informe de tasación elaborado por la comisión de peritos– y ambos dictámenes fueron ponderados, según se desprende de la lectura de los motivos tercero, cuarto, noveno, décimo y duodécimo del fallo objetado, regulando en definitiva el monto de la indemnización por expropiación, en los términos ya expuestos.

Si la ponderación del informe de peritos ha de efectuarse, como se dijo, adaptada a la sana crítica, que constituye un ámbito amplio e inespecífico de análisis con fidelidad a las pautas inmutables de la lógica, de los principios científicos afianzados y a las máximas de la experiencia, no es factible asilarse en la inexistencia de ese escrutinio, como lo hace el recurrente, desde el momento mismo que los considerandos del fallo desaprobado, referidos en el motivo séptimo de la presente decisión, exteriorizan los argumentos tomados en cuenta para modificar el pronunciamiento de la comisión de peritos y valorizar el inmueble objeto de expropiación, por estimar que era adecuado a derecho aumentar la indemnización provisional, cuyos supuestos fácticos fueron discutidos

y analizados en el procedimiento que la ley ha destinado para tal efecto, a fin de obtener un resarcimiento equitativo por la expropiación del inmueble, pero no en los términos pretendidos por el expropiado, por cuanto su probanza fundamental no pudo ser considerada, conforme los argumentos que los sentenciadores se encargaron de expresar en el motivo noveno del fallo de alzada.

Con todo, tal análisis podrá ser revisado por la vía del recurso de apelación, pero no por la casación en el fondo, ya que la libertad y naturaleza de los parámetros que se entregan al juez para dicha actividad, en la medida que se respeten los principios fundamentales que deben observarse en un razonamiento conforme las normas de la sana crítica, impiden que se incurra en error de derecho;

Duodécimo: Que entonces se evidencia que la tesis propuesta en el arbitrio descansa en hechos distintos a los establecidos en autos, pretendiendo el recurrente con ella desvirtuar los razonamientos de los jueces de mérito que han preferido la probanza del Fisco y las conclusiones del informe de la comisión de peritos, conforme a las cuales se ha resuelto el litigio de autos y los supuestos fácticos fundamentales asentados, pretensión extraña al recurso de casación en el fondo, del modo en que se ha planteado;

Decimotercero: Que la siguiente alegación está referida a la infracción de la norma contenida en el 38 de la Ley Orgánica de Procedimiento de Expropiaciones, de la cual se sigue, en concepto del impugnante, que se ha determinado erróneamente el monto de la indemnización definitiva por la expropiación de autos;

Decimocuarto: Que, primeramente, habrá de señalarse que no se encuentra en discusión que la indemnización debe entenderse referida al daño patrimonial efectivamente causado con motivo de la expropiación, y que ha de ser una consecuencia directa e inmediata de la misma. Ello no puede desconocerse, pues tiene un fundamento constitucional.

El recurrente ha estimado transgredido tal precepto en razón de que la indemnización definitiva fue calculada conforme a la prueba pericial

rendida por la reclamada sin atender a los análisis y conclusiones expresados en el informe pericial de su parte, lo que justificaba aumentar en mayor medida aun el monto consignado provisoriamente.

Sin embargo, la determinación del monto de la indemnización definitiva queda entregada de manera privativa a los jueces a cargo de la instancia, los que deben valorar las diversas probanzas y antecedentes que ofrezca el proceso respectivo. Excepcionalmente, sólo si los magistrados de la instancia hubieren infringido leyes reguladoras de la prueba al llevar a cabo la labor de fijar el monto indemnizatorio –error de derecho que en la especie no se constató– este Tribunal de Casación estaría habilitado de anular la sentencia impugnada y decidir de modo diverso a como se reprocha.

Por ello es que la denuncia de haber desobedecido el fallo el mandato que le impone el artículo 38 del D.L N° 2.186, tampoco podrá tener acogida, desde que el libelo plantea su vulneración como una consecuencia de la errónea actividad de la apreciación y ponderación de la prueba, lo que no ha ocurrido ni pudo ser objeto de control por esta Corte mediante la vía intentada y de la forma en que se propuso;

Decimoquinto: Que así, al no advertirse en el escrito de nulidad sustancial razón alguna que habría de llevar a esta Corte a innovar en esta materia, no procede acoger la pretensión invalidatoria sostenida por la parte expropiada, del modo que fue planteada;

Decimosexto: Que ahora, tocante al recurso de casación propuesto por la reclamada, el reproche formulado dice relación con una inconsistencia ocasionada por la falta de precisión, exactitud y fidelidad en lo relativo a los antecedentes y conclusiones del dictamen pericial evacuado por el perito fiscal.

Expresa el recurrente que si aquella fue la probanza fundamental en base a la cual los sentenciadores resolvieron el asunto controvertido, tal preferencia imponía atender también a las conclusiones del dictamen para establecer la indemnización definitiva.

Aduce el reclamado que en el presupuesto anexo al informe se indica claramente, por concepto de valorización de galpón, la suma de \$ 19.625.307 y que en la última hoja, bajo el epígrafe “cálculo” se valoriza el *terreno* a razón de 6 unidades de fomento por metro cuadrado, por un total de 522 unidades de fomento y el *valor de remodelación* “según presupuesto adjunto” a razón de 11 unidades de fomento por metro cuadrado, en 957 unidades de fomento, cantidad que sumada al monto establecido por el terreno, alcanza a 1.479 unidades de fomento, valor que se condice con la indemnización entregada y pagada a la reclamante por la expropiación de que fue objeto.

Por ello es que al resolver que la suma definitiva a pagar es la de \$ 50.525.307, los sentenciadores han vulnerado las normas de la lógica y la experiencia, ya que si se consideró determinante el informe pericial evacuado por la reclamada, la razonable conclusión del fallo hubiese sido la de rechazar la reclamación interpuesta;

Decimoséptimo: Que el análisis de la denuncia formulada en el recurso exige una revisión más acuciosa del proceso reflexivo que orientó la decisión que se ha impugnado, por cuanto en el libelo se afirma circunstanciadamente una infracción a las normas de la lógica y de la experiencia cuya observancia es dable exigir a los sentenciadores.

Tal examen requiere primeramente precisar algunas cuestiones fundamentales;

Decimooctavo: Que las reglas de la lógica, y de la experiencia –junto a los conocimientos científicamente afianzados– determinan el contenido de la sana crítica.

Entendiendo a la lógica como la ciencia que expone las leyes, modos y formas del conocimiento científico, el discurso que en base a ella se propone supone una construcción racional conforme a determinadas premisas.

De esta manera, la lógica pretende distinguir los razonamientos correctos de aquellos que no lo son, para lo cual en sus proposiciones debe

existir una vinculación racional, a las que se le denomina: Implicación, equivalencia, consistencia e independencia. La lógica formal origina las leyes: a) *De la identidad*, que pretende significar que si una proposición es verdadera, siempre será verdadera ya que la identidad de la persona o cosa es la misma que se supone; b) *De la falta de contradicción*, según la cual una proposición no puede ser verdadera y falsa al mismo tiempo, de lo que se sigue que dos juicios contrapuestos o contradictorios se neutralizan o destruyen entre sí, así como dos juicios contradictorios no pueden ser simultáneamente válidos y que, por lo tanto, basta con reconocer la validez de uno de ellos para poder negar formalmente la validez del otro; c) *De tercero excluido*, en que una proposición no puede ser verdadera o falsa al mismo tiempo. Por ello, dos juicios contradictorios no pueden ser simultáneamente falsos, bastando con reconocer la falsedad de uno de ellos para poder afirmar formalmente la validez del otro; y d) *De la razón suficiente* cuya implicancia, para quienes no la consideran como parte integrante de la teoría de la demostración, contempla que cualquier afirmación o proposición que acredite la existencia o no de un hecho, tiene que estar fundamentada o probada, pues las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia. (Nelson Pozo Silva, Argumentación de la sentencia penal, Editorial Puntotext).

Por su parte, la experiencia comprende por nociones de dominio común y que integran el acervo cognoscitivo de la sociedad, aquellas que se aprenden como verdades indiscutibles. Couture definió las llamadas máximas de experiencia como “*normas de valor general, independientes del caso específico, pero como se extraen de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos casos, son susceptibles de aplicación en todos los otros casos de la misma especie*” (Fundamentos de Derecho Procesal Civil, página 192). De su parte, Friedrich Stein expresa que éstas “*son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos*” (El conocimiento Privado del Juez, página 27, citados por Joel González Castillo, Revista Chilena de Derecho, Vol. 33 N° 1, año 2006).

De su parte, los conocimientos científicamente afianzados son diversos, pero se ajustan a conclusiones que se adquieren aplicando el método científico, el cual se caracteriza por sus etapas de conocimiento, observación, planteamiento del problema, documentación, hipótesis, experimentación, demostración o refutación y conclusión: tesis o teoría. Los conocimientos científicos están asociados a las teorías y leyes de las diversas ciencias, las que se han construido mediante el método científico, el cual está caracterizado fundamentalmente por la demostración.

La diferencia entre la lógica formal con las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, está constituida por el hecho de que la primera no requiere ser demostrada.

Esta Corte ha tenido la oportunidad de resolver por medio del recurso de casación en el fondo la violación de las reglas de la sana crítica y acerca de ello, se ha dicho: *“Que al efecto, y por lo que se dirá, es preciso tener presente que atenta contra los principios básicos de lógica formal, por contrariar las reglas del correcto entendimiento humano: a) decir de algo lo que no es, por ser contrario al “principio de identidad”; y b) concluir como verdaderos, hechos deducidos de premisas o hipótesis falsas, por configurarse el error de raciocinio llamado “argumentación en base a falso antecedente.” “Que de lo razonado en los considerandos quinto a noveno de esta sentencia aparece que los jueces del fondo, al apreciar la prueba, vulneraron las normas reguladoras establecidas en los artículos 455 y 456 del Código del Trabajo, toda vez que resulta contrario a la lógica formal, y en consecuencia a la sana crítica, sostener de una cosa lo que no es y, también, tener por verdaderos hechos deducidos a partir de hipótesis falsas, lo que se concretó al afirmar que un testigo dijo algo distinto a lo señalado en su declaración y al sostener que la absolvente no ha reconocido hechos que la perjudican, siendo evidente que sí lo hizo” (Rol 5129-08, sentencia de 4 de noviembre de 2008);*

Decimonoveno: Que, precisado lo anterior, emprendiendo ahora el análisis del razonamiento seguido por los jueces de mérito en la especie, se advierte que en el motivo quinto de la sentencia objetada, los sentenciadores confrontaron el informe de tasación con las pericias rendidas en autos, resaltando que sólo el informe del reclamante

expresaba consideraciones relacionadas a la explotación comercial de la parte expropiada o del lote a que pertenece, relativas a conceptos, valores técnicos y razonamientos de orden comercial, en cuanto a la proyección futura del terreno en su totalidad y en base a las cuales asigna al valor de expropiación la suma de \$42.424.174.

En los basamentos séptimo y octavo recuerdan los jueces que a ellos corresponde determinar la valoración de sus informes conforme a las normas de la sana crítica, definiendo tal método como *“aquel razonamiento que nos conduce al descubrimiento de la verdad por los medios que aconsejan la recta razón y el criterio racional que examina y valora las probanzas rendidas por las partes en el juicio que se trate”*, para concluir, en el motivo noveno, que de la apreciación de los Informes Periciales rendidos en autos se demuestra que dos de ellos, (el Informe de Tasación y el evacuado por el perito Edwin Villarroel Terrazas) concuerdan en cuanto a los criterios aplicados para valorizar las diversas partidas de sus pericias, a saber, la superficie del terreno a expropiar, a la construcción afectada, las demoliciones y obras anexas, diferenciándose en los montos particulares asignados a estos ítems, por lo que los antecedentes consignados en ellos servirán para determinar el monto definitivo de la cuestionada indemnización.

En el mismo basamento desestiman la pericia del señor Games *“por haber desarrollado su trabajo abarcando una superficie mayor sobre la cual se decretó la expropiación, y lo que es más notorio, extendió su estudio a factores de explotación comercial actual y futura sobre la referida mayor extensión, laxitud que lo condujo a concluir en valores que chocan con la lógica y las máximas de la experiencia, como se puede apreciar de la simple lectura de su informe de fojas 118 y siguientes, donde incluso formula apreciaciones acerca de la forma en que se verá afectada una marca comercial de vehículos que cita en el documento, lo que es más propio de una apreciación financiera de la explotación de un negocio, que corresponde a una tasación por expropiación”*;

Vigésimo: Que avanzando en el examen del discurso argumentativo contenido en el fallo, una vez que desestimaron el informe pericial de la expropiada, los jueces concluyen también que la reclamante no

rindió pruebas que establezcan que la pérdida del terreno expropiado haya afectado a la rentabilidad de su negocio, excluyéndose entonces tal concepto al momento de la determinación del monto definitivo de la indemnización.

También dejan establecido que el inmueble de la reclamante se ha visto favorecido con la remodelación de ese sector –constatado con el aumento significativo del avalúo fiscal desde el segundo semestre del año 2004 al primer semestre del año 2009–, plusvalía territorial que, en concepto de los sentenciadores, desvirtúa lo reclamado en cuanto a la desvalorización del referido inmueble.

Conforme a tales reflexiones, el considerando duodécimo concluyó que para la fijación del monto definitivo de la indemnización se estará al informe pericial emitido por el señor Edwin Villarroel Terrazas, que asignó a los 87 metros cuadrados objeto de la expropiación un valor de \$30.900.000.- y de \$19.635.307.-” por concepto de la remodelación del galpón, “*que suman \$50.535.307.-*”; coincidiendo casi perfectamente con lo resuelto por el juez a quo que fijó un total de \$50.000.000, remitiéndose el fallo, en este punto, al motivo decimoquinto del fallo de primer grado, donde se ha tenido presente, para fijar la indemnización, únicamente dos aspectos: la ubicación del lote expropiado y su edificación; a saber, estructura mixta de acero y hormigón, cubierta de acero cincado, pavimento cerámico, muros de hormigón y vidrio, puertas y ventanas de aluminio y 36 estacionamientos;

Vigesimoprimer: Que los razonamientos que se han venido expresando permiten ya entrever el destino de la pretensión fiscal, por cuanto se constata con claridad la efectividad de los dos asertos postulados en el recurso de nulidad, en orden a que los sentenciadores sostienen su decisión únicamente con las probanzas rendidas por su parte y, en particular, con los antecedentes y observaciones del informe pericial evacuado por el perito señor Villarroel y que el monto determinado como indemnización supera el propuesto por dicho experto.

Entonces, forzoso resulta concluir que en este punto los jueces se apartaron de las reglas de la lógica, vulnerando los principios de

la identidad y de la falta de contradicción, incurriendo además en un error argumentativo que contraría las máximas de la experiencia, ya que al considerar esa particular probanza para el establecimiento de los supuestos fácticos en base a los cuales han quedado en condiciones de decidir el asunto controvertido, no pudieron omitirla precisamente al resolver el pleito que fue sometido a su conocimiento;

Vigesimosegundo: Que también confirma tal conclusión la absoluta correspondencia que se aprecia entre las características del lote expropiado que fueron resaltadas por los sentenciadores como necesarias de considerar para determinar su indemnización –aquellas mencionadas en el motivo decimoquinto del fallo de primer grado– con las detalladas y desarrolladas en el informe pericial.

El informe pericial valoriza el terreno considerando su ubicación, su uso comercial y su accesibilidad, proponiendo, por este concepto, un valor de 6 unidades de fomento para cada uno de los 87 metros cuadrados expropiados. Es decir, 522 unidades de fomento, equivalente a \$ 10.918.245,9, al valor de dicho índice a la época de elaboración del informe.

También tasa la estructura emplazada en el inmueble expropiado y aquella que comparte con el retazo no expropiado, considerando todos los aspectos que a juicio de los sentenciadores eran necesarios de advertir, valorándola en la cantidad de \$ 19. 625.307 (957 unidades de fomento).

Sumados ambos rubros se arriba a la cantidad de 1479 unidades de fomento (equivalente a \$ 30.935.030, al valor de la unidad de fomento al 10 de julio de 2009).

En términos nominales, el perito determina el valor de tasación en \$ 30.900.000;

Vigesimotercero: Que, en consecuencia, habiéndose comprobado la vulneración del citado artículo 425 del Código de Procedimiento Civil, infringido del modo que se ha expuesto, ello conduce necesariamente a la conculcación de la segunda norma que sustenta la pretensión anulatoria,

por cuanto, al fallar del modo en que lo han hecho, los sentenciadores determinaron una indemnización de perjuicios que no han sido una consecuencia directa e inmediata del acto expropiatorio de autos, razones que imponen acceder al resorte de ineficacia;

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en las normas legales citadas y en los artículos 765 y 767 del Código de Procedimiento Civil, **se rechaza** el recurso de casación en el fondo interpuesto en lo principal de fojas 265, por el abogado don Carlos Claussen Calvo, en representación de la actora en contra de la sentencia de diecisiete de junio de dos mil diez, escrita a fojas 243 y se **acoge** el arbitrio impetrado por el Abogado Procurador Fiscal de Antofagasta, don Carlos Bonilla Lanas, dirigido en lo principal de fojas 253 en contra de la referida sentencia, la que **es nula**, procediéndose a continuación, separadamente y sin nueva vista, a dictar la de reemplazo de rigor.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro señor Araya E.

N° 5375-10.

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Juan Araya E., Guillermo Silva G. y Abogados Integrantes Sres. Jorge Lagos G. y Víctor Vial del Río.

No firman el Ministro Sr. Araya y el Abogado Integrante Sr. Vial, no obstante haber concurrido ambos a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar con permiso el primero y ausente el segundo.

Autorizado por la Ministra de fe de esta Corte Suprema.

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

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

Arturo Felipe Onfray Vivanco¹

MOIRA NAKOUSI y DANIEL SOTO (Editores): *Cine y Criminalidad Organizada. Una mirada multidisciplinaria*. Editorial Cuarto Propio, Santiago, 2012, 592 páginas.

Probablemente son muchos quienes han seguido, por televisión, la serie “Pablo Escobar, el Patrón del Mal” o, al menos, leído su libro precedente “La Parábola de Pablo”, de Alonso Salazar. La novela del famoso narcotraficante colombiano penetra en su historia familiar y psicológica pero, a la vez, nos habla de una serie de fenómenos jurídicos y políticos, que hacen de ella una fuente valiosa para posteriores reflexiones por parte del mundo jurídico, respecto de cómo el crimen organizado, el delito transnacional, el narcotráfico y el tráfico de influencias se enfrentan al Estado, el cual debe buscar las estrategias más idóneas para el logro de la paz resquebrajada, desde la negociación hasta la persecución sin transar.

De alguna manera dicho fenómeno televisivo nos recuerda la importancia de considerar en la enseñanza del Derecho estudios de casos, ya que la imagen contribuye a comprender mejor, a través del ejemplo, una patología, un fenómeno social o un desarrollo criminal.

Así lo entienden Moira Nakousi, psiquiatra, y Daniel Soto, abogado, quienes en el libro “Cine y Criminalidad Organizada”, una obra colectiva

¹ **ARTURO FELIPE 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) y Doctor en Derecho (PhD) de la Universidad Católica de Lovaina. Miembro de los Institutos Chileno de Derecho Procesal e Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal.

por ellos editada, recoge la importante vinculación existente entre el ícono y el Derecho, a través del análisis de veinticinco películas, desde tres disciplinas que dialogan, a saber: la Estética, el Derecho y la Criminología.

Las películas aparecen ordenadas en forma cronológica, comenzando con “El vampiro de Düsseldorf”, una pieza maestra del director austriaco Fritz Lang, de 1931, la cual nos revela las heridas de un tema muy actual como lo es la pedofilia; y terminando con “Biutiful”, de Alejandro González Iñárritu, de 2010, obra ambientada en la Barcelona del desecho que trata la historia de Uxbal, el que, afectado por un cáncer terminal, busca asegurar el futuro de sus dos hijos pequeños participando en el negocio del tráfico de inmigrantes ilegales senegaleses y chinos, a quienes protege a su modo, para lo cual debe lidiar con los mafiosos que controlan dicha actividad así como con policías corruptos.

Se revisan, asimismo, una serie de otras películas fundamentales del cine, las cuales incluyen “Nido de Ratas” (1954), de Elia Kazan; “Contacto en Francia” (1971), de William Friedkin; la celeberrima “El Padrino” (1972), de Francis Ford Coppola; “Blade Runner” (1982), de Ridley Scott; y “Scarface” (1983), de Brian de Palma.

La mayoría de las películas, sin embargo, se concentra a partir de comienzos de los años noventa en adelante e incluyen los trabajos de Martin Scorsese (“Goodfellas”, “Los Infiltrados”) y Quentin Tarantino (“Reservoir Dogs”, “Pulp Fiction”), de las taquilleras “Diamantes de sangre”, “Munich”, “¿Quién quiere ser millonario?” y “Traffic”, así como también otros filmes menos conocidos en Chile, pero no por eso menos notables, como son, además del ya mencionado “Biutiful”, “Brother”, “Ciudad de Dios”, “El Jardinero Fiel”, “El Polaquito”, “El Silencio de Lorna”, “Ganster Americano”, “María llena eres de gracia”, “Gomorra”, “Promesas del Este” y “RocknRolla”.

En las películas seleccionadas se describe el fenómeno del crimen organizado, el cual supone complejas estructuras, redes de corrupción y el uso de la violencia brutal para el control de un negocio ilícito y de sus ganancias, ya se trate del tráfico de alcohol, de armas, de diamantes,

de drogas, de especies protegidas o de personas. En tales desarrollos se genera, en ocasiones, una suerte de sistema normativo marginal y paralelo a la legalidad oficial, el que puede amenazar seriamente la estabilidad social y política de los países.

La selección de las obras analizadas refleja la existencia de puentes entre el Cine y el Derecho, lo que no es sino una manifestación del carácter interdisciplinario de la Ciencia Jurídica, abierta, por lo tanto, a entrecruces y diálogos con otras áreas del saber. Así, el Derecho nos habla de la reconstrucción de la realidad, de los medios de prueba para ello, de los presupuestos para responder penalmente y de las sanciones asociadas a los delitos. El Cine, en cambio, nos muestra los hechos que constituyen un “caso real”, incluyendo dimensiones muchas veces insondables para el Derecho. En el tránsito del caso al proceso, y de éste al juicio jurisdiccional, el recurso al análisis de contenido que importa una lectura fílmica resulta útil, en especial como un instrumento propedéutico.

“Cine y Criminalidad Organizada” es una obra inusual en nuestro medio, la cual no cabe sino felicitar, no solamente por su novedad, lo que en sí ya es digno de legítimo encomio, sino que también porque el retrato cinematográfico del fenómeno de la criminalidad organizada, a través de una cuidada selección de películas, enriquecida con los aportes de las visiones criminológicas, estéticas y jurídicas, es un ejercicio que nos habla de la dimensión social del séptimo arte como un instrumento para facilitar la comprensión de los fenómenos delictivos. A partir de lo anterior, es posible proyectar líneas de reflexión en el ámbito del Derecho y en el de su enseñanza, la cual, con frecuencia, testimonia importantes grados de rutina si no un cierto aletargamiento.

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

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 reseñaciones 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 clave 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).

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., pp., o págs., según el caso). Si la obra consta de más de un volumen, se indicará en numeración arábica o romana, según corresponda, el tomo y el volumen, después de la fecha de edición.

Ejemplos:

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; 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, León; 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, León; 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 arábiga o romana, según corresponda, a lo cual siguen, separados por comas, el lugar, la editorial, la fecha de edición y la página respectiva (p., pp., 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, p. 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, León; 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, León; 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/6477c6004fbf7209b7d2bf46ce4e7365/3.pdfMOD=AJPERES> (visitado el 5 de diciembre de 2011).”

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. 97-99.

