



CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO

# REVISTA DE DERECHO

Diciembre 2004

Nº 12

# 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**

*Daniel Martorell Correa*

## **Comité Editorial**

*Pedro Pierry Arrau  
Gonzalo Vial Correa  
René Moreno Monroy  
Crisólogo Bustos Valderrama*

## **Propietario**

*Consejo de Defensa del Estado®*

## **Representante Legal**

*Clara Leonora Szczaranski Cerda*

## **Domicilio**

*Agustinas 1687, Santiago*

Registro de Propiedad Intelectual N° 115.310

ISSN N° 0717-5469

Andros Impresores, Santa Elena N° 1955  
Santiago, Chile

# REVISTA DE DERECHO

Diciembre 2004 N° 12

## ÍNDICE

PRESENTACIÓN .....	9
<i>Arturo Onfray Vivanco</i>	

### A. DOCTRINA

#### DERECHO ADMINISTRATIVO

CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA .....	13
<i>Natalia Muñoz Chiu</i>	

CORTE SUPREMA EN CASO LOLCO: NO HAY RESPONSABILIDAD ESTATAL POR ACTOS LÍCITOS. EL OCASO DE LA DOCTRINA GALLETUÉ.....	41
<i>Álvaro Quintanilla Pérez</i>	

#### DERECHO CIVIL

MOMENTO INICIAL DEL CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL .....	55
<i>José Pablo Vergara Bezanilla</i>	

#### DERECHO INTERNACIONAL

ESTUDIO DEL ARTÍCULO TERCERO DEL CONVENIO DE GINEBRA DE 1949, RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE PERSONAS CIVILES EN TIEMPO DE GUERRA, Y DEL PROTOCOLO ADICIONAL II DE 1977 .....	67
<i>Crisólogo Bustos Valderrama</i>	

## **DERECHO MUNICIPAL**

SITUACIÓN DE LAS SOCIEDADES CIVILES, EN RELACIÓN A LA CONTRIBUCIÓN DE PATENTE MUNICIPAL, QUE ESTABLECE EL ART. 23 DE LA LEY DE RENTAS MUNICIPALES .....	89
<i>José Fernández Richard</i>	

## **DERECHO PROCESAL**

EL RECURSO DE CASACIÓN CIVIL: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y PERFIL ACTUAL .....	97
<i>Cecilia Paz Latorre Florido</i>	

EL PROCESO. LA IMPARCIALIDAD. SISTEMA INQUISITIVO Y ACUSATORIO. LA CONCEPCIÓN UNITARIA DEL PROCESO. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS .....	115
<i>Remberto Valdés Hueche</i>	

## **DERECHO TRIBUTARIO**

ASPECTOS TRIBUTARIOS DE LAS INDEMNIZACIONES DE PERJUICIOS .....	139
<i>Jorge Escobar Ruiz</i>	

## **MEDIO AMBIENTE**

EL PRINCIPIO “QUIEN CONTAMINA PAGA” A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN MEDIOAMBIENTAL CHILENA .....	159
<i>Macarena Muñoz Valenzuela</i>	

## **B. JURISPRUDENCIA DE INTERÉS**

### **MATERIA PREVISIONAL**

Corte de Apelaciones de Santiago, Echeverría Domínguez y otros con Dipreca. Recurso de Protección .....	185
--	-----

**MATERIA CIVIL**

Corte Suprema, Germán Boloña Nelly con Fisco.  
Recurso de Casación en el Fondo ..... 195

**RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS** ..... 201  
*Arturo Onfray Vivanco*

## PRESENTACIÓN

Arturo Onfray Vivanco\*

La elaboración de una revista, como por lo demás ocurre con no pocas cosas en la vida, es una labor silenciosa pero no por eso menos exigente. El avanzar en el itinerario que hace ya más de un lustro se propuso el Consejo de Defensa del Estado, en orden a desarrollar una publicación destinada a servir de foro a los grandes *“temas jurídicos de trascendencia social, estatal y fiscal”*, al decir del Abogado Consejero señor Gonzalo Vial, ha demandado un esfuerzo constante. Partícipes del mismo han sido la Presidencia de la Institución así como el Comité Editorial, el Departamento de Estudios, los autores, los abogados a cargo de la revisión de las doctrinas jurisprudenciales y todos aquellos quienes han colaborado anónimamente en esta iniciativa, incluyendo a los correctores de prueba y a las secretarías que han participado en la preparación del material de la Revista. En este entendido, con entusiasmo y satisfacción presentamos a la comunidad un nuevo número de la Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado.

En esta oportunidad, como ya es tradicional, se incluyen diversos artículos correspondientes a varias ramas de las Ciencias Jurídicas y las secciones jurisprudencia de interés y recensiones bibliográficas.

En el ámbito del Derecho Administrativo, la abogada de la Procuraduría Fiscal de San Miguel, señora Natalia Muñoz Chiu, presenta su trabajo titulado *“Contratación Administrativa”*, referido a la creación del Tribunal de Contratación Pública, en el marco de la Ley N° 19.886, el cual viene a suplir parcialmente la ausencia de una jurisdicción contencioso-administrativa de carácter general. El Abogado Consejero, señor Álvaro Quintanilla Pérez, a su vez, contribuye con su artículo titulado *“Corte Suprema en caso Lolco: No hay responsabilidad estatal por actos lícitos. El ocaso de la doctrina Galletué”*. El referido trabajo recorre el camino procesal del caso Lolco, destacando la decisión de la Corte Suprema en cuanto que el principio de la responsabilidad del Estado por los daños que cause la Administración en el ejercicio de sus funciones opera o tiene aplicación cuando los órganos del Estado actúan fuera de la órbita de sus atribuciones, lo que en la especie no ha ocurrido. Más aún, ni siquiera ha sido puesta en duda la validez del D.S. N° 43, del Ministerio de Agricultura (1990) —el cual declaró a la especie vegetal forestal araucaria araucana, pehuén o pino chileno, como monumento nacional— fuente de la cual se hace surgir la responsabilidad por los demandantes, la que, por consiguiente, ha sido implícitamente validada. Dicha decisión, a su vez, permite avizorar el ocaso de la doctrina sentada en el caso *“Galletué con Fisco”* (1984) y antes en el caso *“Lapostol con Fisco”* (1930), en cuanto reconocía para casos como el de la especie la posibilidad de fundar la obligación indemnizatoria en la equidad y justicia ante la supuesta falta de ley específica.

En el área del Derecho Civil, el ex Abogado Consejero y actual abogado asesor del Comité Civil del Consejo de Defensa del Estado, señor José Pablo Vergara Bezanilla, presenta su artículo *“Momento inicial del cómputo de la prescripción extintiva de la responsabilidad extracontractual”*. En dicho estudio revisa un tema que ha sido objeto de controversia, cual es el relativo a determinar desde qué momento empieza a correr el plazo de cuatro años establecido en el artículo 2.332 del Código Civil para la prescripción extintiva de la responsabilidad extracontractual. Si bien la doctrina y los tribunales se encuentran divididos sobre el punto, cabe destacar que el criterio sustentado por la jurisprudencia mayoritaria indica que la referida prescripción se cuenta, tal como lo sostiene el autor, desde la comisión del hecho ilícito, lo cual, por lo demás, es compartido por ilustres juristas, entre ellos Arturo Alessandri, Pedro Lira, Emilio Rioseco, Manuel Somarriva y Orlando Tapia.

En el campo del Derecho Internacional, el Abogado Consejero señor Crisólogo Bustos Valderrama introduce un completo estudio sobre el artículo tercero del Convenio de Ginebra de 1949, relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, y del Protocolo Adicional II de 1977, siendo, de particular interés, sus reflexiones sobre la aplicabilidad de los mismos al conflicto producido en Chile a contar del 11 de septiembre de 1973.

En materia de Derecho Municipal, el Abogado Integrante de la Excelentísima Corte Suprema y, a su vez, ex Abogado Jefe Municipal de Santiago, señor José Fernández Richard, reflexiona sobre la situación de las sociedades civiles, con relación a la

contribución de patente municipal, que establece el artículo 23 de la ley de rentas municipales, en cuyo marco revisa la controversia suscitada acerca de si las sociedades civiles cuyo único objeto es la inversión están o no afectas a contribución de patente municipal.

En lo Procesal, la abogada de la Procuraduría Fiscal de Iquique, señora Cecilia Latorre Florido lleva a cabo en su trabajo titulado *“El recurso de casación civil: antecedentes históricos y perfil actual”* una reflexión sobre la evolución y situación presente del perfil casacional, el cual, según la autora, admite una doble distinción dada por la protección de la norma jurídica, por una parte, y por la protección del derecho de los litigantes, por la otra. Por su parte, el abogado de la Procuraduría Fiscal de Concepción, señor Remberto Váldez Hueche, presenta su artículo titulado *“El proceso. La imparcialidad. Sistema inquisitivo y acusatorio. La concepción unitaria del proceso. La Constitución Política y los Tratados de Derechos Humanos”*. En un estilo claro y agudo el autor reflexiona sobre la posibilidad de aplicar la Constitución por los jueces para los efectos de inhabilitarse del conocimiento de ciertos casos por falta de imparcialidad más allá de las normas señaladas en el Código Orgánico de Tribunales. Profundizando el concepto de imparcialidad, en la última parte de su trabajo aporta una mirada crítica respecto de los poderes del juez civil.

En la disciplina del Derecho Tributario, el abogado de la Procuraduría Fiscal de Santiago, señor Jorge Escobar Ruiz, analiza los aspectos tributarios de las indemnizaciones de perjuicios, tema materia de debate y, por ende, de actual interés. El desarrollo del autor concluye que las indemnizaciones referidas generan efectos en la capacidad contributiva de las personas.

Finalmente, la abogada señorita Macarena Muñoz Valenzuela, Profesora de Legislación Medioambiental de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Valparaíso, colabora con su trabajo *“El principio ‘quien contamina paga’ a la luz de la legislación medio ambiental chilena”*. En un detallado estudio la autora analiza el principio referido como fundamento de parte de la normativa ambiental. Posteriormente, conceptualiza el principio como esencialmente económico, con indicación de los mecanismos jurídicos que lo protegen. Enseguida, especifica su objetivo y las etapas preventiva y reparatoria en las que se observa su funcionamiento, para concluir con un análisis crítico de su aplicación en Chile.

La Revista, en su sección jurisprudencia de interés, incorpora dos importantes fallos. Uno de ellos trata la prescripción de la acción en el caso de acciones reparatorias deducidas contra el Fisco de Chile. El otro, en cambio, se refiere a los llamados quinquenios penitenciarios, reclamados a través de una acción de protección.

Finalmente, en la sección recensiones bibliográficas, el Abogado señor Arturo Onfray Vivanco, revisa la obra de Costas Douzinas y Linda Nead titulada *“Law and the image. The authority of art and the aesthetics of law”*, la cual no hace sino recordar la interdisciplinariedad del Derecho y el abanico de opciones que sugiere y demanda su estudio; en este caso, a través del establecimiento de puentes entre las ciencias jurídicas y la estética.

---

\* ARTURO ONFRAY VIVANCO. Abogado del Consejo de Defensa del Estado, Licenciado en Derecho y Educación, Magíster en Sociología del Derecho (MA) y en Teoría del Derecho (LLM) y Director del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

---

# CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Natalia Muñoz Chiu\*

## INTRODUCCIÓN

**E**l régimen jurídico que rige la contratación administrativa en Chile ha variado sustancialmente, a raíz de la incorporación al ordenamiento durante el año 2003 de dos importantes cuerpos legales: La Ley N° 19.880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, en adelante LBPA, y la Ley N° 19.886, que regula las bases de los contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, en adelante LBCA o Ley de Compras, según se denomina en el Reglamento<sup>1</sup>.

Nos interesa referirnos a este tema debido a que en virtud de la LBCA se crea un órgano denominado Tribunal de Contratación Pública, que conocerá de la acción de impugnación contra actos u omisiones ilegales o arbitrarios, ocurridos en los procedimientos administrativos de contratación con órganos públicos regidos por la LBCA, estableciéndose un procedimiento especial para dichas acciones<sup>2</sup>.

La acción contemplada en el artículo 24 de la LBCA, según se deduce de su redacción, tiene principalmente el carácter de acción contencioso-administrativa anulatoria, puesto que a través de ella se logrará que sea declarada la nulidad de algún acto administrativo por tener un carácter ilegal o arbitrario. Se trata, en este sentido, de una acción de las denominadas por exceso de poder, esto es, aquella en virtud de la cual se persigue la nulidad del acto administrativo. Sin perjuicio de lo anterior, se podrán perseguir pretensiones diversas a la ya mencionada como las indemnizatorias, en caso de ser procedente.

La necesidad de creación de tribunales especiales de esta naturaleza en Chile deriva, entre otras razones, de la inexistencia de una jurisdicción contencioso-administrativa encargada del conocimiento de estos asuntos, lo que ha generado el surgimiento de una serie de acciones que son conocidas tanto por órganos integrantes del Poder Judicial como por entes administrativos, entre otros mecanismos de control. La necesidad de un tribunal especializado en materia de contratación administrativa deriva de las características o elementos que la distinguen de la contratación civil, aspectos que veremos brevemente en este trabajo. Esta necesidad se ve además complementada por la integración de Chile al comercio internacional, fenómeno impulsado últimamente con gran velocidad, dada la suscripción por Chile de Tratados en que claramente se contienen una serie de exigencias respecto al órgano encargado de dirimir los litigios entre la Administración (entes licitantes) y aquellos que participen en la contratación pública como oferentes<sup>3</sup>.

Concluimos, antes de empezar el análisis de la LBCA, que la existencia de este tribunal especializado contribuirá a la certeza y seguridad jurídica a través de la creación de una jurisprudencia uniforme producto de la especialización.

La creación de este tribunal, como ya hemos señalado, viene a suplir parcialmente la falencia de no contar en Chile con una jurisdicción contencioso-administrativa de competencia general<sup>4</sup>. De crearse un tribunal con estas características, se debería discutir la eliminación de este tribunal especial que se está creando a través de la LBCA.

La LBCA señala que regirá los contratos que celebre la Administración del Estado para el suministro de bienes muebles y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones. Como se puede observar, la nueva ley no da una definición de lo que entiende por contrato administrativo. Sin embargo, en sus artículos 2º y 3º se refiere a contratos que quedan incluidos en la aplicación de la LBCA o excluidos de ella.

En el caso de los contratos excluidos, dicha marginación se puede deber, en términos generales, a la existencia de leyes especiales aplicables a ellos, o bien a ser estos contratos incompatibles con la reglamentación general establecida en esta ley.

En términos básicos y con una intención meramente ilustrativa, señalaremos los aspectos del contrato administrativo que hacen necesaria la existencia de una jurisdicción especializada, distinta de aquella que conoce de los litigios que surgen de la celebración de contratos civiles regidos por el Derecho Civil.



## 1. CONTRATACIÓN EN EL DERECHO CIVIL Y RELACIÓN CON LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Bajo este título veremos, adentrándonos en el problema de fondo, y sin perjuicio de la regulación de la nueva ley, la postura de algunos autores acerca de la relación entre la contratación civil y la administrativa.

Uno de los aspectos latamente discutido en la doctrina, es la determinación de los elementos del contrato administrativo que hacen procedente la aplicación de un derecho especial distinto del que se aplica en la contratación privada.

Un primer factor de delimitación se relacionó con el fuero, es decir, con la atribución de jurisdicción a los tribunales contencioso- administrativos para conocer de los contratos celebrados por la Administración. Fue precisamente la jurisprudencia emanada de estos tribunales, particularmente de los franceses, la que dotó de características propias a estos contratos, dejando de ser considerados como simples especialidades de los contratos civiles<sup>5</sup>.

Este régimen jurídico de Derecho Público tiene como elemento nuclear el reconocimiento de que en esta contratación no existe una igualdad entre las partes – distinguiéndose claramente de la contratación civil en este aspecto– sino que la Administración como representante del interés público tiene preeminencia sobre los intereses de los particulares, reconociéndosele el ejercicio de potestades. Para Ramón Parada esta supremacía de la Administración sobre el contratista tiene en el derecho español un origen procesal, que se expresa en la facultad que se le reconoce a la Administración de la decisión ejecutoria.

Estos privilegios que se le reconocen a la Administración se traducen en que ésta puede “decidir ejecutoriamente sobre la perfección del contrato y su validez, la interpretación del contrato, la realización de las prestaciones debidas por el contratista (modo, tiempo y forma), la calificación de situaciones de incumplimiento, la imposición de sanciones contractuales en ese caso, la efectividad de éstas, la prórroga del contrato, la concurrencia de motivos objetivos de extinción del contrato, las eventuales responsabilidades del contratista durante el plazo de garantía, la liquidación del contrato, la apropiación o la devolución final de la fianza”<sup>6</sup>.

En Chile, después de la entrada en vigencia de la nueva Ley, al igual que lo sucedido en España con la Ley de Bases de Contratos del Estado, de 28 de diciembre de 1963, se estableció un régimen “procesal y sustantivo exorbitante”<sup>7</sup>. La discusión acerca de los privilegios de la Administración y el alcance de éstos ha quedado resuelta por la misma Ley, pudiendo sostenerse que ella acepta la concepción sustantiva del contrato administrativo.

Esto implica el reconocimiento positivo de la facultad de modificar o terminar anticipadamente los contratos administrativos por una serie de causas que la misma LBCA contempla<sup>8</sup>.

En lo que nos interesa, cabe destacar las siguientes causales que grafican la preponderancia de la Administración en relación a los cocontratantes particulares, principalmente debido a que es la misma Administración la que mediante resolución o decreto, ambos fundados, puede disponer tales medidas.

*Primero:* el incumplimiento grave de las obligaciones contraídas por el contratante. Como se puede apreciar, será la Administración la que, en la forma señalada, determinará que este incumplimiento sea verificado.

*Segundo:* el estado de notoria insolvencia del contratante. Creemos que esta causal generará menos controversia, puesto que la notoria insolvencia puede ser calificada según parámetros normativos más claros.

*Tercero:* por exigirlo el interés público o la seguridad nacional. Claramente esta causal es la que de mejor manera refleja la preponderancia de la Administración de la cual venimos hablando, puesto que la determinación del interés público le corresponderá precisamente a ella.

Esta visión sustantiva se ve respaldada además por latos párrafos del Mensaje número 9-341 de 27 de octubre de 1999. En efecto, en su primera página ya se señala que: “*Supuesto que la Administración del Estado es un complejo orgánico, revestido de potestades públicas para el logro de sus fines que son también públicos, la cuestión que se plantea es: en qué medida puede usarse de la actividad contractual para la consecución de los fines públicos*”. Como se puede apreciar, en la búsqueda del logro de los fines públicos la Administración está revestida de potestades públicas, las que se

expresarán en el ámbito de la contratación administrativa.

La idea de que estas materias se rigen por un derecho particular y distinto al civil, que como vimos en la doctrina comparada se fue perfilando a propósito de la jurisprudencia de los tribunales contencioso-administrativos, se ve corroborada en la siguiente cita, esta vez de la página 2 del Mensaje: *“En la mayor parte de nuestro entorno geográfico y cultural esta actividad contractual de la administración ha dado lugar a la formación de un derecho característico y peculiar de los contratos públicos, que permite garantizar la satisfacción de los intereses públicos que la actuación contractual persigue, así como la transparencia y publicidad necesaria a los procedimientos de contratación”*.

Sin embargo, es en los principios establecidos en las páginas 9 y siguientes del Mensaje, donde se denota con mayor fuerza el reconocimiento de facultades exorbitantes que caracterizan a la contratación administrativa. De ellos trataremos a continuación.

### **1.1. Principio de mutabilidad del contrato**

El reconocimiento de este principio implica que la Administración puede modificar el contrato cuando las necesidades públicas así lo requieran. Esto es expresión de lo que se ha denominado *ius variandi*, es decir, la posibilidad de modificar el contrato cuando las circunstancias que lo han motivado cambian, haciendo necesaria la correspondiente revisión y adecuación del contrato a estas circunstancias sobrevivientes. Sin embargo, este privilegio de la Administración, según el mismo Mensaje señala, debe ser acompañado de la correspondiente indemnización al cocontratante, o del alza de precio del contrato en su caso<sup>9</sup>.

### **1.2. Principio de la preeminencia de la administración**

Este es sin lugar a dudas el principio que desde una perspectiva sustantiva caracteriza a la contratación administrativa, y que la distingue de la contratación civil, cuyo presupuesto básico es la igualdad de las partes contratantes. Se señala que esta preeminencia se expresa en la facultad de modificar el contrato, dirigir su ejecución e interpretarlo<sup>10</sup>.

Podemos concluir así que la contratación administrativa, como está actualmente regulada, difiere de la contratación civil en aspectos centrales, principalmente en lo que a la igualdad de las partes se refiere.

## **2. DERECHO APLICABLE A LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA**

En esta materia la nueva ley es clara. En ausencia de regulación en ella de alguna materia determinada, se aplican supletoriamente las normas de derecho público y, en su defecto, las del derecho privado<sup>11</sup>. En otras palabras, a los contratos que se celebren por la Administración del Estado, según la definición orgánica que brinda la Ley N° 19.886, se le aplicarán las normas de esta Ley y su Reglamento, aplicándose supletoriamente las normas del resto del ordenamiento, primero del público y luego del privado<sup>12</sup>.

## **3. DEFINICIÓN DE CONTRATO ADMINISTRATIVO**

Tradicionalmente han existido una serie de criterios que intentan caracterizar a los contratos administrativos y, principalmente, diferenciarlos de los contratos privados. Como se señaló, uno de estos criterios ha sido aquel que distingue entre la actividad de gestión y la actividad de autoridad de la Administración<sup>13</sup>.

Otros elementos que se ha sostenido identifican y diferencian a los contratos administrativos son:

1. Finalidad pública del contrato administrativo: Estar destinado al funcionamiento de un servicio público o a la satisfacción de una necesidad pública. Sin embargo, este factor no nos permite distinguir un contrato de la Administración del Estado de naturaleza privada de uno de índole pública, ya que ambos tipos pueden cumplir con los dos elementos citados. De ello que se hablara de la necesidad de buscar la

- naturaleza del contrato y derivar de ésta su clasificación.
2. Contener cláusulas exorbitantes al derecho común. Como se ha sostenido en doctrina, es este elemento el que permite distinguir al contrato administrativo<sup>14</sup>. Según el Mensaje que dio origen a la tramitación de la ley en estudio: “El fundamento de estas reglas especiales es la singular naturaleza del Estado en cuanto contratante, considerando que la finalidad de sus actuaciones es promover el bien común”.<sup>15</sup>

En definitiva, y para no ahondar en el tema, hay una serie de elementos que la doctrina y la jurisprudencia han ido señalando para caracterizar un contrato administrativo. Ellos serían aquellos:

- En que se declara expresamente su naturaleza de tal.
- En los cuales participa como contratante la Administración del Estado.
- En que se contienen cláusulas exorbitantes al derecho común.
- Sometido a la jurisdicción contencioso-administrativa.
- Sometido a normas de derecho público.

Por su parte, la Ley N° 19.886 no nos señala qué se entenderá por contrato administrativo, y qué relación existe con la contratación civil, pero su artículo 1° hace referencia al ámbito de aplicación de la ley señalando que: “Los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de aquéllas, las normas del Derecho Privado”.

Hemos de señalar que se excluyen de la aplicación de la ley una serie de contratos que se consideró, según se señala en el Mensaje, que o no tienen que ver con el suministro de bienes o prestación de servicios, o son incompatibles con los procesos de licitación<sup>16</sup>.

Sin embargo, aun para estos contratos, que por disposición expresa de la Ley quedan al margen de su aplicación, regirá el artículo 20 de la misma. En este artículo se establece que los órganos de la Administración deben publicar en los sistemas de información que establezca la DCCP (Dirección de Compras y Contratación Pública) la información básica relativa a sus contrataciones y aquella que señala el Reglamento.

#### 4. PARALELO ENTRE ALGUNOS ELEMENTOS DE LA CONTRATACIÓN EN EL DERECHO CIVIL Y LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

En esta parte del trabajo haremos un paralelo entre algunos elementos de la contratación civil y aquellos contemplados en la nueva Ley para la contratación administrativa, siguiendo de cerca el esquema propuesto por Ramón Parada en su Tratado de Derecho Administrativo I, Parte General, páginas 286 y siguientes.

##### 4.1. Elementos y condiciones de validez de los contratos

Los elementos esenciales para ambos tipos de contratos son los mismos y, en este sentido, es plenamente aplicable el artículo 1445 del Código Civil que señala: “*Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1. que sea legalmente capaz; 2. que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. que recaiga sobre un objeto lícito; 4. que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poder obligarse por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra*”.

En cuanto a la capacidad, debemos entender que, como señala el artículo 4° de la nueva ley, todas las personas naturales y jurídicas podrán contratar con la Administración, cuando cumplan con una serie de requisitos. Por lo tanto, además de la capacidad civil, regulada en los artículos 1445, 1446 y 1447 del Código Civil, se deberá cumplir con otros elementos para ser capaz en el ámbito de la contratación administrativa; estos requisitos están determinados en el Reglamento<sup>17</sup>.

Del objeto, siguiendo igual línea de planteamiento, podemos señalar que debe ser comerciable, lícito, determinado o determinable, conforme a las normas del Código Civil, artículos 1460 y siguientes. La Ley no señala otros requisitos al objeto, salvo el disponer que la Administración no podrá fragmentar sus contrataciones con el propósito de variar el procedimiento de contratación (artículo 7, inciso final).

Los contratos administrativos tienen que tener asimismo una causa, la que deberá ser real y lícita, conforme al artículo 1467 del Código Civil: *“No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Así la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita”*. Según Ramón Parada debemos distinguir entre la *“causa como la contraprestación de la otra parte, y la causa como fin que las partes persiguen por medio del contrato. En los contratos de la Administración luce una concepción de la causa como fin, al determinar que el objeto de los contratos deberá ser necesario para los fines del servicio público y que se justificará en el expediente”*<sup>18</sup>. En la LBCA podemos observar que en el artículo 1º, al definir su ámbito de aplicación, no se menciona nada con respecto a la finalidad que debe perseguir el contrato; simplemente señala que son aquellos a título oneroso para el suministro de bienes muebles y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones. Sin embargo, en el Mensaje se señala, en repetidas ocasiones, que la finalidad de la contratación está constituida por los fines públicos.

## **4.2. Partes de la contratación administrativa**

### **4.2.1. La Administración del Estado**

El concepto de Administración del Estado para la aplicación de la Ley es aquel contenido en el artículo 1º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575 (en adelante LOCBGAE), salvo las empresas públicas creadas por ley y demás casos que señale la ley<sup>19</sup>. Este artículo de la LOCBGAE señala: *“La Administración del Estado estará constituida por los Ministerios, las Intendencias, las Gobernaciones y los órganos y servicios públicos creados para el cumplimiento de la función administrativa, incluidos la Contraloría General de la República, el Banco Central, las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, las Municipalidades y las empresas públicas creadas por ley”*. Por ende, solo se excluirían los contratos que se celebren por las empresas públicas creadas por ley<sup>20</sup>.

Esto significa que los organismos que la doctrina ha tipificado como organismos constitucionalmente autónomos, autonomías constitucionales, servicios públicos acentralizados, entre otras denominaciones, quedan sujetos a esta ley en el ámbito de su contratación. Es necesario recordar que estos entes tienen la particular característica de estar, según el artículo 21º de la LOCBGAE, excluidos de la aplicación de su título segundo, rigiéndose directamente por la Constitución Política y sus propias leyes<sup>21</sup>.

### **4.2.2. Los contratistas**

La contraparte de la Administración serán las personas naturales o jurídicas que con ella contraten. Como señalamos a propósito de la capacidad, además del cumplimiento de las normas generales, para poder ser contratante con la Administración se debe cumplir con una serie de requisitos que generalmente las mismas bases de la licitación pública o privada señalan. Para Ramón Parada se debe distinguir entre la capacidad jurídica y moral de los contratistas y su capacidad profesional y económica. La nueva Ley en este sentido contempla una serie de requisitos para las personas que deseen contratar con la Administración. En razón de la extensión que debe tener este trabajo no profundizaremos en ellas, sino que solo señalaremos que se contempla la existencia de garantías que deben ser constituidas por los oferentes y por los contratantes en su caso<sup>22</sup>. Esto se ve complementado con un requisito fundamental, cual es estar inscrito en el Registro de Contratistas, que está regulado en la nueva Ley de manera extensa para lo que cabe a una ley de bases, y desarrollado ampliamente en el Reglamento<sup>23</sup>. Como podemos

apreciar, junto con este catastro general de contratistas podrán coexistir otros registros especiales, cuya inscripción en ellos será igualmente obligatoria para los contratistas, y que estarán establecidos para “órganos o servicios determinados, o para categorías de contratación que así lo requieran”. El Mensaje complementa lo que se ha venido señalando al establecer como uno de sus principios el de la idoneidad del contratante<sup>24</sup>.

## 5. PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN

### 5.1. Introducción

La LBCA reconoce las mismas formas de contratación que se contemplan en el artículo 9º de la LOCBGAE, señalando en su artículo 5º que la Administración adjudicará los contratos que celebre mediante licitación pública, licitación privada o contratación directa. Haciendo un análisis histórico no muy lato podemos observar que el vacío que existía en esta materia era abismante, la única norma con la que contábamos era la del artículo 9º de la LOCBGAE, en el que se señala que: *“Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley. El procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato. La licitación privada procederá, en su caso, previa resolución fundada que así lo disponga, salvo que por la naturaleza de la negociación corresponda acudir al trato directo”*.

A propósito de esta norma, ha sido sumamente discutido en doctrina cuál es la regla general en contratación administrativa. En este sentido algunos autores sostenían que la regla general era la licitación pública, mientras que otros se inclinaban por el trato directo como procedimiento general.

Respecto a la nueva ley, en el Mensaje que dio inicio a su tramitación se señalaba claramente que la regla general es la licitación pública, fundamentando esa decisión en los principios de la publicidad y la transparencia: *“Dichos principios se traducen en que la administración debe realizar procedimientos públicos e idóneos para seleccionar los contratantes. Por ello, la regla general de contratación es la licitación pública, es decir, un procedimiento concursal en virtud del cual cualquier sujeto interesado puede participar de los procedimientos públicamente difundidos”*<sup>25</sup>.

Sin embargo, la norma contenida en el mensaje y que reflejaba esta opinión fue modificada. Efectivamente el proyecto original contemplaba la siguiente redacción: *“Artículo 15.– La Administración adjudicará los contratos que celebre mediante Licitación Pública, Licitación Privada o Contratación Directa. Las licitaciones podrán ser nacionales o internacionales. **La Administración usará normalmente la Licitación Pública como mecanismo de adjudicación.** Sólo se admitirá la licitación privada en los casos que señale el Reglamento y previa resolución fundada que la autorice”* (el destacado es nuestro). Y la norma finalmente contenida en la ley quedó redactada de la siguiente manera: *“Artículo 5º.– La Administración adjudicará los contratos que celebre mediante licitación pública, licitación privada o contratación directa. **La licitación pública será obligatoria cuando las contrataciones superen las 1.000 unidades tributarias mensuales,** salvo lo dispuesto en el artículo 8º de esta ley”* (el destacado es nuestro).

De ello podríamos desprender que la norma general para todos aquellos contratos cuyo monto sea inferior a 1.000 unidades tributarias mensuales, será la licitación privada o la contratación directa. En otras palabras, cuando el monto sea inferior al señalado la Administración del Estado podría optar la forma de contratación, e incluso cuando los contratos superen las 1.000 UTM, en algunos casos procederá la licitación privada o contratación directa; estos son los señalados en el artículo 8º de la Ley 19.886.

La interpretación anterior se ve afectada por lo señalado en el artículo 9º del Reglamento, que establece que la regla general para la celebración de contratos de servicios o suministro será la licitación pública, por lo que ésta será la forma normal de contratación. Esto se ve complementado por lo señalado en el artículo 10º número 8º del Reglamento, ya que se dice que procederá la licitación privada o el trato directo en todas aquellas compras que sean inferiores a 100 UTM. Por tanto, en todas aquellas contrataciones que superen el monto de 100 UTM, por regla general, se aplicará la licitación pública, mientras que en aquellas inferior a ese monto se procederá conforme al artículo 51 del Reglamento, esto es, mediante trato directo efectuado a través del Sistema de Información.

## 5.2. Licitación Pública

Este procedimiento está definido de la siguiente manera en la Ley: *“Procedimiento administrativo de carácter concursal mediante el cual la Administración realiza un llamado público, convocando a los interesados para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente. En las licitaciones públicas cualquier persona podrá presentar ofertas, debiendo hacerse el llamado a través de los medios o sistemas de acceso público que mantenga disponible la Dirección de Compras y Contratación Pública, en la forma que establezca el reglamento. Además, con el objeto de aumentar la difusión del llamado, la entidad licitante podrá publicarlo por medio de uno o más avisos, en la forma que lo establezca el reglamento”*. Los principios que rigen este procedimiento son la libre concurrencia de los oferentes, la gratuidad, publicidad y transparencia del proceso, el trato igualitario a los participantes y la sujeción estricta de todos ellos a las bases de la licitación. Cabe agregar que, según lo señalado en el punto anterior, constituye la forma general de contratación.

Este procedimiento consta de las siguientes etapas:

### A. Llamado a propuestas

Esta fase va precedida por la elaboración de las bases administrativas<sup>26</sup> conforme a las cuales se realiza el llamado. Estas bases deben tener las siguientes características: *“Artículo 6º.– Las bases de licitación deberán establecer las condiciones que permitan alcanzar la combinación más ventajosa entre todos los beneficios del bien o servicio por adquirir y todos sus costos asociados, presentes y futuros. Estas condiciones no podrán establecer diferencias arbitrarias entre los proponentes, ni sólo atender al precio de la oferta”*. En cuanto a los requisitos formales de las bases, vemos que la Ley ordena su regulación por reglamento, y señala en su artículo 10º inciso tercero que: *“Los procedimientos de licitación se realizarán con estricta sujeción, de los participantes y de la entidad licitante, a las bases administrativas y técnicas que la regulen. Las bases serán siempre aprobadas previamente por la autoridad competente”*.

Como requisitos formales del llamado a propuesta tenemos los siguientes:

- Sujeción a las bases administrativas.
- Libertad para presentarse al proceso. Esto se vincula directamente a su carácter público. Al efecto señala el artículo 7º de la LBCA que: *“En las licitaciones públicas cualquier persona podrá presentar ofertas, debiendo hacerse el llamado a través de los medios o sistemas de acceso público que mantenga disponible la Dirección de Compras y Contratación Pública, en la forma que establezca el reglamento. Además, con el objeto de aumentar la difusión del llamado, la entidad licitante podrá publicarlo por medio de uno o más avisos, en la forma que lo establezca el reglamento”*.
- Debe hacerse el llamado a través de los medios o sistemas de acceso público que mantenga disponible la Dirección de Compras y Contratación Pública<sup>27</sup>.

Según el artículo 18 de la Ley lo que se está priorizando, como se señalaba además en el Mensaje, es la transparencia y publicidad de la contratación administrativa. El uso de medios electrónicos en este sentido permite claramente un acceso más extenso de los posibles oferentes a la información y conocimiento por parte de cualquier persona, sobre cómo se está adjudicando un contrato en particular. Recordemos que, como han señalado muchos autores, la existencia de bases escritas que debían ser adquiridas por los posibles interesados, muchas veces a altos precios, claramente atenta contra la publicidad del mismo. Por otra parte, se bajan considerablemente los costos del proceso licitatorio para sus interesados, lo que redundará definitivamente en una mejor y más conveniente oferta, por su parte, a la Administración. Uno de los mayores logros que a nuestro juicio tiene esta nueva ley es la publicidad de todo el procedimiento que se logra mediante la gratuidad del acceso a la información y la incorporación de todos sus elementos en la página [www.chilecompras.cl](http://www.chilecompras.cl)<sup>28</sup>. Dentro de esta primera parte del proceso se contempla la posibilidad de que los oferentes realicen, en caso de que las bases lo establezcan, consultas a la entidad licitante, la que efectuará las aclaraciones respectivas, poniéndolas a disposición de todos los participantes del proceso licitatorio.

## B. *Recepción y apertura de ofertas*

Las ofertas serán recepcionadas a través del Sistema de Información, salvo que sean realizadas en soporte de papel, lo que es excepcional, según lo regulado en el Reglamento.

Según el artículo 9º de la LBPA, cuando las ofertas presentadas no cumplan con los requisitos establecidos en las bases, se declararan inadmisibles. En caso de que no existan ofertas o éstas no sean convenientes para los intereses del órgano se declarará desierta la licitación pública. En el supuesto que no se presenten ofertas se podrá llamar a licitación privada, teniendo como bases del llamado las mismas que se utilizaron en la licitación pública fallida. Entonces, podemos distinguir una primera etapa constituida por la presentación de las ofertas y su recepción por parte de la entidad pública.

El día y a la hora fijada en las bases se procede a la apertura electrónica de las ofertas, las que quedan, al menos en algunos aspectos, a disposición de todos los oferentes<sup>29</sup>, quienes podrán realizar las observaciones que estimen pertinentes en el plazo de 24 horas contadas desde la apertura de las ofertas<sup>30</sup>.

Cabe agregar que se puede realizar la licitación en una o dos etapas; en este segundo caso la propuesta técnica se abrirá y evaluará primero, para luego, en forma diferida, realizar la apertura de la oferta económica de aquellas ofertas que hayan calificado con la técnica.

La entidad licitante procederá, luego de la apertura, admisión de las ofertas y observaciones a las mismas por los oferentes, a su evaluación conforme a los criterios establecidos en las bases.

## C. *Adjudicación*

La adjudicación es una decisión formal mediante la cual la autoridad administrativa le entrega la ejecución del contrato a un oferente, la que debe ser publicada en el Sistema de Información, notificándose tanto al adjudicatario como a los otros oferentes. En este sentido nos señala la Ley en su artículo 10º que el contrato se adjudicará mediante resolución fundada de la autoridad competente, comunicada al proponente. Como elemento central para definir la adjudicación nos señala el mismo artículo que: *“El adjudicatario será aquel que, en su conjunto, haga la propuesta más ventajosa, teniendo en cuenta las condiciones que se hayan establecido en las bases respectivas y los criterios de evaluación que señale el reglamento”*. Este artículo se ve complementado con el artículo 41 del Reglamento. Cabe señalar que, eventualmente, la entidad licitante puede declarar desierta la licitación en el caso de que estime que ninguna de las ofertas le resulten convenientes.

### **5.3. Licitación o propuesta privada**

Este procedimiento está definido de la siguiente manera en la Ley: *“b) Licitación o propuesta privada: el procedimiento administrativo de carácter concursal, previa resolución fundada que lo disponga, mediante el cual la Administración invita a determinadas personas para que, sujetándose a las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales seleccionará y aceptará la más conveniente”*. El Reglamento regula esta forma de contratación en su capítulo V, artículo 44 y siguientes. En términos generales podemos señalar como elementos que la caracterizan los siguientes: Procede por resolución fundada, ya que es un mecanismo de excepción, atendido que el Reglamento señala que la regla general es la licitación pública. Procede entonces recurrir a ella solo en los casos contemplados en el artículo 8º de la LBCA y 10º del Reglamento. Se debe dirigir la invitación al menos a tres posibles proveedores seleccionados a través del Sistema de Información. A este procedimiento se le aplican, en lo compatible, las normas de la licitación pública.

### **5.4. Trato o contratación directa**

Este procedimiento está definido de la siguiente manera en la Ley: *“c) Trato o contratación directa: el procedimiento de contratación que, por la naturaleza de la negociación que conlleva, debe efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados para la licitación o propuesta pública y para la privada. Tal circunstancia deberá, en todo*

*caso, ser acreditada según lo determine el reglamento*". La contratación directa obviamente es procedente en aquellos contratos que por su envergadura no admiten las formas concursales, ya que éstas encarecerían de tal manera el proceso y subsecuentemente el precio de contratación, que harían imposible su realización. Esta forma de contratación ha sido definida como aquella en que la *"Administración celebra con un contratante libremente elegido para obtener de él los bienes o servicios que necesita para alcanzar los fines que le interesa alcanzar"*<sup>31</sup>. Como requisitos para esta forma de contratación, dispone la nueva Ley que se requerirá un mínimo de tres cotizaciones previas (artículo 8º), que su utilización debe ser por resolución fundada, la que deberá ser publicada en el sistema de información y que solo procede en aquellos casos directamente establecidos en la LBCA y en el artículo 10º del Reglamento. Debemos agregar que en el caso de las contrataciones cuyo monto sea inferior a 100 UTM, se establece un mecanismo especial que está regulado en el artículo 51 del Reglamento.

Finalmente, hay dos situaciones que demos destacar. La primera de ellas se refiere a ciertas contrataciones que por su cuantía (inferior a 3 UTM) o por su naturaleza quedan excluidas de su realización mediante el Sistema de Información, que están señaladas en el artículo 53 del Reglamento.

La segunda, y que creemos va a ser preponderante con el funcionamiento de este sistema, es que cualquiera sea el monto de la contratación involucrado, la entidad licitante debe revisar si el bien o servicio que desea adquirir se encuentra incluido en un convenio marco, en cuyo caso celebrará directamente el contrato a su amparo.

La existencia de tales convenios, permite negociar a la Administración como un todo, aparejando consecuentemente el logro de un mejor precio. A estos convenio marco se deben adherir los entes administrativos cuando lo requerido sea objeto de uno de estos acuerdos. El catálogo de convenio marco está disponible en el sistema de información. Cabe agregar que si algún organismo logra condiciones más ventajosas que las contenidas en un convenio marco, lo comunicará a la Dirección de Compras y Contratación Pública para que esta entidad logre la celebración de un nuevo convenio marco bajo esas condiciones.

## 6. TRIBUNAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Una vez revisadas someramente las características de la contratación administrativa y las etapas de los procedimientos licitatorios, corresponde el estudio de este Tribunal y de la acción que se puede presentar ante él. Veremos especialmente algunas hipótesis de faltas formales en el procedimiento que harían procedente el accionar ante el Tribunal.

### **6.1. Aspectos generales de la organización, funcionamiento y competencia del Tribunal**

Están tratados en el Capítulo V de la LBCA, artículo 22 y siguientes. En términos generales podemos señalar que este Tribunal, con asiento en Santiago, estará compuesto por tres abogados designados por el Presidente, previa propuesta en ternas realizada por la Corte Suprema, las que se designarán de una lista formada a través del mecanismo de concurso público. Estos miembros elegirán un Presidente quien durará en su cargo por dos años. El Tribunal está sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema.

Su funcionamiento fue regulado mediante auto acordado de la Corte Suprema de fecha 30 de diciembre de 2003 estableciéndose, entre otros aspectos, que funcionará en una sede habilitada por la Dirección de Compras y Contratación Pública, sesionando los días martes y jueves.

En cuanto a su competencia, este Tribunal conoce no solo de los litigios que se vinculan a las contrataciones regidas por la LBCA, sino que se extiende a litigios que se promuevan a propósito de contratos que quedan excluidos conforme al artículo 3º letra e) de su aplicación: "los contratos relacionados con la ejecución y concesión de obras públicas", sin embargo, luego se señala que "no obstante las exclusiones de que se da cuenta en esta letra, a las contrataciones a que ellos se refieren se les aplicará la normativa contenida en el Capítulo V de esta ley, como, asimismo, el resto de sus disposiciones en forma supletoria". Esto implica que el título V, que se refiere al Tribunal



de Contratación Pública, se aplica plenamente y que, tratándose del numeral e) del artículo 3º, las demás disposiciones de esta Ley se aplican en forma supletoria, por lo que en el caso de no existir norma especial a propósito de estos contratos se aplicará supletoriamente lo dispuesto en la LBCA.

## **6.2. Acción de impugnación**

Esta acción puede ser presentada por toda persona natural o jurídica que tenga un interés actual comprometido en el proceso, dirigiéndose en contra de todo acto u omisión ilegal o arbitraria que se verifique entre la aprobación de las bases de la licitación y su adjudicación, en un plazo de diez días hábiles contado desde el conocimiento o publicación del acto u omisión impugnada (artículo 24 LBCA).

El procedimiento de tramitación es el siguiente: la demanda, que debe señalar los hechos que constituyen el acto u omisión, las normas legales o reglamentarias que impliquen su ilegalidad o arbitrariedad y peticiones concretas que someten al conocimiento del Tribunal, se presenta directamente ante el Tribunal o ante la Gobernación o Intendencia respectiva, que la enviará al Tribunal<sup>32</sup>.

En caso de que el Tribunal advierta algún defecto en la demanda, puede declararla inadmisibile y ordenar se subsanen los defectos dentro del quinto día desde la notificación de la resolución.

Admitida a tramitación, se oficiará al ente recurrido para que informe, dentro del plazo de diez días hábiles desde la recepción del oficio, acerca de la materia impugnada, una vez recibido el informe o trascurrido el plazo que tenía el organismo público para evacuarlo, el Tribunal puede recibir la causa a prueba fijando sus puntos, si estima que hay controversia sobre hechos sustanciales y pertinentes, por un término de 10 días hábiles, pudiendo decretarse desde este momento medidas para mejor resolver, las que deben estar cumplidas antes del vencimiento del plazo para dictar sentencia.

Vencido el período de prueba se cita a las partes a oír sentencia, naciendo con esta resolución el plazo de 10 días que tiene el Tribunal para dictar sentencia, la que será notificada por cédula.

Contra esa resolución procederá recurso de reclamación con el solo efecto devolutivo, cuyo plazo de interposición para la parte agraviada es de cinco días hábiles desde la notificación de la sentencia, debiendo presentarse ante el Tribunal para ser conocido por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, la que lo conocerá en cuenta, salvo determinación o solicitud en contrario. Se agrega en forma extraordinaria a la tabla y no se puede suspender conforme a la causal establecida en el artículo 165 N° 5 del Código de Procedimiento Civil, esto es, por solicitarlo de común acuerdo alguna de las partes o pedirlo sus procuradores o abogados. El recurso se debe fallar en el plazo de diez días hábiles siguientes a la vista de la causa o al acuerdo. Contra esa resolución no procederá recurso alguno.

## **6.3. Causales de impugnación**

Si observamos los distintos aspectos del procedimiento de contratación administrativa, particularmente del proceso de licitación, podemos observar que existe una serie de eventos que pueden dar origen a una reclamación ante el Tribunal de la Contratación Pública. Por ejemplo, según se determina en el artículo 20 del Reglamento, las bases no pueden afectar la igualdad en el trato que se debe establecer para todos los oferentes, ni establecer diferencias arbitrarias en relación con las características del bien o servicio objeto de la licitación.

El artículo 25, por su parte, establece plazos mínimos entre el llamado y la apertura de las ofertas. Su no cumplimiento también sería objeto claro de impugnación por parte de los particulares participantes en la licitación. El artículo 27 que se refiere a las aclaraciones, estableciendo la obligación de poner las preguntas efectuadas por los proveedores, a través del sistema de información a disposición de todos los interesados en ella, a fin de que puedan elaborar sus ofertas en base a las nuevas instrucciones contenidas en la aclaraciones. En este sentido, lo señalado anteriormente se conecta con la prohibición de que la entidad licitante tenga algún tipo de contacto con los oferentes distinto a estas solicitudes de aclaración. Por tanto, cualquiera comunicación en este sentido podría ser constitutiva de un vicio a ser impugnado ante el Tribunal<sup>33</sup>.

Existe además la posibilidad de que el ente licitante decida efectuar la licitación en

dos etapas; esto implica que primero se realizará una oferta técnica y luego se analizarán las ofertas económicas de aquellos que hayan pasado la primera etapa, es decir, calificado con su oferta técnica; por lo tanto, la exclusión del oferente en relación a la ineficacia de su oferta técnica también puede ser objeto de impugnación.

Asimismo, y para no caer en una enumeración de posibles vicios de procedimiento, puesto que estos pueden ser numerosos, señalaremos algunos otros aspectos que pueden ser impugnados, por ejemplo, cuando se establezcan mecanismos de preselección de las personas que puedan participar en una licitación y un posible oferente no sea preseleccionado, podrá reclamar en contra de este acto administrativo, cuando se acepte una oferta que no cumpla con los requisitos de las bases, cuando no se entregue garantía de seriedad de la oferta debiendo hacerse y se seleccione a ese oferente, cuando un documento de la licitación no sea público o gratuito, conforme señala el artículo 28 del Reglamento.

Sin embargo, creemos que uno de los aspectos centrales a ser revisados por el Tribunal de la Contratación va a ser seguramente la evaluación que se realice de las distintas ofertas, producto de la cual se elegirá al adjudicatario, ya que además del precio, que es un factor objetivo, se ponderará la mejor oferta en base a un conjunto de elementos, según los criterios establecidos en las respectivas bases.

A propósito de estos criterios, señala el artículo 38 que las entidades licitantes considerarán la experiencia de los oferentes, la calidad técnica de los bienes, la asistencia técnica y soporte, entre otros elementos. Cada uno de ellos tendrá establecido un puntaje y ponderación según las respectivas bases<sup>34</sup>, por lo que cualquiera vulneración de estas ponderaciones implicará una acción u omisión arbitraria o ilegal.

## CONCLUSIÓN

Creemos que la existencia de este Tribunal y su jurisprudencia, sumado al funcionamiento del portal [www.chilecompras.cl](http://www.chilecompras.cl), permitirá lograr el objetivo ampliamente buscado de transparencia en la contratación pública, contribuyéndose así a la modernización del Estado. Claramente la regulación de las principales formas de contratación, así como los diversos aspectos abordados por la Ley en estudio generan una expectativa en la buena gestión administrativa que esperamos no se vea defraudada por la práctica del sistema.

Esperamos entonces que esta regulación constituya un aporte, permitiendo un mejor manejo y utilización de los recursos públicos, como consecuencia de la transparencia en los procesos concursales y la adjudicación, en definitiva, a quien realice la oferta más conveniente para todos, ya que el ahorro de recursos públicos producto de su buena administración permitirá liberar fondos para otras finalidades públicas y, por último, genera un segundo efecto esencial: alejar la corrupción del manejo de los recursos públicos, finalidad en la que las entidades públicas chilenas se encuentran especialmente interesadas<sup>35</sup>.

---

\* NATALIA MUÑOZ CHIU. Abogado de la Procuraduría Fiscal de San Miguel del Consejo de Defensa del Estado.

<sup>1</sup> Publicadas en el Diario Oficial la primera el 29 de mayo de 2003 y la segunda el 30 de julio de 2003. La vigencia de la LBCA fue establecida en términos progresivos, entrando a regir por regla general 30 días después de su publicación, salvo para las Municipalidades, respecto de las cuales la vigencia fue a contar del 1º de enero de 2004, y las Fuerzas Armadas y las de Orden y Seguridad Públicas, a quienes entró a regir a partir del 1º de enero de 2005.

El Reglamento de la Ley 18.886, en adelante Reglamento, por su parte, fue publicado con fecha 24 de septiembre de 2004.

<sup>2</sup> El ente encargado de velar por el interés fiscal dentro de este procedimiento como representante de las entidades licitantes es en parte importante el Consejo de Defensa del Estado. Conforme a las normas que rigen a este organismo – DFL N° 1, de 28 de julio de 1993, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley orgánica del Consejo de Defensa del Estado– le corresponde la defensa de los órganos públicos cuyos procesos de contratación se vean impugnados mediante el mecanismo contemplado en la LBCA. Someramente podemos resumir estas atribuciones en la defensa de los intereses del Fisco en todos los juicios y en actos no contenciosos en que tengan ingerencia o participación la estructura centralizada de la administración pública, así como la representación de aquellos entes que teniendo el carácter de descentralizados no cuenten con las condiciones necesarias para asumir directamente la defensa en dichos litigios o la tramitación de actos no contenciosos.

<sup>3</sup> Por ejemplo, en el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, firmado con fecha 6 de junio de 2003 y vigente desde el 1º de enero de 2004, su artículo 9.13 contempla la revisión nacional de impugnaciones presentadas por los proveedores, estableciéndose en los siguientes términos: “Autoridades de revisión independientes:

1. Cada Parte establecerá o designará al menos una autoridad administrativa o judicial imparcial, independiente de sus entidades, para recibir y revisar las impugnaciones presentadas por los proveedores en relación con las medidas de una Parte que implementan este Capítulo, en conexión con una contratación pública cubierta por este Capítulo, y formular las conclusiones y recomendaciones pertinentes. Cuando una impugnación de un proveedor sea inicialmente revisada por un órgano distinto de dicha autoridad imparcial, la Parte garantizará que el proveedor pueda apelar la decisión inicial ante una autoridad administrativa o judicial imparcial que sea independiente de la entidad que es objeto de la impugnación.

2. Cada Parte dispondrá que la autoridad establecida o designada de conformidad con el párrafo 1 tenga facultades para adoptar sin demora medidas cautelares pendiente la resolución de la impugnación, para preservar la oportunidad del proveedor de participar en la contratación pública y asegurar que la Parte cumpla con sus medidas que implementan este Capítulo, incluyendo la suspensión de la adjudicación de un contrato o la ejecución de un contrato que ya ha sido adjudicado.

3. Cada Parte garantizará que sus procedimientos de revisión se encuentren publicados y sean oportunos, transparentes, eficaces y compatibles con el principio del debido proceso.

4. Cada parte garantizará que todos los documentos relacionados con una impugnación de una contratación pública cubierta por este Capítulo se encuentren a disposición de cualquier autoridad establecida o designada de conformidad con el párrafo 1.

5. Sin perjuicio de otros procedimientos de revisión dispuestos o desarrollados por cada una de las Partes, cada Parte garantizará que las autoridades establecidas o designadas de conformidad con el párrafo 1 dispongan al menos lo siguiente:

a) una oportunidad al proveedor para examinar los documentos pertinentes y ser oído por la autoridad de manera oportuna;

b) tiempo suficiente para que el proveedor prepare y presente impugnaciones por escrito, el cual, en ningún caso, será menor a 10 días, a partir del momento en que el fundamento de la reclamación fue conocido por el proveedor o en que razonablemente debió haber sido conocido por éste;

c) una exigencia para que la entidad responda por escrito a la impugnación del proveedor;

d) una oportunidad al proveedor de replicar a la respuesta de la entidad a la impugnación, y

e) la entrega sin demora y por escrito de las decisiones relacionadas con la impugnación, con una explicación de los fundamentos de cada decisión.

6. Cada una de las Partes garantizará de que la presentación del proveedor de una impugnación no perjudicará la participación del proveedor en las contrataciones en curso o futuras”.

<sup>4</sup> En dos normas constitucionales se ha dispuesto la creación de una jurisdicción contencioso-administrativa, estas son el artículo 87 de la Constitución de 1925 y el artículo 38 de la Constitución de 1980. Existen numerosos trabajos respecto a esta materia, entre los que cabe mencionar los publicados en esta Revista en sus números 2 y 3 y una publicación en la que están contenidos los proyectos de creación de estos tribunales. A propósito de las normas constitucionales recién citadas, que nunca se concretaron, véase: La Jurisdicción Contencioso Administrativa, Decisiones Legislativas al año 2001, Documentos, Fundación Facultad de Derecho Universidad de Chile.

<sup>5</sup> Ramón Parada: “Derecho Administrativo I, Parte General”, Decimotercera Edición, Marcial Pons, 2002, página 279.

<sup>6</sup> *Op. cit.*, página 281.

<sup>7</sup> *Op. cit.*, página 283.

<sup>8</sup> El artículo 13 señala lo siguiente: “Los contratos administrativos regulados por esta ley podrán modificarse o terminarse anticipadamente por las siguientes causas:

a) La resciliación o mutuo acuerdo entre los contratantes.

b) El incumplimiento grave de las obligaciones contraídas por el contratante.

c) El estado de notoria insolvencia del contratante, a menos que se mejoren las cauciones entregadas o las existentes sean suficientes para garantizar el cumplimiento del contrato.

d) Por exigirlo el interés público o la seguridad nacional.

e) Las demás que se establezcan en las respectivas bases de la licitación o en el contrato. Dichas bases podrán establecer mecanismos de compensación y de indemnización a los contratantes.

Las resoluciones o decretos que dispongan tales medidas deberán ser fundadas”.

<sup>9</sup> Así nos señala el Mensaje, número 9-341 de 27 de octubre de 1999, respecto del principio de la mutabilidad del contrato que: “La contratación pública de la administración, como se ha señalado, regularmente va asociada a la naturaleza de las prestaciones públicas en ella involucradas. De ahí entonces que los contratos que celebre la administración puedan verse alterados por las necesidades a los cuales ellos van asociados. La mutabilidad del contrato ofrece una doble vertiente. De una parte, es la consecuencia del *ius variandi* que se reconoce a la administración; de otra, resulta de la admisión de una serie de teorías encaminadas a explicar, en beneficio del contratista, la adaptación del contrato a circunstancias sobrevinientes.

Sin embargo, la mutabilidad del contrato, que se justifica en el interés público involucrado, debe compatibilizarse con el derecho del contratista de la administración a que sus derechos sean debidamente garantizados. Por ello, el proyecto garantiza patrimonialmente al contratante frente a la mutabilidad del contrato, sea a través del alza del precio, sea a través de la indemnización correspondiente”.

<sup>10</sup> Nos señala el Mensaje en su página 13, respecto del principio de la preeminencia de la administración, que: “La Administración, cuando contrata, no se encuentra en una situación de igualdad frente a su contratante. Mientras éste satisface su interés particular, la administración satisface el interés general. Las resultas de un contrato en su ejecución son de suma importancia para la administración, razón por la que la mutabilidad del contrato deriva de un conjunto de potestades de las cuales es titular la administración y que dinamizan la contratación. La administración tiene la facultad para contratar y dirigir la ejecución del contrato; tiene poder, también, para modificar el contrato si durante su ejecución se dan hechos que así lo justifiquen, compensando debidamente al contratante, y tiene la atribución de interpretar los contratos, sin perjuicio de las competencias que tienen los tribunales de justicia al respecto”.

<sup>11</sup> Artículo 1º inciso primero: “Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de aquéllas, las normas del Derecho Privado”.

<sup>12</sup> Cabe agregar que dentro de lo señalado tienen particular aplicación, además de la Ley y su reglamento, la resolución número 217 b) de la Dirección de Compras, Los Tratados y la normativa interna de cada servicio.

<sup>13</sup> Al respecto señala Pantoja Bauzá que esta distinción: “Es lo que la doctrina *ius administrativa* categoriza de antiguo con las expresiones contrato administrativo y contratos de la Administración: los primeros, surgidos de potestades exorbitantes frente al cocontratante; los segundos, de derechos subjetivos que se ejercen en las mismas condiciones que cualquier particular. De aquí se sigue que los primeros se rigen por el Derecho Público y los segundos por el Derecho común, y en los países de doble jurisdicción, que los primeros originan procesos contencioso-administrativos y los segundos procesos civiles”, Pantoja Bauzá, Rolando: “Separata los sujetos de Derecho Administrativo: La Administración del Estado, su actuar: los contratos administrativos”, página 43.

<sup>14</sup> En la página 13 del mensaje número 9-341 de 27 de octubre de 1999 podemos encontrar una serie de elementos establecidos en favor de la Administración.

<sup>15</sup> *Op. cit.*, página 14.

<sup>16</sup> Artículo 3º.— Quedan excluidos de la aplicación de la presente ley:

a) Las contrataciones de personal de la Administración del Estado reguladas por estatutos especiales y los contratos a honorarios que se celebren con personas naturales para que presten servicios a los organismos públicos, cualquiera que sea la fuente legal en que se sustenten;

b) Los convenios que celebren entre sí los organismos públicos enumerados en el artículo 2º, inciso primero, del decreto Ley N° 1.263, de 1975, Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado, y sus modificaciones;

c) Los contratos efectuados de acuerdo con el procedimiento específico de un organismo internacional, asociados a créditos o aportes que éste otorgue;

d) Los contratos relacionados con la compraventa y la transferencia de valores negociables o de otros instrumentos financieros;

e) Los contratos relacionados con la ejecución y concesión de obras públicas.

Asimismo, quedan excluidos de la aplicación de esta ley, los contratos de obra que celebren los Servicios de Vivienda y Urbanización para el cumplimiento de sus fines, como asimismo los contratos destinados a la ejecución, operación y mantención de obras urbanas, con participación de terceros, que suscriban de conformidad a la Ley N° 19.865 que aprueba el Sistema de Financiamiento Urbano Compartido.

No obstante las exclusiones de que se da cuenta en esta letra, a las contrataciones a que ellos se refieren se les aplicará la normativa contenida en el Capítulo V de esta ley, como, asimismo, el resto de sus disposiciones en forma supletoria, y

f) Los contratos que versen sobre material de guerra; los celebrados en virtud de las Leyes números 7.144, 13.196 y sus modificaciones, y los que se celebren para la adquisición de las siguientes especies por parte de las Fuerzas Armadas o por las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública: vehículos de uso militar o policial, excluidas las camionetas, automóviles y buses; equipos y sistemas de información de tecnología avanzada y emergente, utilizados exclusivamente para sistemas de comando, de control, de comunicaciones, computacionales y de inteligencia; elementos o partes para la fabricación, integración, mantenimiento, reparación, mejoramiento o armadura de armamentos, sus repuestos, combustibles y lubricantes.

<sup>17</sup> En efecto, el artículo 4º de la Ley señala: “Podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, que acrediten su situación financiera e idoneidad técnica conforme lo disponga el reglamento, cumpliendo con los demás requisitos que éste señale y con los que exige el derecho común. Cada entidad licitante podrá establecer, respecto del adjudicatario, en las respectivas bases de licitación, la obligación de otorgar y constituir, al momento de la adjudicación, mandato con poder suficiente o la constitución de sociedad de nacionalidad chilena o agencia de la extranjera, según corresponda, con la cual se celebrará el contrato y cuyo objeto deberá comprender la ejecución de dicho contrato en los términos establecidos en esta ley. El inciso anterior sólo se aplicará respecto de contratos cuyo objeto sea la adquisición de bienes o la prestación de servicios que el adjudicatario se obligue a entregar o prestar de manera sucesiva en el tiempo”. El Reglamento, a su vez, trata esta materia en su párrafo 2, requisitos para contratar, entre los que señala la inscripción en el Registro de Proveedores, la obligación de otorgar mandato o de constituir una sociedad y la exigencia de garantía.

<sup>18</sup> Ramón Parada, *op. cit.*, página 287.

<sup>19</sup> Artículo 2º Ley 19.886.

<sup>20</sup> Cabe señalar que según el dictamen N° 47.501 de la Contraloría General de la República, las universidades estatales se consideran integrantes de la Administración del Estado, por lo que se le aplica la LBCA.

<sup>21</sup> Una definición general que podemos intentar diría que las autonomías constitucionales (administrativas) son aquellos entes estatales que poseen autoridad o ejercen soberanía y que, teniendo asignadas funciones administrativas, están situadas al margen de la estructura de la Administración Pública, siendo independientes de ésta, rigiéndose directamente por la Constitución Política y por sus propias leyes orgánicas constitucionales.

<sup>22</sup> Respecto a la capacidad para participar como oferente, vemos que la nueva Ley exige la constitución de garantías, lo que según se señala se complementará por vía reglamentaria. Así, el artículo 11 dispone que: “La respectiva entidad licitante requerirá, en conformidad al reglamento, la constitución de las garantías que estime necesarias para asegurar la seriedad de las ofertas presentadas y el fiel y oportuno cumplimiento del contrato definitivo, en la forma y por los medios que lo establezcan las respectivas bases de la licitación. Las garantías que se estimen necesarias para asegurar la seriedad de las ofertas y el fiel y oportuno cumplimiento del contrato definitivo, deberán ser fijadas en un monto tal que sin desmedrar su finalidad no desincentiven la participación de oferentes al llamado de licitación o propuesta. Con cargo a estas cauciones podrán hacerse efectivas las multas y demás sanciones que afecten a los contratistas. Sólo podrán entregarse anticipos a un contratante, si se cauciona debida e íntegramente su valor”.

<sup>23</sup> Se señala en el artículo 16 de la LBCA que: “Existirá un registro electrónico oficial de contratistas de la Administración, a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública. En dicho registro se inscribirán todas las personas naturales y jurídicas, chilenas y extranjeras que no tengan causal de inhabilidad para contratar con los organismos del Estado. La Dirección de Compras y Contratación Pública podrá fijar las tarifas semestrales o anuales de incorporación que deberán pagar los contratistas, con el objeto de poder financiar el costo directo de la operación del registro, velando por que las mismas no impidan o limiten el libre e igualitario acceso de los contratistas al registro. Este registro será público y se regirá por las normas de esta ley y de su reglamento. Los organismos públicos contratantes podrán exigir a los proveedores su inscripción en el registro de contratistas y proveedores a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública, para poder suscribir los contratos definitivos. La evaluación económica, financiera y legal de los contratistas podrá ser encomendada por la Dirección de Compras y Contratación Pública a profesionales y técnicos, personas naturales o jurídicas, previa licitación pública. No obstante lo anterior, la decisión consistente en el rechazo o aprobación de las inscripciones corresponderá a la Dirección de Compras y Contratación Pública y podrá ser reclamable en los términos establecidos en el capítulo V. Podrán, asimismo, existir otros registros oficiales de contratistas para órganos o servicios determinados, o para categorías de contratación que así lo requieran, los que serán exigibles para celebrar tales contratos. Dichos registros serán regulados por decreto supremo expedido por el Ministerio respectivo. Estos registros podrán o no ser electrónicos. Cuando fueren electrónicos, deberán ser compatibles con el formato y las características del Registro a que se refiere el inciso primero. Los registros serán siempre públicos. No obstante, las Fuerzas Armadas y las de Orden y Seguridad Pública, podrán mantener registros reservados o secretos, respecto de los bienes y servicios que se exceptúan de esta ley, en conformidad con su legislación”.

<sup>24</sup> Respecto a este principio se señala en la página 12 del Mensaje que: “Si bien es cierto que cualquier ciudadano o persona, nacional o extranjera, puede contratar con la Administración, ésta debe garantizar y velar porque los sujetos que contraten con ella, sean dignos de confianza y tengan la experiencia necesaria. En efecto, los contratantes de la Administración no son sólo sujetos que realicen una actividad económica lícita, son ante todo colaboradores directos o indirectos de la Administración. Cuando la Administración suscribe un contrato de suministro, cualquiera sea la naturaleza de los bienes incorporados, no sólo realiza una compra o arrendamiento de bienes; también adquiere insumos al Estado para su funcionamiento, insumos que finalmente tendrán impactos en la calidad de servicios que preste la Administración. Lo mismo sucede respecto de las asesorías que el Estado contrata, regularmente asociadas a la entrega de conocimiento o información. Estas sirven como fundamento técnico o generan alternativas de evaluación para una decisión final de la Administración. Por ello, no cualquier persona puede ser contratante de la Administración, sino sólo aquellos que cumplan

con los requisitos de idoneidad profesional, técnica y financiera, que permitan garantizar el normal funcionamiento de los servicios públicos”.

<sup>25</sup> Mensaje número 9-341 de 27 de octubre de 1999, página 13.

<sup>26</sup> Ver definición de bases y de bases administrativas en el artículo 2º del Reglamento.

<sup>27</sup> Debemos entender que esta exigencia se complementa con la del artículo 18 de la ley que señala: “Los organismos públicos regidos por esta ley deberán cotizar, licitar, contratar, adjudicar, solicitar el despacho y, en general, desarrollar todos sus procesos de adquisición y contratación de bienes, servicios y obras a que alude la presente ley, utilizando solamente los sistemas electrónicos o digitales que establezca al efecto la Dirección de Compras y Contratación Pública. Dicha utilización podrá ser directa o intermediada a través de redes abiertas o cerradas, operando en plataformas de comercio electrónico o mercados digitales de transacciones, sea individualmente o acogiéndose a los beneficios de los contratos marco que celebre la señalada Dirección. Dicha actividad deberá ajustarse a lo dispuesto en sus respectivas leyes orgánicas, en la ley de firma electrónica y en las normas establecidas por la presente ley y su reglamento.

Los organismos públicos regidos por esta ley no podrán adjudicar contratos cuyas ofertas no hayan sido recibidas a través de los sistemas electrónicos o digitales establecidos por la Dirección de Compras y Contratación Pública. No obstante, el reglamento determinará los casos en los cuales es posible desarrollar procesos de adquisición y contratación sin utilizar los referidos sistemas”.

<sup>28</sup> Los artículos 19 y 20 de la Ley se refieren a estos aspectos: “Artículo 19.– Créase un Sistema de Información de Compras y Contrataciones de la Administración, a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública, que se aplicará a los organismos señalados en el artículo 1º de la presente ley, y que deberá estar disponible a todo el público, en la forma que regule el reglamento.

El Sistema de Información será de acceso público y gratuito.

*Artículo 20.*– Los órganos de la Administración deberán publicar en el o los sistemas de información que establezca la Dirección de Compras y Contratación Pública, la información básica relativa a sus contrataciones y aquella que establezca el reglamento. Dicha información deberá ser completa y oportuna refiriéndose a los llamados a presentar ofertas, recepción de las mismas; aclaraciones, respuestas y modificaciones a las bases de licitación, así como los resultados de las adjudicaciones relativas a las adquisiciones y contrataciones de bienes, servicios, construcciones y obras, todo según lo señale el reglamento”.

<sup>29</sup> En el caso de que las ofertas sean en soporte de papel se abrirá el sobre, según el procedimiento tradicional existente hasta la creación de la forma electrónica, véase el artículo 62 del Reglamento.

<sup>30</sup> Eventualmente en las bases se puede establecer una fase de preselección de los oferentes (artículo 35 del Reglamento).

<sup>31</sup> *Op. cit.*, página 50.

<sup>32</sup> La tramitación se efectuará conforme a las normas contenidas en el título V de la LBCA; supletoriamente se aplican las normas del libro I del Código de Procedimiento Civil y las del juicio ordinario de mayor cuantía que resulten conformes a la naturaleza breve y sumaria de este procedimiento, artículo 27 de la LBCA.

<sup>33</sup> En este sentido nos señala el artículo 39, a propósito de los contactos durante la evaluación:

“Durante el período de evaluación, los Oferentes no podrán mantener contacto alguno con la Entidad Licitante con excepción de la solicitud de aclaraciones y pruebas que pudiere requerir la Entidad Licitante”.

<sup>34</sup> “Artículo 37.– Método de evaluación de las ofertas:

La Entidad Licitante deberá evaluar los antecedentes que constituyen la oferta de los proveedores y rechazará las ofertas que no cumplan con los requisitos mínimos establecidos en las Bases.

La evaluación de las ofertas se efectuará a través de un análisis económico y técnico de los beneficios y los costos presentes y futuros del bien y servicio ofrecido en cada una de las ofertas. Para efectos del anterior análisis, la Entidad Licitante deberá remitirse a los criterios de evaluación definidos en las Bases.

La Entidad Licitante asignará puntajes de acuerdo a los criterios que se establecen en las respectivas Bases.

Los miembros de la comisión evaluadora, si existiera, no podrán tener conflictos de intereses con los Oferentes, de conformidad con la normativa vigente al momento de la evaluación.

*Artículo 41.*– Adjudicación de la oferta y notificación:

La Entidad Licitante no podrá adjudicar la licitación a una oferta que no cumpla sustancialmente con las condiciones y requisitos establecidos en las bases.

No podrán adjudicarse ofertas de Oferentes que se encuentren inhabilitados para contratar con las Entidades, de acuerdo a lo previsto en el artículo 92 del Reglamento”.

<sup>35</sup> Para un mejor estudio se pueden consultar libros referidos al ordenamiento jurídico español, debido al poco desarrollo que este tema ha tenido en Chile, entre los cuales podemos mencionar algunos publicados en los últimos años:

–Dagnino Guerra, Alfredo: *Legislación básica sobre contratos de las Administraciones Públicas: (legislación, jurisprudencia y doctrina administrativa)*, Madrid, Edisofer, 2004.

–De Asís Roig, Agustín E.: *Comentario a la ley de contratos de las administraciones públicas*, Navarra, Civitas, 2004.

–Embid Irujo, Antonio: *Comentarios a la ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas: (Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas)*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2003.

–Gimeno Feliú, José Miguel: *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, Barcelona, Atelier, 2004.

–Lefebvre, Francis: *Memento práctico. Contratos públicos*, ed. Act. a junio 2004, Madrid, Ediciones Francis Lefebvre, 2004.

–Moreno Molina, José Antonio: *Análisis de la nueva Ley 13/2003, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Madrid, La Ley, 2003.

–Ortiz Vaamonde, Santiago: *El levantamiento del velo en el Derecho administrativo: régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros*, Madrid, La Ley, 2004.

–VV. AA., Edición preparada por Óscar Moreno Gil: *España. Leyes, etc. de contratos del Estado, Contratos de las administraciones públicas*, 19ª ed., Madrid, Civitas, 2004.

–VV. AA.: *España. Ley de contratos de las administraciones públicas, 2000, Contratos de las administraciones públicas*, 23ª ed. act. a julio de 2004, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2004.

–VV. AA., Alberto Ruiz Ojeda (dir.): *Derecho de la contratación pública y regulada: comentario sistemático y concordado de la legislación vigente*, Madrid, Thompson - Civitas, 2004.

–VV. AA., Menéndez, Pablo; Menéndez, Adolfo: *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Madrid, Civitas, 2003.

–Villalba Pérez, Francisca: *La contratación de las sociedades en manos de las Administraciones Públicas: principios de publicidad y concurrencia. Fundamentos de su publicación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

Cabe agregar que los manuales de *Derecho Administrativo* españoles contienen una parte destinada a analizar esta temática, podemos mencionar entre otros los siguientes:

457. –Cosculluela Montaner, Luis: *Manual de Derecho Administrativo*, Tomo I, 14 Edición, Civitas, 2004, páginas 397 a 457.
- Escuin Palop, Catalina: *Curso de Derecho Administrativo*, 2ª Edición, Tirant lo Blanch, 2004, páginas 559 a 617.
- García de Enterría, Eduardo y otro: *Curso de Derecho Administrativo I*, 12ª Edición, Civitas, 2004, páginas 677 a 727.
- Martín Mateo, Ramón: *Manual de Derecho Administrativo*, 22ª Edición, Aranzadi, 2003, páginas 359 a 383.
- Morel Ocaña, Luis: *Curso de Derecho Administrativo II*, 5ª Edición, Servicio de Publicaciones Universidad Complutense de Madrid, 2002, páginas 1099 a 1123.
- Parada, Ramón: *Derecho Administrativo I, Parte General*, 14ª Edición, Marcial Pons, 2003, páginas 274 a 316.
- Parejo Alfonso, Luciano: *Derecho Administrativo*, Ariel, 2003, páginas 963 a 1071.

# CORTE SUPREMA EN CASO LOLCO: NO HAY RESPONSABILIDAD ESTATAL POR ACTOS LÍCITOS. EL OCASO DE LA DOCTRINA *GALLETUÉ*

Álvaro Quintanilla Pérez\*

## I. INTRODUCCIÓN

Una materia que, de manera acuciante, ha requerido esclarecimiento jurisprudencial en el último tiempo ha sido la de la responsabilidad extracontractual del Estado. Más que por real problemática interpretativa que susciten las normas, la necesidad surge por el afán de algunos destacados académicos de forjar un instituto singularísimo de responsabilización a partir de normas constitucionales a las que atribuyen un alcance superlativo, desligando enteramente el deber indemnizatorio del Estado del derecho común. La Corte Suprema a este respecto ha dicho “un excesivo afán de garantizar la autonomía e independencia del derecho administrativo ha llevado a separar dogmáticamente y de manera radical sus instituciones respecto de las de otros derechos”<sup>1</sup>. Se olvida que el tema indemnizatorio –excepto el diverso factor de atribución de la responsabilidad por la especial naturaleza de la actividad de la Administración– sigue siendo el mismo, desde el punto de vista del ofendido, sea que el causante del daño sea un privado o un órgano público. Jurisprudencia correctiva a este respecto ha dicho: “El contenido patrimonial del derecho subjetivo que se genera para el particular en el caso de incurrir el Estado en falta de servicio que produzca daño es idéntico al que podría originarse en el supuesto de un incumplimiento contractual o en el evento de un proceder ilícito estrictamente civil”<sup>2</sup>.

Una saludable disciplina jurisprudencial ha ido uniformando criterios en tópicos como: la prescriptibilidad de la acción indemnizatoria contra el Estado y sujeción de esa prescripción al Art. 2.332 del Código Civil; la naturaleza no objetiva de la responsabilidad del Estado (en cuanto no basta el dato objetivo de causalidad entre actividad de la Administración y perjuicio, requiriendo prueba de falta de servicio, factor de imputación diverso al dolo o culpa pero también impregnado de la idea de censura); la complementación por la ley de la normativa constitucional y la plena aplicación del derecho común a ella.

## II. LA ACTIVIDAD LEGÍTIMA COMO FUENTE DE RESPONSABILIDAD

Punto relevante en la temática es si la obligación indemnizatoria del Estado se extiende, incluso, a daños que la actividad material o jurídica de la Administración cause al ejercer sus potestades legítimas, esto es, que el perjuicio sea consecuencia de actos lícitos. La situación se ha planteado ya en numerosos juicios contra el Fisco y órganos públicos con motivo, por ejemplo, de la decisión del Servicio de Impuestos Internos de ejercer acciones penales contra contribuyentes que a la postre son desestimadas; la decisión de cambiar, por razones de utilidad pública, la destinación de terrenos fiscales que servían a un aeródromo; la afectación de un predio para una proyectada vía pública en virtud de una modificación del respectivo plan regulador, sin consumarse en un tiempo inmediato la expropiación; la decisión del Ministerio de Agricultura de suspender o prohibir el corte de ciertas especies nativas que tiene el deber de preservar, etc. Hemos tenido ocasión de analizar este tema en otro trabajo<sup>3</sup>.

La sola formulación de esta pretensión resulta singularísima puesto que, conforme a decantadas nociones sobre responsabilidad civil, todo tipo de responsabilidad, incluso la objetiva, requiere un hecho que sea en sí ilegítimo, antijurídico, ilícito. En el derecho común, así se desprende del Código Civil, no solo en el orden de la responsabilidad contractual en que el antijurídico es el incumplimiento de la obligación asumida<sup>4</sup>, sino también en el orden extracontractual. El Art. 2.284 de ese Código distingue, entre las fuentes de las obligaciones, los hechos voluntarios lícitos y los *ilícitos* entre los cuales ubica al delito y al cuasidelito, fuente en que el legislador subentiende la ilicitud de la conducta. Esta antijuridicidad es, entonces, requisito y elemento esencial de toda

obligación de indemnizar que se funde en la doctrina de la responsabilidad, así como esenciales son los demás elementos comunes o particulares de ella (existencia de daño, imputabilidad del hecho por culpa, dolo u otro factor de imputación, relación de causalidad, etc.). Se trata de elementos independientes e inconfundibles: un hecho es ilícito por ser infractor del derecho, no por ser culpable o por ser dañoso.

Proclamados –como bases de la institucionalidad– los principios de legalidad y responsabilidad en la acción de los órganos públicos, el Art. 6º de la Constitución somete esa acción a la Constitución y a las leyes, agregando que *la infracción a esta norma genera las responsabilidades y sanciones que determine la ley*. Queda así explicitada la necesidad de la antijuridicidad para el deber indemnizatorio, solo los actos infractores de esa regla, o sea, contraventores de la Constitución o de las leyes, pueden generar responsabilidad para el Estado.

Sin embargo, se ha pretendido expandir la responsabilidad del Estado a daños causados por actos lícitos. Ello a partir de atribuir a la responsabilidad estatal el carácter de objetiva, fundando esta conclusión en el carácter sustantivo o material que tendría el Art. 38, inciso 2º de la Constitución Política que confiere a cualquiera persona lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, sus organismos o las municipalidades, el derecho a reclamar ante los Tribunales que determine la ley. Tal norma –respaldatoria de la posición jurídica de los ciudadanos frente a la Administración– no es una regla material sobre responsabilidad, ni menos podría contradecir la exigencia de antijuridicidad que para la responsabilidad indicaron los Arts. 6º y 7º de la Carta. Es ésta una regla genérica, manifiestamente atributiva de jurisdicción y competencia, que zanjó la grave limitación que tenían los particulares para accionar contra los actos de la Administración por ausencia de Tribunales de lo Contencioso-Administrativo. A partir de esta norma, algunos autores estiman que procede responsabilizar al Estado por cualquiera situación objetiva de lesión a los derechos de una persona sin que sea necesaria la ilicitud del acto público, pues sería suficientemente antijurídico el daño a la persona. La tesis, entonces, desplaza la ilicitud –siempre referida a la conducta del agente causante del perjuicio– a la posición injusta de la víctima y evidentemente confunde la antijuridicidad de la conducta basal con el elemento daño consecuencial. La lesión al derecho del particular, asociada a un discutible quebrantamiento del principio de igualdad de las cargas públicas, pasaría, para estos autores, a constituir un factor de atribución de responsabilidad del Estado en nuestro derecho. Tan solo por haber lesión, el perjuicio sería antijurídico si el administrado no está obligado a soportarlo, bastando que para él sea antijurídico en cuanto el daño no esté legitimado, es decir, obligado a soportarlo en virtud de una causal de justificación expresa. Conforme a esta doctrina, de excepcionales que son universalmente los episodios de responsabilidad objetiva, pasa aquí a crearse uno, de carácter amplio y general, referido al sujeto Estado que, por solo ostentar la condición de tal, respondería siempre conforme al sistema de responsabilidad objetiva, sin concurrir, además, el fundamento en el que, tradicionalmente, doctrina y derecho positivo justifican los casos de responsabilidad objetiva: la teoría del riesgo creado o la del riesgo provecho, referido siempre a precisas actividades materiales intrínsecamente riesgosas que comprometen la posición general de seguridad de las personas.

### III. LA CAUSA AGRÍCOLA LOLCO CON FISCO DE CHILE

En la causa en que se dictó la sentencia que se comenta, se demandó al Estado por la dictación del D.S. Nº 43 del Ministerio de Agricultura (Diario Oficial de 3 de abril de 1990) que declaró a la especie vegetal forestal *araucaria araucana*, pehuén o pino chileno, como monumento natural conforme a la Convención de Washington (1940) sobre Protección de la Flora y Fauna y las Bellezas Escénicas Naturales de América –suscrita y ratificada por Chile en 1967– y conforme a diversas normas que disponen la preservación de ciertas especies vegetales nativas, lo que impedía a la actora explotar dicha especie arbórea existente en un área de 3.300 hectáreas del Fundo Lolco, de 16.000 hectáreas en total. En concepto de la demandante el D.S. Nº 43 de 1990 significó prohibición absoluta para la explotación y comercialización de la *araucaria araucana* privando al propietario de su derecho absoluto a gozar y disponer de esas especies. En rigor, no es exacto que la propietaria tuviere la facultad de cortar, explotar y comercializar a su entero arbitrio todas las especies de araucarias vivas existentes en su predio, pues ya la legislación existente con anterioridad al Decreto Supremo le imponía una serie de limitaciones, evidenciando



que el pretendido derecho no era omnímodo. Así, el Art. 21 del D.L. N° 2.565 de 1979 le imponía el deber de atenerse a los planes de manejo que cumplieran los requisitos contemplados en ese precepto legal. Todo ello de acuerdo a viejas normas constitucionales que encargan a la ley establecer el modo de usar, gozar y disponer de la propiedad, de observar las limitaciones y obligaciones que derivan de su función social y que entregan al Estado el imperativo deber de tutelar la preservación de la naturaleza y proteger el medio ambiente.

La demanda es por responsabilidad civil extracontractual del Estado y sus fundamentos son los Arts. 6° y 7° de la Constitución Política. Complementando esa fundamentación la demandante invocó el Art. 19 N° 24 de la Constitución pretendiendo que, en su virtud, hay derecho a indemnización no solo cuando hay privación del dominio sino también cuando se limitan facultades esenciales de tal derecho.

#### IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El fallo de primera instancia (de 23 de septiembre de 1999), acogió la tesis de la demanda en cuanto a que, no obstante tratarse de una decisión legítima de la autoridad, cabría la indemnización de perjuicios por la limitación al dominio en virtud del principio de que todo daño causado a un administrado por la Administración es indemnizable. La normativa constitucional –específicamente el Art. 38 inc. 2° de la Carta Fundamental– y el Art. 4° de la Ley N° 18.575 asegurarían tal indemnización incluso frente a actos potestativos del Estado, ejecutados en cumplimiento de la ley y, por ende, legales. Finalmente, no habría razón de equidad que justifique imponer al actor la carga del costo de esta limitación para liberar al Estado de la obligación de indemnizar la lesión patrimonial, pues ello infringiría el principio constitucional de igualdad ante las cargas públicas.

El fallo descarta el fundamento del Art. 19 N° 24 de la Constitución Política del Estado porque “no se trata de una expropiación ni tampoco hay desconocimiento de la propiedad ni hay privación de algunos de los atributos o de las facultades esenciales del dominio” (Cons. 11°). Solo habría limitación al dominio, autorizada por la ley y por el Art. 24 inc. 2° de la C.P.E.

El Considerando 16° sostiene que esta interpretación se conforma con el texto constitucional que asegura y ampara los derechos fundamentales de la persona y establece como fundamento de la responsabilidad del Estado el concepto de lesión.

#### V. SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

Por sentencia de 21 de noviembre de 2003 de la Corte de Apelaciones de Santiago, redactada por el Ministro don Haroldo Brito y el Abogado Integrante don Domingo Hernández, se confirmó la sentencia de primera instancia con declaración de reducción sustancial del monto indemnizatorio fijado en primer grado.

La doctrina de fallo de alzada es que de los actos lícitos del Estado puede derivar responsabilidad, no obstante la función social de la propiedad y poder la ley imponer limitaciones, pues tal precepto “no puede conducir al intérprete a sostener que los intereses particulares deben simplemente soportar las limitaciones que pueden ser dispuestas conforme a la norma recién aludida, porque ello implicaría aceptar que el costo de aquellos actos ejecutados en razón del interés general que signifiquen limitaciones a la propiedad debería ser asumido directamente por los particulares y no por el Estado... (Considerando 5°)”. Agrega que no obstante que el Estado incurre en responsabilidad civil cuando existe un título de imputabilidad que en nuestro ordenamiento es la falta de servicio, “lo anterior no obsta a la posibilidad que el Estado administrador pueda igualmente ser obligado a responder por cualquier lesión causada en bienes o derechos de particulares en supuestos de actividades peligrosas o como consecuencia de riesgos de carácter grave que el legislador ha estimado necesario indemnizar, exigiendo la concurrencia de una simple relación de causalidad material entre el hecho u omisión imputable a un órgano administrativo y el resultado producido” (Considerando 7°). Sin embargo, luego afirma categóricamente que la responsabilidad del Estado no es una responsabilidad objetiva (Considerando 8°). Adhiriendo a la tesis de primer grado, el Considerando 9° postula: “la norma del inciso 2° del Art. 38 de la Constitución Política, no

obstante su ubicación, no sólo asegura acción en contra del Estado a toda persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado (...) sino también previene la fuente de la obligación por el detrimento de derechos toda vez que la referencia del reclamo jurisdiccional es el predicado o consecuencia de la lesión o menoscabo a los derechos de toda clase causados por la Administración”. Más adelante: “la Constitución Política vigente contiene normas dirigidas a asegurar la indemnidad patrimonial de los ciudadanos, incluso frente a actos potestativos del Estado ejecutados en cumplimiento de la ley y, por ende, legales. Es el caso de los Arts. 19 N<sup>os</sup> 20 y 24 de la Carta Fundamental que consagran el principio de igualdad ante las cargas públicas y la garantía constitucional del derecho de propiedad respectivamente” (Considerando 11<sup>o</sup>). En claro afán de fortalecer su razonamiento postula que la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas “permite que la víctima de un daño causado en interés general de la colectividad pueda obtener una reparación con cargo al Estado en la medida que la carga pública impuesta en beneficio común la perjudique exclusivamente o afecte a un número determinado de sujetos. Este punto de vista, ampliamente desarrollado en países europeos de sólida tradición iusadministrativa, sirve de basamento a la llamada, en el derecho francés, *responsabilidad sin falta* que exige para su configuración la existencia de un daño anormal, especial y grave” (Considerando 12<sup>o</sup>).

Además de la invocación de la teoría de la responsabilidad sin falta, funda la obligación indemnizatoria por actos lícitos en la equidad: “...no se advierte razón de equidad que justifique imponer al actor la carga del costo de que se trata para liberar al Estado de la obligación de indemnizar la lesión patrimonial toda vez que éste constituya la expresión jurídica de la sociedad a quien beneficia el acto” (Considerando 14<sup>o</sup>).

El Considerando 16<sup>o</sup> invoca, en favor de la indemnización, la aplicación de una solución equivalente a la del Art. 19 N<sup>o</sup> 24 inciso 3<sup>o</sup> de la Constitución Política, esto es, el criterio analógico. Dice “la legitimidad de la competencia exteriorizada a través del acto administrativo que declara monumento natural a la *araucaria araucana*, justifica la aplicación de un criterio de resarcimiento patrimonial similar al utilizado por el constituyente para indemnizar al afectado por un acto expropiatorio igualmente legítimo”.

El estudio del fallo de segunda instancia evidencia que los sentenciadores entienden que el Art. 19 N<sup>o</sup> 24 de la Constitución no establece la obligación que imponen, pues tal deber de resarcimiento está previsto para el caso de expropiación. No obstante, concluyen que tal resarcimiento sería también aplicable cuando por actos lícitos se afectan facultades o atributos esenciales del dominio. Además de lo expresado en la motivación 16<sup>o</sup>, el Considerando 19<sup>o</sup> postula que la Corte debe apreciar los actos lícitos de la Administración *con arreglo a las mismas pautas que gobiernan el instituto de la expropiación*. La tesis implica aplicar por analogía una obligación que la Constitución y la Ley sobre Procedimiento de Expropiaciones han previsto solo para el caso de privación del dominio por expropiación.

El criterio del Tribunal de Alzada es evidentemente equivocado por cuanto la norma que impone resarcimiento en caso de expropiación constituye una *obligación legal* prevista para una situación específica de privación del dominio enteramente ajena a la doctrina de la responsabilidad civil que es la que debe regir una causa por reparación extracontractual y que supone necesariamente la existencia de un hecho ilícito o antijurídico, como lo proclaman –como base de la institucionalidad– los Arts. 6<sup>o</sup> y 7<sup>o</sup> de la Constitución.

Hay evidente confusión en el fallo en relación a la fuente de la obligación de resarcimiento. Efectivamente existen casos en que la ley impone la obligación de resarcir al margen de la doctrina de la responsabilidad civil, configurando casos de obligaciones legales de indemnizar perjuicios, incluso por hechos lícitos. Pero ello tiene lugar siempre en situaciones excepcionalísimas, como la indemnización prevista para el caso de expropiación o de confiscación en situaciones de emergencia constitucional (Art. 41 N<sup>o</sup> 8 C.P.E.), las indemnizaciones por servidumbres legales de interés privado o de interés público, las que impone la Ley N<sup>o</sup> 18.617 y el D.L. N<sup>o</sup> 3.557 de 1981 al Servicio Agrícola y Ganadero por medidas de destrucción de animales o plantaciones, etc.

Criticable es también la sentencia de segunda instancia en cuanto pretende –del mismo modo en que en 1984 se justificara una indemnización en el *caso Galletué*– la existencia, sobre la materia, de una suerte de vacío o laguna legal que corresponde zanjar para resolver la pretensión indemnizatoria, en circunstancias que la obligación de reparación de daños por la actividad material o jurídica de la Administración es materia reglada por la Constitución y la ley y, por tanto, no existe ningún vacío o laguna legal que

deba ser colmada mediante los recursos de la analogía, doctrina extranjera o principios de equidad.

Conforme a lo dicho es manifiesto que la obligación de resarcimiento establecida para el caso de expropiación es excepcional como excepcionales son las obligaciones legales. Las normas de derecho estricto son solo aplicables a las situaciones a que se refieren y no admiten aplicación por analogía.

Por otra parte, la relación jurídica de obligación es también excepcional y por ello las obligaciones solo surgen de las fuentes reconocidas por el ordenamiento y, entre ellas, las legales únicamente formuladas de modo explícito, deben *expresarse en la ley*, al decir del Art. 2.284 inciso 1º del Código Civil.

Por otra parte, la doctrina francesa de la *responsabilidad sin falta* que extiende el deber indemnizatorio a actos lícitos, fundado en el aseguramiento de ciertas garantías que conllevarían indemnidad patrimonial, no tiene cabida en nuestro derecho si no existe técnicamente una cuestión de interpretación ni de integración que la valide como elemento o recurso subsidiario.

Valga decir que el análisis de las calidades que debe revestir el daño para la indemnización conforme a esa tesis lleva a un ámbito de absoluta subjetividad. Así, sería daño *anormal* el que altera la situación de normalidad que, en relación al dominio y a su titular, lo constituye el hecho de tener las facultades de uso y goce. De este modo, toda limitación al dominio, de algún modo, mayor o menor, altera la “normalidad”, el contenido de aprovechamiento usual o propio que reportan las prerrogativas del derecho. Más aún, todo daño podría ser estimado anormal por cuanto el menoscabo o detrimento altera la situación de integridad, estado habitual o *normal* de una cosa o de una persona.

En cuanto a que el daño sea *especial* por imponerse de modo particularizado, las limitaciones al dominio afectan, por cierto, a sujetos particularizados, los dueños de las cosas o bienes a que se refiere la limitación y cuyo número –mayor o menor– es cuestión relativa. En Chile hay vastas extensiones en casi todas las regiones del país en que existen plantaciones de *araucaria araucana* y, por tanto, muchísimos propietarios de predios afectados. Sin embargo, menos de diez han entablado acciones judiciales pretendiendo indemnizaciones fiscales.

En el caso del juicio, la prohibición de corte, explotación y comercialización de la *araucaria* en virtud de un tratado internacional sobre protección de la flora nativa –suscrito por gran cantidad de países y congruente con otros instrumentos internacionales de protección de especies nativas– virtualmente ha dejado fuera de mercado a ese producto arbóreo, por lo cual no se comprende cómo podría haberse explotado y comercializado un producto mundialmente fuera del comercio.

## VI. SENTENCIA DE CASACIÓN DE FONDO DE LA CORTE SUPREMA

Con fecha 30 de diciembre de 2004, la Corte Suprema, fallando el recurso de casación en el fondo interpuesto por la demandante en contra del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, lo desestimó en los seis capítulos en que él se fundaba y que incidían en la determinación de la indemnización. A tal respecto se denunciaban infracciones de derecho con que se intentaba modificar los hechos.

Debido a que la sentencia de alzada se dictó solo en noviembre de 2003 (no obstante haber quedado en estado de acuerdo en julio de 2002) y a deficiencias de procuraduría que fueron sancionadas por el Servicio, la defensa estatal no tuvo oportunidad de deducir el recurso de casación en el fondo que ampliamente cabía en contra del fallo de segunda instancia. De este modo, solo refutando las causales de casación invocadas por la actora, la defensa fiscal hizo ver la absoluta inconsistencia del fallo de segunda instancia. En estas condiciones, aparece admirable el ostensible propósito de la Corte Suprema de hacer pronunciamientos, procesalmente no exigibles, en afán de sentar doctrina en la materia, formulando agudas críticas al fallo recurrido de casación, no obstante la imposibilidad de su anulación por la razón indicada.

Desde luego, cabe destacar la crítica que hace al fallo de la Corte de Apelaciones en cuanto ésta justifica su disposición a la “indemnización por los efectos de un Decreto Supremo que no ha sido objeto de cuestionamiento en cuanto a su legalidad, esto es, se ha ordenado indemnizar supuestos daños ocasionados por un acto lícito, acudiendo al punto de vista *ampliamente desarrollado en países europeos de sólida tradición*

*iusadministrativa*, sin indicar cuáles son y qué sirve de basamento a la llamada, en el derecho francés, responsabilidad sin falta” (Considerando 40º).

Censurando la aplicación por analogía que el fallo en alzada hacía del Art. 19 N° 24 de la Carta Fundamental –proyectando la obligación indemnizatoria asociada a la expropiación al caso *sub judice*– el Considerando 38º de la sentencia critica que se funde el recurso de casación en disposiciones de orden constitucional y específicamente en el Art. 19 N° 24 de la Carta Fundamental, pues dice, “dichos preceptos establecen principios o garantías de orden general que tienen desarrollo en otras disposiciones de inferior jerarquía, tal como en la actual situación sucede, ya que *la materia propuesta tiene copiosa normativa que permite accionar, contenida en otras reglas jurídicas y leyes (...) y es a ella a la que se ha debido acudir en forma exclusiva*”.

Añade que “independientemente que la Corte pueda o no compartir el criterio esbozado que permitió el acogimiento de la demanda (...) debe atenerse a lo resuelto en cuanto a existencia de daño y fijación del monto indemnizatorio puesto que no se encuentra en condiciones jurídicas de variarlo (por falta de recurso de la demandada)” (Considerando 45º). Agrega que la aplicación de normas reglamentarias “ha servido a los jueces de fondo para otorgar a la demandante una millonaria *y más que discutible indemnización* de tal manera que desde esta perspectiva dicha mención no solo no le ha implicado agravio sino que ha entrañado un innegable beneficio para ella porque se obtuvo la referida indemnización, y ello, como también se ha precisado, manteniendo en su patrimonio el bien raíz de que se trata, así como todas las especies arbóreas que éste contiene” (Considerando 46º).

En Considerando 49º, llega a decir, respecto a las reflexiones del fallo de segunda instancia, que la Corte las “estima satisfactoria en extremo para la demandante *puesto que en estricto rigor, una acción como la presente no debería prosperar*”.

Considerando medular sobre el tema de la procedencia de indemnización extracontractual por decisiones de la Administración enmarcadas dentro de sus potestades, es el N° 50º que, evaluando el alcance del Art. 4º de la Ley N° 18.575 (proclama el principio de responsabilidad del Estado por daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones) precisa que “*esta disposición opera o tiene aplicación cuando los órganos de la Administración del Estado actúan fuera de la órbita de sus atribuciones, lo que en la especie no ha ocurrido y ni siquiera ha sido puesto en duda* porque, como se dijo, la validez del D.S. N° 43 ha sido la fuente de la que se hace surgir la responsabilidad, habiendo sido implícitamente validada”.

El Considerando N° 51º, a propósito de la invocación del principio de responsabilización del Estado cuando cause daño a un particular, sostiene que “este principio básico del derecho civil y del derecho en general, también está en la Constitución Política, que establece en forma genérica en los Arts. 6º y 7º la responsabilidad extracontractual que nace por la acción de los órganos del Estado *que con su acción exceden la Constitución y la ley*”. La misma motivación descarta que el Art. 19 N° 4 del texto constitucional pueda fundar una acción indemnizatoria como la presente expresando que ello “completa un panorama en el que se advierte la *ausencia u orfandad de normas que obliguen al Estado en un caso como el planteado*, lo que no es casual ni puede considerarse una inadvertencia ya que deriva de la circunstancia de que sencillamente no existe dicha normativa. Por lo tanto, mal puede, en el presente estado de la causa, invocarse el Art. 4º de la Ley N° 18.575 porque no ha sido transgredido en la forma pretendida”.

Dentro de esta misma línea, la Corte observa que “la indemnización que el Fisco debe pagar por perjuicios ocasionados por una actuación lícita no puede vulnerar un precepto definitorio como el Art. 582 del Código Civil ni el derecho de dominio” y en que “se aplicó el plan de manejo como un parámetro por los jueces de fondo para fijar la indemnización *y que a la postre implicó un notorio beneficio para la demandante y notorio perjuicio para los intereses del Fisco*” (Considerando 53º)... “El supuesto daño reclamado deriva de un acto lícito en que no ha existido expropiación de un predio –la que de haberse llevado a cabo posiblemente no le hubiere resultado tan onerosa al Fisco de Chile– puesto que éste, con todo su potencial, permanece en poder y en el patrimonio de la sociedad” (Considerando 53º).

Estimamos meritoria esta sentencia en cuanto acusa esmero por definir criterios sobre una materia sumamente controvertida y tras la cual hay no solo respetables

convicciones jurídicas sino también importantes intereses que postulan criterios de generalización de la obligación indemnizatoria del Fisco, más allá de toda racionalidad.

La sentencia fue pronunciada por la unanimidad de los Ministros de la 3ª Sala, señores Ricardo Gálvez, Domingo Yurac y Humberto Espejo y abogados integrantes señores René Abeliuk y Fernando Castro.

El caso “**Agrícola Lolco con Fisco**” se inserta en antiguas pretensiones indemnizatorias similares que se han planteado a partir del mismo hecho de la prohibición de corte, comercialización y explotación de la especie *araucaria araucana*. Así, es famosa en nuestra historia jurisprudencial la doctrina de la Corte Suprema en causa *Galletué con Fisco*, dictada el año 1984 y en que la Corte Suprema, con criterio parecido al del fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago en la causa *Lolco*, también estimó que existía laguna o vacío legal en la materia, que correspondía colmar o integrar mediante la aplicación de criterios de equidad, en mérito de lo cual acogió la indemnización en favor del particular cuyo dominio se limitaba por la prohibición de explotación y corte de esa especie arbórea.

El contenido dogmático, enfáticamente formulado por la 3ª Sala de la Corte Suprema, deja las cosas en claro: no cabe indemnización por daños causados por actos jurídicos legítimos de la Administración y que realizan el poder legal de fijar el contenido del derecho de propiedad y concretar su función social, compitiendo a la ley determinar el modo de gozar del derecho de dominio. Igualmente que la responsabilización pública surge solo cuando la acción de los órganos del Estado excede la Constitución o la ley.

También es relevante este fallo de casación en cuanto precisa, con énfasis, que no cabe responsabilizar al Estado vía aplicación analógica de normas previstas para situaciones diversas como privación del dominio por expropiación o por confiscación, casos en que la ley –y no normas de responsabilidad extracontractual– impone el deber de resarcimiento. Igualmente que tampoco puede fundarse tal obligación indemnizatoria en la equidad y la justicia ante supuesta falta de ley específica como fuera la doctrina *Galletué*, de agosto de 1984, y que tuviera un antiguo antecedente en la causa *Lapostol con Fisco*, en 1930.

La decisión nos parece la más adecuada, mientras no se precisen –probablemente por vía legislativa– situaciones particulares de resarcimiento que notoriamente justifiquen indemnización, sustraídas a la de la responsabilidad civil que supone siempre un acto antijurídico, contraventor de la Constitución o la ley.

Como ha escrito un catedrático hispano, en referencia a España, “nuestro país no puede permitirse gozar de un sistema de responsabilidad de la Administración más avanzado o más caro del mundo permitiendo indemnizaciones indiscriminadas por todo daño que cause la Administración al cumplir su actividad material o jurídica de bien público”<sup>5</sup>.

---

\* ÁLVARO QUINTANILLA PÉREZ. Profesor de Derecho Civil, Universidad de Valparaíso. Abogado Consejero del Consejo de Defensa del Estado.

<sup>1</sup> Sentencia de Casación de Fondo en juicio *Domic con Fisco*, 4ª Sala, Corte Suprema, 15/05/02, Considerando 20º.

<sup>2</sup> Sentencia de Segunda Instancia, en causa de cuasidelito de lesiones contra Hernán Zambrano, Corte de Apelaciones de Santiago, 10/10/2000.

<sup>3</sup> Véase nuestro artículo “¿Responsabilidad del Estado por Actos Lícitos?”, *Revista del Consejo de Defensa del Estado*, Nº 1, año 1, julio de 2000, páginas 41-66.

<sup>4</sup> Entre otros, el Art. 1.556-1 expresa que la indemnización comprende daño emergente y lucro cesante, ya provenga de *no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento*.

<sup>5</sup> Véase Pantaleón Prieto, Fernando. “Los Anteojos del Civilista: Hacia una Revisión del Régimen de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas”, artículo publicado en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, Año I, diciembre 2002, Nº 2, página 79.

# MOMENTO INICIAL DEL CÁMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

José Pablo Vergara Bezanilla\*

I.

Ha sido objeto de controversia el tema relativo a determinar desde qué momento empieza a correr el plazo de cuatro años establecido en el art. 2332 del Código Civil para la prescripción extintiva de la responsabilidad extracontractual.

Dicho precepto dispone: “Las acciones que concede este título por daño o dolo prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto”.

Existe acuerdo en que cuando el daño se produce coetáneamente con el hecho antijurídico doloso o culpable que lo causa, la prescripción corre a contar de la perpetración o consumación de ese hecho.

La duda se ha planteado en los casos en que el daño no se presenta de inmediato, por no haberse manifestado aun al momento de perpetrarse el acto ilícito.

II.

Una tendencia doctrinal postula que en tales casos no basta con la perpetración del hecho ilícito imputable a culpa o dolo para que empiece a correr la prescripción; es necesario esperar que el daño se produzca, porque siendo éste un elemento fundamental de la responsabilidad civil, antes de que él ocurra no puede nacer la acción destinada a obtener su resarcimiento. Se afirma que el acto se perpetra desde que se produce el daño consecuencial a su realización, porque no es posible sostener que se pueda cometer un hecho dañoso sin que lleve aparejado un daño. La expresión “perpetración del acto” empleada por el art. 2332 del Código Civil tendría, así, el significado amplio de realización de una acción que provoca un daño indemnizable. De aquí que el momento inicial desde el cual comienza a correr la prescripción sería aquel en que tiene lugar la efectiva producción del daño.

No puede negarse que, desde el punto de vista de una extrema lógica jurídica, esta argumentación parece muy atractiva. Sin embargo, como afirma Somarriva, traiciona la letra de la ley<sup>1</sup>. Lleva, además, al resultado inevitable, contrario a esa lógica, de transformar, de hecho, en imprescriptible a la acción indemnizatoria. Por otra parte, prescinde del elemento histórico de interpretación y del carácter singular y excepcional que reviste el art. 2332 en relación con la regla general sobre el cómputo de la prescripción extintiva y, por último, está asentada en la errónea o inexacta premisa de que solo el daño actual o presente da lugar a resarcimiento.

III.

La primera observación que surge a propósito del planteamiento doctrinario referido, si bien no la más importante, dice relación con el último de los puntos recién señalados: la procedencia de indemnizar el daño futuro.

Se acepta unánimemente que el daño, en cuanto elemento de la responsabilidad aquiliana, puede ser actual o futuro. No solo el daño actual, el ya producido y que aun no ha sido reparado, es indemnizable. También lo es el daño futuro, o sea, aquel cuya sobrevenida es desde ya cierta al tiempo de entablarse la demanda, el que el damnificado habrá de sufrir como efecto necesario de su antecedente causal, que es el hecho ilícito, aunque los resultados perjudiciales no se manifiesten de inmediato o no hayan terminado de manifestarse.

No cabe decir, pues, que porque el daño sea futuro no haya daño. A partir del acto ilícito, el daño futuro da derecho a indemnización. Naturalmente, el lesionado deberá probar en el proceso que el perjuicio necesariamente sobrevendrá como consecuencia del acto y que no es meramente hipotético o eventual o basado en simples suposiciones o

conjeturas que puedan o no ocurrir. Sin embargo, no está obligado a deducir la acción de inmediato para interrumpir la prescripción si estima que le resulta difícil o problemática la prueba de la realidad del daño. Para hacerlo cuenta con el amplio plazo de cuatro años, contados desde la comisión del hecho. Pero si dentro de ese plazo subsiste la imposibilidad de prueba, quiere decir que no hay un daño reparable emanado del hecho ilícito y que, por lo mismo, la acción es improcedente por falta de uno de los elementos propios de la legitimación activa de la acción indemnizatoria. Un daño improbadado carece de existencia para el derecho, y esta ausencia de prueba no puede impedir el curso de la prescripción.

En este sentido nos parece incorrecto sostener que es necesario que el daño se concrete para que empiece a correr la prescripción. Ello lleva a eliminar de plano el resarcimiento del daño futuro, puesto que si hubiera que esperar que éste se manifestara en su integridad, querría decir que el perjuicio futuro no sería indemnizable mientras no adquiriera el carácter de daño presente o actual. Solo éste, pues, daría lugar al resarcimiento, y quedaría así excluido el daño futuro como fuente de la responsabilidad extracontractual, lo que no es jurídicamente sostenible.

Aun más, la tesis de que la prescripción comienza a correr desde la efectiva producción del daño, porque solo en ese momento se reúnen los requisitos de la responsabilidad extracontractual, permitiría sostener que la mera eventualidad de que el hecho ilícito pueda causar un daño, por muy problemática o conjetural que sea su ocurrencia, impediría alegar la prescripción mientras tal daño no se produjera en la realidad. Y si no llegara a concretarse, la prescripción jamás empezaría a correr. De esta manera, el art. 2332 quedaría prácticamente derogado.

#### IV.

Por otra parte, el postulado de que la expresión “perpetración del acto” del art. 2332 tendría el significado amplio de realización de una acción que provoca un daño indemnizable y que, por eso, la prescripción no puede empezar a correr mientras no tenga lugar la efectiva producción del daño, introduce un inevitable factor de incertidumbre ante la indeterminación del momento en que debe tener lugar la efectiva producción del daño para que el acto se entienda perpetrado y comience a transcurrir la prescripción.

Según se ha dicho, cuando no es posible probar dentro del cuadrenio que el hecho ilícito ha provocado un daño actual o futuro, real y cierto, vinculado causalmente a aquel, simplemente la responsabilidad civil no nace por falta de ese elemento esencial. Pretender, entonces, que porque el daño se producirá en el futuro, aquel hecho no se ha perpetrado, y que haya que postergar el inicio del cómputo de la prescripción en espera de que el daño efectivamente acontezca, aparte de que –como ya se dijo– significaría negar que el daño futuro es fuente de responsabilidad, importaría prolongar el plazo de la prescripción por tiempo indefinido, a pretexto de que el acto no se ha perpetrado aún. Ocurriría, así, que por no saberse cuanto tiempo hay que esperar para que se produzca el daño, la acción se transformaría, de hecho, en imprescriptible, contraviniéndose la expresa voluntad de la ley, que proclama su carácter prescriptible. De esta manera, no solo se falta a la lógica jurídica, sino que, además, se atenta contra la certeza y seguridad en las relaciones jurídicas, valores que precisamente está llamado a cumplir el instituto de la prescripción en todas las sociedades civilizadas.

#### V.

Conforme a la norma interpretativa del art. 19 del Código Civil, cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Ahora bien, el tenor literal del art. 2332 permite inferir claramente su sentido al disponer que el plazo de prescripción de cuatro años se cuenta desde la perpetración del acto.

De acuerdo con el léxico, “perpetrar” es “cometer, consumir un delito o culpa grave”; “delito” es “culpa, crimen, quebrantamiento de la ley”; “culpa”, en cuanto implica responsabilidad, es “causa involuntaria de un suceso o acción imputable a una persona” y “cometer”, “dicho de culpas, yerros, faltas, etc.”, es “caer, incurrir en ellas”. Como se ve, para el léxico la perpetración está referida exclusivamente al acto o suceso infractor de la ley e imputable a una determinada persona, y se entiende cometido desde que dicha

persona cae o incurre en él, sin importar sus resultados o consecuencias. Sostener, pues, que donde la ley dice “perpetración del acto” deba leerse “perpetración del daño”, importa dar a la ley un sentido que claramente traiciona su tenor literal.

Por otra parte, técnicamente la responsabilidad civil está dotada de una estructura compleja, compuesta por el acto ilícito o antijurídico, por su imputabilidad a culpa o dolo, por el daño y por el nexo de causalidad entre aquél y éste. Los dos primeros elementos se encuentran diseñados en el artículo 2284 del Código Civil. Este precepto, al referirse a las fuentes de las obligaciones que se contraen sin convención, menciona entre ellas al delito y al cuasidelito y los define diciendo que si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar (dolo), constituye un delito, y que si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un cuasidelito. Como se advierte, la norma describe dos de los elementos de la responsabilidad civil, la ilicitud o antijuridicidad del hecho y su imputabilidad por culpa o dolo. Estos elementos tienen fisonomía propia y son perfectamente diferenciables del resultado dañoso; y, además, constituyen su antecedente causal. No cabe, pues, confundirlos y decir que el acto ilícito o conducta transgresora del ordenamiento jurídico e imputable a una persona determinada no se entiende perpetrado si no hay daño. Este último es un elemento ulterior necesario para que surja la obligación de indemnizar; pero para ello se requiere que aquel acto se haya cometido. Así lo exige el artículo 2314: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”. Claramente esta norma presupone que el hecho o acto ilícito doloso o culpable, o sea el delito o cuasidelito, esté cometido, y para responsabilizar a su autor agrega el requisito de que ese acto infiera daño a otro. Dicho lo mismo de otra manera, el acto perpetrado no obliga a indemnizar sin la concurrencia de los elementos que faltan para completar la responsabilidad civil, esto es, el daño y la relación de causalidad entre éste y el acto. Pero ello no significa que para que el acto se entienda cometido o perpetrado sea necesario esperar la efectiva producción del daño.

En conclusión, el sentido de la ley es claro: el art. 2332 atiende a la fase de la acción para el cómputo del plazo de cuatro años de la prescripción extintiva, de manera que el cuadrienio se cuenta desde la comisión del acto antijurídico doloso o culpable y no desde que el daño se produzca<sup>2</sup>.

La historia fidedigna de establecimiento del art. 2332 confirma plenamente lo expresado. En el proyecto de 1853 así como en el llamado proyecto inédito de 1855, se disponía que “las acciones por daño o dolo prescriben en dos años contados desde el día en que la persona a quien competen tuvo conocimiento del daño o dolo; pero en todo caso podrá oponerse a ellas una prescripción de cinco años”. Como se ve, los proyectos establecían una prescripción de dos años para intentar la acción, contado desde que el daño fuera conocido, y fijaba un plazo máximo de cinco años que debía correr en todo caso, independientemente de que se conociera o no el daño. En el texto final del código aprobado se eliminó esta norma. En lugar de ella, se optó por fijar un plazo único de cuatro años, contado desde la perpetración o consumación del acto ilícito, sin hacer distinción alguna con respecto al conocimiento del daño. Esta fórmula transaccional puso término a cualquier posible controversia, estatuyendo con claridad un único plazo de cuatro años, con lo que, al mismo tiempo, se dio plena certeza al momento inicial que debe considerarse para el cómputo de la prescripción.

## VI.

La posición que sustentamos está, también, corroborada por el distinto tratamiento que el Código Civil ha dado al tema del cómputo de la prescripción en el art. 2514, a propósito de las prescripciones extintivas en general, y en el art. 2332, relativo a la prescripción de corto tiempo de la responsabilidad extracontractual. De acuerdo con el primero, la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible. Tal es la regla general, fundada en el principio “actio nata”: la prescripción corre desde que puede ejercerse la acción, de manera que si el derecho podía ser ejercido y no lo ha sido la prescripción realiza su obra. El art. 2332, en cambio, se aparta radicalmente de ese principio. El punto de partida no es en él la exigibilidad de la obligación, que supone la concurrencia de todos los elementos de la responsabilidad extracontractual. Atiende solo a la comisión del acto ilícito para el cómputo de la prescripción, independientemente de que el resultado dañoso se haya o no



consumado.

Si se entendiera que es necesaria la efectiva producción del daño para el inicio de dicho cómputo, se estaría, pues, volviendo a la regla general del art. 2514, que ordena contar la prescripción desde que la obligación se hace exigible. La norma del art. 2332 pasaría, así, a ser enteramente inútil y carente de sentido. Habría bastado con aquella regla general, ya que siempre sería necesario esperar que la obligación indemnizatoria se completara con la consumación del daño para que empezara a transcurrir la prescripción.

Lo expresado deja en claro que con la norma especial para la prescripción de corto tiempo de la acción reparatoria contenida en el art. 2332, la ley quiso innovar con respecto a la regla general del art. 2514, y que ello obedeció al propósito de impedir, como ya se dijo, que la prescripción se prolongara indefinidamente por no saberse cuánto tiempo debería transcurrir para que el acto se considerara perpetrado, con la consiguiente inseguridad jurídica a que ello hubiera dado lugar. Tal es el objeto o fin práctico que la norma pretende alcanzar. Así lo demuestra, por lo demás, la historia fidedigna del establecimiento del art. 2332, recordada en el capítulo anterior.

Cabe tener en vista, también, insistiendo en el empleo del elemento sistemático de interpretación de la ley, que no es éste el único caso en que el Código Civil se ha apartado de la regla general del artículo 2514, expresión del principio "actio nata". Así, el art. 1880 dispone que "el pacto comisorio prescribe en el plazo prefijado por las partes si no pasare de cuatro años, contados desde la fecha del contrato". La prescripción comienza a correr, pues, desde la fecha del contrato y no desde que se hace exigible la obligación de pagar el precio. Por ello puede darse la situación de que en las compraventas en que el precio se paga a plazo, el pacto comisorio prescriba antes de que sea posible ejercer la acción de cobro, esto es, antes de que la obligación se haya hecho exigible. Sin embargo, nadie se ha atrevido a sostener que esta circunstancia autoriza para no respetar el tenor literal de la ley.

Otro tanto ocurre en la acción pauliana civil, cuya similitud con la que originan los actos ilícitos es notoria. El acreedor que entabla la acción revocatoria debe probar no solo que el deudor ejecutó el acto o contrato de mala fe, sino también que el acto fraudulento le causa perjuicios. Ahora bien, conforme al art. 2468 del Código Civil "las acciones concedidas en este artículo a los acreedores expiran en un año contado desde la fecha del acto o contrato". Como se ve, el plazo no corre desde que se concreta o consume el perjuicio, sino a contar del acto fraudulento. La regla es claramente similar a la del art. 2332: la prescripción empieza desde la fecha del acto o contrato y no desde la producción efectiva del daño, a pesar de que éste es un supuesto necesario para la procedencia de la acción revocatoria. Al igual que tratándose de la responsabilidad extracontractual, aquí el Código abandonó conscientemente el principio "actio nata" en que se inspira la regla general del art. 2514, por exigirle la seguridad del tráfico y la estabilidad de las relaciones jurídicas.

Merece también mencionarse, por su paralelismo con la responsabilidad por hecho ilícito, la revocación de las donaciones entre vivos por causa de ingratitud. Conforme al art. 1428 del Código Civil, se entiende por "acto de ingratitud cualquiera hecho ofensivo del donatario, que le hiciera indigno de heredar al donante". Entre las causales de indignidad a que se remite este precepto figuran diversos hechos ilícitos dolosos o culposos, tales como el haber el donatario cometido el crimen de homicidio en la persona del donante, el atentado grave contra su vida, su honor o sus bienes, la desidia del donatario en socorrer al donante en el estado de demencia o destitución, pudiendo hacerlo, etc. (art. 968). La acción revocatoria de la donación, según el art. 1430, "termina en cuatro años contados desde que el donante tuvo conocimiento del hecho ofensivo". Como se advierte, esta prescripción, a diferencia de la del art. 2332, no corre desde la perpetración del acto ilícito ofensivo, sino desde que el donante lo haya conocido.

Esta norma, así como otras similares contenidas en el mismo Código (v.gr. art. 1216) o en leyes especiales (v.gr. art. 26 Ley de Matrimonio Civil) deja de manifiesto que cuando la ley ha querido que el conocimiento de un determinado suceso sea el punto de partida del curso de la prescripción de corto tiempo, lo ha dicho expresamente. De aquí que al establecer el art. 2332 que la acción indemnizatoria prescribe en cuatro años contados desde la perpetración del acto, no puede entenderse que se está refiriendo a la consumación del daño consecuencial a ese acto. Si ésta hubiese sido su intención, lo habría señalado en forma expresa, exigiendo el conocimiento del daño para el inicio del cómputo de la prescripción. No solo no lo dispuso así, sino que, como lo revela la historia del establecimiento del precepto, antes recordada, en los proyectos se establecían plazos

distintos según que el titular de la acción tuviera o no conocimiento del daño; pero en el Código promulgado se eliminó esa distinción y se optó por fijar un plazo único contado desde la perpetración del acto, con entera independencia de que el daño fuera o no conocido, esto es, que se supiera de su existencia, naturaleza y cualidades.

## VII.

Por último, y sin perjuicio de recordar que lo favorable u odioso de una disposición no puede tomarse en cuenta para ampliar o restringir su interpretación (art. 23 C. Civil), importa dejar establecido que, como dice Coviello, las reglas sobre interpretación de la ley fijadas por el ordenamiento positivo “deben observarse escrupulosamente, porque no nos parece exacto afirmar que ellas, aunque indicadas por el legislador, conserven un valor puramente doctrinal y lógico; al revés, tienen ellas, como todas las normas de aplicación, eficacia obligatoria; no van dirigidas únicamente a la inteligencia del juez, sino también a su voluntad: el juez debe querer interpretar la ley según el modo impuesto por el legislador”<sup>3</sup>. Y lo mismo –agregamos nosotros– vale igualmente para el intérprete. Apartarse de la regla del art. 19 del Código Civil, que obliga a no desatender el tenor literal de la ley, a menos que sus expresiones sean obscuras –lo que aquí no ocurre según lo demuestra el empleo armónico de las mencionadas reglas de interpretación– importa, pues, violentarla y desconocer su fuerza obligatoria.

En este mismo orden de ideas nos parece necesario señalar que no puede decirse que la posición que hemos sostenido esté en pugna con la lógica jurídica o que sea desestimable por razones de equidad. Por el contrario, creemos haber demostrado que ella se conforma plenamente a la lógica jurídica y que es ésta, en armonía con los demás elementos interpretativos, la que precisamente permite sustentarla. No es razonable, en efecto, pretender que la ley haya dejado en estado de perpetua incertidumbre uno de los elementos básicos de la prescripción, cual es el instante en que debe iniciarse el cómputo de la misma, en espera de que, en algún momento indeterminado en el tiempo, el daño se produzca. Reitero que ello importa atentar contra la razón de ser del instituto de la prescripción, y transformar prácticamente en imprescriptible a la acción indemnizatoria.

Y con respecto a la equidad, vale expresar, siguiendo a Del Vecchio, que ella no puede ser invocada en menoscabo de la ley. El ilustre profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Roma expresaba al respecto que “en ningún caso puede ser permitido al juez contravenir las normas precisas de la ley; confirmar ésto, como lo ha hecho el legislador, significa simplemente remachar el concepto fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, según el cual la función judicial se halla subordinada a la legislativa. El peligro de la llamada “aequitas cerebrina”, es decir, del arbitrio judicial en cuanto se ejerce en menoscabo de la ley, ha sido eliminado desde la aparición del moderno Estado de derecho; y si alguna doctrina moderna, invocando el pretexto falaz de la “libertad” del juez o de la Jurisprudencia, tiende a restaurar aquel arbitrio, tal doctrina, sustancialmente regresiva y –a pesar de su nombre– iliberal, merece ser rechazada como contraria no solo a la citada norma legal, sino también a todas las bases racionales del sistema vigente”<sup>4</sup>.

## VIII.

Sobre el tema que nos ocupa, tanto la jurisprudencia como la doctrina se encuentran divididas, existiendo tanto en una como en la otra posiciones en ambos sentidos.

En cuanto a la jurisprudencia, diversas sentencias de la Corte Suprema han proclamado categóricamente que la prescripción del art. 2332 corre a contar de la fecha del acto ilícito y no desde que se produce el daño<sup>5</sup>. La posición contraria fue sustentada por la misma Corte en sentencia de 1 de agosto de 1967, que se funda en las razones expuestas en el apartado II de estas notas<sup>6</sup>. Sin embargo, en reciente sentencia de casación de fecha 15 de abril de 2003, la Corte ha vuelto a la doctrina jurisprudencial anterior, al resolver nuevamente que la prescripción se cuenta desde que se comete el hecho ilícito, agregando que la índole compleja del hecho y la proyección posterior de sus efectos no impiden la aplicación de esta regla<sup>7</sup>. Como puede advertirse, la tendencia mayoritaria se inclina por la tesis que aquí hemos propugnado.

Con respecto a la doctrina, la opinión de que es necesaria la producción del daño, para que pueda iniciarse el cómputo de la prescripción, es sostenida por René Abeliuk<sup>8</sup> y Pablo Rodríguez<sup>9</sup>. Adhiere, también, a esta posición Hernán Corral, quien estima que “la prescripción debe correr desde que se completa el hecho dañoso con la producción global del daño”<sup>10</sup>. Álvaro Quintanilla se pronuncia, igualmente, por la tesis referida, pero con fundamentos diferentes<sup>11</sup>.

En cambio, el criterio sustentado por la jurisprudencia mayoritaria y que ha sido confirmado por la más reciente, en orden a que la prescripción del art. 2332 se cuenta desde la comisión del hecho ilícito –tal como aquí lo hemos sostenido– es plenamente compartido por Pedro Lira<sup>12</sup>, Arturo Alessandri<sup>13</sup>, Manuel Somarriva<sup>14</sup>, Orlando Tapia<sup>15</sup> y Emilio Rioseco<sup>16</sup>.

Santiago, diciembre de 2003.

---

\* JOSÉ PABLO VERGARA BEZANILLA. Abogado asesor del Comité Civil del Consejo de Defensa del Estado.

---

<sup>1</sup> Manuel Somarriva Undurraga, “Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia”, Ed. Jur. de Chile, Stgo. 1984, N° 490, pág. 379.

---

<sup>2</sup> Pero lo dicho supone, naturalmente, que se tenga conocimiento real de la ocurrencia del acto ilícito, a contar del cual corre el cuadrienio. La hipótesis excepcional de que el acto llegue a ser conocido con posterioridad a su perpetración no está prevista en la norma, lo que plantea una cuestión distinta de la que es materia de estas notas.

---

<sup>3</sup> Nicolás Coviello, “Doctrina general del derecho civil”, UTEHA, México, 1938, N° 25, págs. 76 y 77.

---

<sup>4</sup> Giorgio Del Vecchio, “Los principios generales del derecho”, Madrid, 1932, pág. 10.

---

<sup>5</sup> 9-01-1922, RDJ tomo 21, sec. 1ª, pág. 501; 23-09-1935, RDJ tomo 32, sec. 1ª, pág. 538; 25-05-1948, RDJ tomo 45, sec. 1ª, pág. 581.

<sup>6</sup> RDJ tomo 64, sec. 1ª, pág. 265.

<sup>7</sup> Sentencia dictada en causa “Pizani con Fisco”, rol de ingreso N° 1234-2002, *Gaceta Jurídica* N° 274, págs. 108 y siguientes.

<sup>8</sup> René Abeliuk Manasevich, “Las Obligaciones”, Ediar Editores, Stgo. 1983, N° 296, pág. 216.

<sup>9</sup> Pablo Rodríguez Grez, “Responsabilidad Extracontractual”, Ed. Jur. de Chile, Stgo. 1999, pág. 483.

<sup>10</sup> Hernán Corral Talciani, “Lecciones de responsabilidad civil extracontractual”, Ed. Jur. de Chile, Stgo. 2003, pág. 350.

<sup>11</sup> Álvaro Quintanilla Pérez, trabajo inédito sobre la materia que nos ha proporcionado el autor. El profesor Quintanilla estima que el art. 2332 no ha previsto ni puede ser aplicado directamente al caso del daño diferido o desconocido, pues se refiere únicamente a la situación corriente en que el daño se produce simultáneamente o con diferencia de tiempo inapreciable. Respecto de estas hipótesis, cree ver un vacío o laguna legal que corresponde integrar mediante el recurso a la analogía, los principios generales que fluyen del propio Código Civil y la equidad. En conclusión, sostiene que “el plazo de prescripción debe correr únicamente desde que el ofendido esté en situación de accionar y, por tanto, cuando concurren todos los elementos de la responsabilidad civil”.

<sup>12</sup> Pedro Lira Urquieta, “Las prescripciones de corto tiempo en el Código Civil”, Imprenta Chile, Stgo., 1926, N° 64, pág. 156.

<sup>13</sup> Arturo Alessandri Rodríguez, “De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno”, Imprenta Universitaria, Stgo. 1943, N° 432, pág. 522.

<sup>14</sup> Manuel Somarriva Undurraga, ob. y pág. cit. en nota 1.

<sup>15</sup> Orlando Tapia Suárez, “De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes”, Concepción, 1941, N° 206, págs. 249 y 250.

<sup>16</sup> Emilio Rioseco Henríquez, “La prescripción extintiva ante la jurisprudencia”, Ed. Jur. de Chile, Stgo. 1994, N°s 210 y 211, pág. 105.

# ESTUDIO DEL ARTÍCULO TERCERO DEL CONVENIO DE GINEBRA DE 1949, RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE PERSONAS CIVILES EN TIEMPO DE GUERRA, Y DEL PROTOCOLO ADICIONAL II DE 1977

Crisólogo Bustos Valderrama\*

## PRÓLOGO

**E**n 1987, el Comité Internacional de la Cruz Roja publicó en inglés el Comentario de los Protocolos I y II de 1977 adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949, traducción de la versión original francesa publicada en 1986 y continuación de la labor iniciada con la publicación, en inglés y francés, del Comentario a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, concluida en 1958.

En 1989, el Comité Internacional de la Cruz Roja entregó al mundo hispanohablante la versión en español de estos Comentarios, cuyo prólogo expresa:

“La redacción de los comentarios a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y a sus Protocolos Adicionales I y II de 1977 respondía a la necesidad de explicar y clarificar, a la luz de las negociaciones subyacentes, el alcance de los artículos en cuestión. El jurista, en efecto, no siempre tiene acceso a las actas de las conferencias. Estas son una fuente importante para la interpretación de un texto a la luz de los múltiples e intrincados problemas de la aplicación práctica del derecho humanitario.”

“Para hallar el verdadero alcance y la claridad de cada uno de los textos jurídicos aquí comentados, los autores realizaron un examen completo y minucioso de los documentos primarios que dan cuenta de los contenidos de los debates jurídicos que se dieron tanto en las Conferencias Diplomáticas encargadas de redactar los tratados en cuestión, como en las reuniones preparatorias a dichas Conferencias.”

El estudio que efectuamos a continuación se basa fundamentalmente –aparte de en los Convenios mismos, como es obvio– en los referidos Comentarios, indicando el número asignado a cada uno de ellos en la obra, en su versión en español.

### I. CONCEPTO DE CONFLICTO ARMADO NO INTERNACIONAL

El artículo tercero común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y, en consecuencia, del Convenio de Ginebra Relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra, en adelante el Convenio III de Ginebra, y el Protocolo II de los mismos, constituyen los primeros instrumentos jurídicos internacionales verdaderos relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales.

Su tardía aparición en el campo del Derecho Internacional de la Guerra, materia que durante siglos constituyó en el área más importante del Derecho Internacional – recordemos que las relaciones internacionales han sido fundamentalmente relaciones de conflicto durante el curso de la historia humana– hace conveniente efectuar a lo menos una breve reseña sobre la naturaleza de esos conflictos y las grandes líneas de su evolución.

A falta de una definición generalmente aceptada de ellos, los autores prefieren delimitar las situaciones de este tipo de conflictos en función de los elementos objetivos que los caracterizan.

Ante todo, el conflicto armado no internacional se distingue del internacional por la naturaleza jurídica de los sujetos que se enfrentan. Las partes en conflicto no son Estados Soberanos, sino el Gobierno de un Estado que lucha con uno o varios grupos armados en su territorio.

Cabe entonces la pregunta de si toda oposición violenta en contra de un Gobierno, tratándose de un simple disturbio local o de hechos que presentan las características de una guerra civil, pueden considerarse como conflictos armados no internacionales.

La expresión “conflicto armado” es de por sí una importante indicación al respecto,

al introducir un criterio objetivo: la existencia de hostilidades entre grupos armados dotados de cierta organización. En consecuencia, los simples disturbios interiores o actos esporádicos de violencia no constituyen conflicto armado en sentido jurídico, aun cuando el Gobierno haya tenido que recurrir al uso de las fuerzas policiales. En el conflicto armado los insurrectos pretenden derrocar al Gobierno que está en el poder o lograr una secesión para construir un nuevo Estado.

Como ya quedó dicho, hasta 1949 la regulación por el Derecho Internacional de los conflictos armados no internacionales no había formado parte del derecho positivo. De acuerdo con la doctrina clásica, solo los Estados eran sujetos del derecho de gentes y, en consecuencia, el derecho internacional de la guerra no era aplicable a los conflictos internos.

Emmer de Vattel, en su obra Derecho de Gentes o Principios de Derecho Natural (1758), planteó por primera vez el problema de si el soberano debe observar las leyes ordinarias de la guerra para con los súbditos rebeldes que han tomado abiertamente las armas contra él, tratando de encontrar una respuesta positiva.

Solo en el siglo XIX surgieron los primeros intentos por lograr que el derecho de la guerra se aplicara a las relaciones entre el Gobierno establecido y los insurrectos que se le enfrentaban, para los cual los insurrectos fueron equiparados a beligerantes, es decir, a una parte en una guerra interestatal, por medio de una institución jurídica: el reconocimiento de beligerante.

La comprensión de esta institución resulta importante para poder interpretar jurídicamente el objeto y alcance de normas que analizaremos más adelante. Por tal motivo, nos detendremos brevemente en ella.

El reconocimiento de beligerante puede presentarse en dos formas. Puede, en primer lugar, constituir un acto jurídico unilateral, de carácter discrecional, expreso o tácito, emanado del Gobierno legal del Estado, que confiere a los insurrectos una cierta personalidad jurídica y hace aplicable entre ellos las normas de los conflictos armados. En segundo término, el reconocimiento de beligerancia puede emanar de un tercer Estado, debiendo ser siempre expreso, con lo cual al Estado autor del reconocimiento le queda prohibido ayudar en forma unilateral tanto al Gobierno como al grupo insurrecto.

Para la operabilidad del reconocimiento de beligerancia se hizo necesario elaborar una noción jurídica de guerra civil que se basó en la reunión de ciertos elementos de hecho –conquista de un sector territorial determinado, control gubernativo de él y existencia de tropas organizadas– como una forma de que tal reconocimiento no se transformara en una ingerencia inadmisibles en los asuntos internos de un Estado.

## II. EL ARTÍCULO TERCERO DEL CONVENIO III DE GINEBRA DE 1949 Y LAS DISPOSICIONES GENERALES DEL MISMO CONVENIO

El objeto del presente estudio es aclarar el alcance y vigencia actual del Artículo Tercero del Convenio III de Ginebra y de las Disposiciones Generales del mismo Convenio que le son aplicables, y cuál es su relación con el Protocolo Adicional II de 1977. En otras palabras, nos interesa precisar como interactúan ambos instrumentos en el caso de conflictos armados sin carácter internacional, asunto que no es simple de desentrañar con una simple lectura de sus articulados, prescindiendo de esos elementos esenciales para la interpretación de los tratados que son su contexto y su objeto y fin.

Recordemos al respecto que el Artículo Tercero constituye la piedra angular del derecho humanitario aplicable en los conflictos armados no internacionales. El Protocolo II completa y desarrolla el Artículo Tercero sin modificar sus condiciones de aplicación y, en ese sentido, ambos instrumentos son indisolubles (C. 4359).

Por tal motivo, en este apartado nos limitaremos a transcribir el texto del Artículo Tercero, para dilucidar el tema de fondo conjuntamente con el análisis del Protocolo II.

**“Artículo Tercero.** *En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:*

1. *Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto las armas y las personas*

*puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.*

*A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:*

- a) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;*
- b) La toma de rehenes;*
- c) Los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;*
- d) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.*

2. *Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.*

*Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.*

*Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.*

*La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirán efecto sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto.”*

Respecto de este último inciso nos parece conveniente destacar que cuando él se refiere al “estatuto jurídico de las Partes en conflicto”, está aludiendo a su estatuto jurídico de carácter internacional –reconocimiento de beligerancia, por ejemplo– y en ningún caso a la legislación interna de las Partes. Por lo demás, es poco probable que los insurrectos tengan legislación interna.

Nos interesa destacar, también, las normas contenidas en el Título IV. Ejecución del Convenio, del Convenio III de Ginebra de 1949, especialmente en su Sección Primera. Disposiciones Generales, las que resultan obviamente aplicables al Artículo Tercero.

## **Título IV. Ejecución del Convenio**

### **Sección Primera. Disposiciones Generales**

**“Artículo 146.** Las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las sanciones penales adecuadas que hayan de aplicarse a las personas que cometieren o diesen orden de cometer cualquiera de las infracciones graves al presente Convenio que quedan definidas en el artículo siguiente.

Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer una cualquiera de dichas infracciones, debiendo hacerla comparecer ante los propios tribunales de ella, fuera cual fuere su nacionalidad. Podrá, también, si lo prefiriese, y según las condiciones previstas en su propia legislación, entregarlas para enjuiciamiento a otra Parte Contratante interesada en el proceso, en la medida que esta otra Parte Contratante haya formulado contra ella suficientes cargos.

Cada Parte Contratante adoptará las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las prescripciones del presente Convenio, aparte de las infracciones graves que son definidas en el artículo siguiente.

En cualquier circunstancia, los acusados gozarán de garantías de procedimiento y de libre defensa que no resulten inferiores a las prescritas en el artículo 105 y siguientes del Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo al trato de los prisioneros de guerra.

**Artículo 147.** Las infracciones graves a que alude el artículo anterior son las que implican cualquiera de los actos siguientes, si se cometieren contra personas o bienes protegidos por el Convenio: homicidio adrede, tortura o tratos inhumanos, incluso experiencias

biológicas, causar intencionalmente grandes sufrimientos o atentar gravemente a la integridad física o a la salud, las deportaciones y traslados ilegales, la detención ilegítima, coaccionar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o privarla de su derecho a ser juzgada normal o imparcialmente según las estipulaciones del presente Convenio, la toma de rehenes, la destrucción y apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y ejecutadas en gran escala de modo ilícito y arbitrario.

**Artículo 148.** Ninguna Alta Parte Contratante tendrá facultad para exonerarse a sí misma o exonerar a otra Parte Contratante de responsabilidades incurridas por ella o por otra Parte Contratante, a causa de infracciones previstas en el artículo precedente”.

### III. EL PROTOCOLO II ADICIONAL DE 1977

#### **A. Reseña histórica** (C. 4360 a 4383)

Desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, la mayoría de los conflictos armados – cuyo número es lamentablemente muy elevado– son de índole no internacional. Esos conflictos fratricidas han ocasionado grandes sufrimientos y numerosas víctimas.

Aunque en el Artículo Tercero común se enuncian los principios fundamentales de protección, su aplicación en la práctica ha tropezado con dificultades, por lo que esta sucinta reglamentación no ha permitido siempre afrontar de manera adecuada las necesidades humanitarias urgentes.

Se ha dicho a veces –sin razón– que ese artículo no se ha aplicado nunca. En realidad se ha aplicado frecuentemente, aunque fuera con retraso, cuando las hostilidades entre las Partes en conflicto habían alcanzado un cierto nivel de equilibrio. En efecto, a pesar de que el Artículo Tercero se basa en el principio de una aplicación automática en cuanto una situación se presenta objetivamente como un conflicto armado, la Alta Parte Contratante concernida tiene un amplio poder de apreciación, del que se ha abusado a veces.

Era, pues, necesario reafirmar y puntualizar las normas del Artículo Tercero. Además, esa disposición tiene lagunas, ya que si bien enuncia el principio de la protección de las personas que no participan o han dejado de participar en las hostilidades, no contiene, en cambio, normas sobre la conducción de las hostilidades destinadas a proteger la población civil como tal. Ahora bien, la población civil está especialmente expuesta en esos conflictos. A menudo es incluso la principal víctima, sobre todo debido a que puede servir de refugio a los insurrectos.

Estos trabajos se escalonaron a través de casi diez años. En 1971, se celebró la primera reunión de la Conferencia de Expertos Gubernamentales. Sobre el principio mismo del desarrollo del Artículo Tercero común se obtuvo la aprobación de la mayoría de los expertos respecto de un desarrollo del derecho partiendo de una definición clara de los conflictos armados no internacionales, elaborada según criterios objetivos. Además, estos preconizaron una reglamentación separada del conflicto armado no internacional.

La segunda reunión de la Conferencia de Expertos Gubernamentales se llevó a efecto en 1972 y fue seguida por una Conferencia Diplomática en 1973, que aprobó por consenso el texto del Protocolo.

### **II. Análisis del Protocolo Adicional II**

Efectuaremos aquí un estudio de las disposiciones legales pertinentes de este Protocolo a partir del principio, que él mismo enuncia, de que sus disposiciones son inseparables de las normas contenidas en el Artículo Tercero común a los Convenios de Ginebra de 1949, con el objeto de precisar los alcances jurídicos de dicha coexistencia, su correcta interpretación legal y los alcances de su aplicabilidad.

## **Título Primero – Alcance del presente Protocolo**

### ***Artículo 1 – Ámbito de aplicación material***

1. El presente Protocolo, *que desarrolla y completa el Artículo Tercero común a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación*, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que le permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.
2. El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.

La concepción del artículo parece, a primera vista, compleja. En efecto, el Protocolo solo se aplica a conflictos de cierta intensidad y no tiene exactamente el mismo alcance que el Artículo Tercero común, que vale en todas las situaciones de conflicto armado no internacional. Esta gradación en el aparato jurídico aplicable se explica más fácilmente a la luz de una breve rememoración histórica (C. 4447).

El Artículo Tercero común no contiene una definición de conflicto armado. Esta falta de precisión ha dado lugar a interpretaciones muy diversas y, en la práctica, se ha negado a menudo su aplicabilidad. Para mejorar la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales, pareció necesario no solo desarrollar las normas, sino también buscar criterios más objetivos para determinar sus casos de aplicación y reducir la parte de apreciación dejada a cada Gobierno (C. 4448).

Inicialmente se tomaron en consideración dos eventualidades: establecer un procedimiento de comprobación objetiva de la existencia de un conflicto armado o puntualizar la noción de conflicto armado no internacional, es decir, seleccionar algunos elementos materiales concretos, ante los cuales las autoridades concernidas ya no podrían negar la existencia de un conflicto (C. 4449).

Desde la Conferencia de Expertos Gubernamentales, el procedimiento de comprobación pareció demasiado difícil de realizar. Quedaba, pues, la segunda solución: elaborar una definición siendo perfectamente conscientes de los riesgos de tal empresa. Por falta de definición no se ha reconocido, a menudo, la aplicabilidad del Artículo Tercero común, pero, con una definición demasiado rígida o restrictiva, el Protocolo correría el riesgo de no aplicarse tampoco. Los trabajos de la Conferencia de Expertos Gubernamentales mostraron la multiplicidad de las opiniones y de las posibles opciones. Se redactaron seis variantes, a partir de trece propuestas. La primera se basaba en la hipótesis de que debería aplicarse un solo Protocolo, sin distinción en todos los conflictos armados. Las otras cinco, que solo eran válidas para los conflictos armados no internacionales, iban desde la definición más amplia, que cubría todas las situaciones, incluidos los conflictos de poca intensidad, hasta la definición más restringida, que solo comprendía los conflictos de gran intensidad, con las características materiales de una guerra (C. 4450).

El proyecto trataba de responder a tres preocupaciones:

1. Delimitar los umbrales superiores e inferior de las situaciones de conflicto armado no internacional;
2. Proporcionar elementos de definición;
3. Preservar lo conseguido con el Artículo Tercero común (C. 4451).

El Artículo 1 del Protocolo, tal y como se aprobó, toma ampliamente en cuenta esta propuesta. Establece, por una parte, el nexo entre el Protocolo y el Artículo Tercero común y, por otra, hace la distinción entre los conflictos armados internacionales y los conflictos armados no internacionales por medio de una referencia negativa al Artículo 1º del Protocolo I. Por último, se enuncian en él los criterios materiales que determinan las situaciones en que es aplicable el Protocolo (C. 4456).



Formalmente el Protocolo es adicional a los cuatro Convenios. Con el fin de *reforzar y de ampliar la protección* que se otorga a las víctimas de los conflictos armados no internacionales –razón de ser del Protocolo II– éste *desarrolla y completa las sucintas disposiciones* contenidas en el Artículo Tercero común “*sin modificar sus actuales condiciones de aplicación*”. Esta mención explícita constituye una de las bases de la avenencia que permitió la aprobación del Artículo 1º (C. 4457).

El párrafo 2 excluye explícitamente del ámbito de aplicación del Protocolo las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, que no son considerados conflictos armados (C. 4471).

No se dan verdaderamente definiciones. La noción de disturbios interiores y tensiones internas puede ilustrarse mediante una lista no restrictiva de ejemplos de esas situaciones: los motines, como manifestaciones que no tienen un propósito inicial concertado; los actos aislados y esporádicos de violencia, por oposición a las operaciones militares realizadas por fuerzas armadas o grupos armados (C. 4474).

### ***Artículo 2 – Ámbito de aplicación personal***

1. El presente Protocolo se aplicará sin ninguna distinción de carácter desfavorable por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión o creencia, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento u otra condición o cualquier otro criterio análogo (denominado en adelante “distinción de carácter desfavorable”), a todas las personas afectadas por un conflicto armado en el sentido del Artículo 1º.
2. Al fin del conflicto armado, todas las personas que hayan sido objeto de una privación o de una restricción de libertad por motivos relacionados con aquel, así como las que fuesen objeto de tales medidas después del conflicto por los mismos motivos, gozarán de la protección prevista en los Artículos 5º y 6º hasta el término de esta privación o restricción de libertad.

En el Artículo 2º aquí comentado, la lista de criterios es muy similar a las del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Hay que señalar a este respecto un alineamiento de la terminología utilizada en los instrumentos internacionales de los derechos humanos y del derecho humanitario confiere a las normas internacionales de protección de la persona humana una cierta unidad, adecuada para facilitar la interpretación (C. 4483).

“El presente Protocolo se aplicará sin ninguna distinción de carácter desfavorable”: esta fórmula se tomó de los Convenios, en particular del Artículo Tercero común. El calificativo “desfavorable” aporta una precisión importante. En efecto, puede haber distinciones favorables perfectamente lícitas; son las diferencias de trato que se hacen para tener en cuenta el sufrimiento, el desamparo o la debilidad natural de una persona (niño o anciano, por ejemplo) la que imponen medidas en función de la urgencia y las necesidades (C. 4484).

El comienzo de la aplicación del Protocolo está determinado por el artículo primero (ámbito de aplicación material), párrafo 1, y corresponde al momento a partir del cual se cumplen objetivamente los criterios enunciados en él (C. 4491).

En cuanto al final de la aplicación, el texto no contiene ninguna precisión. Hay que deducir lógicamente que, cuando cesan las hostilidades, ya no procede que se apliquen las normas relativas a los enfrentamientos armados, mientras que las garantías fundamentales reconocidas a las personas privadas de libertad se tratan en el párrafo 2, que comentamos a continuación (C. 4492).

Las medidas restrictivas de libertad aplicadas por motivos relacionados con el conflicto deberían cesar, en principio, al final de las hostilidades activas, es decir, cuando no hay más operaciones militares, salvo en los casos de condena penal. Por lo tanto, si se mantuvieran esas medidas, por razones de seguridad, en relación con ciertas personas, o si la parte vencedora efectuara detenciones con miras a restablecer el orden público y asegurar su autoridad, sería todavía necesaria una protección jurídica para los afectados por ellas (C. 4493).

*Esta es la razón de ser de este párrafo, que establece que, al final del conflicto armado, las personas privadas de libertad por un motivo relacionado con este último, sea que no hayan sido liberadas, sea que hayan sido detenidas al término de las hostilidades, siguen beneficiándose de las normas de protección en materia de detención (C. 4494).*

*Estas garantías fundamentales valen en todo momento, y sin límite de tiempo, hasta el término de la privación o restricción de libertad de las personas concernidas. Se trata,*

en efecto, de una protección elemental del individuo (C. 4495).

El artículo menciona “una privación o restricción de libertad” para que no haya lagunas en la protección. Estas expresiones cubren, en efecto, todas las situaciones posibles, desde la libertad vigilada (la residencia forzosa, por ejemplo) hasta el encarcelamiento (C. 4496).

## **Título II. Trato humano**

Integran este Título el Artículo 4º, sobre Garantías Fundamentales; el Artículo 5º, sobre Personas Privadas de Libertad; y el Artículo 6º, sobre Diligencias Penales.

El presente Título tiene por objeto proteger a las personas que no participan, o que han dejado de participar, en las hostilidades contra los abusos de poder y los tratos inhumanos y crueles que pudieren infligirles las autoridades militares o civiles en cuyo poder estén. Puesto que el Protocolo no establece categoría de personas protegidas que gocen de un estatuto particular, las normas y los enunciados se aplican de igual manera a todas las personas afectadas por el conflicto armado y que se hallen en poder del adversario (heridos, enfermos, personas privadas de libertad o cuya libertad se ha restringido), sean militares o civiles (C. 4507).

*Estas normas que figuran ya, explícita o implícitamente, en el Artículo Tercero común, se desarrollan y completan en este Protocolo. Se trata de derechos fundamentales inalienables, inherentes al respeto de la persona humana (C. 4508).*

*El presente Título contiene todos los derechos irrecusables del Pacto, o sea, aquellos que no se pueden suspender, incluso “en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación” (C. 4511).*

### **Artículo 4 – Garantías fundamentales**

1. Todas las personas que no participen directamente en las hostilidades, o que hayan dejado de participar en ellas, estén o no privados de libertad, tienen derecho a que se respete su persona, su honor, sus convicciones y sus prácticas religiosas. Serán tratadas con humanidad en toda circunstancia, sin ninguna distinción de carácter desfavorable. Queda prohibido ordenar que no haya supervivientes.
2. Sin perjuicio del carácter general de las disposiciones que preceden, *están y quedarán prohibidos en todo tiempo y lugar* con respecto a las personas a que se refiere el párrafo 1:
  - a) Los atentados contra la vida, la salud y la integridad física o mental de las personas, en particular el homicidio y los tratos crueles tales como la tortura y las mutilaciones o toda forma de pena corporal;
  - b) Los castigos colectivos;
  - c) La toma de rehenes;
  - d) Los actos de terrorismo;
  - e) Los atentados contra la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier forma de atentado al pudor;
  - f) La esclavitud y la trata de esclavos en todas sus formas;
  - g) El pillaje;
  - h) La amenaza de realizar los actos citados.

El Artículo 4º, párrafos 1 y 2, reproducen lo esencial del Artículo Tercero común, en particular su apartado 1, punto 1, letras a), b) y c) (C. 4515).

El principio general de trato humano enunciado en el párrafo anterior está ilustrado por una lista no limitativa de actos prohibidos. La expresión “sin perjuicio del carácter general de las disposiciones que preceden” significa que ninguna de estas prohibiciones específicas puede restringir el alcance del principio general (C. 4527).

*Las prohibiciones son explícitas y no admiten ninguna excepción; prevalecen en todo tiempo y lugar. Se trata de obligaciones absolutas (C. 4529).*

## **Artículo 6 – Diligencias penales**

1. El presente artículo se aplicará al enjuiciamiento y a la sanción de infracciones penales cometidas en relación con el conflicto armado.
2. No se impondrá condena ni se ejecutará pena alguna respecto de una persona declarada culpable de una infracción, sino en virtud de sentencia de un tribunal que ofrezca las garantías esenciales de independencia e imparcialidad. En particular:
  - a) El procedimiento dispondrá que el acusado sea informado sin demora de los detalles de la infracción que se le atribuya y garantizará al acusado, en las actuaciones que precedan al juicio y en el curso de éste, todos los derechos y medios de defensa necesarios;
  - b) Nadie podrá ser condenado por una infracción si no es sobre la base de su responsabilidad penal individual;
  - c) Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos, según el derecho nacional o internacional; tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de cometerse la infracción; si, con posterioridad a la comisión de la infracción, la ley dispusiera la imposición de una pena mas leve, el delincuente se beneficiará de ello;
  - d) Toda persona acusada de una infracción se presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad en conformidad a la ley;
  - e) Toda persona acusada de una infracción tendrá derecho a hallarse presente al ser juzgada;
  - f) Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.
3. Toda persona condenada será informada, en el momento de su condena, de sus derechos a interponer recurso judicial y de otro tipo, así como de los plazos para ejercer esos derechos.
4. No se dictará pena de muerte contra las personas que tuvieran menos de 18 años de edad en el momento de la infracción ni se ejecutará en las mujeres encinta ni en las madres de niños de corta edad.
5. A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder procurarán conceder la amnistía lo más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado o que se encuentren privadas de libertad, internadas o detenidas por motivos relacionados con el conflicto armado.

La Conferencia se alineó con el Pacto sin que se diera ninguna verdadera explicación del sentido que debe atribuirse a la expresión “derecho nacional” (C. 4606).

La mención del derecho internacional tiene principalmente por objeto abarcar los crímenes contra la humanidad. No puede cometerse impunemente una violación del derecho internacional basándose en el hecho de que ese acto u omisión no estaba prohibido por el derecho nacional cuando se cometió (C. 4607).

#### IV. RELACIÓN ENTRE EL ARTÍCULO TERCERO DEL CONVENIO III DE GINEBRA Y EL PROTOCOLO ADICIONAL II. INTERPRETACIÓN DE AMBOS

Para precisar los alcances jurídicos de la coexistencia de ambos tratados internacionales, efectuar una correcta interpretación legal de sus disposiciones y determinar su aplicabilidad a los acontecimientos ocurridos en Chile a contar del 11 de septiembre de 1973, es indispensable detenernos previamente en el análisis de los Artículos 30 y 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados –pacto que en la mayor parte de sus disposiciones no hizo sino cristalizar las normas largamente reconocidas y aceptadas por la generalidad de los Estados como integrantes del derecho internacional consuetudinario– que disponen textualmente:

### **30. Aplicación de tratados sucesivos concernientes a la misma materia.**

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, los derechos y las obligaciones de los Estados partes en tratados sucesivos

concernientes a la misma materia se determinarán conforme a los párrafos siguientes.

2. *Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado, prevalecerán las disposiciones de este último.*

### **31. Regla general de interpretación.**

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.  
(...)
3. Juntamente con el contexto, habrá de tomarse en cuenta:
  - a) *Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones.*

Ante el claro tenor de estas disposiciones y teniendo presente los términos indubitables, el origen e historia, ya referidos, del Protocolo Adicional II, no puede haber menor duda de que el tratado base es el Artículo 3º del Convenio III de Ginebra, vigente en toda la amplitud de sus términos, incluidas las normas generales que son aplicables a la totalidad de cada Convenio, y que el Protocolo Adicional II constituye, en la mayoría de sus disposiciones, un conjunto de normas interpretativas del primero, destinadas a precisar su alcance y no a restringirlo en manera alguna.

No otra cosa puede deducirse de la expresión “que *desarrolla y completa* el Artículo Tercero común a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949”, contenida en el Artículo 1º del Protocolo Adicional II, la que es categóricamente precisada en su sentido y alcance por la frase: “*sin modificar sus actuales condiciones de aplicación*”, que la misma norma incluye a renglón seguido.

No menos enfático es el precepto al indicar que él es aplicable a “*todos los conflictos armados*” que no estén cubiertos por el Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, reiterando así su carácter interpretativo.

Esta interpretación resulta confirmada por la historia del Protocolo Adicional II, en la que se consigna, según hemos visto, que él buscaba “mejorar la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales” y, además, “buscar criterios más objetivos para determinar sus casos de aplicación y reducir la parte de apreciación dejada a cada Gobierno” (C. 4448).

En el mismo sentido apunta la afirmación de que con el Protocolo se trataba de responder a tres preocupaciones: “1. Delimitar los umbrales superiores e inferior de la situaciones de conflicto armado no internacional; 2. Proporcionar elementos de definición; 3. Preservar lo conseguido con el Artículo Tercero común” (C. 4451).

Resulta imperativo, en consecuencia, llegar a las siguientes conclusiones:

- A. El Artículo 1º del Protocolo Adicional II establece expresamente que está subordinado al Artículo Tercero del Convenio III de Ginebra y que no debe ser considerado incompatible con él, por lo cual, conforme al Artículo 30 número 2 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, prevalecen las disposiciones del Artículo 3.
- B. El Protocolo Adicional II es un acuerdo ulterior de las Partes acerca de la interpretación del Artículo Tercero del Convenio III de Ginebra y, en consecuencia, forma parte del contexto de este último Tratado, de acuerdo con lo preceptuado por el Artículo 31 número 3, letra a) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.
- C. Como normas interpretativas, las disposiciones del Protocolo Adicional II rigen desde la vigencia de los Convenios de Ginebra de 1949.
- D. Las normas de ambos Tratados se aplican a todo conflicto no internacional, siempre que éste sea armado y no se trate de situaciones de tensiones internas y disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos aislados de violencia y otros actos análogos.
- E. Ambos Tratados entran en aplicación en el momento en que se cumplen objetivamente los criterios establecidos por ellos.

- F. Aun cuando no existe texto expreso, se deduce lógicamente que la aplicación de las normas de ambos Tratados termina cuando cesan las hostilidades activas de las partes en conflicto.
- G. Los delitos contemplados en ambos Tratados son punibles en cualquier tiempo y lugar.
- H. Ninguna parte en el conflicto tiene derecho a exonerarse a sí misma de las responsabilidades en que haya incurrido a causa de la infracción de las normas de ambos Tratados.
- I. Los Estados tienen la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido delito u ordenado cometer los delitos, debiendo hacerlas comparecer ante los propios Tribunales, fuere cual fuere su nacionalidad.
- J. Al fin del conflicto armado todas las personas privadas de libertad siguen siendo amparadas por las normas de protección de los Tratados. Estas garantías fundamentales valen en todo momento, y sin límite de tiempo, hasta el término de la privación de libertad.
- K. A la cesación de las hostilidades, las autoridades deben procurar conceder la amnistía lo más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado.

V. APLICABILIDAD DEL CONVENIO III DE GINEBRA Y DEL PROTOCOLO II ADICIONAL AL  
CONFLICTO PRODUCIDO  
EN CHILE A CONTAR DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 1973

Aclarada la naturaleza y alcance de la relación jurídica entre los dos instrumentos internacionales referidos y, además, precisados los requisitos de su aplicabilidad y la correcta interpretación de sus normas, no es tarea difícil decidir si ellos resultan aplicables a las actuaciones de los miembros de las partes en conflicto, desde que se produjo el levantamiento de las Fuerzas Armadas chilenas en contra del Gobierno legalmente establecido, el 11 de septiembre de 1973.

Para adoptar una decisión sobre el particular, recurriremos al procedimiento de dar respuesta a preguntas claras y básicas:

- A. *¿Estaban vigentes en Chile el 11 de septiembre de 1973 el Convenio III de Ginebra y el Protocolo II Adicional de 1977?*

La respuesta es innegablemente afirmativa. Los Convenios de Ginebra de 1949 fueron puestos en vigencia en Chile el año 1951. El Protocolo II Adicional fue puesto en vigencia en Chile en 1991, no obstante, en cuanto normas interpretativas del Artículo Tercero común de los Convenios de Ginebra y de sus Disposiciones Generales, su preceptiva debe considerarse como integrantes de éste último desde su vigencia.

- B. *¿Existió un conflicto armado en Chile a contar del 11 de septiembre de 1973?*

La respuesta es obviamente afirmativa. La rebelión de las Fuerzas Armadas y de Orden fue expresamente declarada y sus acciones bélicas son de conocimiento mundial.

- C. *¿El conflicto armado que se produjo en Chile es de aquellos a los que son aplicables el Artículo Tercero del Convenio III de Ginebra y el Protocolo II Adicional?*

Evidentemente sí. Es poco probable que alguien pueda sostener que el bombardeo de La Moneda por la Fuerza Aérea, el suicidio del Presidente Allende y la represión armada de los opositores hayan tenido el carácter de meras tensiones internas o disturbios interiores.

Es indispensable precisar aquí que toda la discusión que se ha desarrollado a nivel periodístico, académico y jurisprudencial acerca de si en Chile hubo o no una guerra, ha sido absolutamente inútil e innecesaria. En materia de Derecho Internacional Humanitario el concepto de guerra se aplica única y exclusivamente a los conflictos armados internacionales y no tiene razón de ser ni operatividad alguna en los conflictos armados no internacionales.

En todo caso parece conveniente aclarar que si nos preguntamos si en Chile se dio

el grado máximo del conflicto interno no internacional, es decir, aquel que lingüísticamente se designa como “guerra civil” y que aparece caracterizado en el Artículo 1º del Protocolo II Adicional como un conflicto con fuerzas armadas disidentes, que bajo la dirección de un mando responsable ejerzan sobre parte del territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares, tendríamos que concluir que en nuestro país sí lo hubo, puesto que los que tuvieron la condición de subordinados fueron las Fuerzas Armadas y de Orden.

No resulta fácil explicarse cómo, incluso en nuestros Tribunales de Justicia, ha llegado a trastocarse la visión de los hechos históricos, llegando a exigirse que quienes luchaban contra las Fuerzas Armadas y de Orden cumplieran con los requisitos referidos, haciendo que el Gobierno que formaron estas últimas fuera la autoridad legítima, en contra de la cual se alzaban grupos subversivos.

D. *¿Desde cuándo son aplicables al conflicto armado surgido en Chile las normas del Artículo Tercero común de los Convenios de Ginebra y el Protocolo II Adicional?*

Desde que se cumplieron objetivamente los requisitos de existir un conflicto armado que no fuera una simple situación de tensión interna ni solo de disturbios interiores.

E. *¿Hasta cuándo son aplicables las normas del Artículo Tercero común de los Convenios de Ginebra y el Protocolo II Adicional?*

Hasta el momento en que cesaron las hostilidades activas de las partes en conflicto, hecho histórico cuya fecha es actualmente indeterminada, pero que parece haberse producido solo en la última década del siglo XX, salvo las excepciones que los mismos tratados establezcan, como ocurre con el caso de los detenidos.

F. *¿Qué normas son las aplicables?*

El Artículo Tercero del Convenio III de Ginebra, las Disposiciones Generales del mismo y las normas del Protocolo II Adicional que tengan el carácter de interpretativas del primero.

Es especialmente relevante tener en cuenta la necesidad de aplicación de las siguientes normas:

- a) El Artículo 146 del Protocolo II Adicional, que obliga a los Estados a buscar a las personas acusadas de haber cometido alguno de los delitos establecidos en los tratados u ordenado cometerlos, sometiéndolas a la jurisdicción de sus Tribunales.
- b) El Artículo Tercero del Convenio III de Ginebra, que hace punibles los delitos por él establecidos en cualquier tiempo y lugar.
- c) El Artículo 148 del Protocolo II Adicional, que priva a las partes en conflicto del derecho a exonerarse a sí mismas de la responsabilidad por los delitos cometidos.
- b) El Artículo 6º del Protocolo II Adicional, que recomienda a las autoridades que procuren conceder amnistía lo más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto, una vez que cesen las hostilidades.
- f) El Artículo 2º del Protocolo II Adicional, que otorga a las personas privadas de libertad la protección de los tratados hasta que la libertad sea recuperada.

---

\* CRISÓLOGO BUSTOS VALDERRAMA. Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad Católica de Chile. Abogado Consejero del Consejo de Defensa del Estado.

---

# SITUACIÓN DE LAS SOCIEDADES CIVILES, EN RELACIÓN A LA CONTRIBUCIÓN DE PATENTE MUNICIPAL, QUE ESTABLECE EL ART. 23 DE LA LEY DE RENTAS MUNICIPALES

José Fernández Richard\*

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La Ley de Rentas Municipales que se encuentra contenida en el Decreto Ley 3.063, del año 1979, ha sido objeto de numerosas modificaciones. Su texto refundido y sistematizado fue fijado por el Decreto 2.385, de 30 de mayo de 1996, publicado en el Diario Oficial N° 35.620, de 20 de noviembre de 1996.

En la referida ley se señalan las fuentes de los ingresos municipales, cuales son: a) Producto de los bienes municipales; b) Producto de los establecimientos y explotaciones municipales; c) Impuestos municipales; d) La participación en el impuesto territorial y en el Fondo Común Municipal; e) Los recursos por concesiones, permisos o pagos de servicios, y f) Las rentas varias.

En lo que a este estudio interesa, conviene destacar que en el título IV del cuerpo legal de que se trata, expresamente se consideran entre los “Impuestos Municipales” tanto el permiso de circulación de vehículos (arts. 12 al 22), como las patentes municipales (arts. 23 al 34).

Es así que es indiscutible que la naturaleza jurídica de la denominada “contribución de patente municipal” no es otra que la de un impuesto, que corresponde catalogarlo como impuesto directo, ya que afecta a determinados contribuyentes, debe pagarse previa declaración y por último recae sobre elementos patrimoniales<sup>1, 2</sup>.

Las consideraciones anteriores en cuanto a que la contribución de patente municipal constituye el pago de un impuesto, son muy importantes, ya que ellas determinan que a las patentes municipales les sean aplicables las normas constitucionales en materia impositiva, que la Constitución Política consagra, entre otras disposiciones, en el art. 19 N° 20 y en el principio de la legalidad o reserva legal que esa misma norma de la Carta Fundamental establece<sup>3</sup>.

De lo dicho fluye, también, que creándose entre el Municipio y el Contribuyente, sujeto activo y pasivo respectivamente, una obligación tributaria, consistente en el pago del tributo o impuesto denominado “contribución de patente municipal”, es indispensable examinar el hecho gravado, para poder así determinar si las situaciones fácticas que el municipio sostiene que deben ser gravadas, se encuentran o no encuadradas dentro del “hecho impositivo” descrito por la ley de rentas municipales. De tal análisis se llegará a la conclusión correcta en orden a la procedencia o improcedencia del cobro en cuestión.

## II. EL HECHO GRAVADO EN EL ARTÍCULO 23 DE LA LEY DE RENTAS MUNICIPALES

El hecho gravado, en relación a las patentes municipales, se encuentra descrito en el precepto contenido en el art. 23 del Decreto Ley sobre Rentas Municipales, que textualmente preceptúa lo siguiente: “el ejercicio de toda profesión, oficio, industria, comercio, arte o cualquier otra actividad lucrativa secundaria o terciaria, sea cual fuere su naturaleza o denominación, está sujeto a una contribución de patente municipal, con arreglo a las disposiciones de la presente ley”, agregándose: “asimismo, quedarán gravadas con esta tributación municipal las actividades primarias o extractivas en los casos de explotación en que medie algún proceso de elaboración de productos, aunque se trate de los exclusivamente provenientes del respectivo fundo rústico, tales como aserraderos de madera, labores de separación de escorias, moliendas o concentración de minerales, y cuando los productos que se obtengan de esta clase de actividades primarias, se vendan directamente por los productores, en locales, puestos, kioskos o en cualquiera otra forma que permita su expendio también directamente al público o a cualquier comprador en general, no obstante que se realice en el mismo predio, paraje o lugar de donde se extraen, y aunque no constituyan actos de comercio los que se

ejecuten para efectuar ese expendio directo”.

En relación a lo anterior el artículo 24 del Decreto Ley 3063, dispone que la patente grava la actividad que se ejerce por un mismo contribuyente, en su local, oficina, establecimiento, kiosko o lugar determinado con prescindencia de la clase o números de giros o rubros distintos que comprenda.

Por último diremos que con respecto a esta materia el Supremo Gobierno dictó el D.S. 484 de 1980, para la aplicación de los artículos 23 y 24 del Decreto Ley N° 3063, a fin de determinar por la vía reglamentaria las actividades lucrativas regidas por las normas legales citadas.

### III. CONTROVERSIA SUSCITADA ACERCA DE SI LAS SOCIEDADES CIVILES CUYO ÚNICO OBJETO ES LA INVERSIÓN, ESTÁN O NO AFECTAS A CONTRIBUCIÓN DE PATENTE MUNICIPAL

Primeramente debemos hacer notar que este problema teórico, desde un punto de vista jurídico, tiene en realidad grandes efectos prácticos para el eventual contribuyente.

En efecto, el monto de la patente municipal no es en absoluto desdeñable ya que el valor de ella por doce meses es de un monto equivalente entre el dos y medio por mil y el cinco por mil del capital propio de cada contribuyente, lo que no podrá ser inferior a una unidad tributaria mensual ni superior a cuatro mil unidades tributarias mensuales. De más está decir que todos los municipios han optado por aplicar el porcentaje más elevado, que es el del cinco por mil del capital propio. A su vez este capital propio que sirve de base al impuesto en comento es aquel que en forma inicial declara el contribuyente si se tratare de actividades nuevas, o el registrado en el Balance terminado el 31 de diciembre inmediatamente anterior a la fecha en que deba prestarse la declaración, para cuyo efecto deberá entregar en la municipalidad respectiva una declaración de su capital propio con copia del Balance del año anterior presentado en el Servicio de Impuestos Internos<sup>4</sup>.

Ahora bien, se han suscitado numerosas controversias entre los municipios y los particulares con ocasión de la aplicación de los preceptos contenidos en los artículos 23 y 24 del Decreto Ley 3063 y en el Reglamento fijado en el Decreto Supremo 484 del año 1980.

Las controversias más usuales se refieren a si las sociedades civiles, especialmente las de inversión, deben o no pagar contribución de patente municipal, la que por lo común es elevada ya que estas sociedades normalmente poseen importantes capitales propios, sobre los cuales debe calcularse el cinco por mil, y todo ello con absoluta prescindencia de que la sociedad haya o no tenido utilidad y la haya o no distribuido a sus socios.

Por lo general el criterio de los municipios ha sido bastante amplio al interpretar las normas mencionadas y basándose en el art. 24 del Decreto Ley 3063 que se refiere solamente a “la actividad que se ejerce” y, además, en la circunstancia que el art. 27 del citado cuerpo legal solo exime a las personas jurídicas sin fines de lucro que realicen acciones de beneficencia, de culto religioso, culturales, artísticas, deportivas, etc., han llegado a concluir que este tipo de sociedades debe pagar patente, así basándose además en las normas del D.S. 484 del año 1980, de carácter reglamentario, que en ciertos aspectos ha ido más allá de la ley.

Por su parte los particulares afectados han sostenido que al no realizar una actividad lucrativa secundaria o terciaria o de aquellas primarias expresamente gravadas, no tienen por qué pagar patente municipal, ni menos efectuar la declaración del capital propio y acompañamiento del balance a que se refiere el art. 24 de la Ley de Rentas Municipales.

A lo anterior, se añade que a veces el Municipio le exige al contribuyente de una actividad primaria que acredite que no se encuentra comprendido en los casos de excepción a que se refiere el artículo 23 inciso 2º del D.L. 3063.

Sobre esta materia a nuestro juicio no cabe discusión, en el caso de las sociedades de inversión, que se encuentran constituidas bajo el régimen de sociedades anónimas, ya que el propio artículo 1º inciso 2º de la Ley 18.046, expresa que: “La sociedad anónima es siempre mercantil, aunque se forma para la realización de negocios de carácter civil”.

Al tener estas sociedades el carácter de mercantiles, obviamente no puede sostenerse que realicen una actividad primaria y, por ende, deberán quedar afectas al pago de contribución de patente municipal, atento a lo dispuesto en el artículo 1º inciso 2º de la Ley 18.046 ya referida.

Igual cosa ocurre con aquellas sociedades de responsabilidad limitada o colectivas,



cuando expresamente sus socios en el pacto social declaran que su objeto es comercial, ya que en tal caso se trata de actividades lucrativas, que no constituyen actividades primarias y quedan comprendidas en el hecho gravado descrito en el art. 23 del D.L. 3063.

Distinto es a nuestro juicio el caso de las sociedades exclusivamente civiles, aunque tengan por objeto la inversión, especialmente si no obtienen lucro colocando productos en el mercado, y máxime cuando en los propios estatutos de pacto social se estipula que queda prohibido realizar actividades comerciales.

Nuestra opinión al respecto se funda en los siguientes argumentos:

- 1º La contribución de patente municipal constituye el pago de un impuesto directo, que expresamente está incluido como tal en el título IV el Decreto Ley N° 3063, relativo a los “impuestos municipales”.
- 2º Por tratarse en consecuencia de un tributo, le son aplicables las normas constitucionales en materia tributaria, especialmente el principio de legalidad o reserva legal.
- 3º Que, en consecuencia, para determinar si una persona natural o jurídica es sujeto pasivo de la obligación tributaria del pago de contribución de patente municipal, es indispensable determinar si esa actividad está comprendida dentro del hecho gravado, que establece la ley.
- 4º Tratándose de una sociedad civil –aunque sea de inversiones– cuando ese carácter lo define su propio pacto social, no puede sostenerse que se trate de una actividad secundaria o terciaria, ni tampoco una actividad primaria que por excepción se grava en el artículo 23 inciso 2º del D.L. 3063.
- 5º En tal caso el supuesto contribuyente no necesita invocar estar comprendido en las exenciones que establece el artículo 22 del mencionado cuerpo legal, desde el momento que su actividad no está incluida en el hecho gravado contemplado en el art. 23 inciso 1º del D.L. 3063.
- 6º Tampoco puede entenderse que por aplicación de una norma de Decreto Reglamentario contenido en el D.S. 484 del año 1980, que se refiere en forma imprecisa a las actividades afectas, puedan quedar gravadas las sociedades meramente civiles de inversión, ya que jamás un reglamento puede ir más allá de la ley, y el artículo 23 inciso 1º del D.L. 3063 es claro en orden a que las actividades primarias no están gravadas con contribución de patente municipal, salvo los excepcionales casos señalados en el inciso 2º de la mencionada norma.
- 7º Que si en la especie una sociedad de inversiones de carácter civil, o una persona natural que aparentemente desarrolla una actividad primaria, no se ajusta a ello en su quehacer, corresponderá al municipio acreditar que dicha persona se ha apartado de su objetivo y que ejerce actividades primarias expresamente gravadas o secundarias o terciarias que deban pagar patente, y todo ello de acuerdo a los principios del onus probandis que señala el artículo 1698 del Código Civil.

Las controversias aludidas han llegado incluso a los altos Tribunales de Justicia, a los cuales se puede recurrir por la vía del recurso de protección<sup>5</sup>, o por la vía del reclamo de ilegalidad que franquea el artículo 140 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades<sup>6</sup>.

Por último diremos que la Excm. Corte Suprema, por la vía del recurso de casación de fondo, deducido en contra de una sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en un reclamo de ilegalidad deducido por “Inversiones Abranches Ltda.” en contra de la I. Municipalidad de Lo Barnechea, se pronunció en el mismo sentido de lo que se ha estado sosteniendo en este estudio, acogiendo así el recurso de casación de fondo interpuesto por la referida sociedad civil de inversiones, declarando en su sentencia de reemplazo que la reclamante se encontraba exenta del pago de patente municipal, por las actividades que realice, en cuanto ellas se enmarquen en el objetivo social previsto en su escritura social, ya que ellas no configuraban un hecho gravado por la Ley de Rentas Municipales<sup>7</sup>.

Esperamos con este estudio contribuir en alguna medida al esclarecimiento de este tema, que reviste un especial interés.

---

\* JOSÉ FERNÁNDEZ RICHARD. Abogado integrante de la Excelentísima Corte Suprema. Profesor de Derecho Municipal. Ex abogado Jefe Municipal de Santiago.

---

<sup>1</sup> Jorge Herrera Ramírez, *Rentas Municipales*, Editorial Jurídica de Chile, 1998.

<sup>2</sup> José Fernández Richard, *Derecho Municipal Chileno*. Editorial Jurídica de Chile, 2003.

<sup>3</sup> Juan Eduardo Figueroa Valdés, *Las Garantías Constitucionales del contribuyente en la Constitución Política de 1980*. Editorial Jurídica de Chile, 1981.

<sup>4</sup> Art. 24 de Decreto Ley 3063 sobre Ley de Rentas Municipales.

---

<sup>5</sup> Rodrigo Ugalde Prieto y Jorge Varela del Solar, *El recurso de protección en materia tributaria*, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 1993.

<sup>6</sup> Ley 18.695, cuyo texto refundido, coordinado, sistematizado y actualizado se publicó en el Diario Oficial de 3 de mayo de 2002 a través del D.F.L. 1-19-704 Ministerio del Interior.

<sup>7</sup> Sentencia de la Excm. Corte Suprema de fecha 27 de julio de 2004, pronunciada en la causa rol 2725-2003 (Tercera Sala Corte Suprema) en los autos "Inversiones Abranquil Ltda. contra I. Municipalidad de Lo Barnechea".

---

# EL RECURSO DE CASACIÓN CIVIL: ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y PERFIL ACTUAL

Cecilia Paz Latorre Florido\*

## I. INTRODUCCIÓN

**E**l derecho procesal chileno ha experimentado en la última década cambios tan significativos y quizás tan avanzados con relación a otras legislaciones del continente, que instituciones tan importantes y complejas, como ciertamente lo es el recurso de casación, merecen, a la vez que requieren, de un renovado análisis a efectos de actualizar la interpretación de las mismas. Asimismo, me parece que en esta tarea hermenéutica deben intervenir, con un especial esfuerzo, quienes participan de las instituciones como operadores directos, más allá, a veces, de la distancia que impone la cátedra. En este escenario, instituciones como la nuestra, el Consejo de Defensa del Estado, ente eminentemente litigante, llamado a participar en los procesos judiciales más emblemáticos y complejos, tiene sin duda un papel protagónico, y es por ello que he creído oportuno aportar con este personal análisis histórico del recurso de casación civil.

## II. ANTECEDENTES EN LA HISTORIA JURÍDICA EUROPEA CONTINENTAL

### 1. Derecho Romano

Si bien es cierto que en el primitivo derecho romano, o derecho preclásico, no encontramos antecedente alguno que podamos vincular de manera directa con la institución de la casación, ya durante el período clásico, con la adopción del sistema formulario y la división del proceso en dos fases casi independientes la una de la otra, como lo eran la “*fase in iure*” por una parte y la “*apud iudicem*” por otra<sup>1</sup>, en que el sentenciador va a valorar la prueba rendida por las partes, integrando así las cuestiones de hecho, “*questio facti*”, con las de derecho o “*questio iuris*”, las primeras entregadas al juez, quien conocía de la prueba de los hechos y la segunda al *praetor*, quien establecía el derecho.

Además, en el romano clásico se distinguen las causas de impugnación de la sentencia que se dicta, puesto que ésta puede ser nula por contravenir el *ius constitutionis*, es decir, por incurrir en error respecto de las normas de derecho objetivo, o bien, por infracción al *ius litigatoris*, o errores en cuanto a la existencia del derecho subjetivo de las partes litigantes, sin violar una norma de ley de interés general.

Con posterioridad, el Magistrado va perdiendo su poder, el que se encontraba cada vez más arraigado en las manos del “*princeps*”, tasándose la prueba de acuerdo a ciertas normas de valoración, obligando al Magistrado a dar valor a ciertos medios de prueba por sobre otros e incluso, en el período republicano, se le impusieron vías de impugnación o recursos jurisdiccionales que permitirían amplias revisiones a las sentencias del Magistrado, más aún, se las entendió un negocio jurídico, permitiendo así que fueran anuladas por adolecer de defectos externos, ya fueran errores de derecho o infracciones procesales, operando incluso de pleno derecho, es decir, más que anulables se les entendía inexistentes.

El derecho romano, entonces, conoció de sentencias válidas, nulas y recurribles, éstas últimas, ya fuera por la vía de la “*appellatio*” o por la vía extraordinaria del “*restitutio in integrum*” y de la “*supplicatio*”, ya en la época justiniana. De entre estos recursos, podemos distinguir el de la “*restitutio in integrum*” como un primer esbozo histórico de la casación actual, toda vez que recaía en una sentencia que, sin ser nula de pleno derecho, era recurrible por la vía de una verdadera anulación, entendiéndosele entonces como “*un recurso de carácter extraordinario concedido por el pretor con el fin de rescindir los efectos de un acto y restablecer una situación existente modificada por ese acto*”<sup>2</sup>.

Cabe hacer presente, en cualquier caso, que la “*restitutio in integrum*” recae sobre sentencias anulables pero lícitas, siendo, en palabras de Buigues, “*la posibilidad de que*

las decisiones tomadas por el que sustituye al praeses provinciae puedan ser objeto de restitutio in integrum a petición de los defensores de la república si se considera que en algo ha resultado perjudicado el derecho de la república”, pero no por la intervención de probanzas falsas u obtenidas con ilicitud, en otras palabras, “un medio eficaz para la defensa de la legalidad”<sup>3</sup>.

## 2. Derecho Común

Luego del oscurantismo propio del derecho germánico, en el que la prueba, más que un acto de esclarecimiento de los hechos, se constituyó en olimpiada de las suertes y destrezas de los litigantes, principalmente del demandado, en el siglo XIII se racionalizan los procedimientos judiciales y se considera de la esencia de los mismos el establecimiento de los hechos en que se basan las pretensiones de las partes, adoptándose un sistema probatorio rígidamente tasado, a fin de evitar la arbitrariedad de la magistratura, tanto con el objeto de ejercer un control político que defendiera al legislador de las actuaciones del juez, cuanto para que el tribunal superior pudiese poner remedio a los defectos procedimentales del juez inferior.

Así, se retoma el derecho romano justiniano y la Escuela de Bolonia diferencia como causales de anulación de una sentencia, por una parte los “errores in procedendo” y, por la otra, los “errores in iudicando”, cuya característica común era impedir que la sentencia fuera válida, aun cuando, según señala Guasch, en algunos Estatutos de ciudades italianas se confundieron con razones de impugnación por injusticia de la sentencia y no por invalidez de la misma. Los errores “in procedendo” eran atacables por la vía de la “querella nullitatis” y los “in iudicando”, por la “querella iniquitatis”, cuyas causales generalmente podían servir tanto de base, para este recurso de nulidad, como para el clásico recurso de impugnación por agravio, constituido desde Roma como la “appellatio” o apelación.

Cabe hacer presente que la nomenclatura del derecho moderno antes referida, no guarda relación directa con los conceptos romano clásicos de “*ius constitutionis*” e “*ius litigatoris*”, puesto que la “*querella nullitatis*” abarcaba tanto a uno como a otro, sirviendo, en palabras de Chiovenda, “para garantizar la exacta observancia de la ley por parte del Juez y para impedir realizar obra de legislador: de manera que la querella en todo tiempo tuvo en sí un elemento político, asociando la defensa del individuo (*ius litigatoris*) a la del interés general (*ius constitutionis*)”.

Por último, cabe hacer presente que fue el derecho canónico el que estableció que todo error “in iudicando”, ya fuera de hecho o de derecho, constituía causal de invalidación del fallo cuando fuera *notorius, manifestus, expressus*, como el “*error contra ius thesi clarum*” o contra ley expresa, y la contradicción entre lo fallado y el hecho probado o notorio.

## 3. Derecho Francés

Existe acuerdo absoluto en la doctrina en cuanto a que el origen del recurso de casación, que hoy conocemos, lo encontramos en el derecho francés a partir de la Revolución Francesa, aunque aparezca ya antes como una necesidad política del soberano, y después, dentro del orden de la separación de poderes.

La división feudal en “Parlamentos”, órganos jurisdiccionales que resolvían en última instancia, hizo peligrar el poder real que abarcaba incluso a las decisiones judiciales, por lo que aun estableciéndose la inapelabilidad de las sentencias de dichos órganos, la Ordenanza de 23 de marzo de 1302 dispuso un procedimiento ante el Rey para revisar las sentencias de estas verdaderas Cortes soberanas, sobre las cuales no era procedente la apelación. De esta manera, el rey actuaba como juez, corrigiendo los errores de derecho de los sentenciadores de la instancia, incluyendo aquellos cometidos en el establecimiento de las cuestiones de hecho, cuestión que en palabras de Sergi Guasch, importó: “Desde una perspectiva orgánica, la idea de una institución vigilante de corte político que hiciera frente a los Parlamentos provocó la decisión del antiguo Consejo del Soberano. Se creó el Conseil étroit o privé hasta que en 1578 se dividió en un Consejo de Estado para asuntos políticos y en un Conseil des Parties que, a la postre, se constituiría en el germen del Tribunal de Casación con conocimiento de los recursos que sobre cuestiones privadas iniciaban los particulares en materia judicial cuando la decisión de un Parlamento era contraria a una ordenanza real, la idea de la casación estaba ya

*formulada al reconocerse uno de sus principios esenciales.”*

Luego, en el siglo XIX, con el surgimiento de la llamada *“doctrina de la decisión vinculada”*, emanada del liberalismo y adoptada luego por el positivismo jurídico, se tendrá al juez como mero aplicador de la ley al caso concreto, al igual que los llamados *“Jueces de Montesquieu”*, descritos por el maestro Calamandrei como *“autómatas que por medio de silogismos, y sirviéndose exclusivamente de la lógica, tenían que aplicar al caso concreto la voluntad de la ley”*, sin permitírseles ninguna creación jurídica, en definitiva, *“seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”*<sup>4</sup>.

En oposición a este juez rígido y silogista, surge la idea del *“derecho libre”* con un sentenciador creador del derecho, que más que aplicar la norma abstracta, la interpreta y moldea al caso concreto, dejando atrás una interpretación inmutable de la ley, para buscar solo su aplicación uniforme en respeto a la igualdad de los justiciables. Como, en concepto de Sergi Guasch, lo ha hecho el Tribunal Supremo Español al *“utilizar la interpretación no sólo como instrumento para el desarrollo del derecho por razones económicas, jurídicas o sociales o, simplemente, por razones de justicia, sino también en el cambio de jurisprudencia. Se trata de integrar la rigidez y generalidad de la norma jurídica, a una realidad flexible y cambiante para producir una modificación de la valoración formulada por la conciencia. Se acomoda así el derecho a la Sociedad mediante un intrínseco desarrollo y un progresivo incremento del contenido de las normas jurídicas. Desde esta perspectiva, están completamente justificados los cambios jurisprudenciales, pues es necesaria la adecuación del Derecho a la realidad, cambiando la valoración ética o socioeconómica del supuesto de hecho”*<sup>5</sup>.

A propósito de lo expuesto, el Tribunal Supremo Español ha señalado que: *“el juzgador está sujeto a la ley, no a sus precedentes, por lo que no puede considerarse inconstitucional la evolución de la interpretación judicial de la legalidad, que constituye, junto con la modificación normativa, uno de los instrumentos para la adaptación del Derecho a la realidad cambiante”*<sup>6</sup>.

#### **4. Derecho Español**

Según señala el profesor Joaquín Silguero Estagnan<sup>7</sup>, el recurso de casación civil aparece en España a principios del siglo XIX como una vía de impugnación diversa a la instancia y, en consecuencia, como una institución procesal distinta de los llamados recursos de *“segunda suplicación”* y de *“injusticia notoria”*, recogidos en el Libro XI de la Novísima Recopilación en 1805 a modo de última instancia, es decir, de control de fondo, incluyéndose en dicho control, la calificación de las pruebas y la apreciación de los hechos.

Así, fue en la Constitución Española de 1812 en la que se incluyó, entre las facultades del Tribunal Supremo Español, la de conocer los recursos de nulidad interpuestos en contra de las sentencias de última instancia dictadas con infracción del procedimiento, aun cuando con la sola finalidad de reponer las actuaciones procesales viciadas y de hacer efectiva la responsabilidad ministerial de los juzgadores (art. 261 C.E. de 1812). En desarrollo de esta norma constitucional se dictó la ley de 09 de octubre de 1812 que reguló la interposición y sustanciación del recurso de nulidad.

La norma constitucional referida no fue efectiva en atención a su derogación en 1814 por orden de don Fernando VII, dictándose el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835, cuyo artículo 90 recoge el recurso de nulidad en términos similares a la carta constitucional derogada, es decir, solo por infracciones procedimentales, ya que las sentencias no eran motivadas.

Recién en 1838 se estableció el recurso de casación propiamente tal, con clara inspiración en el derecho francés según da cuenta el Real Decreto de 04 de noviembre de 1838, que hace procedente la impugnación de nulidad de una sentencia en caso de que haya sido dictada con infracción de las leyes procedimentales, o bien, cuando contraviniera expresa y terminantemente la ley reguladora del fondo. Este recurso procedía en contra de sentencias de última instancia dictadas por las Audiencias y por el Tribunal Supremo de Guerra y Marina, salvo que se tratara de cuestiones posesorias o ejecutivas, en cuyo caso no se admitía el recurso por entenderse que las partes tenían, aún abierta, la posibilidad del juicio ordinario declarativo o constitutivo de derechos. Paralelamente, se consignó el deber de motivar razonadamente las sentencias.

Más adelante, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 05 de octubre de 1855 dispone en su artículo 76 que contra las sentencias definitivas dictadas por la Audiencia, cabe el

recurso de “casación”, llamado así por vez primera y eliminando el reenvío a la audiencia de origen para que enmendara el fallo impugnado con arreglo a derecho, labor que le es entregada al propio Tribunal Supremo, de acuerdo a los artículos 1090 a 1095 de la citada ley. Esta nueva normativa era aplicable a la Península, Baleares y Canarias, mientras que las provincias de ultramar se encontraban reguladas por la Real Cédula de 30 de Enero de 1855, no aplicable en Chile por tratarse de un territorio ya independiente para ese entonces.

El artículo 1012 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española señalaba, además, que *“el recurso de Casación puede fundarse: En que la sentencia sea contra ley o contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales”*, la que con el tiempo determinó que el Tribunal Supremo no juzgaba sobre la certeza de los hechos ni sobre el valor de las pruebas. Mientras, para los territorios de ultramar, nuestras *“Indias Occidentales”*, la Real Cédula prescribía expresamente en su artículo 198 que no tendría lugar el recurso de casación *“si conforme las partes en el derecho, versase la cuestión sobre hechos”*, puesto que según el artículo 211 del mismo cuerpo normativo, se estableció que *“respecto a los hechos, la Sala de Indias habrá de atenerse en la determinación del recurso a la calificación de aquellos (los hechos), en que se haya fundado el tribunal a quo”*.

Lo antes expuesto, en concepto de Manresa y Reus<sup>8</sup>, *“no significa que los hechos no estuvieran presentes en la casación, al menos a los efectos de determinar si en la aplicación del derecho se había infringido o no la ley, o en la propia estructura de las sentencias al exigir el artículo 1058 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 que estuvieran fundadas con la separación debida de los hechos y de las cuestiones de derecho resueltas. Antes bien, la doctrina de la época señalaba con claridad que el Tribunal Supremo no tenía más remedio que examinar los hechos para ver si la apreciación de los mismos hecha por la Audiencia era o no ajustada a la ley.”*

La mencionada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 fue modificada en 1870 y 1878, principalmente en cuanto a la tramitación del recurso de casación, destacándose la agregación como causal de inadmisibilidad del recurso la circunstancia de que éste se refiriera a la *“apreciación de las pruebas sin alegar ley o doctrina que al hacerla se haya infringido”*, de lo que se desprende que procede esta vía impugnativa ante infracciones de normas procesales probatorias, como serían las de valoración de la prueba tasada, vinculándolo así, de manera indirecta, con el razonamiento sobre los hechos determinados en la instancia.

Según señala Joaquín Silguero<sup>9</sup>: *“Tras estas primeras regulaciones normativas, se dictó la Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1991, la cual conformó el régimen de la casación durante largo tiempo, articulando en su art. 1692, apartados 1º a 7º, una enumeración amplia de los defectos o vicios procesales susceptibles de fundar el recurso. Concretamente, el apartado 7º señalaba como causal del recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal, la ocasionada cuando en la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho o error de hecho, si este último resulta de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador.”* Permitiendo, con ello, revisar el error en que incurriera el sentenciador de instancia al tasar la prueba rendida por las partes, con cierta trascendencia sobre los hechos pese a que, en principio, parecía que estos debían quedar excluidos del ámbito casacional.

En concepto del mismo autor ya citado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se cuidó especialmente de respetar los hechos fijados por el tribunal de la instancia, no obstante el texto legal, exigiendo para admitir la casación por error de hecho, la concurrencia de prueba documental o de actos auténticos que desvirtuaran la valoración de la prueba realizada por el *a quo*. De la manera expuesta, el error de hecho no pasaba de ser un error de derecho en la apreciación de la prueba.

Luego, la denominada Ley de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, número 34, de 06 de agosto de 1984, suprimió la referencia que el artículo 1692.4 hacía al *“documento auténtico”*, manteniendo la causal referida solo como: *“error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.”* Lo que permitió a los litigantes pretender, por la vía de la casación, una suerte de tercera instancia, haciendo tabla rasa de la apreciación probatoria de los tribunales de fondo, intención que fue limitada por la propia jurisprudencia a través de una confusa distinción entre errores de hecho y transgresiones al derecho.

La siguiente reforma en esta materia se llevó a efecto con la dictación de la Ley

10/1992, de 30 de abril, sobre Medidas Urgentes de la Reforma Procesal, que consagra la competencia de la sala de casación solo a partir de los hechos ya establecidos por el tribunal de instancia, los que se revisarían únicamente en caso de existir vulneración de la normativa legal sobre la apreciación de la prueba, de acuerdo al motivo casacional contemplado en el artículo 1694.4 LEC, esto es: *“infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate”*.

Por último, cabe mencionar que la casación en el derecho español actual parece estar destinada principalmente a la protección del *“ius litigatoris”*, de acuerdo se desprende del artículo 1687.2 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 que permite la casación de los autos dictados en sede de ejecución de las sentencias.

### III. LA CASACIÓN EN EL DERECHO CHILENO

#### 1. Antecedentes históricos en el derecho nacional

Tal como hemos expuesto, la casación nació como un instrumento político del rey frente a los Parlamentos que dictaban resoluciones en contra de las ordenanzas reales, por lo cual era de competencia exclusiva del propio rey. Luego evolucionó de manera de quedar al alcance de los súbditos, a fin de que ellos pudiesen denunciar los abusos de los parlamentos ante el Rey, sin que en sus primeros tiempos entregara competencia alguna al soberano para pronunciarse sobre el fondo de lo discutido, sino que, por el contrario, haciéndolo reenviar el asunto a los tribunales ordinarios a objeto de que ellos mismos enmendaran el error cometido.

La Revolución Francesa mantiene este recurso entregado a la Corte de Casación, organismo autónomo instalado dentro del Poder Legislativo, cuya misión era impedir los ataques o abusos del Poder Judicial, el que podía transgredir el espíritu y, aun, la letra de la ley, atacando así al Parlamento, conservando su carácter eminentemente político. Más adelante se la hace evolucionar hasta tener como objeto prioritario la unificación de la doctrina, a fin de conquistar una deseada unidad en la interpretación jurídica.

La casación francesa, así perfilada, fue adoptada con mínimas modificaciones, primero en el derecho español y luego, en la mayor parte de Europa y América Latina, siendo Chile uno de los países que más demoró en adoptar la casación entre sus normas procesales. De hecho, primero concedió a la Corte Suprema, máximo Tribunal de la República, la competencia para conocer de dicho recurso (1875), sin haber establecido aun las normas sobre su procedencia, causales y tramitación (1902).

Nuestra casación civil encuentra su referente histórico más cercano en el llamado *“recurso de nulidad”*, establecido en las Leyes Marianas de 1837, más bien para asuntos que hoy entendemos propios de la casación de forma. Mientras, la casación de fondo se consigna por primera vez en el artículo 107 de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, cuyo artículo 7º transitorio dejó pendiente la cuestión de determinar en qué casos procedería tal recurso, con lo que no entró en vigencia sino hasta 1902, con la promulgación del Código de Procedimiento Civil<sup>10</sup>.

Antes de la promulgación del Código de Procedimiento Civil de 1902, el Diputado don Enrique Tocornal propuso un proyecto de ley que distinguía claramente la casación de fondo del recurso de nulidad, siguiendo el modelo francés en relación a la Corte de Casación, y para ello sostuvo en la sesión de 27 de agosto de 1874 que: *“la casación era un remedio de interés general y de orden público cuyo objeto era contener a todos los tribunales y jueces en la estricta observancia de la ley e impedir toda falsa vejeción de ésta y su errónea interpretación, a la vez que uniformar la jurisprudencia; así es que ha sido introducida, más bien por interés de la sociedad que en beneficio de los litigantes, ...teniendo la misión de conservar la uniformidad de la ley en todo el país, para que no haya una jerarquía en una corte diversa en otra ni que las cuestiones se resuelvan en tal o cual sentido, según el tribunal donde se llevan”*<sup>11</sup>.

Excepcionalmente se podía encontrar una actividad oficial en materia de casación en la forma, en el artículo 15 de la reglamentación del recurso de nulidad de 1837, según el cual el hecho de no haber sido preparado el recurso, no obstaba para sancionar el vicio advertido de oficio, en el examen del proceso durante la segunda instancia, aun cuando ninguna de las partes hubiere solicitado dicha nulidad, opción que, por cierto, no se contempló en caso de errores casacionales de fondo, respecto de los cuales el papel de

la Corte fue originalmente, y por muchos años, pasivo, lo que lleva a sostener que su implementación no obedeció a la necesidad de uniformar la jurisprudencia de los tribunales, ante las sentencias definitivas contradictorias de algunos tribunales de alzada, y esta uniformidad sería solo la: *“consecuencia de la correcta aplicación del derecho”*<sup>12</sup>.

Por último, cabe mencionar que en Chile se adoptó el sistema español según el cual, casada una sentencia es la propia Corte Suprema quien dicta el fallo de reemplazo, sin reenviarlo al tribunal de origen, según se desprende de la lectura de las Actas de la Comisión Legislativa que estudió el Primer Proyecto de Código de Enjuiciamiento Civil, la que inició sus sesiones del 13 de mayo de 1874 estuvo constituida por el entonces Presidente de la República Federico Errázuriz, el Ministro de Justicia, José María Barceló y los comisionados, Joaquín Blest Gana, Miguel Elizalde, Jorge Hunneus, José Bernardo Lira y Domingo Santa María.

Las referidas actas señalan que: *“desde los primeros ensayos de nuestra legislación nacional se estableció entre nosotros como regla fundamental en el sistema de enjuiciamiento, la existencia de solo dos instancias en los juicios. El recurso de casación, que somete al examen de un tribunal superior sentencias de segunda instancia parece pues, en pugna con esta regla cuyas ventajas no pueden desconocerse.”*

No constituye ciertamente este recurso, una nueva instancia en los juicios porque no lleva al conocimiento del tribunal superior, ni aun en el caso de la casación de fondo, todos los elementos que sirvieron de base a la sentencia reclamada. Como se sabe, este recurso es de dos especies, pues se funda en la infracción de las leyes decisorias de la litis o solo descansa en la inobservancia de las que son meramente ordenatorias de la misma.

Respecto de la aplicación de las primeras de estas leyes, tiene más alta importancia la unidad de la jurisprudencia. Por eso la Comisión no ha vacilado en restringir el recurso de casación en el fondo a las sentencias pronunciadas en segunda instancia por las Cortes de Apelaciones. Es verdad que se ha separado así de ciertos propósitos manifestados por la ley de 15 de octubre de 1875, a cuyas disposiciones y a cuyo espíritu ha procurado constantemente acomodarse; empero, al prescindir aquél de esta regla fundamental de sus deliberaciones ha tenido presente, por una parte, que atribuir también a las Cortes de Apelaciones la facultad de conocer en recursos de esta especie, habría equivalido a sancionar en la ley misma un medio de romper aquella ansiada unidad.

*“Admitida la organización del poder judicial que nuestras leyes establecen, nada se conseguiría tampoco en orden a la unidad en la aplicación de las leyes si, casada en el fondo una sentencia, hubiera de volver el proceso a otro tribunal para que él expidiera una nueva resolución. Por eso al mismo tribunal que casa la sentencia se le encarga pronunciarse, también, pero con una sola vista del negocio, sobre la cuestión principal; si bien por el deseo de conservar a la primera resolución su interés científico, no menor que por la diversidad de materias que sustancialmente comprenden, la resolución del recurso y la decisión de la contienda suscitada en la demanda dan lugar a dos sentencias separadas...”*<sup>13</sup>.

## **2. Las modificaciones al Recurso de Casación Civil que introdujo la Ley 19.374**

La Ley 19.374, se enmarcó dentro de una serie de medidas adoptadas por el gobierno de don Patricio Aylwin Azócar, cuyo objeto fue colocar la justicia más al alcance de los justiciables, puesto que la opinión pública percibía difícil el acceso a la misma.

Hasta la dictación de esta ley, la Corte Suprema conocía de los asuntos civiles, principalmente, por la vía de dos recursos, por una parte el recurso de casación en la forma y en el fondo, solo procedente en litigios de una cierta cuantía, o bien, en aquellos asuntos no susceptibles de apreciación pecuniaria, como los relativos al estado civil de las personas, por ejemplo, y a juicio de algunos, excesivamente formalista, por la necesidad de invocar con precisión todas y cada una de las disposiciones legales que se suponían infringidas por el fallo recurrido; y por otra parte, y en mucha mayor medida, el recurso de queja, que a diferencia de la conocida queja disciplinaria se interponía en contra de una resolución pretendidamente abusiva, solicitando su remisión, y ya no, en contra de los miembros del tribunal a objeto de que se les impusiese medidas disciplinarias. Además, ambos recursos, haciendo excepción al principio de gratuidad de la justicia, requerían para su interposición la consignación o depósito de una determinada suma de dinero.

En este orden de cosas, la citada Ley 19.374 pretendió ampliar el campo de



aplicación del recurso de casación civil, tanto en la forma como en el fondo, y limitar, considerablemente, el de queja, que en la práctica habían devenido derechamente, en una tercera instancia, ya no solo respecto de la sentencia definitiva, sino también sobre las resoluciones de menor naturaleza dictadas durante el curso del proceso.

Así, la primera modificación implementada por esta ley fue la de eliminar la exigencia de que, para su procedencia, el asunto en litigio debía ser mayor a las 15 UTM (Unidades Tributarias Mensuales, medida de cambio establecida por ley, principalmente para el pago de multas fiscales y para la determinación de los impuestos).

La antedicha medida resultaba fundamental en la idea del legislativo de colocar la justicia al alcance de cualquier administrado, puesto que la limitación existente hasta entonces parecía significar que la Corte Suprema podía solo intervenir en asuntos que, por su monto, afectaban al sector más rico de la población, al Estado o a las grandes empresas, aun cuando, en la práctica, significó un aumento importante de los asuntos que ingresan anualmente al supremo tribunal.

Otra importante modificación es la introducida en el antiguo artículo 772 del Código de Procedimiento Civil, el cual exigía la mención expresa y determinada de todas las disposiciones legales que se suponían infringidas por el fallo recurrido, la forma en que se había producido la infracción y el modo en que aquella había influido en lo sustantivo del fallo. A cambio de las menciones referidas, el Honorable Senado de la República optó por exigir solo tres menciones fundamentales: la de los hechos establecidos en la sentencia, la del error de derecho cometido en el fallo, y la de la manera en que aquel afectaba a lo dispositivo del mismo, lo que fue enmendado por la Comisión Legislativa Mixta, quedando en definitiva las últimas dos menciones, entendidas como “la decisión en derecho que se pretende obtener del tribunal y las razones de derecho que la sustentan”.

La tercera modificación nos parece de gran importancia a la hora de determinar cuál es la finalidad última del recurso de casación en el derecho chileno, puesto que en palabras de la Comisión Senatorial que estudió esta reforma, ella *“tiene por finalidad establecer un mecanismo encaminado a contribuir a lograr una mayor uniformidad en la jurisprudencia, que es uno de los propósitos del Proyecto, permitiendo que se pueda solicitar que resuelva el Pleno, en caso que la Corte en fallos distintos, haya sostenido interpretaciones diferentes sobre materias de derecho en que incide el recurso.”*, por ello se permite, a contar de la Ley 19.374, llevar un asunto en casación ante el tribunal pleno de la Corte Suprema, en aquellos casos en que la materia debatida haya sido objeto de diversas interpretaciones por las salas del mismo tribunal, temor que puede parecer infundado si consideramos que la corte funciona dividida en salas especializadas según la materia discutida.

Debemos tener presente, en todo caso, que esta libertad de formalismos y de trabas no puede entenderse como riesgo de ligereza en manos de los litigantes, permitiendo toda suerte de dilaciones y artimañas procesales, puesto que la cuarta reforma implementada por la Ley 19.374 es justamente la de entregar, a la sala que conoce del recurso, la facultad de rechazarlo de inmediato, cuando en opinión unánime de los miembros de ésta el libelo adolezca de manifiesta falta de fundamento (art. 782 inc. 2 CPC). Esta decisión, además de unánime, deberá ser someramente fundada, procediendo en su contra, recurso de reposición por error de hecho, dentro de tercero día.

### **3. Conclusión, el actual perfil casacional**

Como se ha esbozado durante el desarrollo de esta exposición, el control de legalidad de la judicatura fue el primer objetivo que se tuvo en vista al momento de consagrar la casación como vía de impugnación de las decisiones jurisdiccionales y, con el tiempo, dicho recurso devino en una poderosa herramienta de evolución del derecho y de unificación de los criterios jurisprudenciales, cuestión de suyo beneficiosa para el respeto al derecho fundamental de igualdad ante la ley. Ello ha llevado a la doctrina a entender que en el actual recurso de casación se unen la función uniformadora y la del correcto establecimiento del derecho de los litigantes, constituyendo así, un eficaz medio de control de la actividad de los jueces del fondo, ya tanto para el fin superior de unificar la jurisprudencia, en respeto a la igualdad en la aplicación de la norma general, tanto en la aplicación no arbitraria de ella en un caso particular o concreto. En palabras de Guasch, se unen la defensa del *“ius constitutionis”* a la del *“ius litigatoris”*, siendo capaz, incluso, de actuar como instrumento en la búsqueda de la libertad y la seguridad jurídica, además del derecho a la igualdad, todos valores fundamentales del Derecho.

La defensa del "*ius constitutionis*" o de la correcta aplicación de las fuentes del Derecho, ya sean éstas la ley, la costumbre u otras, implica valorar la uniformidad de la jurisprudencia como un bien jurídico socialmente deseable, atendido que la distinta aplicación de una misma norma acarrea inseguridad jurídica y desigualdad, afectando al Estado de Derecho mismo y a la estructura jerárquica de los órganos jurisdiccionales por la mala imagen que del tribunal superior pudieran tener sus inferiores, al no encontrar orientaciones definidas para la aplicación del derecho, puesto que aun rigiendo la más absoluta independencia entre los órganos jurisdiccionales, no podemos desatender que en la realidad se espera la guía superior en pro de interpretaciones certeras y permanentes en el tiempo.

Por su parte, en cuanto a la seguridad jurídica, basta con señalar que encuentra su fundamento en la legalidad y llega a ser consecuencia directa de la misma, puesto que la presencia de arbitrariedades implicaría, a no dudarlo, una inseguridad para los justiciables en el ámbito de sus actividades, impidiéndose así el necesario tráfico jurídico. Para el mismo Sergi Guasch: "*puede afirmarse que el efecto instantáneo de la legalidad es la seguridad, desde el momento mismo en que la primera vela por la ausencia de arbitrariedades que puedan constituir inseguridades jurídicas*" y más adelante agrega: "*La seguridad es un valor que exige hacer referencia, forzosamente, a la igualdad, pues supone una línea argumental en la aplicación de las normas jurídicas para la solución de supuestos iguales. La imposibilidad de una interpretación única de las normas jurídicas, la relatividad del juicio jurisdiccional, la ineficacia de los procedimientos y, en general, la falta de credibilidad que la sociedad mantiene de los órganos jurisdiccionales hace dudar que el actual ordenamiento jurídico sea capaz de proporcionar una cierta seguridad. Para ello, una institución como la casación es esencial por su acercamiento práctico y diario a la realidad social*"<sup>14</sup>.

En tanto, para Pérez Luño<sup>15</sup>, la seguridad jurídica puede separarse desde un ámbito objetivo y uno subjetivo, el primero englobaría la corrección estructural o formulación adecuada de las normas jurídicas y la corrección funcional o cumplimiento del Derecho por los órganos jurisdiccionales, mientras que el segundo estaría representado por la "certeza del Derecho" que permite dar a conocer, con carácter previo a los ciudadanos, las consecuencias jurídicas de sus actos con proyección en las correcciones estructural y funcional.

Nosotros concordamos con la clara exposición del profesor Silguero Estagnan<sup>16</sup>, quien plantea la concurrencia de una diversidad de finalidades asumidas por la casación, que no son, en caso alguno, excluyentes ni contradictorias entre sí, pues tal como lo expresara Calamandrei, es claro que junto a la función de nomofilaxis o de protección de la ley, existe la no menos importante de uniformidad de la jurisprudencia, a fin de facilitar la seguridad jurídica y la correcta aplicación del Derecho. Ello nos permite distinguir a lo menos dos funciones primordiales del actual recurso de casación: por una parte la de protección de la norma jurídica o del "*ius constitutionis*", y por otra la de protección del derecho de los litigantes o "*ius litigatoris*", distinguiendo respecto de la primera de ellas, la función nomofiláctica y la uniformadora, debiendo tenerse en cuenta que el dar mayor énfasis en alguna de estas tareas implica el proporcional desfavorecimiento de la otra, por cuanto en teoría, al menos, para la protección del "*ius constitutionis*" no reviste mayor trascendencia el control de los hechos por la vía de la casación, teniendo por suficientes e inmodificables los establecidos por los jueces del fondo, mientras que para la defensa del "*ius litigatoris*" resulta fundamental la fiscalización de la labor efectuada por los jueces del fondo al momento de establecer los hechos del juicio.

En nuestro derecho positivo encontramos que, si bien es cierto, las normas procesales de la casación fueron consagradas por el Código de Procedimiento Civil, junto a otros medios de impugnación ante la Corte Suprema, no lo es menos que su nacimiento solo es formalmente coetáneo, toda vez que dichos recursos existían, en gran parte, desde antiguo, y en buena medida correspondía a desarrollos autóctonos o, a lo menos, a raíces hispánicas sólidamente asentadas en nuestra mentalidad jurídica. Entonces, difícilmente puede sostenerse que en torno a la casación se estructura el sistema de recursos ante nuestro máximo tribunal; más correcto resulta afirmar que la casación integra un catálogo de impugnaciones posibles, entre las cuales media igual jerarquía.

Además, la casación se creó como recurso a favor de las partes del juicio; no se diseñó un recurso en interés de la ley o se permitió la actividad oficial en temas de correcciones oficiosas al derecho aplicado en las cuestiones de fondo. Luego, es evidente que la casación está al servicio de quien es parte litigante y que no se le consagró en pos

del interés social. Si el fallo viola la ley y las partes no recurren, la trasgresión al derecho objetivo se afianza y la comunidad nada puede hacer.

Tan clara resulta la circunstancia de que el interés público es una cuestión extraña a la concepción original de la casación que solo excepcionalmente se puede encontrar una actividad oficial en materia de casación en la forma a propósito de la reglamentación del recurso de nulidad de 1837, cuyo artículo 15 señalaba que el hecho de no haber sido preparado el recurso no era obstáculo para que se sancionara el vicio advertido en el examen del proceso en segunda instancia, aun cuando ninguna de las partes haya solicitado dicha nulidad, mientras que los errores jurídicos, propios de la casación en el fondo en materia civil, no se reparaban por igual vía.

Así entonces, concordamos con quienes sostienen que la casación no nació ni se ha perfilado hasta ahora, como una respuesta ante la necesidad de uniformar la jurisprudencia de los tribunales ante las sentencias contradictorias de los jueces de fondo, pareciendo más apropiado sostener que dicha uniformidad es solo una necesaria consecuencia de la correcta aplicación del derecho, sin que se convierta a la jurisprudencia del tribunal de casación en una fuente directa del derecho o en un “*precedente*”, al modo del “*common law*”, tan ajeno a nuestro sistema continental, sino más bien, entendiéndola como la “*cumplida respuesta a la interpretación de la Ley en condiciones de igualdad, así como respeto al principio de seguridad jurídica y, ¿por qué no?, de cierta deseable providencia en los pronunciamientos judiciales*”<sup>17</sup>.

---

\* CECILIA PAZ LATORRE FLORIDO. Abogado del Departamento de Defensa Estatal del CDE. Se desempeña en la Procuraduría Fiscal de Iquique y, además, es Académico Titular de la Universidad Arturo Prat, cursó una Maestría en Derecho Procesal Civil y se encuentra actualmente preparando su Tesis Doctoral sobre Control de Constitucionalidad de la Judicatura.

---

<sup>1</sup> Distinguiendo las labores del pretor y del magistrado, aun cuando no con una diferencia real entre las tareas de análisis de los hechos y del derecho, como se ha pretendido.

---

<sup>2</sup> Sergi Guasch Fernández, “El Hecho y el Derecho en la Casación Civil”, Edit. Bosch. Barcelona. España, 1998, pág. 26.

<sup>3</sup> Sergi Guasch, *ob. cit.*, pág. 28.

<sup>4</sup> Calamandrei, *Proceso y Democracia*, citado por Sergi Guasch Fernández, *ob. cit.*, pág. 158, nota 775.

---

<sup>5</sup> Sergi Guasch, *ob. cit.*, pág. 160.

<sup>6</sup> (S.T.C. 92/1993, de 15 de marzo).

<sup>7</sup> Joaquín Silguero Estagnan. *El Control de los Hechos por el Tribunal Supremo. Su aplicación en el recurso de casación civil*. Edit. Dykinson, Madrid, España 1997.

<sup>8</sup> Citado por Silguero Estagnan, *ob. cit.*, pág. 34 .

<sup>9</sup> Silguero, *ob. cit.*, pág. 36.

---

<sup>10</sup> Habiéndose formado una comisión de estudio para la dictación del nuevo Código de Procedimiento Civil y, en especial, el análisis referente a la implementación del recurso de casación, se despachó un proyecto de ley sobre este último en 1881, el que no llegó a promulgarse como tal, pero dio origen al título pertinente del Código de Procedimiento Civil de 1902, aprobado por Ley N° 1.552, que entró a regir el 1° de marzo de 1903, comprendiendo el antiguo recurso de nulidad que pasó a llamarse “casación en la forma” y el auténtico recurso sobre infracción de ley o error de derecho que pasó a llamarse “casación de fondo”.

---

<sup>11</sup> Pedro Troncoso Marinic, “Casación en el fondo civil y casación oficial”. Memoria original de prueba, Pontificia Universidad Católica de Chile, en versión resumida, Editorial Jurídica de Chile, año 1992.

<sup>12</sup> Pedro Troncoso Martinic, *ob. cit. Supra*.

<sup>13</sup> Pedro Troncoso Martinic, *ob. cit. Supra*.

---

<sup>14</sup> Sergi Guasch, *ob. cit.*, págs. 168 y 171.

<sup>15</sup> Citado por Sergi Guasch, *ob. cit.*, pág. 169.

<sup>16</sup> Silguero Estagnan, *ob. cit.*, págs. 47 a 58.

<sup>17</sup> Silguero Estagnan, *ob. cit.*, pág. 51.

**EL PROCESO. LA IMPARCIALIDAD.  
SISTEMA INQUISITIVO Y ACUSATORIO.  
LA CONCEPCIÓN UNITARIA DEL PROCESO.  
LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y LOS TRATADOS  
DE DERECHOS HUMANOS**

**Remberto Valdés Hueche\***

I. JUSTIFICACIÓN<sup>1</sup>

**A**l examinar el programa de estudios de las carreras de derecho de las universidades chilenas, resalta a la vista que éste no dista mucho al contenido de un libro de 1886 que compré hace varios años en una librería de anticuarios que desarrollaba en especial la Lei de Organización i Atribuciones de los Tribunales<sup>2</sup>.

Pareciera que el tiempo se hubiera detenido. Y que la ciencia procesal no hubiere avanzado en el mundo. Sirva esta idea para justificar este modesto trabajo que partirá de una idea muy simple: el proceso, sin apellidos, es un método pacífico de debate dialéctico para lograr la solución de los conflictos intersubjetivos de intereses y cuya razón de ser se halla en la necesidad de erradicar la fuerza ilegítima en una determinada sociedad<sup>3</sup>.

Dos temas son fundamentales en nuestro ordenamiento. La imparcialidad del juez que procesa y sentencia; y la igual concepción –acusatoria– que debería existir entre el proceso civil y penal.

A ello encomendamos estas líneas.

II. IDEA GENERAL DEL DEBIDO PROCESO EN LA  
CONSTITUCIÓN DE 1980

Parece pacífica la afirmación de que la garantía del debido proceso se encuentra consagrada en la Constitución, en el Art. 19 N° 3 inciso quinto de la misma.

Y una primera lectura así parece permitirlo.

También existe acuerdo en que para que haya debido proceso debe existir un tribunal independiente, imparcial y competente; y la posibilidad de que las partes del proceso puedan ser oídas por el tribunal<sup>4</sup>.

En efecto, en las sesiones 101, en que se invitó al Profesor José Bernales, y 105 (9 y 16 de enero de 1975, respectivamente) se llegó a la conclusión de que el proceso para ser tal requería:

- a) Notificación y audiencia del afectado, pudiendo procederse en rebeldía una vez notificado;
- b) Presentación de las pruebas, recepción de ellas y su examen;
- c) Sentencia dictada en un plazo razonable;
- d) Sentencia dictada por un tribunal u órgano imparcial y objetivo; y
- e) Posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior igualmente imparcial y objetiva<sup>5</sup>.

III. RELACIÓN ENTRE EL MARCO CONSTITUCIONAL Y LAS  
CAUSALES DE IMPLICACIÓN Y RECUSACIÓN  
DEL CÓDIGO ORGÁNICO DE TRIBUNALES

Realizadas estas aclaraciones previas, nos queda examinar qué ha hecho el legislador para cumplir con el mandato constitucional de que el legislador establezca las garantías para un racional y justo procedimiento e investigación.

Desde luego, este precepto no originó una modificación inmediata de la ley ni tampoco mediata. En efecto, se mantuvieron durante décadas las mismas causales de implicación y recusación contenidas en los Arts. 195 y 196 del Código Orgánico de

Tribunales. Ellos fueron reformados recién para ponerlos a tono con la reforma procesal penal por la Ley 19.708 (Art. 1º Nº 22, 5 de enero de 2001).

Esto lleva a preguntarse si el concepto genérico de debido proceso y, por ende, de imparcialidad del juzgador de la Constitución se condice o no con el actual régimen procesal civil y penal del Código Orgánico. O lo que es lo mismo, si el deber de que sea el legislador el que cumpla con el mandato constitucional se llena con la norma legal ya aludida o si éste resulta insuficiente y, por ende, es posible que aplicando la norma de la Carta Magna puedan existir situaciones que impongan la incompetencia subjetiva del juzgador más allá de las impugnaciones y recusaciones ya indicadas. Y admitida esta última solución, cuál es el camino para que éste exprese e imponga su incapacidad para conocer y resolver sobre un determinado asunto.

### **III.1. Preceptiva que consagra las impugnaciones y recusaciones en relación con la Constitución**

Desde luego, hay que recordar que las impugnaciones son causales de incompetencia subjetiva, de orden público, irrenunciables, declarables de oficio y taxativas. En tanto que las recusaciones aun siendo también taxativas son disponibles por las partes y su renuncia, conocidas que sean por ellas, se supone frente a la ausencia de reclamo dentro de cierto término.

Cuando la Constitución consagró el debido proceso, y en particular la imparcialidad, el Art. 5º transitorio de la misma estableció “Se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales”.

Por consiguiente, una primera lectura nos llevaría a afirmar que cuando la Constitución dispone que sea el legislador el que establezca las garantías para un racional y justo procedimiento (luego agregará la investigación para la reforma procesal penal) esa orden se cumple por el Código Orgánico en lo que dice relación con la imparcialidad del juzgador, mediante la numeración de las causales de impugnación y recusación.

El problema es que existen numerosas situaciones que escapan a esta numeración que es taxativa y excluyente.

Pensemos, por ejemplo, en el publicitado caso del Ministro Sr. Calvo. Conocedor de una situación privada que atacaba su imparcialidad, no podría haberse excusado de conocer porque ninguna de las causales establecidas por la ley se adecuaba a su situación; y peor, una cuestión de orden privado, habría de ser expresada y hecha pública en contra de sus propios sentires. Surge entonces el conflicto del derecho a la privacidad y a su propia honra y la necesidad de que los justiciables contasen con un juez imparcial que decidiera su juicio.

Lord Hoffman, uno de los primeros juzgadores del Senador Pinochet, con las solas causales del Código Orgánico, en nuestro país no podría haber sido inhabilitado, y en Inglaterra sentó el triste precedente de haber anulado un juicio mundialmente transmitido, por no haber expresado su incompetencia subjetiva para conocer de ese asunto.

Un Ministro, cuya cónyuge fuera la abogada de una causa, no encontrará en la numeración taxativa del Código Orgánico ninguna causal que le permita excusarse de entrar a conocer de la causa. Es que el Código no se imaginó que hubiera mujeres abogados. Menos que pudieran ser casadas con un juez. O al revés.

Un juez, sometido al bombardeo permanente de la necesaria y profesional prensa, ¿podrá ser considerado total y absolutamente imparcial y no contaminado?

El tema no es baladí.

El antiguo legislador, que escribe bajo la idea de un sistema inquisitivo tanto en lo civil como en lo penal, desea que nadie inhabilite a su juez; y la propia concepción chilena acerca de nuestros jueces quiere ver en ellos a seres superdotados, ajenos al mundo de todos los justiciables.

Nuestra tesis busca probar que no es necesario imponerles a estos seres humanos cargas que no deben soportar. Y menos aceptar la posibilidad de que un juez “contaminado”, prejuzgador por sus propias vivencias, tenga la obligación de **tener que resolver** una contienda que puede arrasar con sus propias convicciones privadas y

personalísimas. En suma, nuestra postura es pro jueces y, en definitiva, pro juicio racional y justo, ante Tribunal imparcial, imparcial e independiente.

En simple conclusión: el Código Orgánico no satisface la exigencia constitucional.

Ello invita a aplicar en amplios términos la Constitución y, con ello, permite que tanto el juez como las partes puedan declarar o pedir la incompetencia subjetiva del magistrado cuando exista una situación que objetivamente considerada le impida procesar un litigio.

### **III.2. Intentos de solución para procesar imparcialmente de acuerdo a la Constitución**

#### **III.2.1. En USA**

En Estados Unidos de Norteamérica, en un primer ejemplo, y sobre todo tratándose del juicio por jurados, cuando la cobertura de un juicio por parte de los medios de información es especialmente intensa, los tribunales con frecuencia tienen que considerar medios alternativos y más costosos de garantizar un juicio imparcial. Esas alternativas incluyen:

- Trasladar todo el juicio a otra ciudad donde la cobertura noticiosa no haya sido tan intensa;
- Ordenar al jurado que no lea los diarios ni mire los noticieros de televisión;
- Impartir “órdenes de mordaza” que prohíban al fiscal, abogado defensor y otro personal del tribunal hablar sobre el caso con los medios; o
- En raros casos, mantener al jurado aislado en un hotel donde se lo vigile y se impida que tenga acceso a los medios de información<sup>6</sup>.

Además, se ha descubierto que el personal tradicional no es suficiente para satisfacer las demandas modernas. Esa es la razón por la que más tribunales están contratando especialistas, llamados oficiales de información pública de los tribunales, para que trabajen con los medios. Estos enlaces de medios sirven tres fines:

- Son un recurso para que los reporteros corroboren los hechos y ayuden a asegurar una cobertura periodística precisa de la labor del tribunal;
- Proveen al tribunal un portavoz que puede responder a las preguntas de los medios, protegiendo de esa manera al juez de hacer algún comentario inadvertido que pueda violar las normas éticas; y
- Proveen al tribunal un especialista que sabe cómo promover con los medios las buenas noticias de la labor del tribunal, y de una manera noticiosa.

Además, más tribunales estadounidenses proveen información al público directamente a través de sus propios sitios en Internet. La ventaja que los tribunales ven en este cambio es que les permite más control sobre la información que se ofrece al público. También le brinda al público –y a los medios de información– acceso electrónico, lo cual reduce el tiempo que el personal del tribunal dedica a buscar en los archivos de papel para los reporteros. Finalmente, provee al tribunal un medio alternativo para corregir la información cuando el tribunal considera que los medios han informado inexactamente sobre un caso. Los tribunales de Estados Unidos, al igual que otros segmentos de la sociedad de hoy, han tenido que ajustarse al adelanto de la tecnología y a la ampliación de las comunicaciones. Pero hay algo que permanece inamovible. Aun cuando los tribunales y los medios de información han hecho ajustes en la manera en que funcionan en este ambiente de cambio, ambos han permanecido fieles a sus funciones vitales en el sistema democrático de Estados Unidos. El desaparecido y gran periodista de la cadena CBS, Edward R. Murrow, definió la importancia de los tribunales y los medios para Estados Unidos cuando dijo: “Lo que distingue verdaderamente a una sociedad libre de todas las otras es un poder judicial independiente y una prensa libre”<sup>7</sup>.

En Chile hace muy poco tiempo que la Corte Suprema cuenta con una Unidad de Comunicaciones. Y como se ha cubierto profusamente estos últimos meses, una buena asesoría en este aspecto habría ilustrado mejor y más convenientemente a la opinión pública sobre las actuaciones de nuestro Poder Judicial. En suma, en los tiempos en que la comunicación es instantánea, hay que ponerse a tono, abordando con seriedad y

decisión este fundamental aspecto y no eludir este fenómeno.

### III.2.2. *La violencia moral como causal de incompetencia subjetiva*

La garantía de la imparcialidad, reiteramos, significa que quien juzga no debe tener vinculación a partir de sus condiciones subjetivas para con ninguna de las partes en el litigio. El análisis debe hacerse de manera independiente a su actuación funcional.

Los órganos jurisdiccionales son servidos por seres humanos y, por lo tanto, están marcados por su condición de tales, lo que hace muy difícil intentar que quien ejerza esta función se despoje de su subjetividad y asuma un rol extrapersonal para poder abordar el conflicto sin verse involucrado por sus propias condiciones. Es imposible que una persona se despoje de su propia historia, personalidad, gustos, sentimientos, esto es, que deje de ser persona para poder juzgar. La neutralidad absoluta es imposible. Con todo, debemos poner el acento en cuáles son aquellas condiciones que según la enseñanza empírica nos la presentan como condicionante para el juez y que le despojan de su imparcialidad.

#### *¿Qué es la violencia moral?*

La doctrina enseña que son todas aquellas circunstancias que por la historia, la personalidad, las características personales, la ubicación, las relaciones con las partes y/o el litigio hacen que el juez no pueda abordarlo con la necesaria imparcialidad que la ley pretende de los órganos jurisdiccionales<sup>8</sup>.

La doctrina argentina y su legislación establecen esta causal en amplios términos, no sin grandes problemas desde el punto de vista de su implementación práctica. En efecto, en esa legislación es el propio juez quien debe indicarla; pues él es quien se encuentra en mejores condiciones de conocer su propia situación subjetiva frente a las partes y al litigio. Pero también pueden hacerlo las partes; en tal caso, se encuentra el serio problema de tener que expresar cada uno de los extremos de la misma. Y en su caso, fundar sus pretensiones y confirmarlas mediante las pruebas del caso. Sin embargo, hay que distinguir en este tema lo que es la actitud interna de compromiso por parte del tribunal (violencia moral) con los hechos que permiten inferirla (amistad, enemistad, etc.). La prueba consistirá en que frente al juez que no acepta la incompetencia subjetiva deberán acreditarse aquéllos hechos que aplicando la psicología, la lógica y la experiencia permitan inferir lo que existe en el ánimo del juzgador.

En Argentina se sostiene en algunos fallos que ni siquiera el superior jerárquico puede contrariar la decisión del inferior que se excusa por padecer violencia moral. Sin embargo, como siempre, la jurisprudencia vacilante también se niega a aceptar con manga ancha el retiro de un juez de un asunto por esta causal y muchas veces exige que las causales sean graves y evidenciadas.

Con ello suprimen en definitiva su buena utilización, pues imponen al juez que deba revelar muchas cuestiones que podrían ser parte de su esfera privada.

#### *¿Cómo solucionar el asunto?*

El juez que se excusa por este tema, aun sin expresión de motivos, no debe ser cuestionado. Pero, a la inversa, recibirá un caso procesable en que sí deberá actuar. No puede aceptarse que este expediente sea motivo para eludir el trabajo judicial. Pero menos que por no existir haya de tenerse un juez desprovisto de imparcialidad para el juzgamiento de un caso<sup>9</sup>.

### **III.3. Una posible solución en nuestra legislación**

Postulo que basta la aplicación directa de la Constitución. Y en términos amplios. Esto es, bastará con que el juez subjetivamente incompetente, basado nada más que en el Art. 19 N° 3 pueda excusarse de conocer de un asunto. La necesidad de proteger la imparcialidad así lo impone. Y no pedimos sino un proceso debido como la Constitución lo ordena.

Las normas que se han introducido a nuestro ordenamiento jurídico en virtud del Art. 5° de la Carta Fundamental, esto es, los tratados internacionales sobre derechos

humanos, llevan a la misma conclusión.

En efecto, la somera lectura de su articulado determina que la imparcialidad es concebida como un axioma básico del proceso con total nitidez, que no puede ser entrabado por norma alguna, bajo sanción de responsabilidad internacional para nuestra Patria.

La normativa recién citada establece conceptos y principios suficientemente desarrollados por la doctrina nacional e internacional que conducen a esa misma conclusión.

¿Será necesaria la expresión de causa?

Desde luego, si aceptamos que se trata de la aplicación directa de la Constitución y esta nada dice, podríamos aceptar que ello no sería necesario.

Con todo, nada obsta a que ello se produzca. Un caso en que claramente no sería obligatorio, es aquel en que el juez se hallare en la obligación de revelar cuestiones que ataquen su propia integridad física o síquica; su honra, la de su familia, por ser todas ellas garantías constitucionales que también le empecen en calidad de persona, con igualdad de derechos que los justiciables. Si alguna vez la sociedad debe verse compelida a creer en sus jueces, será cuando, de manera excepcional, indiquen que no pueden conocer con imparcialidad de un asunto.

#### IV. IMPARCIALIDAD Y SISTEMA ACUSATORIO. DIVORCIO ENTRE EL PROCEDIMIENTO CIVIL Y EL PROCESO PENAL MODERNO. NECESIDAD DE CONCILIAR LA NORMATIVA

Desde ya sinceremos que nuestra postura se adscribe, lo primero, a la idea unitaria del proceso. El proceso es uno solo. Valga ello para el examen de los institutos en cualquiera clase de ámbito. Y para efectos de este solo trabajo, entre lo civil y lo penal.

La imparcialidad, es necesaria, que duda cabe tanto en materia civil como en materia penal. No valen para nosotros las defensas de los separatistas que sostienen que dada la diversidad de bienes jurídicos protegidos por las leyes sustanciales que rigen esas dos materias deban por ello los procesos ser tributarios de ambas, diferenciándose, y dando con ello lugar a los más diversos procesos: el civil, el penal, el laboral, el contencioso administrativo, etc.

Al proceso que le falta alguno de los elementos que hemos indicado al inicio de este escrito no vale la pena llamarlo tal, porque no lo es.

Discrepamos abiertamente entonces de la postura de Julio B.J. Maier, insigne tratadista que postula una tesis contraria a la que sostenemos<sup>10</sup>.

En efecto, como enseña la doctrina autorizada existe una *demora* en consolidar una teoría general unitaria y garantista del derecho procesal debido al pertinaz mantenimiento doctrinario de algunos *paradigmas teóricos* que postulan la vigencia de un derecho procesal publicista, inquisitivo, autoritario y decisionista<sup>11</sup>.

Una simple lectura de los códigos procesales vigentes en Latinoamérica permite detectar la vigencia de numerosas normas, de corte inquisitivo, que no hacen más que traspolar al derecho positivo las equívocas tesis pergeñadas por la doctrina.

Nuestro Código de Procedimiento Civil no escapa a estas ideas. Desde el Mensaje ello resulta sumamente claro como lo desarrollaré en las siguientes líneas.

Expresa: "En las leyes de procedimiento, se hace preciso conciliar el interés de los litigantes, que exige una pronta solución de los pleitos, y el interés de la justicia, que requiere una concienzuda y acertada apreciación del derecho sobre que debe recaer el fallo (...) se ha creído necesario (...) **dar a los magistrados mayor latitud en sus atribuciones** a fin de que puedan hacer sentir en mayor grado que hasta ahora en la formación y marcha de los procesos. Confiados éstos a la sola iniciativa de las partes, se desvían a menudo de su verdadera marcha, resultando allí que la acción de la justicia se hace más fatigosa y menos eficaz (...) La recusación de secretarios y peritos es también motivo de entorpecimientos en los pleitos, y para atenuar sus efectos se ha establecido la necesidad de expresar causa que la autorice. La ley de Organización de Tribunales ha dado a las impiccancias el carácter de verdaderas prohibiciones y ha parecido oportuno ampliar esta medida a diversos casos que aquella ley no contempla sino como causales de recusación, no obstante que suponen en el juez un interés que haría delicada y sospechosa su intervención en el juicio".

El "dar mayor latitud a la iniciativa e intervención del juez en la marcha del proceso,



**justifican la concesión de más amplias facultades para decretar de oficio medidas tendientes al esclarecimiento de los hechos cuestionados.** El tribunal que debe dar sentencia dispondrá así de todos los medios necesarios para ilustrar su criterio y formar una apreciación completa y exacta de los puntos litigados”.

Para aclarar el debate: con el Profesor Benabentos y utilizando sus propias palabras, consideramos *tesis inquisitivas* aquellas que ubican la figura del juez (civil y penal) con tantos y tan plenos poderes, que su perfil queda tallado desde la “altura” y no desde el “llano”. Solo puede conciliarse la unidad en el Derecho Procesal en la medida que para el proceso civil se imagine un sistema netamente dispositivo y, para el proceso penal, decididamente acusatorio. Y en esto tiene mucho que ver la postura que se asume respecto de los poderes de los jueces. Para el garantismo la idea se plasma limitando los poderes de investigación y prueba y no permitiendo que quien investigue y pruebe sea el juez que luego resuelve. Esta limitación es un camino inexcusable para llegar a la comunidad ideológica.

Un juez no puede convertirse en un superhombre jurídico que investiga, prueba y además falla la causa que le toca resolver. En ello se ha empeñado el Estado de Chile y lo ha logrado –al menos sustancialmente– en el nuevo proceso penal. Pero ha dejado en total abandono y bajo el prisma autoritario de la inquisición al proceso civil.

En definitiva, un Estado de Derecho supone los mecanismos idóneos para preservar a los ciudadanos de la *arbitrariedad* del poder, de cualquier poder, en este caso del judicial. Y mientras se mantenga el autoritarismo ideológico y normativo en el Derecho Procesal no solo no están dadas las condiciones para prevenir las eventuales *arbitrariedades del poder jurisdiccional*, sino que se transita por un peligroso desfiladero en donde pueden desbarrancarse muchos de los portentosos esfuerzos realizados hasta hoy para poder controlarlo<sup>12</sup>.

Mientras la concepción acusatoria se inscribe en los Códigos Procesales Penales de Paraguay, Guatemala, Nicaragua, Panamá y Ecuador y evidentemente Chile, quien tiene el Código más moderno de todos, en los códigos de procedimiento civil –y qué decir en los laborales– la inquisición gobierna con sorprendente y pasmosa tranquilidad. Una nota de esperanza la da España. De allí que pueda hablarse de ese país como una honrosa excepción del “garantismo” en Iberoamérica, tristemente preñada de normas procesales civiles autoritarias.

¿Y por qué se ha producido esta extraña combinación?

## 1. Por la mal llamada búsqueda de la verdad

Es “interés” del Estado que se resuelvan todos los pleitos bajo un modelo epistemológico que busca *la verdad (total) y la justicia (absoluta) en cada litigio*. Queda claro que con semejantes *pretensiones* científicas y filosóficas el otorgar más y más poderes a los jueces (para poder alcanzar estos valores absolutos) vino a resultar el corolario lógico de esa postura.

*¿Quién podría estar descontento con que la verdad triunfara siempre?*

*Nadie en su sano juicio. Sin embargo, el conflicto se da porque la verdad no es material ni formal ni penal ni civil: sino solo la verdad.*

*Y esa verdad no es el objetivo del proceso.*

*Ya lo entendieron en materia penal donde no hay discusión en cuanto a la adscripción al modelo acusatorio.*

*Y ello es absolutamente claro en nuestro nuevo ordenamiento procesal penal.*

## 2. Por el peso de la historia

La combinación de criterios (inquisitivos y dispositivos) fue potenciada, como bien lo explica Franco Cipriani desde que se tomara en la región como *modelo normativo a seguir* el código procesal italiano (fascista) de 1940, heredero a su vez del código procesal alemán (nazi) de 1937 y la ordenanza procesal austríaca de Klein de 1895. Hablar de autoritarismo de estos tres sistemas normativos es casi caer en un lugar común. Afirma el procesalista italiano que “...desde que existe el Estado moderno han existido siempre legisladores o estudiosos con una concepción privatista o agnóstica del proceso civil. Es evidente que la contraposición se ve entre aquellos que prefieren el “garantismo” y aquellos que aman el “autoritarismo”, o bien, como agudamente se ha dicho, entre una concepción –liberal y realista– y una concepción autoritaria y moralista. La concepción de

Klein, entonces, no puede razonablemente ser considerada (solo) publicista, pero debe ser recordada como “aliberal y autoritaria” y no solamente “fuertemente autoritaria” y, agregaría, moralista: cuando se les quitan derechos a las partes y se otorgan derechos discrecionales al juez se hace uso del autoritarismo procesal; y cuando se ve en el proceso un mal social y una herida para el cuerpo de la sociedad, se hace uso del moralismo...”<sup>13</sup>.

El código procesal italiano de 1940, heredero, como se dijo, de este ideario, contenía también una clara tendencia publicista, autoritaria e inquisitiva (no podía ser de otra forma si tenemos presente el contexto *fascista* del régimen que imperaba a la época de su dictado). Luego, lo natural era que “El Estado” estuviera interesado en jueces con plenos poderes (ya que no eran más que el brazo jurídico y de un sistema autoritario, en donde era “bueno” que el juez resolviera a su antojo (en rigor al antojo de quien dependía)<sup>14</sup>.

Lo cierto es que el Código Procesal Civil italiano *contribuyó*, en gran medida, a instaurar la *omnipotencia* judicial en Latinoamérica.

Y así, sin advertir el origen *viciado* de ideología que lo inspiraba (sumado al *respeto intelectual* que se tenía por la escuela procesal italiana que le dio vida, centrada en la figura de Calamandrei quien, en alguna medida, le prestó su apoyo ideológico), los legisladores latinoamericanos —entusiastamente— “adoptaron” el modelo y el espíritu de una legislación procesal autoritaria que nos “exportó” el pensamiento de aquella época proveniente del continente europeo.

El gran jurista español Juan Montero Aroca<sup>15</sup> dice: “Frente a la idea de que el proceso es cosa de las partes, a lo largo del Siglo XX se ha ido haciendo referencia a la llamada publicización del proceso, estimándose que esta concepción arranca de Klein y de la Ordenanza Procesal Civil austriaca de 1895. Las bases ideológicas del legislador austriaco, enraizadas en el autoritarismo propio del imperio austro-húngaro de la época y con extraños injertos, como el del socialismo jurídico de Menger, puede resumirse en estos dos postulados:

- 1) El proceso es un mal, dado que supone una pérdida de tiempo y de dinero, aparte de llevar a las partes a enfrentamientos con repercusiones en la sociedad, y
- 2) El proceso afecta a la economía nacional, pues impide la rentabilidad de los bienes paralizados mientras se debate judicialmente sobre su pertenencia”<sup>16</sup>.

Estos postulados llevan a la necesidad de resolver de modo rápido el conflicto entre las partes, y para ello el mejor sistema es que el juez no se limite a juzgar, sino que se convierta en verdadero gestor del proceso, dotado de grandes poderes discrecionales, que han de estar al servicio de garantizar, no solo los derechos de las partes, sino principalmente los valores e intereses de la sociedad.

A partir de Klein puede seguirse toda una evolución en la que, de una u otra forma, se destaca una pretendida función social del proceso, su conversión en un fenómeno de masas, en torno al que se consagra la publicización del mismo, y sobre la que la doctrina ha debatido y sigue debatiendo.

En ese debate se ha llegado a sostener la conveniencia de suprimir el principio de la iniciación del proceso a instancia de partes, como se hizo en los países comunistas.

Naturalmente que en el mejor desarrollo del proceso civil está interesado el Estado, es algo obvio, y lo es tanto que no ha sido negado por nadie, pero desde esta obviedad no puede llegarse en el razonamiento posterior a la conclusión de negar la plena aplicación del principio dispositivo en el proceso civil, pues ello implicaría negar la misma existencia de la naturaleza privada de los derechos subjetivos materiales en juego.

La publicización del proceso tuvo su origen en un momento y en un país determinado y se plasmó en una Ordenanza Procesal Civil que, al menos, debe calificarse de antiliberal y autoritaria, y opuesta a su alternativa que es la concepción liberal y garantista del proceso civil. El conceder amplios poderes discrecionales al juez, y precisamente a unos jueces como el austriaco o el italiano de sus épocas, fuertemente *sujetos al poder ejecutivo*, solo se explica si al mismo tiempo *se priva de esos poderes a las partes*, poderes que en realidad se resuelven en *garantías* de las mismas en el inicio y en el desarrollo del proceso civil.

No se ha destacado lo suficiente que los códigos en que se han concedido mayores facultades a los jueces se han promulgado precisamente *en países y momentos en que esos jueces eran menos independientes*, de lo que ha resultado que, a la postre, con la

concesión de esas facultades se estaba favoreciendo la injerencia del *poder ejecutivo* en la efectividad de los derechos subjetivos de los ciudadanos.

Una cosa es reconocer que el proceso civil ya no es solo el reducto de la clase media de un país, es decir, el medio previsto por el legislador para que los poseedores debatieran en torno al derecho de propiedad, y otra muy distinta configurarlo como un fenómeno de masas en el que no importan tanto los derechos individuales del ciudadano cuanto *los intereses públicos o sociales*.

Por ello en los últimos años estamos asistiendo a la difusión de la idea de que el proceso civil se resuelve básicamente *en un sistema de garantías de los derechos de los ciudadanos*, en el medio jurídico para que las partes debatieran en condiciones de plena contradicción e igualdad los conflictos que los separan. Y ello sin dejar de asumir la realidad social de la proliferación de los procesos y de la búsqueda de nuevas soluciones y, sobre todo, sin confundir la autonomía de la voluntad y la libertad de los ciudadanos en la tutela de sus derechos e intereses legítimos y el tratar de hacer posible esa tutela de modo efectivo, facilitando el acceso a los tribunales y tendiendo a que dicho acceso se realice en condiciones de igualdad.

El fenómeno de la publización se ha basado, creemos, en una gravísima *confusión* entre las facultades *materiales* y las facultades *procesales de dirección del proceso*. Una cosa es *aumentar* los poderes del juez respecto del *proceso mismo* (en su regularidad formal, en el control de los presupuestos procesales, en el impulso, por ejemplo) y *otra aumentarlas* con relación *al contenido* del proceso y de modo que pueda *llegarse a influir en el contenido de la sentencia*.

No hay obstáculo alguno en aumentar las *facultades procesales* (y de ahí que nadie se oponga a convertir el tradicional impulso de partes en impulso de oficio), y con ello puede entenderse que se prima al interés público sobre el privado, pero sí lo hay en que el juez pueda de oficio iniciar el proceso o alegar hechos o practicar prueba no pedida por las partes, pues de este modo se está afectando a la existencia de los derechos subjetivos reconocidos en la norma material...”<sup>17</sup>.

El procesalista italiano Luigi Ferrajoli, en su obra *Derecho y Razón* (1995) se basa en una epistemología garantista que comenzó a cobrar notoria fuerza en los ámbitos más progresistas de la juridicidad de América Latina. Un derecho sustancial penal “de mínima” y procesal penal de “garantías” es sostenido en Argentina por procesalistas y penalistas de la talla de Maier, Zaffaroni, Caferatta Nores, Vázquez Rossi, Superti, Binder, Domínguez, Ledesma, entre otros.

A la par, “el derecho procesal civil garantista”, si bien un poco más rezagado, también ingresó en el campo del proceso civil, nutriéndose, como ya lo llevo dicho, de esas enseñanzas y bajo la tutela del insigne maestro Adolfo Alvarado Velloso.

## V. NORMAS CHILENAS PROCESALES CIVILES INCONCILIABLES CON LAS PROCESALES PENALES

### 1. El trámite necesario u obligatorio de la conciliación

Una de las formas más claras en que se denota la mixtura de nuestro código, lograda, sin embargo, mediante la introducción reciente de la Ley 19.334, de 7 de octubre de 1994, es la de la conciliación necesaria u obligatoria para la inmensa mayoría de los casos. De acuerdo a esta normativa, el juez tiene la obligación de proponer bases de arreglo para una conciliación entre las partes.

Y las opiniones que emita ***no le inhabilitan para dictar sentencia***.

Esto es, el juez debe, obligatoriamente, estudiar los escritos del período de discusión y aun las probanzas que puedan ya haberse rendido, y conforme a este examen proponer bases de arreglo.

Es evidente que al proponerlas hace una suerte de exposición de su parecer presente y, a no dudarlo, del futuro, salvo cambios muy notables dentro del proceso.

Pero resulta que esa idea, reflejada en la ley civil, fue justamente la que se quiso evitar en el proceso penal.

Recordemos que había incluso sectores doctrinarios que sostenían que era una vergüenza nacional que un mismo juez fuera el que sometiera a proceso, acusara y luego sentenciara.

Pues, esta forma, la conciliación, es al menos prima hermana de esta legislación

procesal penal tan vilipendiada y sustituida por el nuevo CPP.

Empero ello, nadie repara en la clara inconstitucionalidad de esa normativa.

En efecto, el juez siempre debe ser **imparcial**; y es causal de inhabilidad expresar opinión respecto del resultado de una causa.

Eso es lo normal de acuerdo al COT.

Y tanto es así como que es causal de implicancia: Art. 195 N° 8 “Haber el juez manifestado su dictamen sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia”.

Y tanto más como que respecto de los jueces con competencia criminal son causas de implicancia, además, las siguientes:

- 1º Haber intervenido con anterioridad en el procedimiento como fiscal o defensor;
- 2º Haber formulado acusación como fiscal, o haber asumido la defensa en otro procedimiento seguido contra el mismo imputado; y
- 3º Haber actuado el miembro del tribunal de juicio oral en lo penal como juez de garantía en el mismo procedimiento”.

Y, por último, es causa de recusación:

“Art. 196 N° 10 haber el juez manifestado de **cualquier modo** su dictamen sobre la cuestión pendiente, siempre que lo hubiere hecho con conocimiento de ella”.

En suma, afirmo existe un rotundo divorcio entre el CPC y el CPP, en cuanto a la imparcialidad del juzgador, desde el momento en que el expresar opiniones con o sin conocimiento de los antecedentes inhabilita al juzgador penal pero no al civil.

## 2. Medidas para mejor resolver

En materia procesal penal en el juicio oral los jueces de ese juzgado no están habilitados para decretarlas.

La única facultad que respecto a su curiosidad procesal puede existir radica en la establecida en el Art. 329 del CPP, en orden a que solo respecto de testigos y peritos “el tribunal podrá formular preguntas ... con el fin de aclarar sus dichos”.

## 3. Confesional y absolución de posiciones

La Constitución, en el art. 19 N° 7 letra f) establece que: “En las causas criminales **no se podrá obligar al inculcado a que declare bajo juramento sobre hecho propio**; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley”.

En tanto, en el NCPP esta forma de prueba no es suficiente para condenar ni en el procedimiento abreviado ni en el juicio oral.

En efecto, el Art. 340 inc. final del CPP señala que “**No se podrá condenar a un persona con el solo mérito de su propia declaración**”;

El Art. 412 inc. 2 señala que “**La sentencia condenatoria no podrá emitirse exclusivamente sobre la base de la aceptación de los hechos por parte del imputado**”.

En cambio, en el proceso civil, es la reina de las pruebas:

- a) Porque el Art. 385 establece la obligatoriedad de todo litigante a declarar bajo juramento, cuando lo exija el contendor o lo ordene el tribunal; y
- b) Porque el Art. 399 en relación con el Art. 1713 del CC establece que esta diligencia probatoria es plena prueba respecto de la existencia de un hecho y no admite prueba de contrario. A confesión de parte, relevo de pruebas.

Resulta entonces un claro divorcio entre la normativa procesal penal y civil. Y estimamos también un atentado en contra del estado de inocencia y una permanente invitación al perjurio.

#### **4. En cuanto a los plazos de desarrollo del proceso**

Desde luego en el NCPP se establece un plazo máximo de investigación de dos años contados desde la formalización de la investigación.

En el sistema procesal civil no existe tal espacio de tiempo máximo.

Sin embargo, podría postularse que de algún modo el art. 152 del CPC sí lo establece al contemplar la institución del abandono de procedimiento.

Pero los efectos de uno y otro caso son completamente diversos.

Desde luego, la extinción del plazo en el proceso penal conlleva necesariamente al término total y absoluto del proceso desde el momento en que trae consigo el sobreseimiento definitivo de la causa. Es decir, el cierre del debate para siempre.

El abandono, empero, importa como única sanción la pérdida del procedimiento. El actor podrá en el futuro intentar una y otra vez su demanda, no obstante haber sido un actor negligente.

Vemos en esta diferencia, nuevamente, un divorcio entre los ámbitos procesal penal y civil.

¿Es que la tranquilidad del demandado es menor que la del imputado?

¿Es que a pesar de haber dado batalla judicial y haber esperado durante meses que el actor la continuara, deberá seguir sujeto a un nuevo proceso el día de mañana?

La sanción no pasa sino en la medida en que la prescripción favorezca al demandado civil, de ser una sanción bastante tenue.

#### **5. Plazo de sentencia**

Sobre este aspecto en materia procesal penal, la incertidumbre del resultado atraviesa un tiempo moderado que en los casos más latos dura no más de 24 horas (Arts. 339 343) bajo sanción de nulidad del juicio.

Sobre este aspecto ya el divorcio en relación a lo civil es tan enorme, que no resiste análisis.

Carece en realidad de importancia el tiempo que la ley haya establecido. Pueden ser 3, 20 ó 30 días, pero la realidad demuestra que la sentencia no es nunca dictada dentro del plazo señalado al juez.

Con ello se atenta en contra de las disposiciones internacionales que rigen la materia y se produce una violación al Art. 5º de la CP.

No abogamos por el establecimiento de sentencias inmotivadas, pues ello traería como consecuencia el reinado de la arbitrariedad. Y, más aún, se vulneraría la racionalidad de las sentencias judiciales y, en concreto, se evitaría la posibilidad de atacar una sentencia, porque al carecer de expresión de argumentos considerativos, nada podría decirse de ella sino solo impugnarse su decisorio.

#### **VI. CONCLUSIONES**

Podemos entonces realizar las siguientes conclusiones:

1. La imparcialidad del juzgador es una garantía constitucional que forma parte sustancial del denominado debido proceso;
2. La imparcialidad del juzgador se encuentra establecida tanto para el denominado proceso penal como para el civil;
3. Las causales de incompetencia subjetiva del Código Orgánico de Tribunales son superadas por la norma constitucional;
4. Las normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos complementan en calidad de ley interna la garantía de imparcialidad del juzgador;
5. El juez que se encuentre a sí mismo bajo una causal de incompetencia subjetiva no contemplada en el Código Orgánico puede excusarse en virtud del Art. 19 Nº 3 de la Constitución sin necesidad de expresar causa;

6. La violencia moral establecida en el derecho comparado puede ser considerada como un sistema de valoración de la existencia amplia de una causal de incompetencia subjetiva;
7. Existe un marcado divorcio ideológico entre el sistema acusatorio establecido en el nuevo código procesal penal y en el código de procedimiento civil en relación a la imparcialidad del juez; y
8. El divorcio entre la legislación procesal civil y el nuevo código procesal penal se manifiesta en el trámite de la conciliación; en las facultades oficiosas del juez de uno y otro sistema; en los plazos de tramitación de la causa; y en el plazo para dictar sentencia.

---

\* REMBERTO VALDÉS HUECHE. Abogado de la Procuraduría Fiscal de Concepción del Consejo de Defensa del Estado.

<sup>1</sup> Se usan las siguientes abreviaturas:

CP: Constitución Política del Estado.

CPC: Código de Procedimiento Civil.

CPP: Código de Procedimiento Penal

NCPP: Nuevo Código Procesal Penal.

COT: Código Orgánico de Tribunales.

<sup>2</sup> Lira, José Bernardo. *Prontuario de los juicios o tratado de procedimientos judiciales i administrativos*. Imprenta El Correo, año 1886.

<sup>3</sup> Alvarado Velloso, Adolfo. *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*. Primera Parte. Rubinzal Culzoni Editores. Argentina. Año 2000, pág. 8.

<sup>4</sup> Oberg Yáñez, Héctor. *Apuntes de Derecho Procesal Penal*. Fondo de Publicaciones, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, 1996, pág. 7.

<sup>5</sup> Evans De La Cuadra, Enrique. *Derechos Constitucionales*. Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pág. 28.

<sup>6</sup> Los casos "de mayor notoriedad", como el juicio por asesinato contra O. J. Simpson en 1995, atraen una cobertura extraordinaria de los medios y han causado grandes problemas a los tribunales. Además de la cobertura de rutina del juicio, los tribunales ahora tienen que lidiar con los programas de diálogo por televisión en los que los abogados hablan de lo que ocurrió en el juicio ese día y especulan sobre lo que ocurrirá en los días siguientes. El resultado es que el juicio serio puede comenzar a cobrar la apariencia de un espectáculo, de la misma manera en que las competencias deportivas alimentan programas de comentarios en los que se analiza y conjetura sobre los juegos. Los jueces tienen razones para preocuparse de la percepción pública de los tribunales cuando los casos individuales se tratan de manera similar a los eventos deportivos. A los jueces también les preocupa el potencial de erosión de la confianza pública, debido a que hubo algunos casos en la historia estadounidense en los que la cobertura de prensa parece haber afectado la imparcialidad fundamental del juicio. Por ejemplo, el juicio en 1935 de Richard Bruno Hauptmann, acusado del secuestro y asesinato del hijo del aviador Charles Lindbergh, atrajo una cobertura de prensa sin precedentes. Hauptmann fue declarado culpable, pero investigaciones posteriores plantearon dudas acerca de si el frenesí de los medios creó una presión para llegar rápidamente a un veredicto que pudo haber declarado culpable a un hombre inocente. La cobertura de prensa en 1954 en el caso del doctor Sam Sheppard fue tan intensa que la Corte Suprema de Estados Unidos usó ese caso para asignar a los jueces del proceso la responsabilidad de prevención de la publicidad perjudicial. El doctor Sheppard había sido acusado del asesinato de su esposa y su caso fue la base de la serie de televisión y más tarde la película "El Fugitivo". El temor a la posibilidad de que la cobertura de prensa afecte adversamente la calidad de la justicia es lo que lleva a la Corte Suprema a prohibir la cobertura de televisión de los argumentos. La Corte ha permitido grabaciones de sonido, pero hasta hace poco solo permitía la difusión de grabaciones de video con fines históricos o de archivo, mucho tiempo después de haberse dado los fallos. El caso que involucró las elecciones presidenciales de 2000 entre el entonces gobernador George W. Bush y el ex vicepresidente Al Gore constituyó la primera vez que la Corte dio a conocer la grabación de sonido de manera oportuna para que los medios cubrieran el evento. Un problema relacionado es la cuestión del acceso público al juicio mismo, pues cada vez más las estaciones de televisión piden a los tribunales que permitan la cobertura de los juicios en directo. Sostienen que el público tiene derecho a ver el juicio y que la cantidad limitada de asientos en la sala del tribunal no debería ser un obstáculo, ya que las cámaras de televisión pueden llevar el juicio al público en sus hogares. Quienes se oponen mantienen que la presencia de las cámaras de televisión afectará el comportamiento de los testigos y el personal del tribunal de una manera que cambiará la imparcialidad del juicio. En la actualidad no se permite la presencia de cámaras de televisión en los tribunales federales. Se permite que cada Estado decida si acepta la cobertura televisada de los juicios y los tribunales todavía no han llegado a un consenso sobre la cuestión de difusión televisada de los procedimientos. La primera cobertura de televisión de un caso judicial tuvo lugar en la ciudad de Oklahoma City, Oklahoma, en 1953, con el juicio penal de Billy Eugene Manley. La primera transmisión en directo de un juicio ocurrió en 1955 cuando Harry L. Washburn fue juzgado por asesinato en Waco, Texas. En 1984, la cadena CNN transmitió la primera cobertura televisada nacional de un juicio, en New Bedford, Massachusetts, donde varios hombres fueron acusados de violar a una mujer sobre la mesa de billar de un bar local. El gran interés en ese caso condujo a la creación de "Court TV", canal de televisión que ofrece cobertura diaria de actividades en los tribunales, concentrándose en los procedimientos judiciales más noticiosos y controversiales de Estados Unidos en los tribunales que permiten la cobertura en directo. Hoy son veinticinco los Estados en los que se permite la cobertura televisada cuando el juez del caso autoriza la presencia de cámaras en la sala del tribunal. Ocho Estados restringen la cobertura televisada cuando los testigos objetan la presencia de cámaras de televisión en la sala. Y diecisiete Estados prohíben esencialmente la cobertura del juicio por televisión por medio de una variedad de normas del tribunal. Hay sin embargo indicaciones de que más tribunales están abriendo sus puertas a los medios de información.

---

<sup>7</sup> Hengstler, Gary A. *Imparcialidad de los jurados*. Revista Centro Reynolds, Nevada, año 2001, pág. 5.

<sup>8</sup> Superti, Héctor. "La garantía constitucional del juez imparcial en materia penal". *Derecho Penal* Nº 10. Editorial Juris. Argentina, octubre 2003, pág. 66.

<sup>9</sup> Un fallo de la Cámara Federal de La Plata, Sala Tercera (14/10/97 – Di Bernardi, Walter H. y otros v. Banco Central de la República Argentina). JA 1998-I-421, ilustrará sobre el particular:

"La Plata, octubre 14 de 1997.– Considerando: I. Que la causa fue elevada a la alzada con motivo de que el titular del Juzgado Federal n. 2, Dr. Ricardo O. Ferrer, no aceptó la excusación de su par, Dr. Julio C. Miralles, a cargo del Juzgado Federal n. 4, ambos de esta ciudad. II. Que, debido a la vinculación que guardan con el tema a decidir, resulta indispensable enumerar las razones que invocaron ambos jueces para apartarse de la causa. 1) El titular del Juzgado Nº 4 –donde primeramente se radicó el amparo– acusó violencia moral y la posibilidad de un estado de sospecha sobre su actuación, a causa de que el diario matutino "Hoy" de La Plata, el mismo día en que el magistrado tomó conocimiento de la demanda (2/10/92), dio información sobre una resolución favorable a los empleados del Banco Crédito Provincial con su firma (fs. 105/106). 2) El titular del Juzgado Federal Nº 2, una vez recibido el expediente, no aceptó la excusación. A su entender, una noticia periodística no puede admitirse como causal de apartamiento del juez natural, toda vez que la competencia es improrrogable. De lo contrario, simples trascendidos de la prensa habrían de provocar el apartamiento de los jueces de la causa (f. 108). II. Que, sin perjuicio de los fundamentos del juez que rechazó la excusación, el primer dato a tener en cuenta son los argumentos del juez excusado. Este expresamente dijo que "(...) la noticia anticipada, de la cual desconozco el origen, puede generar un manto de sospecha o inseguridad para las partes (...) Sin dudas esta publicación coloca al suscripto en situación de violencia moral y de sospecha, que no podrá ser disipada cualquiera sea la resolución que en definitiva se dicte" (f. 106). Se advierte que quien se abstuvo de entender no hizo mención de las causales mencionadas en el art. 17 CPr. Ver Texto y a la existencia de otras enumeradas en el art. 30, párr. 2, CPr. Ver Texto De todos modos, la alusión a la "violencia moral", hace inferir que implícitamente se ha subsumido la excusa en el supuesto de hecho de la última disposición citada. III. Que la mera noticia periodística mal puede generar en los jueces un supuesto de "vis" moral, cuando, como en este caso –y más allá de su error, negligencia o falta de responsabilidad en hacer circular afirmaciones sin consulta previa de las fuentes directas– el trascendido de la prensa se descalifica a sí mismo, habida cuenta de la palmaria inexactitud de dar por consumada la existencia de un pronunciamiento judicial no acaecido. Situaciones tan irrisorias –reiteradas actualmente por la importancia que han tomado los medios de comunicación social– no pueden influir el ánimo de jueces con fortaleza de espíritu, conciencia del deber y valores que han jurado cumplir. En la situación examinada, las partes actuantes en la litis supieron o debieron saber, sin recelo o conjetura, de un hecho inexistente que, por su naturaleza, carece de toda influencia tanto en el proceso cuanto respecto de la libertad, espontaneidad e independencia del magistrado. En otras palabras, la circunstancia no afecta el debido proceso y tampoco la subjetividad del juez, porque uno y otro impedimento de raigambre constitucional, al fin de cuentas, dependen de facticidades reales, de excusas nacidas de hechos ciertos y no de pretextos con soporte en susceptibilidades, exageraciones o vagas generalidades vinculadas a eventuales sospechas de parcialidad. IV. Que la imparcialidad como caso especial de la objetividad de la jurisdicción (conf. Brussin, Otto, "La objetividad de la jurisdicción", trad. de E. Garzón Valdez, Córdoba, 1966, p. 50), no puede reputarse mistificada en virtud de una noticia ostensiblemente engañosa, abortada *ab initio*, incapaz de amedrentar el espíritu del magistrado y colocarlo en situación de violencia moral. En efecto, para que el mentado trascendido fuera susceptible de ocasionar afección a la delicadeza o el decoro (art. 30 CPr. Ver Texto) y, entonces, incitar el deber de excusación, tiende a fundarse en motivos bastantes (conf., Corte Sup., Fallos 244-12), esto es, importantes, problemáticos, embarazosos, o bien en "escrúpulos fundados en razones serias" (conf., Corte Sup., Fallos 250-811), que comporten un verdadero impedimento subjetivo del magistrado y no una posibilidad remota que ello acontezca. Ello es así, porque el aceptar un criterio amplísimo de excusaciones importaría consagrar el peligroso hábito de las inhibiciones o la fácil evasión de las responsabilidades del oficio, incompatible con la mínima serenidad y seriedad que exige una administración de justicia limpia, creíble y deseada. V. Que la fórmula genérica o residual de violencia moral –de algún modo equiparable a la recusación sin expresión de causa– corresponde ponderarla, en principio, a quien la invoca. Tal principio no excluye, sin embargo, el examen de admisibilidad de este tribunal en tanto y en cuanto la propia ley determina su competencia para conocer y decidir sobre la gravedad de los motivos de decoro y delicadeza (art. 30 CPr. Ver Texto). Ahora bien, en cumplimiento de ese cometido, liminarmente debe rechazarse como válida la extinción de la potestad jurisdiccional del juez excusado sobre la base incierta de que la noticia fundada en hechos inexistentes le ha creado –según manifiesta– una "situación de violencia moral y de sospecha, que no podrá ser disipada cualquiera sea la resolución que en definitiva se dicte". Tal temperamento se impone no sólo porque sin motivo legítimo aquél puso en tela de juicio la regla de que las causas comiencen y finiquiten ante el juez natural (art. 18 CN. Ver Texto), sino muy especialmente porque las razones esgrimidas son insuficientes para excluirlo como *iudex inhabilis* por ausencia de motivos graves. Tampoco le cabe el caso del *iudex suspectus* –según pretende equívocamente– en tanto esta es una facultad incluida en la recusación, ajena al juez y propia del indisputable señorío de las partes. En esa línea de pensamiento se ha dicho acertadamente que "(...) Tampoco corresponde conceder la abstención por motivos de excesiva sensibilidad, de quisquillosidades o susceptibilidad extrema. El juez debe tener el sentido de su función y no eludir el conocimiento de los asuntos por rozamientos fútiles o simples cavilaciones. Una excesiva propensión a sentirse mortificado, revela un temperamento demasiado preciado de sí mismo y, por consiguiente, impropio para juzgar a sus semejantes en el mismo plano de sensibilidad humana" (conf., Couture, Eduardo J., "Estudios de derecho procesal", t. III, reimpres., 3ª ed., Buenos Aires, 1989, ps. 187-188). VI. Que, sin menoscabo de las consideraciones precedentes, resulta en extremo necesario disponer de oficio (art. 34 inc. 5 letra b CPr. Ver Texto) que el juez de grado, al cual se remitirá la causa –dadas las graves irregularidades advertidas– ordene inmediatamente las medidas conducentes a resolver los temas que a continuación se detallan: 1) Habilitación para actuar en la justicia federal del letrado patrocinante (f. 96); 2) Competencia del fuero federal para entender en la cuestión, pendiente a la fecha (fs. 103, 104, 106 y vta., 108/109); y, eventualmente, 3) Tratamiento de la cuestión incidental agregada. Por todo ello, sin perjuicio de lo expresado supra VI, se resuelve: 1) Desestimar la excusación formulada por el titular del Juzgado Federal n. 4 de esta ciudad; 2) Mandar que reasuma la potestad jurisdiccional para entender en la presente causa, con noticia al titular del Juzgado Federal n. 2 y a la Oficina de Distribución de Causas. Regístrese, notifíquese y ofíciense.– Carlos A. Nogueira.– Antonio Pacilio.– Se deja constancia de que el Dr. Héctor G. Umaschi no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (art. 109 R.J.N.) (Sec.: Concepción Di Piazza de Fortín)."

<sup>10</sup> Maier, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal*. Tomos I y II. Editores del Puerto. Argentina. Reimpresión. Año 2002.

<sup>11</sup> Benabentos, Omar A. *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*. Editorial Juris. Argentina. Marzo 2001.

<sup>12</sup> El estimado profesor Omar Benabentos en su obra citada, agrega: "La historia de la humanidad ha sido un triste fresco de los continuos *del poder*, y exhibe –descarnadamente– el alto precio que se ha pagado por lograr la limitación de los "iluminados de turno". El facismo, el nazismo, el comunismo, es decir, las distintas caras del fundamentalismo, son los ejemplos más patéticos de adonde nos conduce el exceso del poder. Y queda claro que el *poder judicial* no puede ni debe quedar fuera del *marco de contención* que le imponen las reglas y los sistemas de un estado de derecho. La apelación a rasas simbólicas –lo digo una vez más– como la "verdad" y la "justicia" son solo envoltorios fáciles que *no autorizan* a mellar ninguna garantía procesal que el estado de derecho les debe reconocer a los destinatarios de las mismas."

<sup>13</sup> Benabentos, Omar A. Editorial Juris. Argentina. Marzo 2001, pág. 80.

<sup>14</sup> Cipriani, Franco, *En el centenario del reglamento de Klein (El proceso civil entre Libertad y autoridad)*, Bari, Italia.

1995.

<sup>15</sup> Montero Aroca, Juan, "La nueva ley de enjuiciamiento civil española y la oralidad". XVII Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal. Libro de Relatorías y Ponencias. Tomo II, págs. 319 y siguientes.

---

<sup>16</sup> Benabentos, Omar A. *Op. cit.*, pág. 193.

---

<sup>17</sup> Impregnadas de esta combinación con el sistema inquisitivo se encuentran entre otros: El Código Procesal Civil de la Nación Argentina (Código Federal); el Código Procesal Civil de Colombia (arts. 37 a 40) y el Código Procesal Civil de Perú (arts. 50 a 53).

---

*Revista de Derecho*, N° 12



# ASPECTOS TRIBUTARIOS DE LAS INDEMNIZACIONES DE PERJUICIOS

Jorge Escobar Ruiz\*

## INTRODUCCIÓN

Resulta evidente que en nuestros días los montos involucrados en los litigios que deben ser resueltos por los tribunales se han incrementado de una manera abrumadora, especialmente si se trata de causas sobre indemnizaciones de perjuicios.

Las millonarias cifras que figuran en las demandas parecen, en algunos casos, ser más bien fruto de una prolífica imaginación en lugar de un análisis racional y metodológico.

El fenómeno descrito resulta ser crítico cuando el demandado es una persona jurídica de reconocida solidez patrimonial, como por ejemplo “el Fisco”.

En tal caso, el rango de las cifras aumenta drásticamente pues existe cierta tendencia a considerar que cualquiera sea la suma que el fallo establezca como indemnización podrá ser finalmente satisfecha, cuestión que flexibiliza notablemente los límites de la cuantificación.

En los siguientes párrafos demostraremos que la percepción de indemnizaciones de perjuicios, sea que representen exiguas o cuantiosas sumas de dinero, no constituye un hecho liberado de consecuencias tributarias, sino que precisamente todo lo contrario, el pago de indemnizaciones puede producir efectos de naturaleza impositiva que sin duda conviene analizar y tener presente.

## 1. GENERALIDADES

### 1.1. El concepto de Renta

Conforme a la doctrina mayoritaria, en la estructura de todo impuesto es posible encontrar los siguientes elementos: Sujeto, hecho gravado, base imponible, tasa y devengamiento.

No cabe duda que uno de los elementos de mayor relevancia teórica y práctica es precisamente el denominado “hecho gravado” o “hecho imponible”, pues de su verificación dependerá la pertinencia de analizar el modo en que inciden los restantes.

Ciertamente, atendida la aplicación del principio de legalidad tributaria, si una determinada actividad no encuadra en el hecho gravado descrito por la ley, el examen para efectos impositivos simplemente concluye en ese punto.

En términos generales, el “hecho gravado” puede ser definido como aquel acontecimiento o circunstancia de consecuencias jurídicas o económicas que, por mandato de la ley, da origen a la “obligación tributaria”.

Los hechos gravados o imposables son tan diversos y numerosos como especies de tributos existen. Sin embargo, para la materia que nos ocupa, obviamente solo será de interés analizar aquel que da lugar al pago de los impuestos previstos en el artículo 1º del D.L. N° 824, norma que contiene todo el articulado de la denominada “Ley de Impuesto a la Renta”.

Basta la individualización del cuerpo legal enunciado para identificar claramente el hecho imponible en cuestión, nos referimos a la “Renta”.

Se trata de un fenómeno económico que ha sido definido por el legislador con gran amplitud conceptual en el inciso primero del N° 1 del artículo 2º de la ley en comento, norma que dispone: “Para los efectos de la presente ley se aplicarán, en lo que no sean contrarias a ella, las definiciones establecidas en el Código Tributario y, además, salvo que la naturaleza del texto implique otro significado, se entenderá:

1.– Por renta, “los ingresos que constituyan utilidades o beneficios que rinda una cosa o actividad y todos los beneficios, utilidades e incrementos de patrimonio que se perciban o devenguen, cualquiera que sea su naturaleza, origen o denominación”.

No cabe duda que los términos empleados por la ley para definir el hecho gravado

dejan, a primera vista, muy poco fuera de su ámbito de aplicación.

En efecto, pareciese ser que cualquier beneficio respecto del cual una persona tenga la calidad de titular sería finalmente parte del hecho imponible.

Sin embargo, a partir de los elementos que dicha definición contiene, es posible comenzar a deslindar el objeto sobre el cual recaerán los denominados impuestos a la renta.

Brevemente describiremos los elementos de la definición en forma separada:

- a) *Ingresos*: En primer lugar, la disposición en comento indica que constituyen renta los “ingresos”, es decir, la incorporación de ciertos bienes al patrimonio de una persona natural o jurídica.
- b) *Utilidades, beneficios e incrementos de patrimonio*: No todos los ingresos son renta, sino que es menester que “constituyan utilidades o beneficios”, es decir que su incorporación traiga como consecuencia un mejoramiento de la situación económica y patrimonial de una persona, sin importar su naturaleza, origen o denominación.
- c) *Provenientes de una “cosa” o “actividad”*: Las rentas pueden ser generadas por el capital o el trabajo.

De todo lo reseñado es posible abstraer que, en el concepto tributario de “renta”, subyace, como requisito *sine que non*, la noción de “incremento patrimonial”, o dicho de otro modo, la incorporación de “riqueza nueva” al patrimonio del contribuyente.

En otras palabras, para que pueda hablarse de “renta” es necesaria la adquisición de bienes o el aprovechamiento de servicios que puedan ser consumidos, utilizados o invertidos sin reducción del patrimonio base del beneficiario.

Finalmente, concluyendo este breve análisis general del concepto de “renta”, estimamos pertinente destacar que la definición que adopta nuestra legislación es de carácter “objetivo”. Es decir, resulta irrelevante la presencia de “ánimo de lucro” por parte del contribuyente, a los efectos de la configuración del hecho imponible<sup>1</sup>.

## 1.2. Los ingresos no constitutivos de renta

Como señalamos, si no existe ingreso, beneficio o utilidad no cabe la posibilidad de hablar tributariamente de “renta”.

Sin embargo, aun concurriendo estas circunstancias, es posible que la propia ley haya determinado exonerar de sus alcances a ciertos ingresos.

Así, el artículo 17º de la ley del ramo establece los denominados “ingresos no renta”, con la finalidad de excluir, en principio, su afectación a los impuestos establecidos en el D.L. Nº 824.

Es importante precisar que no se trata de “exenciones” de impuestos, sino que es una figura distinta y que consiste en que el legislador aplica su mandato imperativo para despejar toda duda frente a la posibilidad que los ingresos allí descritos pudieran ser estimados como “hechos gravados”<sup>2</sup>.

La importancia del citado artículo 17º para nuestro análisis radica precisamente en que, en dicha norma, encontramos mencionadas a las “indemnizaciones de perjuicios”, estableciéndose bajo qué circunstancias éstas constituyen o no el hecho gravado “renta”.

## 1.3. Las indemnizaciones

Luego de esta aproximación general al “hecho gravado renta” podría devenir casi en forma natural la conclusión que las “indemnizaciones”<sup>3</sup>, al no constituir incrementos de patrimonio, no serían aptas (en principio) para dar origen a la obligación tributaria en referencia. Dado que se trata de prestaciones que tienen por finalidad “resarcir algún perjuicio” y, por ende, reestablecer una situación que ha sido mermada.

A modo ilustrativo repasaremos brevemente los alcances de las distintas clases de indemnización reconocidas en nuestro derecho, haciendo hincapié en los efectos patrimoniales que éstas generan.

- a) *Indemnización por daño material*: Es aquella que está destinada a reparar el menoscabo sufrido por una persona en sus bienes o derechos y que tiene una equivalencia pecuniaria determinada o determinable.

Como bien sabemos, el daño material, a su turno, se clasifica en “lucro cesante”

cuando se refiere a un beneficio que, como consecuencia del hecho lesivo no se percibió ni percibirá; y “daño emergente” cuando se trata una lesión directa al patrimonio.

Resulta importante comprender que, desde una perspectiva económica, el lucro cesante se identifica con la pérdida total o parcial de “utilidades esperadas” y el daño emergente con el “menoscabo de los activos”.

b) *Indemnización por daño moral*: Para lo que nos interesa, valga señalar que el daño moral o extrapatrimonial consiste en aquel perjuicio que afecta a un individuo, pero cuya entidad no es susceptible de ser determinada a través de una valoración pecuniaria cierta, quedando su fijación entregada exclusivamente a la prudencia del juez o las partes<sup>4</sup>.

Así las cosas, mientras el monto de la indemnización por daño material ocupará en el patrimonio del afectado el lugar que tenía el beneficio perdido a consecuencia del actuar lesivo, la indemnización por daño moral, en cambio, persigue proporcionar una “satisfacción” al afectado, un paliativo cuyo fin es atenuar las consecuencias de un menoscabo cuyos efectos evidentemente no podrán ser revertidos, y respecto del cual no es posible establecer con exactitud un “valor o medida de reemplazo”<sup>5</sup>.

Como es posible apreciar, no todas las indemnizaciones tienen la característica de “neutralidad patrimonial” que apuntamos en el primer párrafo de este acápite, lo que hace necesario un estudio separado para precisar sus efectos tributarios.

## 2. LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL

### 2.1. Exclusión de la indemnización por daño moral del hecho gravado

El primer numeral del mencionado artículo 17 dispone que no constituye renta la indemnización del daño moral, siempre que ésta haya sido establecida por “sentencia ejecutoriada”.

Tal como adelantamos, la “indemnización por daño moral” es una especie de indemnización que no produce un efecto neutro desde el punto de vista patrimonial, sino que, en su sentido más puro, da origen a un incremento.

Así, por ejemplo, no cabe ninguna duda que una persona que a consecuencia de un acto delictual o cuasidelictual ha sufrido la pérdida de un hijo menor de edad tiene derecho a ser indemnizada por el inconmensurable daño inmaterial que le ha afectado pero, desde una perspectiva estrictamente económica, no podemos negar que la indemnización que por ese concepto perciba redundará en un mejoramiento de su situación pecuniaria, siendo precisamente ese el objetivo perseguido por esta clase de prestación: Mejorar la situación económica del afectado, de manera tal que obtenga beneficios patrimoniales que, en cierta medida, sean “equivalentes al valor moral destruido”<sup>6</sup>.

Como se aprecia, al no cumplir esta especie de indemnización un rol estrictamente reparatorio (al menos en lo económico), es posible inferir que con ella se persigue legítimamente colocar a la víctima, ya sea directa o por repercusión, en una posición tal que pueda procurarse un nivel de bienestar material que le permita atenuar en alguna medida el sufrimiento y pesar que son consecuencia del acto ilícito que le afectó.

Por consiguiente, nos encontramos frente a un ingreso que, de no mediar lo previsto por el artículo 17, sería tributable por encuadrarse en la hipótesis del hecho gravado general.

Sobre esta materia discrepamos de la opinión de algunos autores<sup>7</sup>, quienes, al efectuar una clasificación de las exclusiones contenidas en el artículo 17, han colocado a la indemnización por daño moral entre los ingresos que “sólo aparentemente constituyen incrementos de patrimonio”, pues, como se ha demostrado, la indemnización por lesión extrapatrimonial trae como consecuencia una mejora en el orden patrimonial.

Recordemos que en la tipificación del hecho imponible en el D.L. N° 824, el elemento subjetivo no cumple función alguna, pues no se requiere que el beneficiado por un determinado ingreso haya tenido “ánimo de lucro” al momento de producirse el incremento patrimonial.

No obstante todo lo señalado, el legislador decidió excluir de modo expreso la indemnización por daño moral de la tributación a la renta. Sin embargo, como medida para evitar la elusión o evasión, se estableció como requisito que dicha indemnización

“haya sido determinada por una sentencia judicial firme”.

## 2.2. Requisito: “Sentencia ejecutoriada”

Es relevante destacar que, para ser considerada como ingreso no constitutivo de renta, se exige que la indemnización por daño moral “haya sido establecida en sentencia ejecutoriada”.

Al respecto, estimamos que no hay fundamentos para restringir su aplicación solo a aquellos fallos pronunciados por los “tribunales ordinarios de justicia”, de manera tal que no se aprecian inconvenientes en considerar como “ingreso no renta” las indemnizaciones por daño moral establecidas en sentencias firmes pronunciadas por jueces árbitros<sup>8</sup>, sean éstos de derecho, arbitrales o mixtos.

Distinto es el caso de las indemnizaciones que hayan sido determinadas en otros equivalentes jurisdiccionales, tales como la Transacción o el Avenimiento, instituciones que, si bien producen el “efecto de cosa juzgada”, no son en estricto derecho “sentencias ejecutoriadas”.

La duda, lógicamente podría tener lugar a partir del tenor de lo dispuesto en el artículo 2460 del Código Civil, norma que señala: “La transacción produce el efecto de *cosa juzgada en última instancia*, pero podrá impetrarse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes”.

A nuestro juicio, no es procedente homologar los efectos tributarios de la transacción o el avenimiento, a los de la “sentencia ejecutoriada”, pues ello solo sería posible mediante el establecimiento de una “ficción legal”, figura que nuestro ordenamiento jurídico no contempla.

Estimamos, que tampoco es admisible la referida homologación de efectos tributarios por la vía de la hermenéutica, dado que, en la especie, se trata de una norma de carácter excepcional, respecto de la cual no es posible una interpretación extensiva.

Sobre este aspecto cabe preguntarse: ¿Qué ocurre en los casos en que se ponga término a un juicio a través de una “conciliación”?

Pues bien, la respuesta a dicha interrogante la encontramos en el claro tenor del artículo 267 del Código de Procedimiento Civil, norma que dispone: “De la conciliación total o parcial se levantará un acta, que consignará sólo las especificaciones del arreglo; la cual subscribirán el juez, las partes que lo deseen y el secretario, y se estimará como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales”.

Recordemos que la “conciliación” es un acto jurídico procesal cuyo llamado, por regla general, es obligatorio en todo juicio civil en que sea admisible la transacción<sup>9</sup>; y en el cual, a diferencia de otros equivalentes jurisdiccionales, como la transacción, el desistimiento o el avenimiento, el juez tiene una participación activa, pues él llama a las partes a una audiencia destinada a tal efecto e intenta obtener que se logre un acuerdo total o parcial que ponga fin al litigio, proponiendo “personalmente” las bases del posible arreglo y obrando como “amigable componedor” en dicha audiencia.

Por otra parte es relevante considerar que la conciliación es el único equivalente jurisdiccional al cual la propia ley le asigna excepcionalmente el carácter de “sentencia ejecutoriada” para todos los efectos, sin distinción alguna.

Lo anterior tiene consecuencias también en otras áreas del Derecho. Así, por ejemplo, en materia de juicio ejecutivo un “contrato de transacción” podrá ser título ejecutivo en la medida que conste en escritura pública, de conformidad a lo previsto en el artículo 434 N° 2 del Código de Procedimiento Civil; un “avenimiento”, a su turno, será título habilitante para la ejecución en tanto el acta que da cuenta del mismo haya sido “pasada ante tribunal competente” y esté autorizada por Ministro de Fe o dos testigos de actuación, al tenor del artículo 434 N° 3 del citado Código.

En cambio, el acta en que consta una Conciliación es título ejecutivo de acuerdo al N° 1 del mencionado artículo 434, es decir: Asimilándose por el solo ministerio de la ley a una “sentencia firme”<sup>10</sup>.

Por último, concluyendo este acápite, debemos señalar que si la indemnización por daño moral no cumple con el requisito analizado (emanar de una sentencia firme propiamente tal o conciliación según sea el caso) será una renta clasificada en el artículo 20 N° 5 de Ley de Impuesto a la Renta, y por tanto estará afecta a los impuestos de primera categoría y global complementario o adicional conforme corresponda.

### 3. LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO EMERGENTE

El mismo artículo 17, en el primero de sus números, dispone que no constituye renta “la indemnización de cualquier daño emergente”.

Al respecto surge el siguiente cuestionamiento: ¿Cuál es realmente la función de esta norma?

Al dar respuesta a esta interrogante es necesario considerar que, aun en ausencia de este precepto, el resarcimiento pecuniario del daño emergente, atendida su naturaleza, no podría ser considerado como constitutivo de renta, al carecer de un elemento esencial, cual es el “incremento patrimonial”.

Como veremos, la verdadera función que cumple la norma en comento es la de establecer las condiciones bajo las cuales la indemnización que se perciba por concepto de daño emergente está gravada por los impuestos del D.L. N° 824.

En efecto, para la aplicación de este precepto es necesario distinguir:

- a) Si el bien siniestrado está “incorporado al giro de un negocio, empresa o actividad que debe declarar renta efectiva en la primera categoría”, o bien
- b) En caso de no cumplirse la hipótesis anterior, corresponde precisar si:
  - b.1) El bien siniestrado es susceptible de “depreciación”<sup>11</sup>, o
  - b.2) El bien siniestrado *no* es susceptible de “depreciación”.

#### **3.1. Bienes incorporados al giro de un negocio, empresa o actividad**

En caso que el bien dañado forme parte de los “activos” de un negocio, empresa o actividad, como se señaló, será menester determinar si por dicha empresa o actividad el contribuyente está o no obligado a tributar en la Primera Categoría sobre la base de “rentas efectivas”.

En caso afirmativo, el total de la indemnización por daño emergente deberá ser contabilizada como un “ingreso renta” afecto al pago de P.P.M. y eventualmente gravado con el impuesto correspondiente<sup>12</sup>.

Lo anterior, no implica necesariamente que este ingreso, cuyo objetivo es reparatorio, finalmente resulte “gravado en su totalidad”, pues la parte final del N° 1 del artículo 17° agrega: “(...) sin perjuicio de la deducción como gasto de dicho daño emergente”.

Esto último significa que la ley autoriza al contribuyente para descontar de las utilidades de cada ejercicio la “pérdida patrimonial sufrida”, lo que se hará a través del “castigo del valor neto de los bienes siniestrados”, quedando afecta a la obligación impositiva finalmente solo aquella parte de la indemnización que supere a la pérdida.

Cabe destacar que la “pérdida” o “daño emergente” que, por aplicación de este mecanismo sea imputada a los resultados de la empresa, no puede sino ser ajustada a la realidad económica de la misma. Por consiguiente, para estos efectos, deberá considerarse el “valor libro” o “valor contable”<sup>13</sup> del bien a la época en que aconteció el hecho lesivo, no aceptándose el castigo del bien conforme a su “valor comercial”.

Pero, ¿por qué “valor libro”?

El “valor libro”, en términos generales, es aquel que figura en los registros contables de la empresa y que corresponde al monto inicial del activo corregido monetariamente y amortizado por la depreciación. Por tanto, bien puede no coincidir con el “valor comercial” que dicho activo tenga en el mercado.

Por lo demás, no puede obviarse el hecho que, tratándose de bienes del activo inmovilizado, el N° 5 del artículo 31 permite al contribuyente “deducir como gasto” una cuota anual de su “depreciación” hasta que completen su vida útil.

Evidentemente, para las empresas resultará conveniente registrar como gasto el daño emergente en la mayor cuantía posible, dado que, de ese modo, el total de la indemnización sería “reparatoria” y por ende “no renta”. Ello pues, podría resultar que el monto de la indemnización fuese superior a la pérdida efectiva (daño) registrada en la contabilidad.

En nuestro concepto, la lógica económica que respalda la norma impositiva se funda en evitar que un contribuyente, luego de haber amortizado progresivamente el valor de un bien, llevando dicha amortización además como gasto a sus resultados, perciba el total de la indemnización por la pérdida de ese activo como un “ingreso no afecto a impuestos”, en

circunstancias que parte del valor de dicho bien ya fue deducido de las utilidades, en reconocimiento del deterioro u obsolescencia que paulatinamente sufrió.

### **3.2. Bienes no incorporados al giro de un negocio, empresa o actividad**

En el evento que no se cumplan las condiciones explicadas precedentemente<sup>14</sup>, esto es:

- a) Que el bien siniestrado “no forme” parte de los activos de una empresa, negocio o actividad, o
- b) Que, formándolo, el contribuyente en cuestión “no deba tributar en Primera Categoría sobre la base de rentas efectivas”.

Será menester analizar si el bien siniestrado es o no “susceptible de depreciación”. Revisemos separadamente estas situaciones.

#### *3.2.1. Bienes susceptibles de depreciación*

En el caso de los bienes susceptibles de depreciación, como por ejemplo un automóvil, será considerado como “renta afecta” aquella parte de la indemnización que exceda del valor inicial del bien reajustado, de acuerdo con la variación porcentual del I.P.C. entre el último día del mes que antecede al de adquisición del bien y el último día del mes anterior a aquél en que haya ocurrido el siniestro que da origen a la indemnización.

Lo interesante del mecanismo expuesto radica en que la depreciación no tiene incidencia alguna en la calificación de “ingreso no renta” del todo o parte de la indemnización, dado que la norma solo se refiere a la “reajustabilidad”.

Así, por ejemplo, si el propietario de un vehículo cuya vida útil es de 10 años sufre la pérdida total del mismo transcurridos 11 años desde de su adquisición, la indemnización que, por este perjuicio reciba, no constituirá renta en el 100% del valor de adquisición “corregido monetariamente”, sin importar el hecho que económicamente el bien en cuestión bien podría estimarse depreciado en su totalidad o con un valor comercial mínimo.

El sistema se explica por la circunstancia que, al no tratarse del activo de una empresa que tribute sobre rentas efectivas, la depreciación de dicho bien no fue reflejada como gasto en los resultados de la persona a favor de quien se estableció la indemnización.

#### *3.2.2. Bienes no susceptibles de depreciación*

Si el bien, cuyo daño emergente dio lugar a una indemnización, no es susceptible de depreciación (por ejemplo: Predio Agrícola), no resulta procedente la aplicación del sistema explicado, es decir, todo aquello que el afectado perciba a título de indemnización por daño emergente será, en principio, “ingreso no renta” hasta la concurrencia del “valor actual” del bien dañado, sin considerar el valor inicial del bien y su reajuste.

No obstante, debe tenerse presente la facultad del Servicio de Impuestos Internos para determinar el “valor real del bien” siniestrado mediante una tasación, ello en virtud de lo previsto en el artículo 64 del Código Tributario.

### **3.3. La indemnización por expropiación**

Desde la perspectiva tributaria la expropiación de un bien no es sino un acto que produce un menoscabo en el patrimonio del afectado.

Al respecto, incumbe recordar que el estatuto jurídico de la indemnización por expropiación está fundamentalmente regulado en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política, en relación con el artículo 38 del D.L. N° 2186 de 1978.

Conforme a lo que establecen ambas normas, el expropiado tiene derecho a una indemnización que está limitada al daño “patrimonial” efectivamente causado y que sea

consecuencia “directa e inmediata” del acto expropiatorio.

De lo anterior se deduce que es absolutamente improcedente que la entidad expropiante sea condenada a pagar una indemnización por el “daño moral” sufrido por la parte expropiada.

En lo que respecta al “lucro cesante”, nuestra jurisprudencia ha resuelto que, en materia de expropiaciones, es inadmisibles que se indemnice dicho rubro de manera separada al valor del terreno<sup>15</sup>.

En virtud de lo anterior se concluye que la indemnización que le corresponde percibir al expropiado comprenderá exclusivamente el “daño emergente” sufrido, de manera que su tributación deberá regirse por lo dispuesto en el artículo 17 N° 1 de la Ley de Impuesto a la Renta, de acuerdo a lo analizado precedentemente<sup>16</sup>.

Especial mención merece el hecho que algunos fallos han condenado a la entidad expropiante a pagar “intereses” devengados desde la toma de posesión material del bien afecto a expropiación<sup>17</sup> u otra fecha distinta, en el caso que la indemnización definitiva haya sido establecida en un monto superior a la provisional.

Pues bien, al respecto cabe tener presente que el Servicio de Impuestos Internos, a través del oficio N° 2751 del año 2000, señaló que la finalidad de la indemnización en comento es, como anotamos, “reparar el daño patrimonial efectivamente causado”. Entendido éste, a juicio del Servicio, como aquel que “ocasiona una pérdida, detrimento o disminución efectiva en el patrimonio del que lo sufre”; por lo que dicha indemnización tiene como finalidad resarcir el mencionado daño para “restablecer el patrimonio en el valor perdido, sin acrecentarlo”.

En consecuencia, la indemnización pagada “hasta el monto antes señalado”, es un ingreso no constitutivo de renta, no teniendo el mismo tratamiento tributario lo pagado “por sobre dicho límite”, que se encontraría afecto a los impuestos generales de la Ley de Impuesto a la Renta, ya que en dicho texto legal no existe disposición legal alguna que lo exima de tributación.

En definitiva, las cantidades que el expropiado perciba por concepto de intereses constituirán un hecho gravado por los impuestos a la renta, y no serán beneficiados por el tratamiento tributario que rige respecto del capital al cual acceden.

#### 4. LA INDEMNIZACIÓN POR LUCRO CESANTE

No cabe duda que la indemnización por lucro cesante da lugar a un incremento patrimonial, toda vez que tiene como objetivo proporcionar a su titular aquel legítimo beneficio susceptible de valuación pecuniaria que, a causa de un hecho antijurídico, se dejó de percibir.

Sin embargo, el tratamiento tributario de los ingresos derivados de esta especie de indemnización no es una cuestión que haya estado exenta de controversia.

La problemática consiste en determinar en cuál de las siguientes hipótesis se encuadra la indemnización en comento:

- a) Constituye una renta *sui generis*, no afecta de manera expresa por ninguna de las disposiciones del D.L. N° 824 y, por tanto, gravada en la Primera Categoría de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 20 N° 5 de la Ley de Impuesto a la Renta, o bien,
- b) Es un ingreso sujeto “al mismo régimen tributario de las utilidades que sustituye” (o sea, el lucro que cesó).

A este respecto, el Servicio de Impuestos Internos, en su oficio N° 2710 de 1988, estableció que, atendido el carácter de la indemnización por lucro cesante, es posible concluir que constituye renta como hecho gravado y que, como su finalidad es sustituir aquella renta que se habría percibido, “debe tributar como la renta a la cual viene a reemplazar, con los impuestos que procedan”.

En el mismo sentido se pronunció la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, a través del fallo de 1 de julio de 1998, en causa rol I.C. N° 7193-1995.

En dicha sentencia la Corte resolvió que, en materia de indemnización de perjuicios, el lucro cesante pasa a ocupar el mismo lugar jurídico que había correspondido a los provechos pecuniarios efectivos, de no haberse frustrado la percepción de éstos, “generándose una verdadera subrogación real, correspondiéndole a esta indemnización el

mismo tratamiento legal que a los provechos sustituidos por ésta”. Por consiguiente, la Iltma. Corte estableció que no resulta admisible pretender someter la indemnización en cuestión al régimen dispuesto en el artículo 20 N° 5 de la Ley de Impuesto a la Renta.

Cabe resaltar que el Servicio de Impuestos Internos, por su parte, a través del oficio N° 1.206 de 1994 había modificado en cierta medida el criterio previamente establecido, señalando que “las sumas percibidas por una comunidad agrícola a título de indemnización por lucro cesante y que fueran establecidas judicialmente a su favor, en compensación del daño patrimonial que le provocara la imposibilidad de explotación de un predio agrícola de su propiedad, corresponde clasificarlas como una renta de primera categoría y, atendido a que tales ingresos no se encuentran tipificados en forma expresa en ninguno de los números del artículo 20 de la Ley de la Renta, no obstante originarse en el dominio de un predio agrícola que posee el contribuyente beneficiario, ellos no provienen de su explotación y, por el contrario, se originan, precisamente, de la imposibilidad de explotación de ese predio, naciendo de un acto especial o excepcional como lo es una sentencia de un tribunal que ordena pagar determinadas sumas por concepto de indemnización (...)”.

Finalmente, este último criterio sustentado por el Servicio fue ratificado por la Excma. Corte Suprema en sentencia de fecha 13 de noviembre de 2000, en causa rol I.C.S. N° 355-2000.

En este caso, un contribuyente sujeto al sistema de renta presunta pretendía que la indemnización establecida en sentencia firme por el lucro cesante, originado a raíz de una prohibición de explotar la especie arbórea “Araucaria Araucana”, fuera considerada dentro de la presunción de renta, que corresponde al 10% del avalúo del inmueble en explotación y que, en consecuencia, no se le afectase con una nueva carga tributaria por la percepción de la indemnización.

En su fallo, el Supremo Tribunal rechazó el recurso de casación en el fondo deducido por el contribuyente y estableció: “Que, en cuanto a la pretensión de que aun cuando el planteamiento de la sentencia fuere efectivo, en orden a constituir lucro cesante la indemnización percibida, quedaría comprendida dentro de la renta presunta que le afectaba, en los términos de la legislación vigente en la época a la que se remonta su pago, ella también es incorrecta, pues tal renta afecta a los predios por la explotación a que se les somete, y en el presente caso la indemnización corresponde a la no explotación del mismo, en lo tocante a la especie arbórea Araucaria Araucana. Esto es, se trata de situaciones totalmente distintas”.

De lo anterior, se desprende que, a juicio de los sentenciadores, la indemnización en comento constituye una renta nueva y de distinta naturaleza, que no puede quedar sujeta al régimen tributario que le correspondía al beneficio económico que dejó de percibirse, pues ambos tienen un origen y fundamento diversos.

## 5. EFECTOS DE LA INDEMNIZACIÓN RESPECTO DEL PAGADOR

En los hechos, el fenómeno jurídico de la indemnización de perjuicios constituye el traspaso de bienes desde el patrimonio del sujeto responsable al patrimonio del afectado.

Hasta aquí, hemos analizado los efectos tributarios de la “percepción” de las indemnizaciones de perjuicios, pero es importante indicar los efectos en el patrimonio de quien efectúa la erogación destinada a financiar la reparación.

En síntesis, el problema radica en determinar si un contribuyente de la Primera Categoría que determine sus resultados a base de renta efectiva puede considerar tributariamente como “gasto” el pago de una indemnización de perjuicios y, en consecuencia, imputarlo a las utilidades del ejercicio, disminuyendo así la base imponible del impuesto a la renta.

Es importante tener presente que el concepto de “gasto” dice relación con una erogación monetaria por adquisición de bienes o servicios<sup>18</sup> que, sin tener el carácter de “costo”, está vinculado al funcionamiento y desarrollo de una empresa, considerada como unidad productiva. Claro está, que existen algunos “gastos” que no serían tales si se atiende a una definición estricta del concepto, como por ejemplo, las pérdidas, cuota anual de depreciación, deudas incobrables, etc. Sin embargo, la ley impositiva los acepta bajo ciertos respectos.

Para comprender la relevancia de los gastos es preciso mencionar que la base



imponible del impuesto a la renta está representada por la denominada “renta líquida” que corresponde a la utilidad tributaria determinada conforme a las normas establecidas en los artículos 29 al 33 de la Ley de Impuesto a la Renta.

Dicho proceso implica que a los denominados “ingresos brutos” se le han efectuado ciertas deducciones y ajustes, entre los que se encuentran, lógicamente, los “gastos aceptados”.

Para que los gastos sean “aceptados tributariamente” deben cumplir ciertos requisitos básicos:

- a) Pagados o devengados en el ejercicio respectivo.
- b) Acreditados fehacientemente.
- c) No haber sido deducidos como “costo directo”, conforme al artículo 30 de la mencionada ley.
- d) Ser “necesarios para producir la renta”.

Ahora, para que un gasto sea considerado como “necesario” para producir la renta se ha entendido por la jurisprudencia judicial y administrativa que debe revestir el carácter de “obligatorio e inevitable”, agregando en algunos casos el término “imprescindible”<sup>19</sup> y, además, provenir del “giro del negocio o empresa”.

En lo que dice relación con el pago de indemnizaciones de perjuicios, nuestra jurisprudencia ha determinado que tal erogación no constituye un “gasto necesario”, pues su origen está en la perpetración de actos ilícitos o antijurídicos que son perfectamente “evitables”.

En efecto, en sentencia de 5 de enero de 1999, en causa rol I.C.S. N° 2666-1996, la Excm. Corte Suprema estableció:

“5º.- Que, como puede apreciarse, de acuerdo a la disposición citada precedentemente, la deducción del gasto está permitida sólo cuando éste cumpla con determinados requisitos de carácter copulativos y, en lo que interesa por ahora, que se trate de gastos necesarios para producir la renta y, como este concepto no está definido expresamente en la ley, hay que recurrir al sentido natural y obvio que da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que señala que necesario ‘es aquello que es indispensable o hace falta para un fin’; por lo tanto, sólo cumple con esta exigencia el gasto inevitable u obligatorio y no puede caber duda que las indemnizaciones reguladas por los tribunales con motivo de la realización de actos desleales, ilegales y antirreglamentarios son absolutamente evitables, aun cuando se realicen con motivo u ocasión de desarrollar el giro de la empresa, el cual no puede comprender la realización de hechos ilícitos;

6.- Que, por lo dicho en el motivo anterior, la suma gravada con el Impuesto Único del artículo 21 de la Ley sobre Impuesto a la Renta no constituye un gasto necesario para producir la renta, no puede ser calificada como una pérdida, está dentro de lo que es posible imponer la tributación liquidada, lo que lleva a desestimar los errores de derecho denunciados y a rechazar el recurso de casación en el fondo por este capítulo”<sup>20</sup>.

Por otro lado, como correctamente establece el citado fallo, tampoco corresponde considerar el pago de una indemnización como una “pérdida”, cuya deducción es aceptada como “gasto” al tenor de lo dispuesto en el artículo 31 N° 3 de la Ley de Impuesto a la Renta.

Ocurre que, desde el punto de vista tributario, bajo el concepto de “pérdidas” es posible deducir de la renta líquida imponible solo dos disminuciones patrimoniales:

- a) Las “pérdidas sufridas por el negocio o empresa”: Entendiendo por tal “el resultado negativo del ejercicio contable”<sup>21</sup>, al cual se llega aplicando al Balance de la empresa las normas de determinación de la renta líquida imponible.
- b) Los “delitos contra la propiedad”: Es decir, los “siniestros o daños de activos”<sup>22</sup> sufridos por el contribuyente.

Como es posible apreciar, el “pago de indemnizaciones”, lógicamente, no puede ser encasillado en ninguna de las categorías enunciadas, razón por la cual ha sido rechazado invariablemente como gasto, tanto por la jurisprudencia administrativa como por la judicial.

## REFLEXIÓN FINAL

Como hemos podido apreciar, en materia de indemnizaciones el fenómeno impositivo se muestra complejo, pero, a la vez, de una lógica sólida y contundente que es fruto de la unión de los principios jurídicos y contables, los cuales tienen lugar en el marco de la delimitación del hecho gravado de una de las más importantes herramientas del sistema tributario: “El impuesto a la Renta”.

Sobre este aspecto, es dable destacar que su importancia radica no sólo en la cuantía de la recaudación que genera, sino que especialmente en el hecho que, en su aplicación, descansa buena parte de las expectativas de consecución de la denominada “justicia tributaria”. Dado que, en el caso de este gravamen, la dimensión de la carga impositiva de cada contribuyente estará determinada por el flujo de utilidades que se incorporen a su patrimonio, a diferencia de lo que ocurre con los “impuestos indirectos” (como el I.V.A.), que se aplican de manera general y abstracta, sin considerar la capacidad patrimonial del sujeto pasivo de la relación tributaria.

Desde el punto de vista económico las indemnizaciones son flujos de bienes que se trasladan desde una unidad o agente a otro, en cumplimiento de una obligación que nace de la ley o de un acuerdo de voluntades. Es decir, “distribución de riqueza”, por ello es indudable que generan efectos en la capacidad contributiva de las personas, ya sea mejorándola o bien reponiéndola a un estado anterior.

En las líneas precedentes no se ha pretendido agotar la discusión respecto de la problemática planteada, sino que más bien invitar al lector a dar un vistazo a una vieja y conocida institución pero, esta vez, desde una perspectiva que no ha sido abordada en profundidad por los especialistas, a pesar que el denominado “derecho de daños” es hoy, al decir de algunos civilistas, casi una disciplina autónoma.

---

\* JORGE ESCOBAR RUIZ. Abogado de la Procuraduría Fiscal de Santiago del Consejo de Defensa del Estado.

---

<sup>1</sup> Véase *Manual de Consultas Tributarias* N° 309: “Ley de Impuesto a la Renta Comentada, Tomo I”. Ed. Lexis Nexis, septiembre de 2003, pág. 25.

<sup>2</sup> La distinción entre “hecho no gravado” y “exención” no es puramente semántica, dado que las rentas “exentas”, pese a no estar afectas a la tributación, deben ser incluidas en la base imponible del Impuesto Global Complementario, para el solo efecto de aplicar la escala progresiva de dicho tributo, lo que, en definitiva, trae como consecuencia que si una persona percibe “ingresos exentos” y “rentas afectas” las primeras harán que las segundas sean gravadas con tasas más altas de la escala.

<sup>3</sup> El Diccionario de la R.A.E. define “indemnizar” como: “Resarcir de un daño o perjuicio”.

<sup>4</sup> Como en los casos de Transacción, Avenimiento y Conciliación.

<sup>5</sup> Diez Schwerter, José Luis. “El daño Extracontractual. Jurisprudencia y Doctrina”. Editorial Jurídica de Chile, 1998, pág. 248.

<sup>6</sup> Véase R.D.J., tomo LXX, sección 4ª, pág. 61.

---

<sup>7</sup> Aste Mejías, Cristián. “Impuesto a la Renta (I)”. Deloitte & Touche, 2003, pág. 103. Figueroa Velasco, Patricio. “Manual de Derecho Tributario”. Editorial Jurídica de Chile, 1989, pág. 74.

<sup>8</sup> Contreras U., Hugo y González S., Leonel. “Curso Práctico de Impuesto a la Renta”. Editorial Cepet, Chile, año 2000, pág. 35.

<sup>9</sup> Su origen, como institución en nuestro sistema procesal, lo encontramos en la modificación al Código de Procedimiento Civil introducida por la Ley N° 7.760 de 1942.

---

<sup>10</sup> Rodríguez Papic, Ignacio. “Procedimiento Civil. Juicio Ordinario de Mayor Cuantía”. Ed. Jurídica, año 2003, pág. 280.

---

<sup>11</sup> Fenómeno económico que consiste en la reducción del valor de un activo fijo o inmovilizado producto de su deterioro natural por el uso y/o por su prevista obsolescencia, dando origen a la necesidad de aplicar sobre el valor de los “bienes sujetos a depreciación” una “amortización”. Véase Martino Mendiluce, Fernando. “Diccionario de Conceptos Económicos y Financieros”, Ed. Andrés Bello, 2001, pág. 110.

<sup>12</sup> Contreras U., Hugo y González S., Leonel. *Op. cit.*, pág. 34.

<sup>13</sup> *Manual de Consultas Tributarias. Op. cit.*, pág. 297.

<sup>14</sup> Por ejemplo: El “automóvil” o la “casa habitación” de un trabajador asalariado, contribuyente de Segunda Categoría, artículo 42 N° 1 de la Ley de Impuesto a la Renta; o el “camión” de una empresa de “transporte terrestre de carga”, que cumple los requisitos establecidos en el artículo 34 bis de la misma ley para acogerse al sistema de “renta presunta” (equivalente al 10% del valor corriente en plaza de cada vehículo).

<sup>15</sup> Véanse las sentencias de la Excm. Corte Suprema pronunciadas en causas rol I.C. N° 2338-2001 y N° 3557-2003.

---

<sup>16</sup> En oficio N° 415 del año 1993, la Dirección Nacional del Servicio de Impuestos Internos dictaminó que la indemnización por expropiación que percibió la empresa XX constituye una reparación del “daño emergente” causado. Sin embargo, concluyó que tal ingreso no puede ser considerado como “no renta” al tenor del artículo 17 N° 1, atendido el hecho que la empresa expropiada es contribuyente de Primera Categoría que determina sus resultados en base a “renta efectiva”.

<sup>17</sup> Véase fallo de la Excm. Corte Suprema en causa rol 3037-2002.

<sup>18</sup> López López, José Isauro. “Diccionario Contable, Administrativo y Fiscal”. Ed. Ecafsa, año 2000, pág. 161.

---

<sup>19</sup> *Manual de Consultas Tributarias* N° 310: "Ley de Impuesto a la Renta Comentada, Tomo II". Ed. Lexis Nexis, septiembre de 2003, pág. 1153.

---

<sup>20</sup> En el mismo sentido se pronunció la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 24 de mayo de 1996, causa rol I.C. N° 1600-1994, véase en "Gaceta Jurídica" N° 191, pág. 201.

<sup>21</sup> Martino Mendiluce, Fernando. *Op. cit.*, pág. 212.

<sup>22</sup> Fajardo Castro, José. "Impuesto a la Renta. Teoría y Práctica". Ed. Sistemas Impositivos J.F.C., año 2003, pág. 35.

*Revista de Derecho*, N° 12

# EL PRINCIPIO “QUIEN CONTAMINA PAGA” A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN MEDIOAMBIENTAL CHILENA

Macarena Muñoz Valenzuela\*

**A**nálisis del principio “quien contamina paga” como fundamento de parte de la normativa ambiental y de diversas reglas para la gestión y utilización de recursos. Conceptualización del mismo como un principio esencialmente económico, planteado a través de mecanismos jurídicos. Especificación de su objetivo y de las etapas preventiva y reparatoria en las que se observa su funcionamiento. Análisis crítico de su aplicación en nuestro derecho.

## 1. INTRODUCCIÓN

El principio quien contamina paga, contaminador-pagador, o pay polluter principle, es uno de los más conocidos de entre los varios principios que inspiran el Derecho Medioambiental. Se refleja no solo en la legislación internacional, sino también en la legislación ambiental nacional de reciente data. No obstante su aparente difusión y comprensión general, es frecuente que se malentienda su significado, o que se restrinja su aplicación, razón por la cual en el presente trabajo presentaremos una explicación del mismo, y expondremos brevemente su consagración en la normativa ambiental de nuestro país.

El principio surge por vez primera como regulador ambiental, en Japón en 1970. Posteriormente, en 1972, la OCDE lo adopta como una base analítica de los instrumentos económicos para regular la contaminación<sup>1</sup>. Desde allí el principio se extiende a la legislación comunitaria europea, para finalmente ser acogido ampliamente en el Derecho Internacional, donde lo encontramos expresamente consagrado en la Declaración de Estocolmo, Principio 22: “Los Estados deben cooperar para continuar desarrollando el derecho internacional en lo que se refiere a la responsabilidad y a la indemnización a las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales que las actividades realizadas dentro de la jurisdicción o bajo el control de tales Estados causen en zonas situadas fuera de su jurisdicción”; en la Declaración de Río, Principio 13: “Los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales. Los Estados deberán cooperar asimismo de manera expedita y más decidida en la elaboración de nuevas leyes internacionales sobre responsabilidad e indemnización por los efectos adversos de los daños ambientales causados por las actividades realizadas dentro de su jurisdicción, o bajo su control, en zonas situadas fuera de su jurisdicción”; y en forma mucho más concreta, en el Protocolo de Kyoto, pues bajo las reglas de éste se crea el mecanismo de Joint Implementation (implementación conjunta), que permite a los países industrializados con altas emisiones de CO<sub>2</sub>, lograr la meta de una reducción del 5% de ellas, implementando en los países menos industrializados proyectos forestales que capturan carbono, o proyectos sobre la base de energías renovables que no emitan CO<sub>2</sub>,<sup>2</sup> pagando de esa forma para prever la contaminación en dichas áreas, en retribución por la contaminación que ya están generando en sus territorios, y que es más caro reducir.

No obstante la extensa aplicación del principio, pocos le otorgan su verdadero significado y alcance, a raíz, probablemente, de que se ha difundido mucho más su denominación que su contenido<sup>3</sup>.

El principio, en términos genéricos, puede entenderse de la siguiente forma: el agente generador de contaminación debe asumir su costo. Tras esta simple definición, sin embargo, podremos advertir que se esconde un concepto complejo.

Es muy común que se identifique al principio con la idea de que aquel que ocasiona la contaminación debe pagar un monto en dinero por ella. Como señala irónicamente el profesor Rafael Valenzuela, bajo tal interpretación, sería la versión medioambiental de la Ley del Talión, asociada por consiguiente a la responsabilidad por daño ambiental, a la

indemnización que ésta conlleva y a las normas que la resguardan. Tal interpretación, restrictiva del principio, surge de la unión de los dos verbos rectores del mismo: contaminar y pagar, los cuales, en una primera mirada, parecen hacer obvia la comprensión de su contenido.

A pesar de la aparente simpleza, este principio de acuerdo a sus orígenes y a la generalizada opinión de la doctrina del derecho medioambiental, nos dice algo distinto, o al menos más amplio de lo que la primera mirada puede hacer pensar: El costo de la contaminación debe asumirse por quien se beneficia de ella, ya sea tomando todas las medidas necesarias para impedirla o reducirla, ya sea minimizando o reparando en su totalidad sus efectos, una vez ocurrida. Entonces, para entender el principio y descubrir su verdadera dimensión en nuestra legislación, debemos analizarlo en la doble perspectiva que le es propia: la preventiva y la reparatoria, las cuales serán explicadas en los acápites siguientes.

## 2. PERSPECTIVA PREVENTIVA: ASUMIR LAS EXTERNALIDADES NEGATIVAS DE LAS ACTIVIDADES CONTAMINANTES

### 2.1. Antecedentes

El principio quien contamina paga, en su faz preventiva, es la consecuencia natural del avance de la industrialización y el deterioro de los componentes del medioambiente que se asocia a ella; pero en especial es la consecuencia del avance de la conciencia social acerca del derecho del ser humano a disfrutar de una cierta calidad de vida, y el avance de dicha idea en el derecho: el medio ambiente se ve fuertemente afectado por un cierto tipo de actividad humana, y ante dicha afectación, se produce una reacción jurídica que intenta preverla o moderarla.

Para entender lo anterior, debemos previamente hacernos cargo de la definición amplia que se otorga por regla general al término medio ambiente. Así lo podemos ver en nuestra legislación, que lo define en el artículo 2 letra II de la Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente<sup>4</sup>:

“Para todos los efectos legales, se entenderá medio ambiente el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales, y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”.

Otras definiciones, esta vez de la doctrina, tienden a la misma amplitud; de tal forma el profesor Rafael Valenzuela lo define como: “Sistema ecológico, o más precisamente, un acoplamiento organizado de subsistemas ecológicos, funcionalmente interdependientes, constituidos a su vez por factores dinámicos interrelacionados”<sup>5</sup>.

De un modo similar, aunque con un sentido más antropocéntrico, lo define el profesor Ramón Martín Mateo: “Es el objeto del Derecho Medio Ambiental, centrado fundamentalmente en los elementos que constituyen los vínculos básicos de transmisión soporte y factores esenciales para la existencia del hombre sobre la tierra.”<sup>6</sup>

Considerando al medio ambiente, como un conjunto de componentes que constituyen el soporte de la vida, podemos afirmar que aquello que lo constituye ha sido y es influenciado por la acción humana, acción que ha cambiado drásticamente en los últimos cien años. En efecto, el ser humano, como todo ser vivo que integra el medio natural, afecta su entorno con todas y cada una de sus acciones; no obstante, en ese afectar o influenciar, no necesariamente pone en riesgo su medio; tal riesgo surge de un cierto tipo de relación de explotación del mismo, que data de solo un siglo atrás, y que se liga históricamente a la Revolución Industrial y a la utilización intensiva de los bienes físicos que componen el entorno, que se inició con ella. Como señala Silvia Jaquenod: “Se parte de la idea de ambiente como un conjunto de elementos naturales objeto de ordenación jurídica. Así, el meollo de la problemática ambiental moderna está en la defensa de unos factores que inicialmente podrían haber sido calificados como “res nullius”, o susceptibles de utilización sin límite, pero posteriormente se transformaron en bienes comunes sobre los cuales una mayor intensidad de utilización, consecuencia de la civilización industrial y urbana, amenaza las condiciones indispensables para su

aprovechamiento (...) El medio ambiente como valor jurídico a proteger por las normas de carácter ambiental, se debe entender como un sistema complejo, compuesto por distintos elementos, fenómenos, procesos naturales y agentes socioeconómicos y culturales, que interactúan condicionando, en un momento y espacio determinado, la vida y el desarrollo de los organismos y el estado de los componentes inertes en una conjunción integradora, sistémica y dialéctica de relaciones de intercambio”<sup>7</sup>.

Ciertas conductas del ser humano producen un daño mayor a su entorno que otras, y así también ciertas culturas han sido históricamente más agresivas con el medio. Mientras que ciertas civilizaciones desarrollaron una actitud de respeto al medio, otras se centraron en su apropiación y transformación, resultando estas últimas dominadoras de las primeras. Baste recordar a este respecto la llegada de la cultura europea a América, y la transformación de la relación Hombre-Naturaleza que en ese momento se produce. La conducta humana determina los efectos ambientales en el entorno; la conservación de los recursos es la consecuencia del respeto al medio al que pertenecen, lo que se traduce en su aprovechamiento racional. El deterioro de los mismos es también la consecuencia de costumbres sociales nocivas, como puede ser el fuerte aumento del consumo, la industrialización progresiva y el crecimiento poblacional que manifiesta la cultura occidental en el último siglo.

“El conflicto ambiental surge de un nivel de explotación de los componentes del medio ambiente que va más allá de la capacidad de regeneración de los mismos, lo cual deviene en su prematuro agotamiento, degradación y daño ambiental, que en algunos casos resulta irreversible”<sup>8</sup>. La sociedad sufre este deterioro, a través de la disminución de su calidad de vida, no obstante que la responsabilidad por esta situación puede atribuirse a algunos agentes específicos que tanto degradan el medio ambiente como se benefician de tal degradación.

El Derecho no reacciona inmediatamente a esa forma de utilización de los bienes, lo cual puede atribuirse al hecho de que sus efectos no son percibidos de inmediato por la humanidad, o quizás por el hecho de que los bienes que se vieron fundamentalmente afectados por ella, corresponden a lo que en derecho se denomina “bienes comunes”, aquellos que no pertenecen a nadie y que según nuestro Código Civil son comunes a todos los hombres. Los mismos que los romanos llamaron “res nullius”. Son los bienes de propiedad común los que en definitiva no son cuidados por nadie, a su situación se la ha llamado “la tragedia de los bienes comunes”<sup>9</sup>, tragedia que para muchos surgiría del hecho de que estos no tienen asignado derecho de propiedad y en consecuencia carecen de precio, por lo tanto su uso y aprovechamiento no significa costo interno alguno para nadie, por lo que pueden ser utilizados sin restricción. “Estos bienes son libres desde el punto de vista de su utilización y gratuitos desde la perspectiva del costo de su uso o explotación, lo que significa que cualquiera puede usarlos o sacar de ellos el provecho que desee sin tener para ello y por ello que pedir permiso ni pagar a nadie”<sup>10</sup>.

Cuando este uso se efectúa de una manera tal que vulnera la capacidad de regeneración natural de los recursos, el costo es sufrido como deseconomía por toda la sociedad, que al ser afectada debe reaccionar a través de la implementación de políticas a cargo del Estado, pagando de esa forma el ahorro del agente contaminador. En definitiva la ganancia por la explotación de los bienes comunes es recibida por quienes los utilizan y contaminan, y el perjuicio de tal uso indiscriminado lo sufre toda la sociedad.

Sin intentar reducir este complejo problema a una mera ecuación de costos y beneficios, el principio “quien contamina paga”, pretende recoger esta realidad en su perspectiva económica, y a través de mecanismos de igual naturaleza desincentivar el uso inapropiado de estos bienes, logrando que el costo real por tal uso sea asumido por los que reciben la ganancia de la actividad ambientalmente riesgosa. En tal sentido el principio es jurídico en su planteamiento, pero económico en su operación, no es esencialmente punitivo sino restitutorio, intenta operar a través de las reglas del mercado, reduciendo el costo que la sociedad sufre en su totalidad, al forzar al contaminador a internalizar los costos asociados de su producción o consumo, y eliminar de esa forma el problema de los bienes comunes y su sobreconsumo.

La forma de lograr este objetivo, como ya se indicó, es a través de la “internalización de externalidades”. Según la teoría económica, una externalidad es toda situación en la que se obtiene una ganancia sin pagar la correspondiente retribución; esta externalidad es positiva en la medida que la ganancia no tiene asignada retribución, y negativa si el costo se desplaza a otro agente que no obtiene compensación por ello. En el caso del uso indiscriminado de recursos ambientales, hasta el punto que se produce una degradación

de los mismos y una consecuente afectación de la calidad de vida de la población que los disfruta y tiene derecho a ellos, nos encontramos ante una situación de “externalidad negativa”.

La lógica de la justicia nos dice que el costo de tal uso debe ser asumido por aquellos que aprovechan directamente y en forma intensiva los recursos dañados; es decir, que debe ser asumido como costo interno por los que contribuyen a producir la degradación de los recursos, o en otras palabras internalizado por ellos, sin convertirse en un costo social que debe asumir el Estado a través de ayudas, fondos o proyectos de descontaminación. Lo anterior, no solo atiende a la justicia social sino también a las reglas del juego limpio en economía, como señala Tomás Hutchinson: “La necesidad de que la política ambiental se funde sobre el soporte de los costes por parte de los responsables de la contaminación descende del hecho de que, si por el contrario los gastos derivados de la misma debieran ser afrontados por el Estado directamente o mediante ayudas a las empresas, inevitablemente se crearían tratamientos diferenciados que favorecerían a algunos países, regiones o productores individuales, rompiendo el juego de la competencia. Sin embargo, un sistema que impute de manera uniforme los costos derivados de la contaminación ambiental a las empresas directamente responsables del mismo evitaría esta consecuencia.

Cualquier actividad que provoca un daño ambiental crea una deseconomía externa, ya que impone a los terceros ajenos a la actividad lesiva algunos costos sociales de los que viene exonerado el sujeto agente del daño y que, en consecuencia, no los deberá contabilizar como propios al desarrollo de su actividad empresarial”<sup>11</sup>.

Podemos afirmar, ciertamente, que el principio “lo que persigue es ni más ni menos que los costos involucrados en la prevención y lucha contra la contaminación, sean asumidos y solventados por quienes la producen y no por la colectividad en su conjunto”<sup>12</sup>. En definitiva, lo que se logra con la correcta aplicación del principio es que, internalizado que sea el costo por el uso de los bienes comunes, sea más caro explotarlos y por lo tanto menos intensivo su uso, o bien, que dado el costo real de utilizarlos en la producción se busque hacer de ésta un proceso más eficiente con el uso de tecnologías amigables con el medio ambiente, todo lo cual redundaría en que los bienes que lo integran no sufran deterioros imposibles de revertir.

Como muchas empresas han surgido y han hecho rentable su negocio sobre la base de las externalidades negativas de la sociedad, la aplicación del principio debe ser necesariamente gradual, con el objeto de que en el proceso de internalización de los costos no se produzcan impactos sociales adversos.

La exigencia de atender a esta circunstancia la encontramos en los artículos 32 y 40 de la Ley 19.300<sup>13</sup>, los que refiriéndose a la elaboración de las normas de calidad y de emisión señalan que debe considerarse una etapa de análisis técnico y económico, asimismo, el artículo 45 letra g) de la misma ley, refiriéndose a los planes de descontaminación, indica la necesidad de determinar los costos económicos y sociales de su implementación. No obstante ello, se debe prever el no crear condiciones que puedan calificarse de distorsiones a la competencia, “(...) una aplicación demasiado rígida de las medidas que se adopten puede traer aparejadas desventajas competitivas no justificables ni convenientes a la luz del interés general. Así podría ocurrir, por ejemplo, si se impusiera el empleo de determinadas tecnologías que no deterioran el ambiente sin contemplar plazos diferenciados para su adopción según se trate de plantas productivas ya instaladas y en funcionamiento, o de plantas nuevas en proyecto de instalación. Es obvio que las nuevas plantas podrán incorporar estas tecnologías a sus procesos productivos sin tener que efectuar los cambios estructurales y operativos a que se verán enfrentadas las ya instaladas, con las consiguientes mayores necesidades de tiempo y costos más altos.

Asimismo, pueden producirse desventajas competitivas en el ámbito del comercio internacional cuando los sectores exportadores de un determinado país deban satisfacer exigencias de calidad ambiental significativamente superiores a las que pesan sobre los sectores exportadores de otros países, en la medida que, a diferencia de lo que acontecerá con estos últimos, sus costos de producción reflejen o se aproximen a reflejar costos reales y no se vean favorecidos, en la misma extensión, con los subsidios sociales indirectos a que da lugar la existencia de costos sociales no internalizados. Lo anterior mueve a sostener, como regla general, que toda forma de ayuda o subvención social que haga menos gravosa para los sectores productivos la absorción de las deseconomías sociales que provocan, falsea las condiciones de producción y de consumo y se presta a distorsiones de la competencia que pueden gravitar negativamente sobre las

transacciones comerciales y la localización de las inversiones. A ello obedece que estas ayudas, salvo excepciones calificadas, tiendan a ser puestas en interdicción y que se hayan desarrollado y aplicado principios como el de “quien contamina, paga”<sup>14</sup>.

## 2.2. Aplicación en el Derecho Chileno

El principio debe ser impuesto por cada Estado a través de los medios que resulten pertinentes y eficaces de acuerdo a su cultura concreta y su tradición jurídica. No obstante, existen formas probadas de aplicarlo, muchas de las cuales han sido recogidas por nuestra legislación, en especial tras la dictación de la Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente. Para efectos de hacer un breve análisis de ellas, las clasificaremos en: mecanismos propiamente jurídicos y mecanismos no estrictamente jurídicos (imposición de cuotas de producción o explotación, planes de manejo, acuerdos de producción limpia, etc.).

### 2.2.1. Implementación a través de mecanismos propiamente jurídicos

Tras la entrada en vigencia de la Ley 19.300, el principio “quien contamina paga” ha sido fuertemente promovido a través de los instrumentos de gestión que la propia ley contempla, a saber:

- Normas de Calidad
- Planes de Prevención
- Planes de Descontaminación
- Normas de Emisión

#### i) Normas de Calidad

Las Normas de Calidad se clasifican de acuerdo a nuestra ley en primarias y secundarias, y están definidas en las letras m y ñ del artículo 2º de la Ley 19.300<sup>15</sup>:

*Norma Primaria de Calidad Ambiental:* aquélla que establece los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de elementos, compuestos, sustancias, derivados químicos o biológicos, energías, radiaciones, vibraciones, ruidos o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la vida o la salud de la población.

*Norma Secundaria de Calidad Ambiental:* aquélla que establece los valores de las concentraciones y períodos, máximos o mínimos permisibles de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, cuya presencia o carencia en el ambiente pueda constituir un riesgo para la protección o la conservación del medio ambiente, o la preservación de la naturaleza.

Al establecer valores máximos o mínimos permisibles de ciertos elementos o sustancias, como también los valores críticos que determinen las situaciones de emergencia ambiental, se obliga a los agentes que en su labor productiva deterioran los componentes ambientales, a limitar su actividad contaminante, a no superar ciertos máximos, lo cual necesariamente conlleva un ajuste en los costos de producción y en la forma de utilización de los recursos, todo ello en vista al fin propio de la norma que es mantener a salvo de riesgos a la población y evitar daño al medio ambiente y a la naturaleza.

A la fecha, se han dictado las siguientes normas de calidad:

1. D.S. Nº 59/98 Ministerio Secretaría General de la Presidencia - Norma de Calidad Primaria para MP10.
2. D.S. Nº 115/02 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia - Norma de Calidad Primaria de Aire para Monóxido de Carbono (CO).
3. D.S. Nº 136/00 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia - Norma de Calidad Primaria para Plomo en el Aire.
4. D.S. Nº 114/02 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República -



- Norma de Calidad Primaria de Aire para Dióxido de Nitrógeno (NO<sub>2</sub>).
5. D.S. Nº 112/02 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República - Norma de Calidad Primaria de Aire para Ozono (O<sub>3</sub>).
  6. D.S. Nº 113/02 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República - Norma de Calidad Primaria de Aire para Dióxido de Azufre (SO<sub>2</sub>).

ii) Planes de Prevención y de Descontaminación

Directamente vinculados con las normas anteriores, encontramos los Planes de Prevención de la Contaminación, y los Planes de Descontaminación. Los primeros deben ser declarados una vez que alguna zona geográfica determinada es declarada por la autoridad como latente, la que, de acuerdo al artículo 2º letra t de la Ley 19.300, es “aquella en que la medición de la concentración de contaminantes en el aire, agua o suelo se sitúa entre el 80% y el 100% del valor de la respectiva norma de calidad ambiental”. Los segundos, deben ser implementados una vez que alguna zona es declarada saturada, la que de acuerdo al artículo 2º letra u de la misma ley, es “aquella en que una o más normas de calidad ambiental se encuentran sobrepasadas”. En ambos casos, superados ciertos niveles de contaminación o deterioro de los componentes ambientales, todos aquellos que desarrollan en la zona de que se trate actividades productivas con alguna incidencia en el medio ambiente, se ven compelidos a llevar a cabo acciones concretas de diversa índole, que van desde el cierre de sus instalaciones a la disminución de su producción, pasando por la transformación de sus formas de producción para pasar a tecnologías menos contaminantes, y otras medidas, las cuales en su conjunto implican asumir el costo del uso de los bienes comunes que, deteriorados, pasan a ser un objeto de protección jurídica.

A la fecha se están llevando a cabo los siguientes planes de prevención y descontaminación:

1. D.S. Nº 206/01 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia - Establece Plan de Descontaminación para la zona circundante a la Fundición Chuquicamata.
2. D.S. Nº 252/92 del Ministerio de Minería - Plan de Descontaminación del complejo industrial Las Ventanas.
3. Abril 12 de 2000 - Decreto Nº 20: Plan de prevención y descontaminación atmosférica de la Región Metropolitana.
4. D.S. Nº 179/99 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia - Establece Plan de Descontaminación para la zona circundante a la Fundición de Potrerillos.
5. D.S. Nº 180/94 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia - Aprueba Plan de Descontaminación de la Fundición Hernán Videla Lira.
6. D.S. Nº 1.162/93 del Ministerio de Salud - Declara Zona Saturada por el contaminante material particulado respirable el área de María Elena y Pedro de Valdivia.
7. D.S. Nº 164/99 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia - Plan de Descontaminación para la localidad de María Elena y Pedro de Valdivia.
8. D.S. Nº 81/98 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia - Establece Plan de Descontaminación para el área circundante a la Fundición de Caletones.

Todos estos planes están ligados a actividades industriales con un fuerte impacto en el entorno, y fuerzan a los titulares de dichas actividades a asumir el costo de una producción más limpia, como reacción al daño ya producido. En tal sentido esta vía jurídica aparece como de reacción más que de prevención, pero en la medida que se advierte la existencia de estas normas, la respuesta natural de los agentes del mercado es evitar alcanzar los niveles de contaminación que exponen a estos planes, y actuar proactivamente en la asunción de los costos asociados al uso de bienes de importancia ambiental. No obstante lo anterior, los Planes de Prevención y de Descontaminación necesariamente redundan en la implementación de medidas de combate inmediato ante el deterioro existente, muchas de las cuales serán costeadas por el Estado o las propias comunidades afectadas. Esto constituye una irregularidad en la aplicación del principio que solo puede entenderse en la medida de su excepcionalidad y del intento de prevenir males sociales mayores.

### iii) Normas de Emisión

Las normas de emisión, definidas en el artículo 2º letra o) de la Ley 19.300 son las que establecen la cantidad máxima permitida para un contaminante, medida en el efluente de la fuente emisora. Estas normas inhiben directamente al ente contaminador de verter o emitir desde sus instalaciones las sustancias indicadas en la norma, obligándolo a declarar dichas sustancias, para posteriormente limitar su emisión o vertimiento, con lo cual se le induce a efectuar cambios en sus tecnologías de producción. Esto usualmente se lleva a cabo de manera gradual, otorgando plazos de gracia en consideración a la dificultad que dicha implementación significa. La empresa, o entidad emisora, deberá en dicho plazo evaluar la factibilidad de mantenerse en el mercado; de no poder hacerlo, se producirá una situación de costo social aparente por la implementación del principio, situación que en definitiva constituye un beneficio al cumplirse el fin propio de la norma, que es reducir el nivel de contaminación en ciertos recursos y permitir que sean explotados sólo por entidades que utilicen los medios adecuados para no vulnerarlos.

A la fecha, se han dictado en nuestro país las normas de emisión que a continuación se enumeran, algunas con aplicación en todo el territorio, otras con aplicación en zonas específicas del país:

1. D.S. Nº 90/2000 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia - Norma de Emisión para la regulación de contaminantes asociados a las descargas de residuos líquidos a aguas marinas y continentales superficiales.
2. D.S. Nº 609/98 del Ministerio de Obras Públicas - Norma de Emisión para la Regulación de Contaminantes asociados a las Descargas de Residuos Industriales Líquidos a Sistemas de Alcantarillado.
3. D.S. Nº 103/00 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y Comisión Nacional del Medio Ambiente Emisión de hidrocarburos no metánicos para vehículos livianos y medianos.
4. D.S. Nº 130/02 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, Subsecretaría de Transportes - Normas de Emisión de Co, HCT, HCNM, CH4, Nox y material particulado para motores de buses de locomoción colectiva de la ciudad de Santiago.
5. D.S. Nº 686/98 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción - Norma de emisión para la regulación de la contaminación lumínica.
6. D.S. Nº 104/00 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones Subsecretaría de Transportes - Norma de Emisión para Motocicletas.
7. D.S. Nº 146/97 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia - Norma de emisión de ruidos molestos generados por fuentes fijas.
8. D.S. Nº 165/99 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia - Norma de Emisión para la regulación del contaminante arsénico emitido al aire.
9. D.S. Nº 167/99 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia - Norma de Emisión para olores molestos.
10. D.S. Nº 129/02 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones - Norma de Emisión de Ruido para Buses de Locomoción Colectiva Urbana y Rural.
11. D.S. Nº 46/02 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia - Norma de Emisión de Residuos Líquidos a Aguas Subterráneas.
12. D.S. Nº 4 de 1994, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones - Normas de Emisión de contaminantes aplicables a los vehículos motorizados.

### iv) Otra Normativa

Previo a la dictación de la normativa reseñada, en nuestro país ya existían normas de relevancia ambiental que recogían el espíritu de este principio, propendiendo a que el uso de ciertos recursos se limitara o reglamentara, obligando a aquellos que los utilizaban a hacer un aprovechamiento racional de los mismos. Parte de dicha normativa aún se encuentra vigente, y la enumeramos a continuación a manera de ejemplo:

1. Ley 18.248 de 1983. Código de Minería.
2. Ley 19.473 de 1996. Ley de Caza.
3. D.L. 2.222 de 1978. Ley de Navegación.

4. D.L. 3.557 de 1980. Establece disposiciones sobre Protección Agrícola.
5. D.L. 1 de 1992. Reglamento para el Control de la Contaminación Acuática.
6. D.F.L. 1.122 de 1981. Código de Aguas.
7. D.S. 4.363 de 1931. Ley de Bosques.
8. D.S. 430 de 1992. Ley General de Pesca y Acuicultura cuyo texto refundido se encuentra en la Ley 18.892 y sus modificaciones.

### *2.2.2. Implementación a través de mecanismos no estrictamente jurídicos*

La idea de eliminar las externalidades negativas asociadas a la problemática ambiental, se concreta no solo mediante los mecanismos indicados en el número anterior consistentes en el establecimiento de límites de contaminación, sanciones y medidas impuestas ante la violación de dichos máximos, etc.; sino también a través de otros medios alternativos, usualmente contenidos en cuerpos legales de relevancia ambiental, los que a veces resultan más eficientes que los anteriores en cuanto logran eliminar la distorsión entre los costos que la empresa asume y los costos reales de la actividad con riesgo ambiental, algunos de ellos, como los impuestos o tasas, tienen además un fuerte acento en la redistribución a la sociedad de los gastos en que incurre o ha incurrido para combatir la contaminación de que no es responsable.

#### i) Cuotas de Extracción

Uno de los mecanismos más efectivos a este respecto, es el establecimiento de cuotas de extracción o explotación de recursos, lo que limita al empresario en su actividad, permitiendo la supervivencia del recurso amenazado. La forma económica más eficiente de implementación, es la de cuotas individuales de explotación “este método que indica a cada empresario cuánto puede extraer del recurso, termina con la tragedia de los comunes, ya que cada empresario pasa a ser dueño exclusivo de un porcentaje de la cuota (...) la eficiencia económica de este mecanismo se ve reforzada en caso de que las cuotas sean transferibles, así se asegurará que sean los productores más eficientes –con menores costos– los que exploten el recurso”<sup>16</sup>. El más claro ejemplo de este mecanismo lo encontramos en la Ley de Pesca.

#### ii) Planes de Manejo

Otra forma de manifestación del principio es la exigencia de presentar planes de manejo para la explotación de ciertos recursos ambientalmente valiosos, o para la utilización de sustancias que presentan riesgo al medio ambiente. La exigencia del plan de manejo obliga al empresario a presentar a la autoridad fiscalizadora respectiva, una propuesta para la explotación del recurso que considere las variables necesarias para su adecuada regeneración, o para el uso de las sustancias peligrosas sin riesgo al medio ambiente; esto lo obliga incluir en el costo de su actividad, las condiciones necesarias para efectuar un aprovechamiento racional del recurso que permita su conservación, o el costo para manipular adecuadamente la sustancia peligrosa sin exponer bienes de importancia ambiental o eventualmente la salud de la población. Los ejemplos más claros de este mecanismo se encuentran en la Ley de Bosques, en la Ley de Fomento Forestal (D.L. Nº 701 de 1974), en Ley de Pesca y en el Reglamento de Manejo de Residuos Peligrosos.

#### iii) Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

Podemos agregar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, que contempla la Ley 19.300 como instrumento de gestión ambiental, como otra forma de implementación del principio “quien contamina paga”. Este instrumento permite aplicar dicho principio al caso concreto, ya que obliga a los proponentes de los proyectos o actividades indicados en el artículo 10<sup>17</sup> de dicho cuerpo legal; es decir, aquellos que eventualmente puedan afectar al medio ambiente, a someterse a un análisis previo de la autoridad ambiental, que calificará si su proyecto es viable ambientalmente, y determinará, a través de una

resolución de calificación ambiental, ciertas exigencias particulares al proyecto que mitiguen sus perjuicios ambientales y potencien los beneficios, obligando al proponente a asumir, en forma previa a su ejecución, los costos ambientales que dicho proyecto genera en la comunidad, alcanzando de esa forma el objetivo del principio.

#### iv) Acuerdos de Producción limpia

Finalmente, debemos agregar un mecanismo que, no obstante no se contempla en la legislación, cumple cabalmente con los objetivos que plantea el principio de “quien contamina paga”, son los Acuerdos de Producción limpia, forma más reciente en nuestro país de implementar el mismo principio. Consisten en instrumentos de política ambiental que sobre la base de un convenio celebrado entre la industria y la administración pública competente, o sobre la base de una declaración unilateral de la industria, que persigue lograr objetivos ambientales concretos. Estos objetivos pueden ser: reducción de emisiones, calidad ambiental, reducción o eliminación de sustancias o materiales, etc.<sup>18</sup> Evidentemente en este compromiso, la industria asume los costos necesarios para, en un proceso paulatino, acercarse a una forma de producción más respetuosa del medio ambiente.

### 3. LA FAZ REPARATORIA DEL PRINCIPIO: LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO AMBIENTAL

#### 3.1. Antecedentes

La exigencia del principio “quien contamina paga” implica que el daño ambiental una vez producido sea reparado. De acuerdo a ello, los deterioros al medio ambiente, que no pueden ser acogidos bajo ninguna otra forma de tutela, deben ser incluidos en el ámbito general de la responsabilidad civil extracontractual<sup>19</sup>. En efecto, cuando nos encontramos ante la situación concreta de daño ambiental, no podemos sino aplicar las reglas civiles de la responsabilidad, ya que la existencia de daño en términos genéricos es suficiente, de acuerdo a nuestro Código Civil, para que surja el derecho a ser indemnizado por él.

Sin embargo, el sistema civil de responsabilidad no es suficiente, ni adecuado para lograr la reparación completa del daño ambiental, por las especiales características de este daño y por el interés social que existe en su reparación. El bien jurídico Medio Ambiente no puede asimilarse a la generalidad de las cosas, pues satisface necesidades humanas no meramente individuales, sino sociales; los bienes que componen el Medio Ambiente son comunes a todos, y hasta hace un tiempo se consideraban abundantes, por lo mismo no era necesaria para ellos protección jurídica alguna; sin embargo, ya que muchos de ellos se encuentran expuestos a daño o en un claro proceso de destrucción, incluso en muchos casos en peligro de agotamiento inminente, es necesario disponer de normas especiales para su protección, que consideren las características propias del daño al medio ambiente: que es continuo, normalmente pasa desapercibido, y en muchos casos es irremediable. Como señala el profesor Raúl Brañes refiriéndose a las bases constitucionales de las normas sobre reparación medio ambiental en Latinoamérica: “Estas bases constitucionales no resuelven todos los problemas que plantean las especificidades del daño ambiental en lo que concierne a su reparación, ni podrían hacerlo: ello debe ser materia de una legislación especial sobre reparación del daño ambiental. Sin embargo, ellas tienen el mérito de propiciar que se desplace el tema de la reparación del daño ambiental de la esfera del derecho civil a la esfera del derecho ambiental, que es la que le corresponde”<sup>20</sup>.

Según señala Tomás Hutchinson, “el daño al ambiente concierne, más que a una persona concreta, a toda la sociedad; a veces es difícil de cuantificar, y no se puede excluir que rehabilitar el ambiente a su estado anterior al daño puede suponer costos fuera de toda proporción con el resultado deseado”<sup>21</sup>. En efecto, el derecho privado es insuficiente para responder a la misión de reparar este especial tipo de daño, es en cambio el derecho público el llamado a hacerse cargo de las reglas sobre la reparación de daño ambiental, “debe reconocerse que la responsabilidad resarcitoria es, hoy por hoy, un instrumento jurídico cuya primera finalidad no es precisamente la protección del ambiente;

a lo que se encamina la protección de la responsabilidad de modo primero es a la propiedad y a la salud de las personas. De ello se deriva, indirectamente, una protección al ambiente que ha sido dañado. Pero aunque no se dé tal daño, el ordenamiento jurídico dispone de otros medios para reaccionar, a través de los derechos administrativo y penal. O sea que, en Derecho Administrativo, existen medios de protección más directos del ambiente que los que proporciona el instituto de la responsabilidad”<sup>22</sup>.

Las normas civiles relativas a la responsabilidad extracontractual son perfectamente aplicables al daño ambiental; sin embargo, como señala Ramón Martín Mateo, “para la exigencia de responsabilidades, los postulados estrictamente individualistas en que se basan los hacen rigurosamente inadecuados para afrontar la resolución de conflictos que son intrínsecamente de naturaleza colectiva, y en los que en el mejor de los casos resultará difícil, pero en la mayoría de ellos imposible, determinar quiénes y en qué medida han causado los daños y hasta qué punto estos trascienden en términos patrimoniales evaluables, a las economías individuales”<sup>23</sup>.

### 3.2. El caso chileno

Si atendemos al concepto amplio de Medio Ambiente que recoge la Ley 19.300 (Artículo 2 letra II)<sup>24</sup>, veremos que ante el evento de daño no solo se está afectando un bien de carácter patrimonial, sino también otros bienes intangibles de carácter cultural, como asimismo se está exponiendo el equilibrio de los elementos que constituyen el soporte de la vida en sus diversas manifestaciones, “si el daño es, por una parte, ambiental, por la otra es también patrimonial. Ya sea patrimonial y concreto, ya patrimonial y difuso. Es en este aspecto en el que entra a jugar la responsabilidad civil en el sentido vulgar de la expresión, no ya como un fenómeno secundario, sino principal, que podrá ser marginal en relación con el alcance jurídico que lo provocó, pero que ontológicamente está referido al Ordenamiento Jurídico Ordinario, en la rama civil. Vale decir, que el daño ambiental es categorizado por dos sistemas jurídicos distintos: por el sistema jurídico ordinario y en la rama del Derecho Civil y por el sistema jurídico del Derecho Ambiental. En el primer caso sus efectos no se diferencian jurídicamente de cualquier otro tipo de daño patrimonial a la propiedad pública o privada y ello se sustancia en la esfera del Derecho Privado. En el segundo, sus efectos se sustancian en la esfera del Derecho Público, pueden tener secundariamente consecuencias patrimoniales civiles, pero fundamentalmente tienen una connotación penal y afectan intereses generales vitales”<sup>25</sup>.

En el caso chileno, la idea de que el daño ambiental es complejo y no puede repararse exclusivamente por la vía civil, se recoge al estructurar la acción por daño ambiental. En efecto, en el artículo 53 de la mencionada ley<sup>26</sup> se señala “Producido daño ambiental, se concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, lo que no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado”, luego en su artículo 54<sup>27</sup>, al indicarse quienes son los legitimados activos de la acción, se estructura una suerte de acción popular, que se concede no solo al afectado, sino también a la Municipalidad donde ocurrió el hecho e incluso al Consejo de Defensa del Estado. “Son titulares de la acción ambiental señalada en el artículo anterior, y con el solo objeto de obtener la reparación del medio ambiente dañado, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que hayan sufrido el daño o perjuicio, las municipalidades, por los hechos acaecidos en sus respectivas comunas, y el Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado. Deducida demanda por alguno de los titulares señalados, no podrán interponerla los restantes, lo que no obsta a su derecho a intervenir como terceros. Para los efectos del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, se presume que las municipalidades y el Estado tienen interés actual en los resultados del juicio.”

Podemos afirmar que uno de los grandes avances de nuestra normativa ambiental, se encuentra en este punto, ya que el Legislador recoge una idea afianzada en la doctrina del Derecho Ambiental, cual es la de separar la acción indemnizatoria correspondiente al daño patrimonial, de la acción que tiene por objeto exclusivo reparar el daño en su perspectiva ambiental. No obstante, falla nuestro legislador a la hora de especificar los medios para hacer operar esta acción exclusivamente ambiental, pues no existe claridad en la Ley 19.300 acerca de cómo se va a alcanzar el objetivo de la acción, y hasta ahora la jurisprudencia a ese respecto es escasa.

No obstante la visión progresista ya indicada, no llegó el legislador a estructurar un

sistema de responsabilidad de carácter objetivo. En cambio la Ley 19.300 se mantiene fiel a la tradición civilista y plantea un sistema de responsabilidad subjetiva en su artículo 51<sup>28</sup>: “Todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental, responderá del mismo en conformidad a la presente ley. No obstante, las normas sobre responsabilidad por daño al medio ambiente contenidas en leyes especiales prevalecerán sobre las de la presente ley. Sin perjuicio de lo anterior, en lo no previsto por esta ley o por leyes especiales, se aplicarán las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil”. No queda claro, en todo caso, si esta acción para la reparación ambiental se estructura sobre la base de las normas de orden público, o si en cambio es disponible, como lo es la acción civil. Creemos que adscribiéndose las normas ambientales a la rama del Derecho Público, la acción ambiental debería seguir tal suerte, no obstante la referencia a las disposiciones del Código Civil como supletorias a las disposiciones ambientales sobre la materia. Por lo mismo, la acción ambiental siempre debería estar orientada a cumplir el fin que le es propio: obtener la reparación del medio ambiente dañado, siendo entonces incompatible con los arreglos exclusivamente monetarios

No obstante el carácter subjetivo de la responsabilidad, el Legislador intenta moderar las falencias propias del sistema subjetivo, incluyendo una presunción que se ha estimado como simplemente legal, en el artículo 52<sup>29</sup>. “Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existe infracción a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias. Con todo, sólo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditare relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido.”

Del conjunto de normas reseñado, podemos indicar que la responsabilidad por daño ambiental en nuestro país procede cumpliéndose los cuatro requisitos clásicos de Capacidad, Culpa, Daño y Relación de Causalidad.

En cuanto al daño, la propia ley lo define en su artículo 2 letra e)<sup>30</sup>, como “toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”. Al poner el requisito de significativo, establece un límite a la acción, pues debe distinguirse entre la mera molestia y el evento indemnizable, cuestión que habrá de quedar plenamente zanjada solo a través del pronunciamiento de los tribunales.

Podemos indicar finalmente que el principio “quien contamina paga” exige no solo que se prevea el daño ambiental internalizando los costos por el uso de los bienes de relevancia ambiental, sino que también hace necesaria la existencia de un sistema de responsabilidad que permita reparar la totalidad del daño infringido al medio ambiente, sistema que no puede estructurarse sobre la base de la mera responsabilidad civil, sino que hace necesaria la existencia de normas de orden público detalladas respecto de la materia.

En términos ideales, el sistema de responsabilidad ambiental debería tender hacia uno de carácter objetivo, de manera de lograr la pronta reparación del bien que sufrió detrimento sin necesidad de probar la culpa o el dolo, y por el solo hecho de que, en la ejecución de una actividad peligrosa, se ocasionó el daño. Este sistema solo lo encontramos en alguna legislación especial, como el Código Aeronáutico, la Ley sobre Seguridad Nuclear, el Reglamento sobre Orden y Seguridad en las Naves, y otras. Tal sistema de responsabilidad asegura que los entes involucrados en actividades que puedan entrañar un peligro ambiental se ocupen de internalizar los mencionados costos ambientales para evitar el evento dañoso, alcanzándose plenamente el fin del principio “quien contamina paga”.

#### 4. CONCLUSIONES

1. El principio “quien contamina paga” es un principio de carácter económico que pretende que los costos por el uso de los recursos ambientales, en especial relativos al uso de los denominados “bienes comunes” sean internalizados por los que obtienen la ganancia económica de su extracción, mas no por la sociedad.
2. El principio se manifiesta en dos etapas: la preventiva como un instrumento

económico planteado a través de normas jurídicas, y la reparatoria, a través de la acción por daño ambiental.

3. En su carácter preventivo, el principio estimula a los agentes económicos, en especial a las industrias, a valorizar el uso de los recursos ambientales y de tal manera llevar a cabo su actividad en base a costos reales, lo que debería redundar en una menor presión de uso sobre aquellos más vulnerables, ya sea por la menor explotación, o bien porque se utilicen tecnologías apropiadas para no deteriorarlos. En manera alguna el principio puede entenderse como una licencia para pagar un precio por contaminar.
4. El principio se recoge en normativas previas a la Ley 19.300, no obstante desde su publicación es fuertemente acogido por la legislación de carácter ambiental dictada bajo su alero, en especial por ciertos instrumentos de gestión instaurados por dicha ley.
5. No solo se manifiesta en normas jurídicas, sino también en medidas y políticas que tienden a cumplir en términos prácticos el fin de la internalización de costos por el uso de bienes ambientales, las que en algunas ocasiones logran dicho objetivo con mayor eficacia.
6. En su etapa reparatoria, el principio implica la exigencia de que el daño ambiental sea reparado en su totalidad y no solo en su dimensión patrimonial. Por ello, bajo su amparo, es necesario estructurar acciones de responsabilidad por daño específicamente ambiental, no siendo suficiente a este respecto el régimen civil de responsabilidad extracontractual. Esta acción ambiental debe adscribirse al Derecho Público y centrarse en los mecanismos concretos de reparación. Asimismo, el sistema de responsabilidad debe tender a la objetivación.
7. En nuestra legislación la primera idea es plenamente acogida, en cuanto se estructura un régimen de responsabilidad que supera las limitaciones de la responsabilidad civil, con una acción especial para la reparación ambiental, la cual tiene características de acción popular, reconociéndose con ello que el daño ambiental tiene un importante carácter social, y no solo individual.
8. Esta acción especial afirma la autonomía del Derecho Ambiental, y coopera en el objetivo de combatir directamente la depredación ambiental. No obstante, falta una mayor precisión acerca de la forma efectiva de llevar a cabo la pretendida reparación.
9. En cambio en lo referente a la responsabilidad objetiva, queda un camino por recorrer en nuestro Derecho, ya que con el sistema subjetivo persistente en el ordenamiento la víctima por el daño ambiental debe probar dicho daño, cuestión que es especialmente gravosa y difícil, debido a la necesidad de una prueba técnica que normalmente la víctima del daño no puede solventar.
10. En tal sentido la doctrina en forma generalizada sostiene que el sistema de responsabilidad por daño ambiental debe ser objetivo y acercarse a la teoría del riesgo, según la cual quien crea una situación de inseguridad debe hacerse cargo de sus consecuencias si el evento peligroso llega a realizarse, no por la existencia de culpa o dolo sino por el solo hecho de que ocurrió, ya que es la actividad que involucra peligro, la que ocasiona el daño, mas no la culpa o el dolo.

#### BIBLIOGRAFÍA EN ORDEN ALFABÉTICO

1. BAUTELMANN, ANDREA; SÁEZ, RAÚL. "Comercio Internacional, Medio Ambiente y Explotación de Recursos Naturales", *Serie Investigaciones de CIEPLAN*, Santiago de Chile, 1993.
2. BRAÑES, RAÚL. *Derecho Ambiental Mexicano*, Colección Medio Ambiente, N° 1, México, D.F. 1987.
3. FUENTES OLIVARES, FLAVIO. *Manual de Derecho Ambiental*, Editorial Libromar, Valparaíso, Chile, primera edición 1999.
4. CARMONA LARA, MARÍA DEL CARMEN. "Notas para el análisis del principio "quien contamina paga" a la luz del Derecho Mexicano", en *Responsabilidad Jurídica en el Daño Ambiental*, VVAA [on line], Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México D.F., 1998.
5. COMITÉ PÚBLICO-PRIVADO DE PRODUCCIÓN LIMPIA. "Acuerdos de Producción Limpia, Conceptos y Alcances, Documento Marco". Publicaciones CONAMA, 1998.
6. LARRAÍN, SARA. "Mecanismos de mercado y contaminación: Lo que sirve y lo que perjudica", en *Chile*

- Sustentable*, 03 de Mayo 2003, <http://www.chilesustentable.net>.
7. LEY Nº 19.300, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 9 de marzo 1994.
  8. GOROSITO, RICARDO. "Responsabilidad derivada del daño ambiental en la Legislación Ambiental uruguaya", *El Diario Digital*, Montevideo, Uruguay, 2001.
  9. HUTCHINSON, TOMÁS. "Breve análisis de la responsabilidad ambiental desde el punto de vista del Derecho Público", en *Estudios a la memoria de Héctor Frugone Schiavino*. Edit. Univ Católica, Montevideo, 2000.
  10. MORENO, EULALIA. *La protección jurídica del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, J.M. Bosch Ed., Barcelona, 1991.
  11. VALENZUELA, RAFAEL. "Quien contamina, Paga", *Revista de la CEPAL* Nº 45, Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, 1991.

---

\* MACARENA MUÑOZ VALENZUELA. Abogado, Licenciada en Cs. Jurídicas Universidad Católica de Valparaíso, Profesora de Legislación Medioambiental de la Facultad de Ciencias Universidad de Valparaíso.

---

<sup>1</sup> Carmona, María del Carmen (1998). "Notas para el análisis del principio «quien contamina paga» a la luz del Derecho Mexicano", en *Responsabilidad Jurídica en el Daño Ambiental*, VVAA [on line], Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=141> (Diciembre 2004).

<sup>2</sup> Larraín, Sara (2003). "Mecanismos de mercado y contaminación: Lo que sirve y lo que perjudica", en *Chile Sustentable*, 03 de Mayo 2003, <http://www.chilesustentable.net>.

<sup>3</sup> Brañes, Raúl (1987). *Derecho Ambiental Mexicano*, Colección Medio Ambiente, Nº 1, México, D.F.

---

<sup>4</sup> Ley Nº 19.300, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 9 de marzo 1994.

<sup>5</sup> Valenzuela, Rafael, citado por Flavio Fuentes (1999). *Manual de Derecho Ambiental*, Edit. Libromar, Valparaíso, Chile, pág. 53.

<sup>6</sup> Martín, Mateo Ramón, citado por Flavio Fuentes (1999). *Manual de Derecho Ambiental*, Edit. Libromar, Valparaíso, Chile, pág. 53.

<sup>7</sup> Jaquenod, Silvia (1999). *Iniciación al Derecho Ambiental*, Dykinson, Madrid, pág. 23.

---

<sup>8</sup> *Ibidem*, Jaquenod, Silvia, pág. 25.

<sup>9</sup> Bautelmann, Andrea; Sáez, Raúl (1993). "Comercio Internacional, Medio Ambiente y Explotación de Recursos Naturales", *Serie Investigaciones de CIEPLAN*, Santiago de Chile, pág. 6.

<sup>10</sup> Valenzuela, Rafael (1991). *Revista de la CEPAL* Nº 45, Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, pág. 1.

<sup>11</sup> Hutchinson, Tomás (2000). "Breve análisis de la responsabilidad ambiental desde el punto de vista del Derecho Público", en *Estudios a la memoria de Héctor Frugone Schiavino*. Edit. Univ Católica, Montevideo, págs. 297-298.

<sup>12</sup> Valenzuela, Rafael (1991). *Revista de la CEPAL* Nº 45, Naciones Unidas, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, pág. 5.

<sup>13</sup> *Ibidem*, Ley 19.300.

<sup>14</sup> *Ibidem*, Rafael Valenzuela, pág. 4.

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, Ley 19.300.

---

<sup>16</sup> *Ibidem*, Bautelmann, Andrea; Sáez, Raúl, pág. 9.

---

<sup>17</sup> *Ibidem*, Ley 19.300.

<sup>18</sup> Comité Público-Privado de Producción Limpia (1998). "Documento Marco. Acuerdos de Producción Limpia, Conceptos y Alcances", Publicaciones CONAMA [on line] <http://www.conama.cl>.

<sup>19</sup> Moreno, Eulalia (1991). *La protección jurídica del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro*, Barcelona, J.M. Bosch Ed., pág. 324.

---

<sup>20</sup> Brañes, Raúl. "Informe sobre el desarrollo del derecho ambiental latinoamericano y su aplicación después de diez años de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo". Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. México, D.F., agosto de 2001, pág. 100.

<sup>21</sup> *Ibidem*, Hutchinson, Tomás, págs. 290-291.

<sup>22</sup> *Ibidem*, Hutchinson, Tomás, pág. 295.

<sup>23</sup> Martín, Mateo Ramón (1991). *Tratado de Derecho Ambiental*. Ed. Trivium. Madrid, pág. 350.

<sup>24</sup> *Ibidem*, Ley 19.300.

<sup>25</sup> Gorosito, Ricardo, citando a Mateo Magariños de Melo en "Responsabilidad derivada del daño ambiental en la Legislación Ambiental uruguaya", *El Diario Digital*, Uruguay, 2001 [fecha de consulta: 3 de diciembre de 2004], publicación semanal [on line], acceso restringido en <http://www.elderechodigital.com.uy/>, disponible en <http://www.ninhourcade.com.uy/NH/doc/doctrinaamb2.htm>.

<sup>26</sup> *Ibidem*, Ley 19.300.

<sup>27</sup> *Ibidem*, Ley 19.300.

<sup>28</sup> *Ibidem*, Ley 19.300.

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, Ley 19.300.

<sup>30</sup> *Ibidem*, Ley 19.300.



## MATERIA PREVISIONAL

Corte de Apelaciones de Santiago,  
Echeverría Domínguez y otros con Dipreca.  
Recurso de Protección.  
29 de octubre de 2004

**RECURSO PLANTEADO:** *Recurso de protección interpuesto en contra del Director de Previsión de Carabineros en favor de cuarenta y tres pensionados que pertenecieron al Servicio de Prisiones, actualmente Gendarmería de Chile, dando respuesta a su solicitud de restablecer e incluir los beneficios del sueldo de grado superior y los correspondientes a los “quinquenios penitenciarios”.*

**DOCTRINA:** *Mediante la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 249, de 1° de enero de 1974, fueron suprimidos los beneficios de sueldos de grado superior y los “quinquenios penitenciarios”, reclamados por los recurrentes, al establecer una escala única de remuneraciones para todos los funcionarios de la Administración Pública y, al mismo tiempo, derogar, en su artículo 30, todos los beneficios remuneratorios que no estaban expresamente contemplados en ese cuerpo legal, suprimiendo, entre otros, los beneficios reclamados.*

*El recurso resulta evidentemente extemporáneo ya que no puede servir de base para computar el plazo de interposición la respuesta del Director a los recurrentes, de 24 de mayo de 2004, la que se limita a informarles que sus pensiones han sido fijadas sin considerar los beneficios de sueldo de grado superior y los “quinquenios penitenciarios” por haber sido derogado por el mencionado Decreto Ley.*

*Para dar certeza a la derogación, la Ley N° 18.152, de 1982, que tiene rango constitucional, dispuso, en síntesis, que no existe derecho de propiedad alguno que respetar en relación con los sistemas de reajustabilidad, reliquidación u otra forma de incremento o base referencial de cálculo de pensiones integrantes de un sistema de seguridad social.*

*El recurso es, además, improcedente si se tiene en cuenta que la controversia planteada por esta vía es propia de un juicio declarativo de lato conocimiento.*

Santiago, veintinueve de octubre de dos mil cuatro.

### Vistos:

En lo principal de fs. 14, Juan A. Badilla Drago, abogado, domiciliado en calle Doctor Sótero del Río N° 508, oficina 708, en representación de 43 pensionados que individualiza, deduce recurso de protección en contra del Señor Director de Previsión de Carabineros, don Gustavo Adolfo Lagos Robles, por haber omitido restablecer e incluir los beneficios del sueldo de grado superior y los correspondientes a los “quinquenios penitenciarios”, a favor de sus mandantes, derechos que le fueran requeridos mediante solicitud de 18 de marzo de 2004.

Sostiene que la negativa de la autoridad recurrida trae consigo la privación en el legítimo ejercicio de los derechos de sus representados respecto de las garantías establecidas en el artículo 19 N° 24 y N° 2 de la Constitución Política de la República.

Hace presente que todas las personas en cuyo favor recurre, pertenecieron al Servicio de Prisiones, hoy Gendarmería de Chile, las que se acogieron a retiro con anterioridad al 1° de enero de 1974, fecha de entrada en vigencia de la escala única de sueldos que se contiene en el D.L. N° 249 de 1974, teniendo cada uno de ellos incorporados a sus pensiones los beneficios del derecho al “sueldo del Grado Superior”, contemplado en el artículo 59 del D.F.L. 338 de 1960 (Estatuto Administrativo) y los “Quinquenios Penitenciarios”, incorporados también a sus respectivas pensiones de conformidad con lo prescrito en el artículo 117 de la Ley N° 17.399.

Todos esos beneficios eran pagados y percibidos por los recurrentes junto con sus pensiones de jubilación, de tal manera que estaban incorporados al patrimonio de cada uno de ellos por haber sido otorgados y reconocidos legalmente a través de los Decretos o Resoluciones dictadas por el Departamento de Pensiones del Ministerio de Hacienda de

conformidad con sus facultades vigentes al 1º de enero de 1972.

Afirma que con el mérito de la documentación que acompaña en el primer otrosí del presente recurso, se encuentra acreditado que los actores a la fecha de entrada en vigencia del D.L. 249 de 1974 (1º de enero de 1974), tenían la calidad de pensionados jubilados con anterioridad al 1º de enero de 1974 y que tenían incorporados, pagados y percibidos legalmente, los beneficios del sueldo del grado superior y los "Quinquenios Penitenciarios" por mandato del artículo 59 del D.F.L. 338 de 1960 y el D.F.L. de 1971 de Justicia, respectivamente, los cuales pasaron a formar parte de sus pensiones y, por lo tanto, amparados por la garantía constitucional que a la sazón consagraba la Constitución Política del Estado en su artículo 10 N° 10, que resguarda el derecho de propiedad respecto de aquellos adquiridos legítimamente, conclusión corroborada por mandato de la Ley N° 18.152 de 2 de agosto de 1982, que interpretó dicha garantía en relación con la reajustabilidad de las pensiones disponiendo que una vez concedido el beneficio de la jubilación el monto de la pensión se encuentra amparado por esa garantía.

Por consiguiente, señala, solo las pensiones concedidas con posterioridad al 1º de enero de 1974, fueron afectadas por el D.L. 249 de 1974.

Sin embargo, sostiene que la Dirección de Previsión de Carabineros aplicó a sus representados en forma equívoca la derogación de estos beneficios por el D.L. 249 de 1974, dejando de pagarlos a contar del 1º de enero de 1974, sin derecho alguno, no obstante que al concedérsele sus pensiones tenían un derecho adquirido e inalienable, incorporado para siempre en sus respectivos patrimonios, toda vez que todos ellos se encontraban en situación de retiro con anterioridad al 1º de enero de 1974.

Hace presente que como lo han resuelto los tribunales superiores de justicia de manera uniforme y reiterada, "el derecho previsional es de carácter alimentario y por tanto imprescriptible".

Concluye que en mérito de lo que viene sosteniendo, resulta demostrado que los recurrentes han sufrido la vulneración de la garantía constitucional consagrada en el N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, al privarlos de un derecho adquirido e incorporado a sus respectivas pensiones de jubilación. Del mismo modo también se ha quebrantado a sus representados la garantía establecida en el N° 2 del citado artículo 19º que asegura a todas las personas la igualdad ante la ley, ya que su situación es análoga a la de otros pensionados a quienes se les han reconocido los derechos de los que han sido privados.

Solicita acoger el recurso de protección que deduce, disponiendo que la Dirección de Previsión de Carabineros dicte las resoluciones destinadas a restablecer e incluir los beneficios del Sueldo de Grado Superior y Quinquenios Penitenciarios, a favor de sus representados, que estos percibían al 31 de diciembre de 1973, con sus respectivos reajustes e intereses.

A fs. 42 rola informe de Gustavo Adolfo Lagos Robles, General Inspector de Carabineros, en su calidad de Director de la Dirección de Previsión de Carabineros de Chile, ambos domiciliados en calle 21 de Mayo N° 592.

Hace presente que el recurso no solo es improcedente por incidir en una materia que dice relación con una controversia jurídica de lato conocimiento, sino que además tiene un origen claramente ficticio, al quedar en evidencia que se ha preparado con la finalidad de crearse un plazo para su interposición. En efecto, valiéndose del principio de inexcusabilidad al que deben sujetarse los servicios públicos, solicitaron el restablecimiento de beneficios provisionales que fueron eliminados el 1º de enero de 1974, desentendiéndose que de manera uniforme y reiterada, tanto la jurisprudencia de la Contraloría General de la República, como la que ha sentado la Excma. Corte Suprema, han negado el reconocimiento de tales franquicias de conformidad con las disposiciones contenidas en el Decreto Ley N° 249 de 1974.

Reitera que históricamente, controversias jurídicas como la que se postula a través de la presente acción constitucional, han sido conocidas y resueltas por los Tribunales de Justicia en procedimientos de lato conocimiento, tal como lo ha declarado expresa y directamente la Excelentísima Corte Suprema, en un fallo reciente que confirmó una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, que se pronunció en el recurso de protección (ingreso N° 7419-2003), presentado por don Mario Alberto Oportos González y otros en contra de la Contraloría General de la República, que había declarado la improcedencia del restablecimiento de los quinquenios penitenciarios reclamados por ex funcionarios de Gendarmería.

Por otra parte señala que de los 47 ex funcionarios de Gendarmería que

actualmente deducen el presente recurso, 27 de ellos interpusieron demanda civil en juicio ordinario en contra de Dipreca, reclamando precisamente el pago de los quinquenios penitenciarios. Incluso 13 de los actuales recurrentes obtuvieron el beneficio que reclaman, habiendo logrado con anterioridad el cumplimiento de ese fallo mediante la correspondiente liquidación.

A continuación individualiza a los 27 recurrentes que dedujeron acciones ordinarias en juicio de lato conocimiento, y que ahora pretenden que idéntica pretensión se les reconozca por la presente vía cautelar.

En relación con el fondo de la controversia que se plantea a través de este recurso, sostiene que los quinquenios penitenciarios y sueldo de grado superior fueron derogados por el Decreto Ley N° 249 de 1974. Con anterioridad a la entrada en vigencia de este cuerpo legal, el sistema de remuneraciones aplicable al personal de Gendarmería de Chile se regía por la Ley N° 14.867. A su vez, la remuneración complementaria denominada “quinquenios penitenciarios” se encontraba establecida en la Ley N° 17.399 y su Reglamento.

En seguida señala que el D.L. N° 249 de 1974, que fijó la Escala Única de Sueldos para todos los funcionarios públicos, incluyó entre sus normas al personal del entonces Servicio de Prisiones, hoy Gendarmería de Chile, estableciendo en su artículo 5° las únicas remuneraciones adicionales que los funcionarios públicos tenían derecho a percibir, además de los sueldos de la escala única, entre las que no se encuentran los “quinquenios penitenciarios”.

Agrega que el artículo 30 del mismo cuerpo legal derogó expresamente, a contar del 1° de enero de 1974, “todas las disposiciones legales, reglamentarias, convencionales o de cualquier otra índole que establezcan remuneraciones tales como...sueldo del grado superior, sobresueldos, etc., que no sean los taxativamente fijados en este Decreto Ley y en general toda aquella norma que sea contraria o incompatible con las establecidas en este cuerpo legal”.

Reitera que a partir de la dictación del D.L. 249 de 1974, el personal del Servicio de Prisiones –hoy Gendarmería de Chile– y que a esa época se hallaba en servicio activo, dejó de percibir el “quinquenio penitenciario”, pasando a regirse por la Escala Única de Remuneraciones cuyo propósito fue justamente unificar el sistema de remuneraciones de los funcionarios públicos, sin que el personal de Gendarmería, como ninguno otro, hubiere adquirido o incorporado a su patrimonio ningún derecho respecto de remuneraciones anteriores. En todo caso el personal de ese servicio no se vio desmejorado en sus remuneraciones, ya que ellas fueron reemplazadas por una nueva escala que, si en casos específicos no las aumentó, a lo menos mantuvo el monto de las que regían hasta entonces.

Por otro lado controvierte uno de los principales fundamentos del recurso en cuanto parte de la base que los actores habrían incorporado los “quinquenios penitenciarios” a la base de cálculo de sus beneficios de manera indefinida en el tiempo, respecto del cual tendrían un derecho adquirido.

Sin embargo, sostiene, la Constitución Política de la República ha dejado claramente establecida la situación de los pensionados en cuanto a la inexistencia de derechos adquiridos en esta materia. Es así que el artículo único de la Ley N° 18.152, publicada en el Diario Oficial de 2 de agosto de 1982, dispuso: “Declárese interpretado el alcance de la garantía constitucional del derecho de propiedad previsto y regulado por los artículos 10 N° 10 de la Constitución Política de 1925, 1 N° 16 del Acta Constitucional N° 3 de 1926, mientras dichos preceptos tuvieron vigencia, y 19 N° 24 de la Constitución Política de la República vigente, que en materia de pensiones integrantes de un sistema de seguridad social, cualquiera que sea su naturaleza, y aun cuando aquellas pensiones revistan carácter indemnizatorio, esta garantía sólo ha amparado y ampara el otorgamiento del respectivo beneficio y el monto global que éste hubiere alcanzado, pero no se ha extendido ni se extiende a los sistemas de actualización, reajustabilidad, reliquidación u otra forma de incremento o base referencial de cálculo”.

Por consiguiente concluye, no existe derecho de propiedad alguno que respetar en relación con los “quinquenios penitenciarios” o el sistema de reajustabilidad de sus pensiones, el que comprende solo el “otorgamiento del respectivo beneficio y el monto global que este hubiere alcanzado”.

Por lo tanto hace presente que en cuanto al fondo del asunto, la pretensión de los recurrentes carece de toda base y fundamento jurídico de lo cual se sigue que el Director

de Previsión que informa, no ha incurrido en ninguna acción u omisión ilegal o arbitraria, que haya privado, perturbado o afectado alguna garantía constitucional de los recurrentes por lo que solicita rechazar por improcedente el recurso de protección materia de estos autos.

### **Considerando:**

**1º.**– Que el recurso de protección de garantías constitucionales establecidas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar destinada a amparar el libre ejercicio de las que se enumeran taxativamente en ese precepto, facultando a la respectiva Corte de Apelaciones para que adopte las medidas de resguardo que sean necesarias en el evento de comprobarse la existencia de algún acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o perturbe ese ejercicio;

**2º.**– Que tal como se ha dejado establecido en lo expositivo del presente fallo, la pretensión que han formulado los recurrentes dice relación con el reconocimiento de derechos de los cuales habrían sido titulares, pero que tras la entrada en vigencia del Decreto Ley N° 249 de 1º de enero de 1974, les fueron suprimidos.

**3º.**– Que, en efecto a través de la presente vía, los actores persiguen el restablecimiento de los beneficios de sueldo de grado superior y de los denominados “quinquenios penitenciarios”, que percibían al 31 de diciembre de 1973, en su calidad de funcionarios del Servicio de Prisiones –hoy Gendarmería de Chile–, y que tras jubilar no fueron incorporados a la base de cálculo de sus respectivas pensiones.

Planteadas así las cosas, surge de inmediato como un primer reparo a dicha pretensión su absoluta falta de oportunidad para formularla.

Desde luego, y aún partiendo de la base que efectivamente los recurrentes percibían los beneficios que reclaman, resulta fuera de toda duda que ellos les fueron suprimidos el 1º de enero de 1974, al entrar en vigencia el D.L. 249 que estableció una escala única de remuneraciones para todos los funcionarios de la Administración Pública, y que al mismo tiempo derogó en su artículo 30 todos los beneficios remuneratorios que no estaban expresamente contemplados en ese cuerpo legal, suprimiendo, entre otros, los beneficios del sueldo de grado superior y los quinquenios penitenciarios.

Por consiguiente, el recurso de protección deducido con fecha 4 de junio último, en lo principal de fs. 14 es evidentemente extemporáneo, ya que no puede servir de base para computar el plazo que establece el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema la respuesta que se contiene en el oficio de 24 de mayo de 2004, suscrita por el Sr. Director de Previsión de Carabineros de Chile, por medio de lo cual se limita a informar a los recurrentes que sus pensiones han sido fijadas sin considerar los beneficios de sueldo de grado superior y “Quinquenios Penitenciarios”, por haber sido derogados por el artículo 30 del D.L. N° 249 de 1974.

Por lo tanto es evidente que el supuesto agravio en el que se ha sustentado el presente recurso tiene su origen en el citado D.L. 249 de 1974, que suprimió los beneficios cuyo restablecimiento solicitan los actores.

Incluso a fin de dar más certeza jurídica a la citada derogación, el artículo único de la Ley N° 18.152 de 2 de agosto de 1982, de rango constitucional, dispuso en síntesis que no existe derecho de propiedad alguno que respetar en relación con los sistemas de reajustabilidad, reliquidación u otra forma de incremento o base referencial de cálculo de pensiones integrantes de un sistema de seguridad social, cualquiera que sea su naturaleza.

De esta manera, ni aun contado desde el 2 de agosto de 1982, fecha de publicación de la citada ley interpretativa constitucional, el recurso que se analiza resulta interpuesto dentro de los límites exigidos por el ordenamiento jurídico;

**4º.**– Que de todos modos, y sin perjuicio de poner de relieve la falta de oportunidad para deducir el presente recurso, no está de más señalar que el amparo que solicitan los actores es además improcedente si se tiene en cuenta que la controversia que han

planteado por esta vía es propia de un juicio declarativo de lato conocimiento, existiendo numerosos precedentes que demuestran que ha sido precisamente el ejercicio de la acción ordinaria el procedimiento idóneo para intentar el reconocimiento de los derechos cuya titularidad reclaman los recurrentes.

A fs. 44 se hace una relación de nueve distintos juicios en los que se ha debatido exactamente la misma controversia relacionada con los beneficios del sueldo del grado superior y quinquenios penitenciarios, en muchos de los cuales ha recaído sentencia firme desestimando la pretensión de los demandantes.

A fs. 46 y 47 se contiene una relación de juicios iniciados con anterioridad por 27 de los 43 pensionados que han deducido el presente recurso;

**5º.**– Que refuerza lo que se lleva dicho en torno a la improcedencia de esta acción cautelar, lo resuelto por la Excelentísima Corte Suprema en sentencia de 24 de marzo último, escrita a fs. 93 en los autos Rol N° 7419-2003, que se tienen a la vista, que confirmó la pronunciada por una de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, por lo que se rechazó un recurso de protección, esta vez deducido en contra de la Contraloría General de la República y en lo que hace suyo el razonamiento contenido en el fundamento 7º del fallo del Tribunal a quo, en cuanto dejó sentado que el posible derecho de los recurrentes el beneficio que impetran, “no es susceptible de establecerlo en un procedimiento sumarísimo, no contradictorio, informal y esencialmente provisorio, como es el establecido para este recurso”.

**6º.**– Que, en las circunstancias antes referidas y por desprenderse de estos antecedentes la evidente extemporaneidad del presente recurso, a lo que se debe añadir que la autoridad en contra de la cual se deduce la presente acción cautelar no ha incurrido en la comisión de un acto ilegal o arbitrario como le atribuyen los recurrentes, debe concluirse, que en la especie no concurren los presupuestos que para la procedencia del recurso de protección establece la Carta Fundamental.

Por estas consideraciones, y atendido además lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre “Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales”, **se declara, sin lugar** el deducido en lo principal de fs. 14.

Redacción del Ministro señor Juan Araya Elizalde.

Regístrese y archívese.

N° 3513-2004.

Pronunciada por la Primera Sala de esta Corte de Apelaciones de Santiago, integrada por los Ministros señor Alfredo Pfeiffer Richter, señor Juan Araya Elizalde y el Abogado Integrante señor Raúl Patricio Valdés Aldunate.

## MATERIA CIVIL

**Corte Suprema,  
Germán Boloña Nelly con Fisco.  
Recurso de Casación en el Fondo.  
25 de noviembre de 2004**

**RECURSO PLANTEADO:** *Conociendo del recurso de casación en el fondo interpuesto por el demandante en contra de la sentencia de segunda instancia, dictada por la Illtma. Corte de Apelaciones de Santiago, que revocó la sentencia de primera instancia en la parte que acogió la indemnización por daño material, la Excma. Corte Suprema invalidó de oficio la sentencia impugnada, dictando la correspondiente sentencia de reemplazo por no haberse pronunciado sobre la excepción de prescripción opuesta por el Fisco.*

**DOCTRINA:** *La indemnización de los daños efectivos o morales es un asunto de índole patrimonial respecto del que, en ausencia de preceptos especiales, tienen plena aplicación las normas relativas a la prescripción del Código Civil, de acuerdo a lo señalado en el artículo 2.497 del mismo cuerpo legal, que constituye un mandato expreso del legislador.*

*La acción reparatoria deducida en contra del Fisco se encontraba prescrita al notificársele la demanda, porque, al verificarse esta diligencia el 2 de julio de 1996, se encontraba vencido en exceso el plazo de cuatro años establecido en el artículo 2.332 del Código Civil, que en la especie debe aplicarse, contado desde el 1º de diciembre de 1975, época en que ocurrió el hecho generador de la responsabilidad imputada.*

Santiago, veinticinco de noviembre de dos mil cuatro.

### **Vistos:**

En estos autos, Rol Nº 1.955-96, del Décimo Tercer Juzgado Civil de esta ciudad, caratulados "Boloña Nelly, Germán con Fisco de Chile", por sentencia de ocho de mayo de mil novecientos noventa y ocho, escrita a fojas 537, se acogió la demanda sólo en cuanto se condenó a la demandada a pagar al actor la suma de \$ 70.000.000, por daño material, más reajustes e intereses, declarando, además, que cada parte pagará sus propias costas y por mitades las comunes. Se alzó la parte demandada y una de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, mediante sentencia de quince de mayo de dos mil tres, escrita a fojas 692, rechazó el recurso de casación en la forma y lo revocó en la parte que acogió la indemnización por daño material y condenó a las partes a pagar sus costas y por mitades las comunes, declarando que se rechaza la demanda de indemnización de perjuicios y que no se sanciona en costas a la parte demandante, por haber tenido motivo plausible para litigar, confirmándolo en lo demás.

En contra de esta última decisión, el demandado dedujo recurso de casación en el fondo.

Se ordenó traer los autos en relación.

### **Considerando:**

PRIMERO: Que en el ejercicio de la facultad contemplada en el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, esta Corte estima del caso examinar si la sentencia en estudio se encuentra extendida legalmente.

SEGUNDO: Que de acuerdo a lo previsto en el artículo 768 del citado texto, es causal de nulidad formal la circunstancia de que la sentencia haya sido pronunciada con omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 170 del Código de Enjuiciamiento Civil, entre los que se contempla el numeral 6º, que exige que ella contenga "La decisión del asunto controvertido".

TERCERO: Que del estudio del fallo atacado aparece que los sentenciadores expresamente reconocieron que formó parte de la controversia la excepción perentoria de prescripción extintiva de la acción intentada, opuesta en tiempo y forma por la parte demandada. Sobre este punto, los jueces hicieron reflexiones en torno a determinar la plena aplicación de las normas pertinentes del Código Civil, precisaron la fecha de inicio del cómputo del plazo que la ley exige al efecto y concluyeron en el motivo 6º de la sentencia recurrida, que dicho término, a la fecha de notificación de la demanda, se encontraba con creces cumplido, omitiendo en lo resolutivo de la sentencia toda referencia a dicha excepción.

CUARTO: Que, tal como lo exige la norma antes citada, la decisión del asunto controvertido debe comprender todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio. La omisión que se advierte no puede ser suplida por los fundamentos que podrían haberle servido de sustento, por cuanto la decisión del Tribunal, en la forma en que se consignó, aparece referida únicamente al fondo del asunto y a las costas de la causa.

QUINTO: Que, en estas condiciones, la sentencia atacada no se ha pronunciado en forma legal, incurriendo en la causal de casación del artículo 768 Nº 5 en relación con el artículo 170 números 4 y 6 del Código de Procedimiento Civil, pues, como antes se dijo, se omitió la decisión de una de las excepciones opuestas en la causa, y al margen que lo resuelto aparece desprovisto de marco fáctico y jurídico que le debe servir de fundamento, toda vez que el fijado en el fallo dice relación con otra materia, cual es la prescripción de la acción.

SEXTO: Que la Corte Suprema al conocer de los recursos de casación en la forma o en el fondo, puede invalidar de oficio las sentencias impugnadas cuando los antecedentes dejen de manifiesto que ellas adolecen de vicios que dan lugar a la nulidad por razones de forma, facultad que debe ejercerse en el caso de que se trata, oyendo previamente, sobre este punto, al abogado que concurrió a estrados.

SÉPTIMO: Que el vicio detectado influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo, desde que se revocó la sentencia de primer grado, sin que exista antecedente cierto de las razones de tal decisión.

Por estos fundamentos y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 764, 765 y 775 del Código de Procedimiento Civil, se declara que se invalida de oficio la sentencia de segunda instancia de quince de mayo de dos mil tres, escrita a fojas 692, en cuanto a las decisiones de las letras b) y c) del referido fallo y se reemplaza por la que se dicta a continuación y en forma separada, sin nueva vista.

Téngase por no interpuesto el recurso de casación en el fondo deducido en el segundo otrosí de fojas 697.

Regístrese.

Nº 2.246-03.

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores José Benquis C., José Luis Pérez Z., Orlando Álvarez H. y Urbano Marín V. y el Abogado Integrante señor Juan Infante Ph.

Santiago, veinticinco de noviembre de dos mil cuatro.

En cumplimiento de lo prevenido en el artículo 786 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo:

**Vistos:**

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de los considerandos décimo, undécimo, duodécimo, décimo tercero, décimo sexto, décimo octavo, décimo noveno y vigésimo primero a vigésimo sexto, que se eliminan.

**Y teniendo en su lugar y, además, presente:**

PRIMERO: Los fundamentos tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo del fallo casado que, para estos efectos, se dan por expresamente reproducidos.

SEGUNDO: Que la prueba aportada por la actora es insuficiente para tener por acreditadas las presiones ilegítimas que el actor dice haber recibido por parte de dependientes de la entidad a cuya dotación perteneció. Por consiguiente, no puede sino concluirse que su renuncia aceptada por Resolución N° 1.204, de 1975, al cargo que servía en la Contraloría General de la República, Abogado categoría D) Planta Profesional y Técnica grado 7º de la Escala respectiva, corresponde a una manifestación expresa de voluntad del actor en orden a desvincularse con dicho organismo.

TERCERO: Que, en efecto, los testigos presentados por el actor a fojas 436, no dan razón suficiente de sus dichos, por cuanto deponen sobre lo que, a su juicio, habría ocurrido en la época en que el actor dejó de pertenecer a la Contraloría General de la República y suponen que la renuncia fue no voluntaria, haciendo alusión a otras personas que en la misma época se retiraron de esa Institución bajo presión de ser calificados en Lista cuatro o lo saben sólo por los dichos del actor. En cuanto a los supuestos informes desfavorables dados por la Contraloría General de la República, que habrían impedido al actor la obtención de un trabajo tanto en el sector público como privado, nada aporta al testigo don Luis Ubeda Brickle y, a su vez, doña Adriana Julian Poreweski Fischer presume que los resultados negativos, pese al brillante curriculum del demandante, fueron consecuencia de dichos informes.

CUARTO: Que la indemnización de los daños efectivos o morales pretendida por el actor es un asunto de índole patrimonial, en el que por mandato expreso del artículo 2497 del Código Civil, tienen cabal imperio las normas de este cuerpo legal relativas a la prescripción, en ausencia de preceptos especiales.

QUINTO: Que siendo imperativo aplicar en la especie la regla del artículo 2.332 del Estatuto Civil, es necesario concluir que la acción reparatoria deducida por el actor se encontraba prescrita al notificarse al Fisco la demanda de autos, porque al verificarse esta diligencia el 2 de julio de 1996, estaba vencido en exceso el plazo de cuatro años, fijado en el citado precepto, contado desde el 1º de diciembre de 1975, época en que ocurrió el hecho generador de la responsabilidad imputada, esto es, la separación del demandante del cargo que ejercía, haya sido ésta voluntaria o no. Esta conclusión no se ve alterada por los supuestos daños que habrían provocado los informes desfavorables que atribuye a la demandada, por cuanto tal circunstancia no se encuentra probada y, por ende, no existe certeza jurídica que permita a este tribunal iniciar el cómputo del referido plazo en una data distinta.

Por estas consideraciones y en conformidad, además, con lo que disponen los artículos 144 del Código de Procedimiento Civil y 2.497 del Código Civil, **se revoca** la sentencia apelada de ocho de mayo de mil novecientos noventa y ocho, escrita a fojas 537, que hizo lugar a la demanda solo en cuanto condenó a la demandada a pagar la actor por concepto de daños materiales la suma de \$ 70.000.000, más reajustes e intereses y condena a las partes a pagar sus costas y por mitades las comunes y se decide, en cambio, **que se acoge la excepción de prescripción extintiva de la acción y, en consecuencia, se rechaza íntegramente la demanda deducida a fojas 12, rectificadas a fojas 34 y que no se condena en costas a la parte demandante por estimar que tuvo motivo plausible para litigar.**

Regístrese y devuélvase con sus tomos y documentos agregados.

Nº 2.246-03.



## RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

Arturo Onfray Vivanco\*

COSTAS DOUZINAS Y LINDA NEAD (EDITORES): *LAW AND THE IMAGE. THE AUTHORITY OF ART AND THE AESTHETICS OF LAW*. THE UNIVERSITY OF CHICAGO PRESS, CHICAGO, 1999, 268 PÁGINAS.

Hace unos meses atrás, en la tienda de la *National Gallery of Art*, en Washington, no pude evitar sorprenderme con la inmensa colección de libros de arte disponibles para los visitantes del museo, el cual posee una de las más completas muestras de pintura y escultura del planeta. Entre ellos, me llamó la atención uno titulado "*Law and the Image*", el cual en su portada contiene un fragmento de un cuadro del destacado pintor italiano *Giorgio de Chirico*, fundador de la Escuela Metafísica de Pintura, no particularmente atractivo a mi parecer, aun cuando sí dotado de un fuerte simbolismo.

A propósito de "*Justicia Poética*", de *Martha Nussbaum*, tuve la ocasión de reflexionar en torno al vínculo entre Derecho y Literatura, el cual se materializó en el movimiento "*Law and Literature*", representado principalmente por *Richard A. Posner*. Armónicos con la colonización de otros reinos por el Derecho resultan los ensayos incluidos en el libro editado por *Costas Douzinas y Linda Nead*, los que permiten reconocer la interdisciplinariedad de los estudios jurídicos, tal como lo reflejan importantes publicaciones jurídicas, entre ellas la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*.

Los trabajos contenidos en la obra tienen como objetivo principal poner en duda la supuesta separación entre Arte y Derecho, más allá de, por ejemplo, las vinculaciones que, en forma de revoluciones culturales, se han manifestado en diversos regímenes autoritarios a lo largo del siglo XX, como lo destaca *Peter Adam* en "*El Arte del Tercer Reich*".

Dicha separación, la cual tiene su origen en la Filosofía Griega, en particular en los escritos de Platón, quien distingue el reino de la razón de aquel al cual pertenecen el arte y la poesía, es puesta en cuestión en el presente trabajo, cuyos análisis constituyen una reflexión en torno a los procedimientos legales, la historia del arte y los estudios culturales para así poder consolidar un nuevo campo interdisciplinario relativo a las Artes Visuales y el Derecho. Los ensayos exploran la compleja relación entre ambas disciplinas, así como sus consecuencias, revisando, entre otros varios aspectos, el límite de lo obsceno en el arte, la inteligencia en los diseños de las imágenes de la Justicia y de los edificios judiciales, las consecuencias de las formas de representación inadecuadas, etc.

El libro está estructurado en cuatro partes, a saber: (1) *Vision and Law*, (2) *The Law of Images*, (3) *The Art and Architecture of Justice* y (4) *Obscenity and Art*.

En la primera parte de la obra –*Vision and Law*– encontramos las reflexiones de *Martin Jay* y *Costas Douzinas* en sendos ensayos: "*Must Justice Be Blind? The Challenge of Images to the Law*" y "*Prosopon and Antiprosopon: Prolegomena for a Legal Iconology*".

*Martin Jay*, Decano del Departamento de Historia de la Universidad de California, explora los antecedentes de la representación de la justicia como ciega, los cuales se remontan, en los tiempos modernos, a fines del siglo XV. En "*La nef des folz du monde*", del poeta *Sebastián Brant*, aparece la imagen de un loco colocando una venda sobre los ojos de la Justicia. Tal figura busca privilegiar la razón por sobre la perturbación en el entendimiento provocada por la dispersión de las imágenes del mundo que pasa. La razón, a su vez, se atempera de sus posibles excesos con la suavidad de lo femenino, frecuentemente más sensible a lo particular. Se sugiere, al final del trabajo, la opción por una representación que no privilegie los ojos abiertos ni los cerrados sino una combinación de ambos como aparece en la portada de la *Praxis rerum civilium* de *Josse De Damhoudere*, la cual combina, en una cabeza dos rostros: uno con los ojos abiertos, capaces de discernir la diferencia, y otro con los ojos cerrados, llamados a velar por la imparcialidad en la administración de la justicia.

*Costas Douzinas*, Decano del Departamento de Derecho en el *Birkbeck College*, de la Universidad de Londres, reflexiona sobre los poderes teológicos y psicológicos de la imagen, inaugurando una iconología jurídica, la cual permite, a lo largo de la historia,

revisar cómo lo presente permite a través de una representación visual traer aquello ausente o inmaterial y las consecuencias jurídicas que ello importa, analizadas, a modo de ejemplo, en el importante caso “*Whistler v. Ruskin*” de fines del siglo XIX.

En la segunda parte del libro –*The Law of Images*– Georges Didi-Huberman y Peter Goodrich presentan reflexiones sobre la evolución histórica de la relación entre Arte y Derecho a partir de dos interesantes estudios: *The Molding Image: Genealogy and the Truth of Resemblance in Pliny's Natural History* y *The Iconography of Nothing: Blank Spaces and the Representation of Law in Edward VI and the Pope*.

Georges Didi-Huberman, profesor del *Centre d'Histoire et Théorie de l'Art*, perteneciente a la *École des Hautes Études en Sciences Sociales*, formula una proposición en torno a la evolución histórica del retrato, con diversas consideraciones, tanto en sus aspectos estéticos, éticos y legales, a partir de un contraste entre las perspectivas de *Plinio el Viejo*, para quien la pintura era el arte principal, siendo el pintor quien interpreta las leyes y las plasma, y *Giorgio Vasari*, quien en el Siglo XVI se consagró como el más importante de los tratadistas del arte italiano.

Peter Goodrich, académico de la Universidad de Londres, concentra su análisis en algunos aspectos sugeridos por Didi-Huberman en su ensayo, a partir de una revisión del retrato de Eduardo VI y el Papa, de autor anónimo, el cual describe el traspaso del poder por Enrique VIII en su lecho de agonía. Particularmente interesantes resultan sus opiniones sobre los nexos entre los espacios en blanco en la pintura, principalmente en la representación de los libros y el Derecho.

En la tercera parte del estudio –*The Art and Architecture of Justice*– se profundiza en los “templos” de la justicia, los cuales constituyen la arquitectura judicial. Así lo hacen Piyel Haldar en *The Function of the Ornament in Quintilian, Alberti, and Court Architecture*; Katherine Fischer Taylor en *The Festival of Justice*; y Jonathan P. Ribner en *Law and Justice in England and France: The View from Victorian London*.

Piyel Haldar, académico de la Universidad de Londres, considera la contribución de lo ornamental en la construcción de la imagen de la Justicia, lo que nos hace recordar la notable tesis doctoral *Essai sur le rituel judiciaire*, de Antoine Garapon. Punto central del estudio de Haldar es la revisión de la arquitectura del edificio de la Corte Suprema de Israel, cuyos espacios internos y externos están organizados de forma de permitir un diálogo simbólico entre sus elementos, que apuntan a la reconciliación del individuo con la fuerza de la ley.

Katherine Fischer Taylor, profesora asociada del Departamento de Historia del Arte de la Universidad de Chicago, reflexiona en torno al Festival de la Justicia, celebrado en 1849, en París, como una forma de conmemoración de la estética y política de la Francia posrevolucionaria, en la cual emerge una nueva justicia, libre de los compromisos de la monarquía absoluta del antiguo régimen.

Jonathan P. Ribner, profesor asociado del Departamento de Historia del Arte de la Universidad de Boston, examina la forma como las identidades nacionales del siglo XIX fueron construidas, en una medida importante, a través de la representación de los sistemas legales.

En la parte final de la colección de ensayos –*Obscenity and Art*– Linda Nead, Mandy Merck y Hal Foster exploran los alcances de la definición, por el Derecho, de lo obsceno en el arte, en sus respectivos trabajos *Bodies of Judgement: Art, Obscenity, and the Connoisseur*; *Not in a public Lavatory but on a Public Stage: The Prosecution of The Romans in Britain* y *Obscene, Abject, Traumatic*.

Linda Nead, decana del Departamento de Historia del Arte del *Birkbeck College*, en la Universidad de Londres, reflexiona en torno a los límites entre lo que es arte y lo que no lo es en la perspectiva de los expertos, remontándose para ello a algunos ejemplos de los siglos XVIII y XIX.

Mandy Merck, académica de la Universidad de Sussex, revisa la compleja comprensión cultural y la relación entre representación y sexualidad, así como la interfase entre imagen y comportamiento. Sus reflexiones sobre la pieza *The Romans in Britain* recuerdan los considerandos emitidos en su época por la Corte Suprema, a propósito de la película *La Última Tentación de Cristo*, de Martin Scorsesse.

Hal Foster, profesor de arte moderno en la Universidad de Princeton, analiza los límites de los conceptos de obscenidad en los 90, los cuales desafían a la sociedad, el arte y el Derecho.

La obra en análisis, al decir de Michael Camille, académico de la Universidad de Chicago, “reúne algunos de los más importantes pensadores de la historia y teoría del

*arte contemporáneo. Para aquellos que piensan que el Arte y el Derecho solo interactúan sobre temas relativos a derechos de autor, aquí hay una sofisticada y aguda colección de ensayos que reflexionan en la relación entre Derecho y la producción y recepción de imágenes*". Tal derrotero, de por sí, logra validar el esfuerzo que la publicación supone, no obstante algunas limitaciones que su lectura evidencia, en parte importante derivadas de la falta de unidad en torno a una tesis central en el proyecto. No obstante lo anterior, es posible concordar en que el libro "*abre un campo de estudio para futuros desarrollos académicos*" en torno a la vinculación entre las Artes Visuales y el Derecho, a pesar de no llegar a constituir un canon en el análisis de tal relación.

---

\* ARTURO ONFRAY VIVANCO. Abogado del Consejo de Defensa del Estado, Licenciado en Derecho y Educación, Magíster en Sociología del Derecho (MA) y en Teoría del Derecho (LLM) y Director del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

---