



CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO

REVISTA DE DERECHO

Junio 2012

Nº 27

REVISTA DE DERECHO

Junio 2012 N° 27

ÍNDICE

PRESENTACIÓN 7

A.- DOCTRINA

ÉTICA JUDICIAL Y CAPACITACIÓN DE LOS JUECES 9
Arturo Felipe Onfray Vivanco

VIOLENCIA DELICTIVA E INSTITUCIONES. UN
ENSAYO SOBRE CRIMEN Y JUSTICIA EN VENEZUELA
CONTEMPORÁNEA..... 33
Rogelio Pérez Perdomo

EL FENÓMENO DE LA DELINCUENCIA:
¿REALIDAD SOCIAL, INVENTO COMUNICACIONAL O
ESPECTÁCULO DE MASAS? 53
Edgardo Viereck Salinas

NORMATIVA TERRITORIAL EN LAS CATÁSTROFES 73
José Fernández Richard

B.- JURISPRUDENCIA DE INTERÉS

DERECHO ADMINISTRATIVO

Corte Suprema. Empresa de Ferrocarriles del Estado con Corvalán.
Recurso de casación en el fondo 83

Corte Suprema. Complejo Manufacturero de Equipos Telefónicos
SACI con Ministerio de Transporte.
Recurso de casación en el fondo..... 99

Corte Apelaciones de Puerto Montt. Gómez y otros con
I. Municipalidad de Puerto Montt. Recurso de apelación..... 113

Corte Suprema. Palma Guerra Enzo y otros.
Recurso de casación en el fondo..... 117

DERECHO LABORAL

Corte Suprema. Suazo con Fisco de Chile.
Recurso de unificación de jurisprudencia 155

DERECHO PENAL

Corte Suprema. Contra Ricardo Meza y otros. Recurso de queja 167

DERECHO PROCESAL

Corte Suprema. Klein con Fisco. Recursos de casación en la
forma y en el fondo 175

DERECHO TRIBUTARIO

Corte Suprema. Comercial Quilmanco Ltda. con SII. Recurso de
casación en el fondo..... 187

C.- RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS..... 207

Arturo Felipe Onfray Vivanco

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES..... 215

PRESENTACIÓN

Comité Editorial

El presente número de la Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado (CDE) considera, en su sección Doctrina, cuatro artículos.

El primero, titulado “Ética Judicial y Capacitación de los Jueces”, ha sido escrito por el Abogado Jefe del Departamento de Estudios del CDE, quien, con tal ensayo, obtuvo el primer lugar de la V Edición del Concurso Internacional de Monografías de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, en torno al Código Iberoamericano de Ética Judicial, bajo el tema “Conocimiento y Capacitación”.

El segundo artículo se titula “*Violencia delictiva e instituciones. Un ensayo sobre crimen y justicia en Venezuela contemporánea*”. Su autor –Rogelio Pérez Perdomo– es un destacado sociólogo del derecho, de prestigio internacional, quien se desempeña tanto en la Universidad de Stanford como en la Universidad Metropolitana de Caracas. En el presente estudio analiza las relaciones entre la criminalidad violenta y las transformaciones del sistema de justicia en el último cuarto de siglo en Venezuela.

El tercer trabajo corresponde a Edgardo Viereck Salinas, quien junto con ser un destacado director de cine nacional es abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Con tales importantes antecedentes, pocas veces imaginados, en su trabajo titulado “El fenómeno de la delincuencia: ¿Realidad social, invento comunicacional o espectáculo de masas?” busca puntos de encuentro entre el fenómeno de la delincuencia, tal como lo entienden y puede encontrarse tratado en las Ciencias Sociales, el Cine y el Derecho, especialmente el Derecho Penal.

Finalmente, José Fernández Richard, un ya habitual colaborador de nuestra revista, nos presenta, en su artículo “Normativa territorial en las catástrofes”, un análisis de la normativa territorial en materia de catástrofes naturales, en particular en lo relativo al procedimiento de identificación de las zonas de riesgo afectas a catástrofes, sus fundamentos y consecuencias jurídicas.

En la Sección Jurisprudencia se incluyen varios fallos de la Corte Suprema, pronunciados durante el primer semestre del año 2012, los cuales tratan temas de gran interés para la litigación pública, como son el alcance de la intervención del CDE en los procesos que afectan los intereses del Estado; el cómputo de la prescripción en el caso de existir una actuación ante la Justicia Militar; el concepto de malicia tributaria; la especificidad de la nulidad de derecho público; la necesidad de probar el daño moral; la revocación de la resolución que condena en costas al CDE por estimarse que éste se encontraba en el imperativo legal de adherir o acusar particularmente frente a la acusación fiscal; y la unificación de la jurisprudencia en el sentido de que la relación entre la Administración del Estado y los funcionarios a honorarios no se rige por el Código del Trabajo sino por las reglas del respectivo contrato a honorarios.

Se incluye, asimismo, un fallo de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, el cual revisa el alcance de las facultades de la municipalidad demandada para transigir en el contexto de los juicios relativos al Decreto Ley N° 3.501.

En la Sección Recensiones Bibliográficas se revisa un libro de Osvaldo Alfredo Gozaíni, titulado “*Los protagonistas del Derecho Procesal*”, el cual contribuye a diseñar un mapa jurídico de la evolución reciente de la Ciencia Procesal, considerando una semblanza de sus cultores, no meramente profesional, sino que también orientada a destacar su dimensión humana, incluso explorando su cotidianidad.

DOCTRINA

ÉTICA JUDICIAL Y CAPACITACIÓN DE LOS JUECES¹

Arturo Felipe Onfray Vivanco²

RESUMEN: *El autor explora la “revalorización” de la ética judicial en el mundo y en Chile y las causas que explican tal fenómeno, para luego revisar uno de los elementos centrales de la misma, a saber la capacitación de los jueces, la que importa la necesidad de formarlos en las virtudes judiciales e informarlos en la evolución reciente de la doctrina, de la jurisprudencia y de la legislación. Se afirma que la referida capacitación judicial constituye un elemento central de la correcta administración de justicia y, en particular, del debido proceso, razón por la cual deben conducirse los mejores esfuerzos en orden a perfeccionar los modelos de capacitación judicial actualmente existentes ya que ello constituye un deber ético fundamental en las sociedades democráticas contemporáneas. El artículo concluye sugiriendo algunos mecanismos destinados a fortalecer la capacitación judicial, más allá de los límites de la instrucción formal.*

PALABRAS CLAVE: *Administración de Justicia – Capacitación de los Jueces – Código Iberoamericano de Ética Judicial – Comisión Iberoamericana de Ética Judicial – Ética Judicial*

¹ El presente ensayo obtuvo el primer lugar de la V edición del concurso internacional de monografías de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial.

² **ARTURO FELIPE ONFRAY VIVANCO.** Abogado Jefe del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado y Profesor de Derecho Procesal de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales. Licenciado en Derecho y Educación, Magíster en Sociología del Derecho (MA) y en Teoría del Derecho (LLM) y Doctor en Derecho (PhD) de la Universidad Católica de Lovaina. Miembro de los Institutos Chileno de Derecho Procesal e Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal.

ABSTRACT: *The author explores the “revaluation” of the judicial ethics in the world and in Chile and the causes that explain such a phenomenon. Afterwards, he reviews one of the central elements of judicial ethics namely the training of judges, which means the need to train them in the judicial virtues and inform them on the recent evolution of the doctrine, judicial decisions and legislation. The essay states that the aforementioned judicial training constitutes a central element of Administration of Justice and, in particular, of due process of law. Therefore we must lead our best efforts in order to improve existing models of judicial training since this constitutes a fundamental ethical duty in contemporary democratic societies. The article suggests some mechanisms to strengthen judicial training, beyond the limits of formal instruction.*

KEYWORDS: *Administration of Justice – Judicial Ethics – Ibero-American code of Judicial Ethics – Ibero-American Commission of Judicial Ethics – Training of judges*

TABLA DE CONTENIDOS: *A.- Necesidad de enfrentar cambios profundos en la Administración de Justicia. B.- Necesidad de combatir la corrupción en la Administración de Justicia. C.- Principios rectores de la ética judicial. D.- Consagración de los principios rectores de la ética judicial. E.- El deber de capacitación judicial: Su delimitación. F.- El deber de capacitación judicial: Su consagración en Chile. G.- El deber de capacitación judicial: Algunos cambios pendientes. H.- A modo de conclusión.*

TABLE OF CONTENTS: *A.- Need to face profound changes in the Administration of justice. B.- Need to fight corruption in the Administration of Justice. C.- Guiding principles of judicial ethics. D.- Consecration of the guiding principles of judicial ethics. E.- Elements of the duty of judicial training F.- Duty of judicial training in Chile. G.- Duty of judicial training: some pending changes. H.- Conclusions.*

“El juez debe ser un estudioso perpetuo, de modo que esté actualizado en la práctica, en la doctrina y en la jurisprudencia” (Juan Díaz Romero, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México).

Hay palabras que infunden respeto y frente a las cuales es difícil no experimentar un cierto temor reverencial. No es otro el caso de la expresión “ética judicial”. El que hoy escriba sobre ella bien puede parecer una osadía. Sin embargo, no hay en tal ejercicio una pretendida afirmación de perfección de mi parte, lo cual dista, por cierto, de la realidad. Sí existe, en cambio, un afecto sincero por la administración de justicia, lo que me lleva a ocuparme de cómo contribuir a un proceso de reflexión colectiva destinado a entenderla mejor y, en lo posible, a colaborar a que siga manteniendo una integridad y reputación a la altura de la excelsa misión que la comunidad le ha encomendado, en particular desde una dimensión de la ética judicial, con frecuencia poco considerada, cual es la necesidad de promover y fortalecer la capacitación de los jueces³.

³ Como bien dice Anthony Kennedy, ministro del Tribunal Supremo de Estados Unidos, hablar de la ética judicial “no quiere decir que quien lo haga sea perfecto, quiere decir que nos preocupa lo suficiente como para velar por que el Poder Judicial tenga la reputación de integridad y neutralidad y que en realidad proceda con integridad y neutralidad en todo lo que haga” (Para mayores detalles, consultar documento publicado en: <http://photos.state.gov/libraries/panama/11567/2004/aetica.pdf>).

A. Necesidad de enfrentar cambios profundos en la administración de Justicia

A.1. Para los que ya nos aproximamos al medio siglo de vida, resulta fácil constatar cómo el derecho, y en particular la administración de justicia, ha cambiado profundamente en los últimos decenios. Se trata de transformaciones que hoy desafían aquella dicotomía, de carácter paradigmático, que solía advertirse como factor distintivo entre los cambios sociales y los tecnológicos, cual es la velocidad de sus respectivos progresos.

Mauro Cappelletti, quien fue por largos años presidente de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y decano de la Facultad de Derecho del Instituto Universitario Europeo, identificó, con aguda inteligencia, los cambios matrices en la práctica procesal de la postguerra, los cuales agrupó en tres grandes renovaciones de la administración de justicia, vinculadas con el acceso a la justicia, la constitucionalización del derecho y la internacionalización del derecho⁴.

A.2. En el tiempo finisecular, reformas centrales a los sistemas de administración de justicia, de naturaleza general, comenzaron a desarrollarse con inmensa energía en diversos países, en particular en Europa y en América Latina⁵.

⁴ Para mayores detalles, ver Cappelletti, Mauro y Bryant Garth, "Access to Justice and the Welfare State: an Introduction", publicado en Cappelletti, Mauro (editor), "Access to Justice and the Welfare State", publicación del Instituto Universitario Europeo, Florencia, 1981; Cappelletti, Mauro, "Repudiating Montesquieu? The Expansion and Legitimacy of 'Constitutional Justice'", publicado en Cappelletti, Mauro, "The Judicial Process in Comparative Perspective", Clarendon Press, Oxford, 1989; Cappelletti, Mauro, "Some reflexions on the role of procedural scholarship today", publicado en "The Eight World Conference on Procedural Law, Justice and Efficiency. General Reports and Discussions", Kluwer Law y Taxation Publishers, Holanda, 1988; Cappelletti, Mauro, y "Who watches the watchmen?", publicado en Cappelletti, Mauro, "The Judicial Process in Comparative Perspective", Clarendon Press, Oxford 1989.

⁵ En América Latina cabe destacar, en forma principal, el desarrollo de reformas procesales penales globales en varios países de la región: Argentina (1998), Bolivia (2000), Chile (2000), Colombia (2005), Costa Rica (1998), Ecuador (2001), El Salvador (1998), Guatemala (1994), Honduras (2002), Nicaragua (2001), Paraguay

Chile no fue una excepción a este proceso de cambios. En pocos años, hemos conocido el impacto de las reformas a la Justicia Penal, a la Justicia de Familia, a la Justicia Laboral y a la Justicia Aduanera y Tributaria. Ninguna de tales puede ser calificada de cosmética. Si a ellas sumamos la reforma procesal civil, actualmente en una etapa de avanzado estudio, fácil es advertir la profundidad de los cambios en desarrollo en el país⁶.

(1999), República Dominicana (2004) y Venezuela. Para mayores detalles revisar los Informes Nacionales presentados ante el CEJA, disponibles en la página Web institucional: <http://www.cejamericas.org>

⁶ La reforma procesal civil en Iberoamérica ha sido adoptada en Brasil, España, Perú y Uruguay y está siendo actualmente discutida en Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Puerto Rico y Venezuela.

En Chile existe una importante literatura desarrollada durante los últimos años, la cual explica las deficiencias de la Administración de la Justicia Civil. En ella es posible distinguir, en primer lugar, informes de carácter general, los cuales, al analizar la situación de la administración de justicia en Chile, consideran de manera especial el caso de la justicia civil, o bien, la tratan específicamente.

Entre los primeros informes es importante mencionar el “Informe sobre Chile” presentado por Carlos Peña en el marco del Seminario “Situación y Políticas Judiciales en América Latina”, desarrollado por la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales con el patrocinio de la Fundación Ford; el “Diagnóstico del Sistema Judicial Chileno” presentado por Jorge Correa y Juan Enrique Vargas, en el marco de un proyecto desarrollado por la Corporación de Promoción Universitaria; y el “Estado de la Justicia en Chile” presentado por Rodrigo Castro y José Francisco García, investigadores del Instituto Libertad y Desarrollo.

En la segunda clase de informes generales es importante mencionar el emitido por José Francisco García y Francisco Leturia (editores), titulado “Justicia Civil: Una Reforma Pendiente”, desarrollado en el Instituto Libertad y Desarrollo (García, José Francisco y Francisco Javier Leturia, “Justicia Civil: Una Reforma Pendiente”, Instituto Libertad y Desarrollo, Serie Informe Político N° 88, febrero 2005), el de Juan Enrique Vargas titulado “La Reforma a la Justicia Civil desde la perspectiva de las políticas públicas”, preparado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, el cual fue presentado en el Seminario Interamericano “Claves para una Reforma a la Justicia Civil”, el cual tuvo lugar en Santiago los días 10 y 11 de noviembre de 2005 (Vargas Viancos, Juan Enrique, “La Reforma a la Justicia Civil. Desde la perspectiva de las Políticas Públicas”, Seminario Interamericano “Claves para una Reforma a la Justicia Civil”, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, Santiago, 2005); y el de Francisco Javier Leturia (editor) titulado “Justicia Civil y Comercial: Una reforma ¿cercana?”, desarrollado por la Agencia Española de Cooperación Internacional, el Instituto Libertad y Desarrollo, la Pontificia Universidad Católica de Chile, la Universidad

Adicionalmente, la aparición de nuevos derechos, el desocultamiento de fenómenos ignorados y el incremento de las demandas en ciertas áreas del derecho, pocas dudas dejan de que la justicia de hace algunas décadas poco tiene que ver con la actual.

A.3. Ante tal dinámica vertiginosa, se hace necesario encontrar un centro que produzca un equilibrio, en un contexto que desafía las prácticas y las creencias, afectando incluso la búsqueda del sentido⁷. La “revalorización” de la ética judicial se manifiesta así como un retorno a la esencia de la misión del juzgador, desdibujada entre los progresos socio-jurídicos. Ella supone respetar los principios fundamentales indispensables para la existencia de un juicio jurisdiccional eficaz y eficiente, más allá de las nuevas estructuras orgánicas y funcionales que han visto la luz en los años recientes.

Se trata de un regreso a lo medular, tal como en su momento lo exigiera Francisco Carnelutti en su obra “*Torniamo al Giudizio*”, aun cuando en circunstancias históricas y sociales claramente distintas,

de País Vasco y la Universidad Diego Portales, “Justicia Civil y Comercial: Una reforma ¿cercana?”, Santiago, 2011.

Además de tales estudios generales, existen, en segundo lugar, otros que tratan aspectos específicos de la administración de justicia en lo civil, como son los relativos a la duración del proceso (Cerdeña Fernández, Carlos, “Duración del Procedimiento Civil Ordinario en los Juzgados de Santiago”, investigación patrocinada por Fondecyt, Santiago, Chile, 1992; Cerdeña Fernández, Carlos, “Duración del Procedimiento Sumario en los Juzgados de Santiago”, investigación patrocinada por Fondecyt, Santiago, 1993; y Onfray Vivanco, Arturo y otros, “Duración de los Procedimientos Contenciosos en los Juzgados de Menores del Área Metropolitana”, investigación patrocinada por el SERNAM, publicación interna del Departamento de Investigación y Extensión de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, 1994); y a los costos del proceso (Vargas, Juan Enrique; Carlos Peña y Jorge Correa, “El Rol del Estado y el Mercado en la Justicia”, Cuadernos de Análisis Jurídico N° 42, Universidad Diego Portales, Santiago, 2001).

⁷ Holzapfel, Cristóbal, “A la búsqueda del sentido”, Editorial Sudamericana, Santiago, 2005.

vinculadas con los excesos de los regímenes totalitarios de la primera mitad del Siglo XX⁸.

A.4. El retorno a los prolegómenos del ejercicio del juez, tal cual se manifiestan en los formulados de la ética judicial, se advierte principalmente en el desarrollo de numerosos instrumentos destinados a fortalecerla, ya se trate de códigos de ética judiciales nacionales⁹ o de instrumentos regionales sobre el tema, entre los cuales destacan, en el caso de Iberoamérica, el Código Iberoamericano de Ética Judicial, el Estatuto del Juez Iberoamericano y la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano¹⁰.

B. Necesidad de combatir la corrupción en la administración de justicia

Además de la necesidad de enfrentar cambios profundos en la Administración de Justicia, la importancia creciente del combate a la corrupción ha incidido en el desarrollo generalizado de códigos de ética judicial. Dicho desafío se ha tornado manifiesto en particular a partir de mediados de la década de los noventa a través, fundamentalmente, de la firma de importantes instrumentos internacionales, a saber la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico contra el

⁸ Carnelutti, Francisco, “Torniamo al Giudizio”, publicado en Rivista di Diritto Processuale, 1949, páginas 165 y siguientes.

⁹ Hasta la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en el año 2006, quince países de la región habían dictado Códigos de Ética Judicial o reglamentaciones particulares análogas.

¹⁰ La aparición de tales instrumentos la hemos explicado en base a la exigencia de una necesidad de orientación ante los cambios profundos que afectan a la justicia y al derecho, a lo cual ciertamente bien podemos agregar los cambios culturales y sociales en que nos insertamos. Una similar explicación, justificatoria de la aparición de los instrumentos referidos, entrega el destacado filósofo del derecho de la Universidad de Alicante, Manuel Atienza, para quien, entre las razones de su emergencia, destacan el pragmatismo que impregna nuestra cultura y forma de vida, la complejidad creciente de las profesiones y la desorientación que la complejidad de la sociedad contemporánea y el cambio acelerado generan.

Soborno Transnacional y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción^{11, 12}.

A lo anterior se suman los constantes malos resultados de las encuestas de confianza ciudadana en las instituciones y de las mediciones de percepción de la corrupción, las cuales normalmente dejaban en un muy mal pie a la administración de justicia¹³, más aún si se considera la constatación de prácticas impropias en la esfera de lo judicial y algunos escándalos que impactaron al mundo entero, cual fue el caso de los luctuosos acontecimientos ocurridos en Bélgica e Inglaterra a partir de mediados de la década de los ochenta¹⁴.

¹¹ Para mayores detalles ver actas del Seminario sobre Corrupción y Delincuencia Organizada, desarrollado en la Pontificia Universidad Católica de Chile, en agosto de 2003, las cuales fueron publicadas en la Revista de Derecho N° 9 del Consejo de Defensa del Estado; y Cheyre Espinosa, Juan Emilio, José Miguel Olivares y Nicolás Rodríguez García (editores), “Chile en el club de los países desarrollados”, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2010.

¹² En la II Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia, celebrada en Caracas, Venezuela, entre los días 24 y 26 de marzo de 1999, se especificaron los propósitos que persiguen los Códigos de Ética, los cuales se consideraron vinculados, en forma más específica, con los problemas asociados a la corrupción. Los objetivos identificados fueron los siguientes: a.- Surgen como una necesidad para combatir la corrupción ante la conciencia cada vez más madura de las administraciones gubernamentales; b.- Tienden a fortalecer la confianza pública, que muchas veces se ve deteriorada ante la aparición de denuncias que recaen sobre funcionarios públicos, por su accionar defectuoso o ilegítimo; c.- Establecen pautas de conducta homogéneas y estandarizadas aplicables a todos los funcionarios públicos en un solo cuerpo normativo; d.- Regulan conductas y acciones, orientando claramente sus fines como medio de prevención de conductas inapropiadas; e.- Buscan lograr, mediante los mecanismos que incorporan, la transparencia del accionar del funcionario público; y f.- Aspiran a constituirse en un punto de referencia y en un instrumento para la educación ética de los servidores públicos.

¹³ Para mayores detalles consultar estadísticas publicadas en: <http://www.latinobarometro.org>

¹⁴ Los ochenta fueron años particularmente perturbadores para el Sistema de Justicia Penal británico debido, fundamentalmente, a una serie de errores judiciales que progresivamente socavaron su imagen. 1989 fue un año particularmente triste; en él acontecieron importantes escándalos, siendo el más célebre “the Guildford four”. Estos hechos colocaron en duda la legitimidad del proceso penal y la percepción negativa de la población respecto de la justicia se incrementó en forma

C. Principios rectores de la ética judicial

C.1. En los sistemas jurídicos occidentales es posible advertir dos verdades morales fundamentales aplicables a cualquier juzgador honesto, a saber, en primer lugar, que el deber principal de un juez es juzgar desde la perspectiva del Derecho; y, en segundo lugar, que el juez debe desempeñar su función en forma diligente y responsable¹⁵.

Para ello el juez debe asumir una actitud ética en relación a las diferentes influencias extrañas al Derecho. Así, ante las influencias

significativa. En los años siguientes se observó la liberación, no solamente de “the Guildford Four”, sino también “the Birmingham Six”, “the Tottenham Three” y “the Maguire Seven”. Todos los escándalos referidos resultaron en importantes reformas a la Administración de Justicia en Gran Bretaña (ver Rozenberg, Joshua, “Miscarriages of Justice”, publicado en Eric Stockdale y Silvia Casale, “Criminal Justice under stress”, Blackstone Press Limited, Great Britain, 1992; y Greer, Steven, “Miscarriages of Justice in the United Kingdom: a very British affair”, publicado en Oñati Proceedings N°17, 1995).

En el caso de Bélgica, cabe destacar que en la década de los setenta, “la mayor crítica al aparato judicial era la poca eficiencia y eficacia del proceso judicial, en particular tratándose de sectores sociales más desprotegidos (ver Van Houtte, Jean, “A socio-legal Approach of the Problems of Administration of Justice in Belgium”, publicado en “Belgian Report at the II International Congress of Procedural Law. Effectiveness of Judicial Protection and the Constitutional Order”, Kluwer Law y Taxation Publishers, Deventer/Netherlands, 1983, 1). En los años ochenta, en cambio, la excesiva duración de los procesos pasó a constituirse en la crítica más relevante del sistema, al punto de ser calificada como insoportable por Albert Fettweis (Fettweis, Albert, “La modernisation du procès civil et ses difficultés”, publicado en “Tien Jaar Gerechtelijk Wetboek”, IUS N°1, Kluwer Rechtswetenschappen, Antwerpen, 1981). Sin embargo, desde mediados de los años ochenta, una serie de casos criminales golpearon profundamente a la sociedad belga y a su sistema de justicia. Primero fueron los ataques colectivos de los asesinos de Brabante, luego el asesinato del ex ministro André Cools y, finalmente, en 1996, el escándalo Dutroux. Este último se constituyó en un símbolo de un sistema judicial colapsado, cuyas críticas concluyeron en la famosa “marche blanche”, la cual se realizó el 20 de octubre de 1996, convocando a más de 300.000 personas de todos los rincones del país, representantes de diferentes posturas políticas y orígenes sociales, a las puertas del “Palais de Justice”, generando una unidad pocas veces vista en Bélgica, la cual sirvió de antecedente a importantes reformas a su Sistema de Administración de Justicia.

¹⁵ Para mayores detalles consultar documento titulado “Ética Judicial”, publicado en: <http://www.cumbrejudicial.org>, p. 3.

provenientes del sistema social el juez debe ser independiente; respecto a las influencias provenientes de las partes en los procesos sometidos a su potestad, el juez debe ser imparcial; y frente a las influencias provenientes de sí mismo, el juez debe ser objetivo.

C.2. Adicionalmente, un cuarto principio rector de la ética judicial –junto con la independencia, la imparcialidad y la objetividad– es el profesionalismo, el cual se refiere “al ejercicio serio y responsable de la función jurisdiccional, con relevante capacidad y aplicación”¹⁶.

Entre los elementos que caracterizan el profesionalismo de un juez están el formarse en las virtudes judiciales y el actualizar sus conocimientos jurídicos estudiando la evolución de la doctrina, de la jurisprudencia y de la legislación.

El perfeccionamiento diario es uno de los principios rectores de la ética judicial –también conocidos como directrices básicas de la carrera judicial o virtudes judiciales¹⁷–, los cuales, más que en el cumplimiento de una serie de formalidades, se traducen en la capacidad de tomar decisiones judiciales rectas y correctas.

La importancia de la capacitación del juez como un imperativo ético del mismo ha sido destacada no solamente por códigos deontológicos sino por diferentes autores que se han preocupado de estudiar la ética judicial y, para ello, han preparado decálogos, declaraciones y manuales¹⁸.

¹⁶ Documento titulado “Ética Judicial”, publicado en: <http://www.cumbrejudicial.org>, p. 6.

¹⁷ Las principios rectores de la ética judicial también se conocen como virtudes judiciales, las cuales, de acuerdo a Alasdair Macintyre, son las “cualidades humanas adquiridas, cuya posesión y ejercicio tienden a hacer capaces a los juzgadores de lograr aquellos bienes que son inherentes a la práctica jurisdiccional y cuya carencia impediría a aquéllos, efectivamente, lograr cualquiera de tales bienes” (Documento titulado “Ética Judicial”, publicado en: <http://www.cumbrejudicial.org>, p. 7).

¹⁸ Así, Manuel Azuela Güitrón señala que “La excelencia profesional se obtiene a través del estudio y profundización de cada asunto que dé permanencia a los conocimientos; además, el estudio de la doctrina, la asistencia a cursos

D. Consagración de los principios rectores de la ética judicial

D.1. Los principios rectores de la ética judicial, según algunos, deben estar consagrados en las constituciones políticas de cada país; según otros, en códigos deontológicos, nacionales e internacionales. En el caso iberoamericano, como ya hemos señalado, destacan el Código Iberoamericano de Ética Judicial, el Estatuto del Juez Iberoamericano y la Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia en el Espacio Judicial Iberoamericano.

Sin embargo, existe un consenso general, en que, más allá de la fuente formal positiva que adopten los principios rectores de la ética judicial, ellos se deben integrar en las prácticas cotidianas de los jueces.

Tan así es que no resulta infrecuente que los códigos deontológicos establezcan sanciones por infracción a las reglas y principios en ellos contenidos; y tribunales de ética que conozcan de los procedimientos destinados a aplicarlas.

Revisados diferentes códigos de ética judiciales nacionales es posible advertir que los principios y reglas de ética judicial fundamentales son la independencia, la imparcialidad, la objetividad y el profesionalismo, ya mencionados, a los cuales se agregan otros, como aparece en el

y conferencias, enriquecen la formación del criterio jurídico y aumentan la preparación en temas específicos (...) Un juzgador con excelencia profesional y permanente actualización tiene mayor aptitud para impartir justicia pronta, completa e imparcial (...)” (“Diez ideas para aplicar en el trabajo cotidiano al servicio de México, en los diferentes cargos del Poder Judicial de la Federación”). Ignacio Burgoa Orihuela señala que “Todo juzgador debe tender a ser un jurisprudente por el estudio permanente del Derecho, pues sería absurdo que fuese un “juris ignorans”” (Decálogo). Juan Díaz Romero indica que “Debe ser un estudioso perpetuo, de modo que esté actualizado en la práctica, en la doctrina y en la jurisprudencia. No se admite rezago ni inmovilidad” (El ABC de la Deontología Judicial). Genaro David Góngora Pimentel señala que “los valores morales (éticos) y materiales (intelectuales y de capacidad) del juzgador es lo que garantiza la credibilidad de que el Poder Judicial Federal es un poder digno, porque se ajusta a los principios esenciales que consagra la Constitución en el desarrollo de la Administración de Justicia imparcial, justa y equitativa, que imparte”.

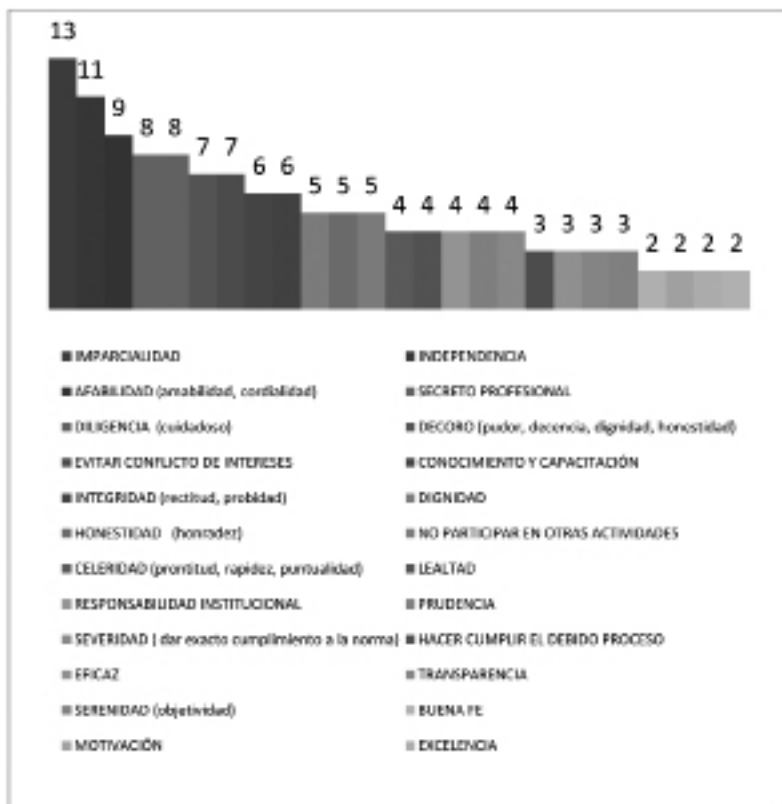
siguiente gráfico 1¹⁹, a saber: la afabilidad, la buena fe, la celeridad, el conocimiento y la capacitación, el decoro, la dignidad, la diligencia, la eficacia, la equidad, el evitar conflictos de intereses, la excelencia, el hacer cumplir el debido proceso, la honestidad, la integridad, la lealtad, la motivación, el no participar en otras actividades, la prudencia, la responsabilidad institucional, el secreto profesional, la serenidad, la severidad y la transparencia, ya se expresen con estos u otros nombres.

Algunos manuales de deontología jurídica van más lejos al incluir, entre los principios éticos, elementos asociados incluso a la competencia física, los que suponen cuidar aspectos tales como la alimentación y el sueño²⁰.

¹⁹ Gráfico publicado en documento titulado “Ética Judicial”, publicado en: <http://www.cumbrejudicial.org>, p. 6.

²⁰ Para mayores detalles, ver Humberto Mauro Marsich, “Manual de Deontología Jurídica”, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política S.C., México, 2000.

Gráfico 1
ESTADÍSTICA DE LOS PRINCIPIOS CONTENIDOS
EN LOS CÓDIGOS DE ETICA



D.2. En Chile destacan dos documentos fundamentales destinados a regular la ética judicial.

En primer lugar está el Auto Acordado sobre Principios de Ética Judicial y Comisión de Ética del Poder Judicial. Llama la atención en tal instrumento un distanciamiento de la formulación seguida por otros códigos deontológicos, en el sentido que si bien se recogen principios generalmente aceptados, hay algunos que no aparecen mencionados, advirtiéndose, además, la constatación de una cierta reacción a

determinados fenómenos locales que han afectado el desempeño ético de algunos jueces.

En lo que nos ocupa, si bien no se considera entre los principios generales un artículo referido a la capacitación judicial, sí cabe destacar que en el Capítulo I del mencionado auto acordado se señala la necesidad de “colocar la justicia en manos de servidores de clara idoneidad técnica, profesional y ética que los habilite para cumplir en forma adecuada con importantes demandas sociales, en continuo aumento, que se someten a su conocimiento y decisión”.

En segundo lugar, el artículo noveno ter del auto acordado considera una norma de clausura, la cual señala que “en lo no previsto en este Capítulo, regirán supletoriamente las disposiciones del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, las que pasarán a formar parte del presente acuerdo”.

En este último cuerpo normativo, sí aparece una referencia más detallada al tema de la capacitación judicial, el cual se denomina deber de conocimiento y capacitación, no menos importante que otras exigencias como son la independencia y la imparcialidad.

El Capítulo IV del Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial (artículos 28 a 34) regula el referido deber de conocimiento y de capacitación, también conocido como deber de ciencia, destacando como fundamento del mismo “el derecho de los justiciables y de la sociedad en general a obtener un servicio de calidad en la administración de justicia” (artículo 28).

Agrega el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial que el “juez bien formado es el que conoce el Derecho vigente y ha desarrollado las capacidades técnicas y las actitudes éticas adecuadas para aplicarlo correctamente” (artículo 29).

Se indica, a continuación, que “la obligación de formación continuada de los jueces se extiende tanto a las materias específicamente jurídicas como a los saberes y técnicas que puedan favorecer el mejor

cumplimiento de las funciones judiciales” (artículo 30), destacando, enseguida, la necesidad de privilegiar “las materias, las técnicas y las actitudes que conduzcan a la máxima protección de los derechos humanos y el desarrollo de los derechos constitucionales” (artículo 31).

Concluye el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial con una serie de disposiciones que promueven un rol activo del juez “en la formación de los otros miembros de la oficina judicial” (artículo 32); en “las actividades conducentes a la formación judicial” (artículo 33); y en la contribución, “con sus conocimientos teóricos y prácticos, al mejor desarrollo del Derecho y de la administración de justicia” (artículo 34).

E.- El deber de capacitación judicial: Su delimitación

E.1. El deber de ciencia supone el conocimiento del derecho vigente y el desarrollo de las capacidades técnicas y las actitudes éticas adecuadas para aplicarlo correctamente. Precisamente es a ello a lo que se refiere el artículo 29 del Código Iberoamericano de Ética Judicial al definir a un juez bien formado.

El deber de ciencia supone, entonces, tanto una preocupación por la formación como por la información que requieren los jueces para el ejercicio de la jurisdicción. La primera dice relación con el ethos judicial; en tanto la segunda, con el conocimiento del derecho vigente así como de la evolución de la doctrina y de la jurisprudencia, en particular en el ámbito de la competencia propia y siempre dentro de un contexto axiológico fundamental, dado principalmente por el respeto y promoción de los derechos humanos, tal como lo señala el Código Iberoamericano de Ética Judicial, máxime considerando el rol fundamental que ellos han adquirido en la protección del individuo en las sociedades contemporáneas, constituyéndose en promesas de las democracias que los jueces están llamados a guardar, en concordancia con las grandes transformaciones recientes de la justicia²¹, asociadas a la

²¹ Garapon, Antoine, “Le Gardien des Promesses. Justice et Démocratie”, Editions Odile Jacob, Paris, 1996.

constitucionalización y a la internacionalización del derecho, enunciadas por Mauro Cappelletti.

E.2. El cumplimiento del deber de capacitación judicial no obedece solamente a una inquietud intelectual o a un asunto de estatus social. Se trata de una materia estrechamente vinculada con la eficacia y la eficiencia de la administración de justicia.

Así, un juez bien formado podrá organizar de una mejor manera su trabajo judicial; y estará en condiciones de contribuir a una correcta observancia de las garantías del debido proceso, no solamente en lo propiamente procesal sino que también en lo sustantivo. Se lograrán de este modo decisiones judiciales más oportunas y mejor fundadas, favoreciéndose la legitimación del juzgador ante la comunidad, mejorando la interrelación entre el Poder Judicial y el ciudadano, produciéndose, en definitiva, un positivo impacto en la percepción y consiguiente evaluación de la administración de la justicia por parte de la ciudadanía²².

F.- El deber de capacitación judicial: Su consagración en Chile

F.1. La necesidad de una adecuada formación de los jueces ha sido un anhelo largamente sentido por la comunidad jurídica nacional. No en vano, el establecimiento de una Escuela Judicial constituyó una antigua demanda del Poder Judicial, manifestada por diferentes Presidentes de la Corte Suprema, con ocasión de sendos discursos inaugurales del año judicial. Así lo hizo Osvaldo Illanes, en 1968; Ramiro Méndez, en 1970; Israel Bórquez, en 1980; y Luis Maldonado, en 1989 y 1990.

²² Sobre este tipo de estudios cabe destacar la labor desarrollada por José Juan Toharia. Para mayores detalles, ver Toharia, José Juan, "Evaluation systems of justice through public opinion: Why, what, who, how and what for?" publicado en E.G. Jensen y E. Thomas (editors), "Beyond common knowledge: empirical approaches to the Rule of Law", Stanford University Press, Stanford, 2003.

Tales voces no cayeron en el desierto ya que, a fines del siglo XX, se promulgó la Ley N° 19.374²³. Esta ley creó la Academia Judicial²⁴⁻²⁵, la cual se consolidó, a los pocos años, como la reforma judicial más exitosa de la década, al generar el mayor consenso de aprobación satisfactoria entre los miembros de la cultura legal interna: ministros de Cortes de Apelaciones, jueces de letras y abogados. Más del 90% de tal universo consideró a la referida ley como positiva, tal como aparece en la siguiente tabla:

Evaluación de la Ley N° 19.346 (“Crea la Academia Judicial”), por los ministros de Cortes de Apelaciones, los jueces de letras y los abogados

	Muy de acuerdo con la reforma	De acuerdo con la reforma	Reforma de poca importancia	En desacuerdo con la reforma	En total desacuerdo con la reforma	Total
Abogados	44 (58.6%)	25 (33.3%)	3 (4.0%)	3 (4.0%)	-	75
Jueces de letras	44 (72.1%)	14 (22.9%)	1 (1.6%)	2 (3.2%)	-	61
Ministros de Cortes de Apelaciones	27 (79.4%)	6 (17.6%)	-	1 (2.9%)	-	34
TOTAL	115 (67.6%)	45 (26.5%)	4 (2.4%)	6 (3.5%)	-	169 (100%)

Fuente: Onfray Vivanco, Arturo. Survey on the Performance of Chilean Justice Administration and its Judicial Reform (1970-2000). Katholieke Universiteit Leuven; Law and Society Institute, Faculty of Law, Leuven, 2005.

²³ La Ley N° 19.374 fue publicada en el Diario Oficial de 18 de febrero de 1995.

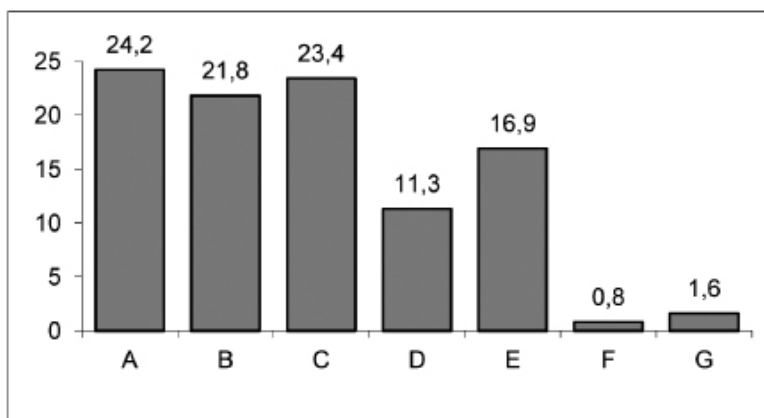
²⁴ Antes de la creación de la Academia Judicial, la formación de magistrados en Chile, adicional a la recibida en la universidad conducente al grado de licenciado en ciencias jurídicas, fue básicamente informal. Así, en general, era también el caso para el resto de América Latina.

²⁵ La Academia Judicial, de acuerdo con el artículo 1° de la Ley N° 19.346, tiene por finalidad “la formación de los postulantes a cargos del Escalafón Primario del Poder Judicial y el perfeccionamiento de todos los integrantes de dicho Poder del Estado”. En el momento que terminamos este artículo ya se han cursado más de sesenta programas de formación, además de cientos de cursos de perfeccionamiento.

F.2. Los llamados de los Presidentes de la Corte Suprema estaban profundamente asentados en la realidad del Poder Judicial, la cual indicaba que, a comienzos de los años noventa, una de las principales debilidades de los jueces de letras, con menos de cinco años de ejercicio como tales, era la falta de calificación técnica jurídica. En efecto, según confirman estudios de entonces, reflejados en el siguiente gráfico 2, los principales problemas que tales jueces debían enfrentar eran la falta de suficiente calificación técnica jurídica (24,2%); la carga excesiva de trabajo (23,4%) y la falta de preparación en materias no jurídicas (21,8%).

Gráfico 2

PRINCIPALES DIFICULTADES EXPERIMENTADAS POR LOS JUECES DE LETRAS EN SUS PRIMEROS CINCO AÑOS DE EJERCICIO (%)



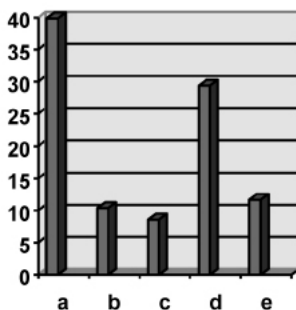
- A.** Falta de suficiente calificación técnica jurídica
- B.** Falta de preparación en materias no jurídicas
- C.** Exceso de trabajo
- D.** Falta de elementos materiales
- F.** Problemas de estructura y de funcionamiento del tribunal
- G.** Otros

Muestra válida: 124 de 165 (75.15%) (Muestra total: 165 jueces (50.76%) de un total de 327 (100.00%))

Fuente: Onfray Vivanco, Arturo. Las necesidades de capacitación de los jueces de primera instancia. Corporación de Promoción Universitaria. Santiago, Chile, 1992.

Diez años después, una vez instalada la Academia Judicial, tales resultados variaron en forma notable, según aparece en el siguiente gráfico 3, confirmando así la importancia del establecimiento de la Academia Judicial. En efecto, el exceso de trabajo pasó a ocupar el primer lugar en las dificultades experimentadas por los jueces de primera instancia en sus primeros cinco años de ejercicio como tales, desplazando la falta de suficiente calificación técnica jurídica y la falta de preparación en materias no jurídicas al segundo y tercer lugar, respectivamente, con porcentajes notoriamente inferiores.

Gráfico 3
PRINCIPALES DIFICULTADES EXPERIMENTADAS POR LOS JUECES DE LETRAS EN SUS PRIMEROS CINCO AÑOS DE EJERCICIO (%)



- Exceso de trabajo
- Problemas de estructura y funcionamiento del tribunal
- Falta de elementos materiales
- Falta de suficiente calificación técnica jurídica
- Falta de preparación en materias no jurídicas

Muestra válida: 163 de 179 (91,0%).

Fuente: Onfray Vivanco, Arturo. Survey on the Performance of Chilean Justice Administration and its Judicial Reform (1970-2000). Katholieke Universiteit Leuven; Law and Society Institute, Faculty of Law, Leuven, 2005.

Tales cambios, junto con otros aspectos –entre los cuales se incluyen las reformas a la Justicia Penal, a la Justicia de Familia, a la Justicia Laboral y a la Justicia Aduanera y Tributaria–, han impactado en la

percepción de la Administración de Justicia, la cual ha pasado de ser ampliamente negativa a moderadamente optimista²⁶.

F.3. No obstante los valiosos resultados de la Academia Judicial, manifestados en la categórica aprobación, ampliamente positiva, de parte de la cultura legal interna, es posible advertir que la capacitación judicial y, en definitiva, la formación de los recursos humanos del Poder Judicial no puede quedar limitada a los esfuerzos conducidos por la referida Academia, la cual constituye una manifestación de instrucción formal en el proceso de capacitación de los jueces.

G.- El deber de capacitación judicial: Algunos cambios pendientes

G.1. La capacitación de los jueces, como necesidad ética, puede estar vinculada, como ya lo hemos adelantado, con la formación y la información. En el primer caso se trata de enseñar a los jueces los elementos centrales de la ética judicial, con miras a su integración en un corpus conductual. En el segundo caso se trata de informar a los jueces de la evolución de la doctrina, la jurisprudencia y la legislación, a fin de mejorar la calidad de las decisiones judiciales e impactar positivamente en el desarrollo de los procesos, en particular en lo relativo a la oportunidad o duración de los mismos²⁷. Se trata así, en

²⁶ Para mayores detalles, ver Onfray Vivanco, Arturo Felipe, "Civil Justice Reform in Chile - Context, precedents and contributions from a conflict perspective", Katholieke Universiteit Leuven, Faculty of Law, 2010.

²⁷ La duración promedio de ambas instancias en los procedimientos ordinarios de mayor cuantía seguidos en la Región Metropolitana, conforme a una muestra de 658 expedientes correspondientes al año 1991, es de 1009 días (Cerdeña Fernández, Carlos, "La Duración de los Procedimientos Ordinarios en los Juzgados de la Región Metropolitana", Fondecyt, Santiago, 1992). La duración promedio de ambas instancias en los procedimientos sumarios seguidos en la Región Metropolitana, conforme a una muestra de 805 expedientes correspondientes al año 1991, es de 325 días (Cerdeña Fernández, Carlos, "La Duración de los Procedimientos Sumarios en los Juzgados de la Región Metropolitana", Fondecyt, 1993, 4). La duración promedio de ambas instancias en los procedimientos de menores seguidos en la Región Metropolitana, conforme a una muestra de 300 expedientes correspondientes al año 1993, es de 505 días (Onfray Vivanco, Arturo, "La Duración de los Procedimientos en los Juzgados de Menores del Área Metropolitana", Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, Santiago, 1994).

definitiva, de lograr instituciones procesales eficaces y eficientes para la Administración de Justicia²⁸.

G.2. El impacto de la enseñanza formal de los jueces necesariamente es limitado, a pesar de las positivas evaluaciones que han llevado a posicionar al establecimiento de la Academia Judicial como la reforma a la administración de justicia que ha logrado generar un mayor grado de consenso sobre su bondad. Las convicciones y voluntades tienen una génesis que se remonta a la más tierna infancia. Hay un elemento de intimidad que, en especial tratándose de adultos, como son los jueces que ingresan a la Academia Judicial, es difícil de cambiar. Si a ello se agregan otros elementos críticos como son la brevedad de los procesos de formación y la exclusión casi absoluta de ingreso al Escalafón Primario del Poder Judicial por parte de quienes no han cursado el programa de formación a la Academia Judicial, es posible advertir la necesidad de desarrollar una reflexión crítica sobre la misma, a quince años de su establecimiento.

Lo anterior no supone, sin embargo, desconocer la importancia de la enseñanza formal de la ética judicial ni, por cierto, del positivo rol que

²⁸ La evolución reciente del Derecho Procesal indica un creciente interés en superar la distancia existente entre la 'ley en los libros' y la 'ley en acción'. De hecho, de la revisión de los Congresos Internacionales de Derecho Procesal, organizados por la Asociación Internacional de Derecho Procesal, fácil es advertir tal derrotero. Así en los congresos celebrados en Gante (1977), Würzburg (1983) y Utrecht (1988), se privilegió el análisis de temas con un significativo impacto práctico, a saber, la evolución hacia una justicia con rostro humano (Gante), la eficacia de la protección judicial y el orden constitucional (Würzburg) y la justicia y la eficiencia (Utrecht). Si bien los congresos de la Asociación Internacional de Derecho Procesal se remontan al año 1950, siendo el primero de ellos celebrado en Bolonia, no es sino hasta 1977 cuando se reorienta, de algún modo, la línea de trabajo de la Asociación, del procesalismo a la administración de justicia. La Asociación Internacional de Derecho Procesal, en los años siguientes al encuentro de Utrecht, ha continuado con el análisis de temas de vanguardia. Así, en Coímbra y Lisboa, en Portugal, en 1991, se revisa el papel y organización de los magistrados y abogados en las sociedades contemporáneas. Unos años después, en 1995, en Taormina, Italia, se consideran los aspectos transnacionales de la Ley Procesal. Luego, en 1999, en Viena, Austria, se discute la Ley Procesal en los albores del nuevo tiempo. En México, en el año 2004, se discute la importancia del Derecho Procesal y las culturas jurídicas. Finalmente, en el año 2007, en Salvador de Bahía, en Brasil, se revisan las nuevas tendencias de la ciencia procesal.

en ello le cabe a la Academia Judicial. Sin embargo, creemos que hay sistemas complementarios irrenunciables para tal propósito, como, por ejemplo, la experiencia directa, la formación individual y la observación de los otros como modelo ético.

G.3. En relación con la experiencia directa, es meridianamente claro que ella resulta esencial, para capacitar adecuadamente a los jueces. Sobre el particular, es posible mencionar que algunas investigaciones han procurado determinar cuáles actividades desarrolladas por los jueces son aquellas en las cuales experimentan mayores dificultades. Las primeras prioridades han sido ocupadas por la apreciación de la prueba y por la determinación de lo justo. A su vez, en las materias de las cuales debe conocer un juez, aquella en la que experimentan mayores dificultades, después de la informática, es la interpretación jurídica²⁹. Si se observa con atención, es posible advertir que se trata de actividades y materias que más que el aporte de un marco teórico requieren el desarrollo de una praxis cotidiana, ya que esta última constituye la más idónea forma de enseñanza en la especie. En tal contexto, la experiencia directa, adecuadamente supervigilada, se revela como un camino fundamental de capacitación judicial.

Con respecto a la formación individual, ella constituye un hábito esencial, coherente con la dimensión activa que promueve el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, en sus artículos 32 a 34, más aún considerando que la respuesta a la demanda judicial no puede ser unívoca en consideración a factores culturales, geográficos, históricos y sociales, razón por la cual el necesario perfeccionamiento de la respuesta judicial exige el esfuerzo individual del juzgador, el cual representa el desafío que hace dinámica y no estática a la administración de justicia.

La observación de los otros, a su vez, constituye un elemento central, frecuentemente olvidado, de la capacitación judicial, particularmente tratándose de la formación ética de los jueces. De allí la

²⁹ Para mayores detalles, ver Onfray Vivanco, Arturo Felipe, “Las necesidades de capacitación de los Jueces de Primera Instancia”, Serie Estudios N° 1, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1993.

gran responsabilidad que tienen los jueces con más experiencia. Un juez que constituye un modelo ético vivo –ajeno, eso sí, a los endiosamientos propios de los ídolos de cristal– es capaz de motivar y formar a una pléyade de discípulos, los cuales, a su vez, pueden impactar y transformar profundamente el medio en el cual se desempeñan.

G.4. En el ámbito de la enseñanza formal, cuyo rol central en la capacitación judicial no es posible ignorar, se sugiere que la enseñanza de la ética no se limite a enunciar un listado de deberes con sus respectivas fuentes normativas. Tal aproximación al fenómeno jurídico debe ser complementada con la revisión de sus dimensiones axiológica y fáctica, siguiendo para ello los postulados de la teoría tridimensional del derecho, formulada por el ilustre filósofo brasileño Miguel Reale³⁰.

En el campo de la información qué duda cabe de la rapidez en los cambios de la doctrina, de la jurisprudencia y de la legislación. Si a ello se agregan progresos asociados, por ejemplo, a la organización y planificación de las instituciones así como a las nuevas tecnologías, la necesidad de capacitación formal se revela en forma manifiesta, ya que, de lo contrario, es decir si no se estudia, parafraseando a Eduardo Couture, en su celeberrima obra “Mandamientos del abogado”, el juez será cada día menos juez³¹.

³⁰ Miguel Reale (1910-2006) fue el más importante filósofo del derecho brasileño del siglo XX. Además de ser el autor de la mundialmente conocida teoría tridimensional del derecho, trabajó, desde 1941, como profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo, donde fue rector dos veces, primero entre 1949-1950 y, luego, entre 1969-1973. Fundó el Instituto Brasileiro de Filosofia (1949) y la Sociedad Interamericana de Filosofía (1954). Publicó varios libros, siendo los más importantes los siguientes: “Fundamentos do Direito” (1940), “Filosofia do Direito” (1953), “Teoria Tridimensional do Direito” (1968) and “O Direito como experiência” (1968).

³¹ Couture, Eduardo, “Los Mandamientos del Abogados”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2007.

H.- A modo de conclusión

De las líneas que preceden hay algunas ideas fundamentales que deben ser destacadas a modo de conclusión:

En primer lugar, es posible constatar una “revalorización” de la ética judicial, en un contexto de cambios profundos en los sistemas de administración de justicia en Occidente y de una creciente toma de conciencia de la gravedad económica y social del fenómeno de la corrupción. Lo anterior se ha manifestado en diversos instrumentos, nacionales e internacionales. En el caso de Chile, estos son el Auto Acordado sobre Principios de Ética Judicial y Comisión de Ética del Poder Judicial, y el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial.

En segundo lugar, se puede afirmar, con certeza, que uno de los elementos centrales de la ética judicial dice relación con la capacitación de los jueces, la cual importa la necesidad de formarlos en las virtudes judiciales e informarlos en la evolución reciente de la doctrina, de la jurisprudencia y de la legislación.

En tercer lugar, se debe reconocer que la capacitación judicial constituye un elemento central de la correcta administración de justicia y, en particular, del debido proceso, razón por la cual deben conducirse los mejores esfuerzos en orden a perfeccionar los modelos de capacitación judicial actualmente existentes ya que ello constituye un deber ético fundamental en las sociedades democráticas contemporáneas.

Finalmente, en cuarto lugar, se ha sugerido fortalecer la capacitación judicial, más allá de los límites de la instrucción formal, acotada en Chile a la loable labor de la Academia Judicial, incorporando o fortaleciendo instrumentos tales como la experiencia directa, la formación individual y la observación de los otros.

VIOLENCIA DELICTIVA E INSTITUCIONES. UN ENSAYO SOBRE CRIMEN Y JUSTICIA EN VENEZUELA CONTEMPORÁNEA

Rogelio Pérez Perdomo¹

RESUMEN: *El presente artículo analiza las relaciones entre la criminalidad violenta, la que ha experimentado un significativo crecimiento, y las transformaciones del sistema de justicia en el último cuarto de siglo en Venezuela.*

PALABRAS CLAVE: *Criminalidad violenta – Sistema de Administración de Justicia – Venezuela.*

ABSTRACT: *This article analyses relations between violent crime, which has experienced significant growth, and transformations of the justice administration system in the last quarter of century in Venezuela.*

KEYWORDS: *Justice administration system – Venezuela – Violent crime.*

¹ **ROGELIO PÉREZ PERDOMO.** Estudios de Derecho (Universidad Central de Venezuela) y de Filosofía y Sociología (Universidad de París), Magister en Derecho (Universidad de Harvard) y Doctor en las Ciencias del Derecho (Universidad Central de Venezuela). Profesor y ex decano de la Universidad Metropolitana (Caracas). Profesor visitante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Stanford. Director Científico del Instituto Internacional de Sociología Jurídica, Oñati (1991-1992). Presidente del Research Committee on Sociology of Law de la International Sociological Association (1992-1995). Director Académico del Stanford Program for International Legal Studies (1999-2001). Premio a la Investigación y Creación Intelectual (Universidad Metropolitana, 2005-2006). International Scholarship Prize (Law and Society Association, 2011).

TABLA DE CONTENIDOS: *Planteamiento. Los rostros de la violencia y de la autoridad. Reforma judicial y revolución. La prisión como metáfora. Referencias.*

TABLE OF CONTENTS: *General approach. Faces of violence and of the authority. Judicial reform and revolution. Prison as a metaphor. References.*

Planteamiento²

Este ensayo tratará de explicar las relaciones entre la criminalidad violenta y las transformaciones del sistema de justicia en el último cuarto de siglo en Venezuela. En líneas generales lo que ha pasado es un incremento enorme de la criminalidad violenta, aunque con velocidades distintas, en las décadas de 1990 y de 2000. De inicio conviene advertir que no se postula que el incremento de la criminalidad violenta pueda ser explicado por los cambios en el sistema de justicia y sólo por éstos. Aceptamos que la criminalidad violenta tiene factores diversos pero es razonable pensar que el funcionamiento del sistema de justicia y la capacidad de castigar efectivamente a los criminales puede ser un elemento importante. Por esto este ensayo se propone analizar si esa relación se ha dado en Venezuela y cuáles han sido las modalidades de la misma.

El trabajo debe ser leído como un ensayo que se basa en investigaciones previas publicadas desde hace más de dos décadas por el autor en compañía de colegas (Alguíndigue & Pérez Perdomo, 2008a, 2008b, 2012; Briceño León & Pérez Perdomo, 2002; Navarro & Pérez Perdomo, 1991) o por sí mismo (Pérez Perdomo, 1995, 2004, 2005, 2011). Es además parte de un seminario en el cual colegas que han trabajado persistentemente el tema y han producido un volumen

² Versión escrita de la exposición en el seminario sobre inseguridad en Venezuela en el Woodrow Wilson International Center for Scholars, Washington, D.C., el 30 de mayo de 2012. Agradezco a los participantes en este seminario, y en especial a R. Briceño-León, por la discusión, y a M.E. Díaz por las correcciones a la primera versión escrita del trabajo.

muy impresionante de datos y de análisis presentaron sus hallazgos. En ese sentido, lo que aporta es reflexión sobre la relación que deseamos analizar. Sin embargo, pongamos los datos más relevantes para explicar el problema. En la década de 1970 y 1980 las tasa de homicidio en Venezuela eran relativamente bajas. En 1970 la tasa de homicidios era de 5,3 por 100.000 habitantes, en claro contraste con otros países de América Latina, con tasas muy superiores (Colombia, 22,3; Perú, 19; Chile, 13) (Canestri, 1975). En 1986 la tasa había subido a 8,4 por 100.000 habitantes, superior a la de Chile, que había bajado a 6 y la de México (7,4), pero todavía inferior a la de los Estados Unidos (8,6). Los secuestros eran delitos muy pocos frecuentes. A comienzo de la década de 1990 el número de homicidios se incrementó sustancialmente y a mediados de esa década se estabilizó hacia los 20 por 100.000 habitantes (Navarro & Pérez Perdomo, 1991; Briceño-León, Avila & Camardiel, 2012:56). Los secuestros se hicieron un delito frecuente. En 1999 tuvo un súbito incremento a 25, en 2000 a 32. En la última década el número de homicidios ha mantenido un incremento constante, superando a partir de 2008 los 50 por 100.000 habitantes. En 2011 alcanzó 67, una de las tasas más altas del mundo (Briceño-León, Avila & Camardiel, 2012:61). La situación no deja de empeorar. En el primer semestre de 2012 la cifra de homicidios es superior en un 8 por ciento a la del período equivalente de 2011 (El Universal 14-07-12, pag 3-12, con cifras del Ministro de Relaciones Interiores) lo que permite estimar una cifra de 70 por 100.000 habitantes para este año.

Estas cifras son promedios nacionales. Hay zonas peores que otras. Aun dentro de ciudades con cifras terribles, como Caracas, hay áreas más protegidas. La revolución venezolana no es igualitaria en esta materia. Los recursos públicos se usan para proteger la nomenclatura del régimen, y las personas privadas con recursos económicos compran relativa seguridad encerrándose en fortalezas, contratando empresas privadas de seguridad o evitando salir de determinadas áreas que consideran protegidas (Pérez Perdomo, 2005).

Los rostros de la violencia y de la autoridad

Tomamos el título de Aniyar de Castro (1975) para indicar que en la década de 1970 se percibió un problema de violencia, pero se lo pensaba de manera distinta. En esa época la violencia como problema era la del movimiento de guerra de guerrillas lanzado en Venezuela por el Partido Comunista y el Movimiento de Izquierda Revolucionaria y la respuesta que recibió de los gobiernos de Rómulo Betancourt (1959-1964) y Raúl Leoni (1964-1969) (Araujo, 1968). Durante la primera presidencia de Rafael Caldera (1969-1974) el problema fue resuelto con una política de pacificación que permitió que los partidos rebeldes renunciaran a la lucha armada y se reintegraran a la vida política usual. La policía civil sufría de considerable desorganización e indisciplina, por lo cual el Presidente Caldera decidió como política de Estado que los jefes policiales iban a ser oficiales de la Guardia Nacional. Esta política tuvo continuidad por muchos años y tuvo consecuencias importantes.

La Guardia Nacional es parte de las Fuerzas Armadas Nacionales y tradicionalmente cumplían la labor de protección de aduanas, fronteras, carreteras y vías rurales. Puede auxiliar la policía civil en caso de necesidad. La designación de oficiales de la Guardia Nacional como jefes policiales impidió la profesionalización de la policía, pues quien se formara como oficial de policía sabía que tenía un techo bajo para su avance.

En la década de 1980 la inseguridad personal comenzó a ser percibida como un problema social importante. El temor principal era ser robado o que los bienes fueran hurtados, pero el número de homicidios se mantuvo relativamente bajo, como ya hemos señalado. El problema estaba altamente concentrado en Caracas, pero se vivía vicariamente en el interior del país gracias a los medios de comunicación. La policía pasó a ser parte del problema de la inseguridad: los ciudadanos percibían a los policías como posibles asaltantes y tenían miedo de denunciar delitos para evitar que los policías completaran la labor de los (otros) delincuentes (Navarro & Pérez Perdomo, 1991; Pérez Perdomo, 1991). Los tribunales de justicia no tenían la menor capacidad de controlar la policía y de hecho funcionaban con lentitud y en definitiva, como una

red en reverso, que podía atrapar a los pequeños delincuentes pero dejaba escapar a los organizados y a otros “peces gordos”. En esta época se hizo igualmente patente que la mayor parte de los presos no sólo eran hombres jóvenes de clase baja sino que estaban presos preventivamente. Eran presos sin condena, es decir, jurídicamente inocentes. La justicia penal era una patente fuente de injusticia y de violación de derechos humanos (Zaffaroni, 1986).

La respuesta que se dio al problema del temor al delito o inseguridad bajo la presidencia de Jaime Lusinchi (1984-1989) fue la de facilitar la adquisición y porte de armas por las personas responsables, o en el lenguaje tradicional del derecho venezolano, los buenos padres de familia. La política tiene sentido en un razonamiento económico: si los ciudadanos están armados, los delincuentes sabrán que su actividad puede resultar más peligrosa. Esto debe producir una baja en el número de delitos. Por otra parte, el ciudadano armado se sentirá más seguro y el problema del temor al delito amainará. Lo que no vieron quienes tomaron las decisiones es que las armas podían caer fácilmente en manos de los delincuentes y hacer la delincuencia más letal. Veremos luego que esto fue lo que efectivamente ocurrió.

En la primera mitad de la década de 1990 el país vivió una grave crisis política. El llamado *Caracazo* de febrero 1989 fue un motín producido por la escasez de alimentos y un fuerte aumento en los precios del transporte público. En febrero de 1992 un grupo de jóvenes oficiales del ejército encabezados por Hugo Chávez intentaron un golpe militar y en noviembre del mismo año un grupo de la aviación también se rebeló. La reacción de la población ante estos eventos mostró que los partidos políticos habían perdido el arraigo popular y que la institucionalidad democrática era débil. La importante reforma política que había sido preparada en la segunda mitad de la década de 1980 ante los síntomas de crisis se puso en vigor en 1989 y consistió en descentralización del país y mayor participación popular, pero no tuvo el efecto re-legitimador que se esperaba. La nueva política económica, que consistió en apertura de mercados y desregulación, rápidamente generó crecimiento económico pero no fue apreciada por la población porque también implicó un aumento importante en el costo de vida. La elección de Rafael Caldera

como candidato fuera de los partidos tradicionales hizo pensar que la crisis había sido superada, pero no ocurrió así. En 1998, el electorado escogió a Hugo Chávez como Presidente, con un programa radical de refundar la República. Chávez fue un candidato sin vínculos con los partidos políticos tradicionales que fue apoyado por el Movimiento al Socialismo, el Partido Comunista y otros pequeños grupos.

Durante la turbulenta primera mitad de la década de 1990 la violencia delictiva se desató. El índice de homicidios subió de 13 a 22 (Briceño León & Pérez Perdomo, 2002). Los robos de automóviles se incrementaron substancialmente y hubo la percepción de que muchos homicidios eran robos que no habían funcionado como previsto por los delincuentes. No hubo cambios legales de importancia. Se acentuó la política de mano dura. En la práctica esto se traducía en frecuentes *redadas*, en las cuales la policía preventiva civil (Policía Metropolitana en la época), la Guardia Nacional y otros cuerpos policiales cercaban un área de la ciudad, chequeaban quienes circularan para constatar porte de armas y antecedentes policiales y judiciales. Usualmente se hacían en la noche y duraban hasta el amanecer. A los millares de detenidos se los transportaba a centros policiales para el chequeo. Al final la policía mantenía a una o dos docenas por porte ilícito de armas o por tener en su contra autos de detención.

La redada era característica de la mano dura: se sometía a muchos ciudadanos a vejaciones e indignidades sin un efecto visible sobre los problemas de violencia delictiva. El General-Comandante de la Policía de Caracas reconoció que estaba consciente de su poca eficacia pero que tenían que hacer algo para prevenir el delito (Navarro & Pérez Perdomo, 1991).

En la segunda parte de la década, con una mayor estabilidad política, se ensayó una política de controlar los mercados ilegales. Los sitios donde se compraba relojes y “oro quebrado” (joyas en mal estado) y los negocios que compraban automóviles para despedazarlos y utilizar sus partes como repuestos (“chiveras”) fueron investigados y controlados por la policía. El efecto en la disminución de los crímenes violentos fue inmediato y visible aunque moderado en el número de robos y hurtos. Esta

política atacó el aprovechamiento económico de los bienes provenientes del delito. Es notable que haya podido influir en una cierta caída también de los homicidios, pues sabemos que éstos son intentos de robo que por inexperiencia del delincuente o de la víctima terminan en homicidios. Entre 1995 y 1998 el promedio anual de los homicidios fue 20,5 por 100.000 habitantes, tasa ligeramente inferior a la de los primeros años de la década (Briceño-León & Pérez Perdomo, 2002; Briceño-León, Ávila & Camardiel, 2012).

Si bien hubo cambio en las políticas policiales, el sistema judicial permaneció inalterable. La política policial es importante, pero los aprehendidos por la policía debían (y deben) ser puestos a la disposición de los jueces. Un sistema judicial que favorezca a los delincuentes organizados o con recursos para defenderse legalmente está estructurado para dejar escapar los peces gordos y no está preparado para una intervención y control de los mercados ilegales. De allí que el cambio en la política policial tenía necesariamente efectos limitados al encontrarse con una judicatura ineficiente y corrupta. El sistema judicial se percibió entonces como un elemento importante que podía bloquear cualquier cambio en las políticas policiales y que tenía que ser reformado (Pérez Perdomo, 1991).

La difícil relación entre el crecimiento de la delincuencia con el sistema judicial se veía reflejado en las prisiones. Éstas comenzaron a poblarse desde temprano. En 1980 hubo graves incidentes en la principal prisión de Caracas (la Cárcel Modelo), lo cual obligó al cambio de la regla tradicional que requería realizar el proceso penal con el enjuiciado en prisión. La Ley de Sometimiento a Juicio y Suspensión Condicional de la Pena (1980) permitió el juicio en libertad y posibilitó la suspensión condicional de la pena para no reincidentes que cometieran delitos no muy graves. Esta ley fue reformulada en 1993, con el nombre de Ley de Beneficios en el Proceso Penal, manteniendo su espíritu. El número de “beneficiados” por tales leyes fue alto. Entre 1980 y 1990 fueron 114.289 personas (o un promedio anual de casi 10.400 por año) (Jiménez, 1991), pero el efecto en la población penitenciaria no fue el esperado. Esta población creció de 13.000 en 1980 a 25.000 en 1984 y luego se estabilizó en cerca de los 30.000 reclusos al final de la década, llegando

al punto máximo de 31.000 en 1991. Fue un aumento importante también en números relativos, pues pasó de 88 a 154 por 100.000 entre 1980 y 1991. La proporción de presos sin condena bajó moderadamente pero se mantuvo alta: 76 por ciento en 1980 a 65 por ciento en 1990 y 60 en 1998 (Morais, 2011; Pérez Perdomo, 1995; Alguíndigue & Pérez Perdomo, 2008a, 2008b).

Puede apreciarse que los cambios en las reglas de derecho que conciernen a la justicia penal se concentraron en resolver lo que se consideraba el problema del exceso de población penitenciaria al permitir a los jueces dictar medidas substitutivas a la prisión tanto para procesados como condenados. En líneas generales se aprecia que los jueces usaron esas facultades, pero sin un efecto contundente en el número de presos ni en la proporción de presos sin condena.

Hay varias explicaciones para ese modesto resultado. Uno es el considerable aumento del número de delitos y el incremento del número de detenidos por drogas, respecto a los cuales se dictaron reglas severas que impedían el enjuiciamiento en libertad. Otro factor importante fue la duración de los procesos. Aunque el sistema no medía esa duración la percepción era de una tendencia a la lentitud que se exacerbaba en relación con los procesados de bajos recursos que carecían de una defensa eficaz (Torres, 1987). En 1987 el Consejo de la Judicatura hizo una investigación y descubrió que había un número significativo de “presos olvidados”. Estos eran detenidos sometidos a proceso en un tribunal pero que por diversas razones burocráticas habían sido perdidos para el tribunal. Los expedientes aparecían como paralizados y no se fijaban actos que dieran continuidad al proceso. Obviamente era una falla en el funcionamiento administrativo o burocrático del tribunal y también falta de comunicación entre la administración de prisiones y los tribunales (Pérez Perdomo, 1995).

En resumen, se aprecian cambios en políticas policiales y modestos cambios en el procedimiento, pero se apreció que un sistema judicial burocratizado, en el sentido negativo de la expresión, e ineficiente, era la piedra de tranca de cualquier intento de transformación y que, en definitiva, el sistema era injusto e inhumano. En la época existía el

consenso entre los estudiosos del derecho procesal penal y los organismos internacionales (Carranza et al., 1983) de que el problema radicaba en el tradicional procedimiento inquisitivo, escrito y mediato, que generaba burocratización, lentitud, oportunidades de corrupción y alejamiento entre los involucrados en el procedimiento y los juzgadores. Por esto se planteó una reforma de la justicia penal como la respuesta adecuada a las severas dificultades encontradas.

Reforma judicial y revolución

A mediados de la década de 1990 varios grupos comenzaron a trabajar por separado en cambios importantes en el sistema judicial. Uno de estos grupos trabajó sobre el procedimiento penal y elaboró un nuevo código que cambiaba sustancialmente al tradicional. El nuevo procedimiento, que se plasmó en el Código Orgánico Procesal Penal de 1998, estableció un procedimiento oral, adversario o acusatorio, con estrictas limitaciones para el uso y la duración de la prisión preventiva, con uso de jurados y escabinos, e inmediato, es decir, con una relación más directa entre las partes y el juez. El procedimiento cambiaba las relaciones de poder en el sistema de justicia, pues la llave del procedimiento la tendría el Ministerio Público, pues a él le correspondía el inicio al tener en sus manos la acción pública. Los jueces vieron limitadas sus capacidades de investigación. En cierta forma, vieron también limitadas sus capacidades de decisión por la presencia de jurados y escabinos. La policía de investigación vio limitada su acción porque no podía ingresar a alguien en prisión para averiguar, sino que tenía que averiguar primero. Estos cambios harían más justo y garantista de los derechos individuales al procedimiento judicial (Alguíndigue & Pérez Perdomo, 2008a, 2008b; Pérez Perdomo, 2011).

Otro aspecto importante del cambio fue el organizacional. La forma tradicional era que cada juez presidía su tribunal, el cual era una pequeña organización independiente. El juez tenía que ocuparse de administrar y controlar el pequeño personal a su cargo, manejar cuentas, ocuparse que archivos, notificaciones, baños, fotocopiadoras y otros implementos de oficina funcionaran. La nueva organización consistió en la creación de circuitos judiciales que permitían que los jueces se concentraran en

sus funciones propiamente judiciales. Los aspectos administrativos del tribunal se concentrarían en unidades más grandes a cargo de personal administrativo y gerencial especializado. El cambio organizacional fue acompañado por la adopción de un sistema integrado de gerencia y manejo de casos (*Juris 2000*) y una inversión muy importante en tecnología: computadoras, servidores, software (Louza, 2011; Pérez Perdomo, 2004, 2011). Estos cambios harían más eficiente el sistema de justicia y más rápido y seguro el manejo de casos.

Los órganos principales del sistema no escaparon a una sacudida profunda. La constitución de 1999 suprimió al Consejo de la Judicatura, el órgano de control y administración de los jueces, que se había convertido en un locus de clientelismo político, y otorgó sus funciones al Tribunal Supremo de Justicia. Éste sustituía la antigua Corte Suprema de Justicia, pero sus funciones se vieron incrementadas al igual que su poder. Una de sus salas, la Sala Constitucional, se convirtió en una verdadera corte constitucional con atribuciones muy extensas de control constitucional (Pérez Perdomo, 2011).

Estos cambios tan importantes fueron llamados *reforma judicial*. Ellos fueron planeados y ejecutados por distintos grupos que trabajaron con intensidad desde mediados de la década de 1990. La reforma contó con recursos cuantiosos, en parte provenientes de préstamos del Banco Mundial, tanto para la reforma de los tribunales como de la Corte Suprema.

Respecto a la justicia penal, el momento clave de formulación de la reforma fueron los años 1998 y 1999. En 1998 se aprobó el Código Orgánico Procesal Penal cuya parte más importante tuvo una *vacatio legis* de un año. El año anterior se había cambiado la Corte Suprema de Justicia, que se hizo más eficiente para el manejo de los casos. En 1999 la Asamblea Nacional Constituyente designó una Comisión de Emergencia Judicial que emprendió una purga de los jueces y convocó a concursos de oposición para la designación de nuevos jueces conforme a una rigurosa normativa. La Constitución de 1999 confirió rango constitucional a los principios fundamentales de la reforma judicial (Pérez Perdomo, 2004).

Mientras esto ocurría en el plano normativo, en el político el ambiente se hacía crecientemente polarizado y turbulento. El programa de designar jueces por concursos de oposición fue tempranamente suspendido y se lo sustituyó por un procedimiento discrecional y poco transparente para la designación provisional de jueces. Al carecer de estabilidad en sus cargos eran fácilmente controlables políticamente. Varias de las personas clave en el esfuerzo de reforma perdieron sus cargos o pasaron a un segundo plano. El complejo entramado organizativo que requería la reforma procesal penal no se construyó, con lo cual su fracaso se hizo predecible.

Como ya hemos visto, 1999 y 2000 fueron años de un rápido incremento de la violencia delictiva. El índice de homicidios pasó a 25 por 100.000 habitantes en 1999 y a 32 en 2000, un salto importante a los índices de 20 o 21 de mediados de la década. Es probable que el inflamatorio lenguaje revolucionario y el llamado a la violencia para defender la revolución haya podido sacudir las jerarquías sociales establecidas, y debilitado los sistemas informales de control. Lo que es seguro es que el sistema de justicia penal no estaba en condiciones para responder a semejante desafío. La policía sentía sus manos atadas y señalaba que los jueces ponían en libertad a los delincuentes que apresaba fundándose en vicios procesales de la aprehensión. Pronto aparecieron escuadrones de la muerte que incrementaron la violencia en vez de controlar los delincuentes.

El Ministerio Público y los jueces se mostraron incapaces de actuar contra los agentes policiales que cometían homicidios (Alguíndigue & Pérez Perdomo, 2008a, 2012), frecuentemente reportándolos como enfrentamientos con delincuentes. De allí surgió la nueva categoría estadística de “enfrentamientos”. Rápidamente se percibió que los homicidios con propósitos de “limpieza social” se mezclaban con venganzas personales y otras motivaciones. Las comunidades sentían más gravemente su abandono, pues estaban a merced de delincuentes y de policías-delincuentes. Algunas comunidades reaccionaron con el linchamiento de delincuentes.

El efecto de la nueva situación es doble. Por una parte tenemos un claro fenómeno de impunidad. Claramente el sistema no tiene capacidad

para responder a la creciente criminalidad violenta. No hay duda de que sólo una fracción de los homicidios, secuestros y robos son investigados y un número mucho menor son procesados judicialmente. Menos de 9 de cada 100 homicidios son investigados (Briceño León, Ávila & Camardiel, 2012). La reacción social por el llamado problema de inseguridad generalmente expresado en la interrupción del tráfico automotor por horas en áreas que se consideran especialmente afectadas, la quema de patrullas policiales y otras expresiones de angustia, son generadas por la percepción de que la policía y el sistema de justicia no hace nada, o hace muy poco, por castigar a los criminales. Por otra parte, tenemos una punitividad perversa que conviene explicar con algún detenimiento.

El primer aspecto de la punitividad perversa es el regreso a la alta proporción de presos sin condena. Se trata, como en el pasado, de personas que esperan por años que se dicte sentencia. Tal vez la variante respecto al pasado es el temor de los jueces a dictar sentencia. En varias causas célebres, como la de la exjuez Afumi o los llamados banqueros de Econoinvest, ya el Presidente Chávez llegó a la decisión de que deben estar presos, pero el Ministerio Público y los jueces no parecen encontrar buenos argumentos para acusarlos y condenarlos. Esto hace que los jueces y fiscales prefieran prolongar el proceso manteniéndolos en prisión. No debe olvidarse que se ordenó la prisión de Afumi por decidir que el proceso contra el banquero Cedeño, preso preventivamente por varios años, debía proseguir con éste en libertad. Seguramente la mayoría de los casos no tienen mayor importancia política, pero no es un secreto que el gobierno ha sido penetrado por el crimen organizado y que es más seguro y menos peligroso para la estabilidad en el cargo de juez o de fiscal evitar tomar decisiones. Tampoco puede descartarse que, a pesar de toda la inversión en tecnología y sistemas gerenciales, los procesos se paraliquen por razones burocráticas, dada la total descoordinación entre los tribunales, el Ministerio Público y el sistema de prisiones. Son frecuentes los casos de suspensión de audiencia porque el procesado (que está en prisión a disposición del tribunal) no llegue, o que llegue el procesado pero no el fiscal.

El segundo aspecto es el uso de los medios de investigación y de procesamiento para la represión política. Puedo dar un testimonio

personal porque era decano de derecho de la Universidad Metropolitana cuando los estudiantes protestaron contra el gobierno en enero de 2009. Fueron reprimidos con abundantes bombas lacrimógenas y la vegetación que existe entre la autopista y la Universidad Metropolitana se incendió. Fue un incendio rápidamente controlado, pero el Presidente Chávez acusó a los estudiantes de querer incendiar el Parque Nacional Waraira Repano (mejor conocido como El Ávila). Los videos de seguridad de la Universidad mostraban cómo y dónde se había producido el incendio (relativamente lejos de los inicios del parque y como efecto de las bombas lacrimógenas lanzadas por la policía) pero numerosos policías de investigación y fiscales del Ministerior Público fueron a la universidad para identificar a los estudiantes que protestaron. Muchos de ellos fueron citados para interrogatorios y contra un buen número se dictaron medidas restrictivas de su libertad (obligación de comparecer periódicamente ante un tribunal, prohibición de salir del país, etc). El despliegue de recursos humanos y de investigación criminal para averiguar sobre un hecho que no era delictivo fue muy impresionante. Los integrantes del movimiento estudiantil me informaron que, contando estudiantes universitarios de varias universidades de Caracas, más de un millar de estudiantes sufrieron las incomodidades del inicio de un proceso penal. En otros casos la persecución política ha llevado a condenas judiciales y condenas a largas penas de prisión.

El tercer aspecto de la punitividad perversa es la selectividad en el tipo de delitos. Menos de 9 de cada 100 delitos de homicidio generan persecución penal y llevan a prisión a una persona. El éxito en la persecución de secuestradores es aun menor porque la cifra negra en este delito es también mucho mayor. En cambio, en las prisiones hay un buen número de personas perseguidas por tenencia de droga. En 1995 constituían el 12 por ciento de los presos (Pérez Perdomo & Rosales, 2002:205), mientras que en 2005, último año con datos, es del 21 por ciento (Morais, 2011:271). En cambio, los presos por homicidio han bajado del 26 al 23 por ciento según las mismas fuentes. El daño y la alarma social es mucho mayor en homicidios y secuestros, pero investigar los homicidios y buscar a los homicidas requiere un esfuerzo. Aprehender a personas con drogas sólo requiere poner atención en los

aeropuertos y montar alcabalas en las ciudades. Esto es algo mucho más fácil y menos peligroso.

Por último, las prisiones mismas se han convertido en un lugar que excede el castigo previsto en la ley. Se han convertido en un lugar para el tráfico de armas y drogas probablemente suministrados por los propios militares que tienen la vigilancia externa de las prisiones y por el personal de vigilancia interna. Los abusos y toda clase de vejaciones contra los prisioneros, generados por los guardias de la prisión y por otros prisioneros son la regla. Los homicidios y las lesiones dentro de las prisiones son muy frecuentes. En 2011, 560 prisioneros fueron asesinados y 1457 heridos (Briceño-León, Ávila & Camardiel, 2012:155). No fue un año excepcional. En 2007, los muertos habían sido 498 y los heridos 1.023 (*Informe sobre los derechos humanos y debido proceso de las personas privadas de libertad*. Observatorio Venezolano de Prisiones, 2009).³ Briceño-León *et al.* han comparado estas cifras con las de México, Brasil y Colombia para 2011. Brasil tuvo 85 homicidios en una población de más de medio millón de presos; México, 58 con una población de más de 200.000; y Colombia, 24 en una población que duplica la venezolana. No se trata de un fenómeno latinoamericano. Mientras esto ocurre en las prisiones, el gobierno ha descuidado los tratamientos alternativos. En 2002 había 181 delegados de prueba para atender 13.217 beneficiarios de este programa (Morais, 2011:269).

En resumen, la revolución ha logrado controlar el sistema de justicia. Jueces, fiscales y policías atienden a los intereses de la revolución y siguen las instrucciones emanadas del poder político, pero naturalmente esto ha privado al sistema de justicia de contenido y legitimidad. El sistema no está sirviendo como árbitro imparcial de conflictos entre ciudadanos o entre éstos y el gobierno, y no funciona como verdadero sistema de control social. Es un simple instrumento de represión política a ser usado discrecionalmente por el poder. En abril de 2012, el exmagistrado Eladio Aponte Aponte, exPresidente de la Sala de Casación Penal y por

³ La violencia en las prisiones venezolanas no es un fenómeno nuevo. Entre 1995 y 1997 superó los 250 homicidios y en 1977 llegó a los 318. Estas cifras, alarmantes en la época (Pérez Perdomo & Rosales, 2002), son modestas comparadas con las más recientes.

varios años el hombre fuerte que controlaba la justicia penal, declaró a la estación SolTV de Miami, los detalles de los casos en los cuales él mismo había intervenido por instrucciones del Presidente o de otros altos funcionarios políticos para desvirtuar los procedimientos judiciales. Es una larga lista y los casos eran bien conocidos por el público venezolano porque la manipulación política había sido bastante obvia. Lo que agregó la declaración del exmagistrado Aponte Aponte fue la confirmación de cómo había procedido la influencia política dada por un actor principal del mecanismo. Aponte Aponte también confirmó que muy altos funcionarios del Estado, como el Presidente de la Asamblea Nacional, el Ministro de la Defensa y otros altos oficiales militares controlan las redes del narcotráfico y cómo cargamentos de droga pueden ser guardados en cuarteles del ejército. De la declaración se infiere que Aponte Aponte estaba vinculado a una de esas redes que fue desplazada por otra y que fue tal motivo lo que lo hizo perder su alta posición oficial. Ante el peligro de ser eliminado físicamente, como ocurrió con otros altos oficiales involucrados, Aponte Aponte pidió y obtuvo la protección de la Drug Administration Enforcement de los Estados Unidos⁴.

La prisión como metáfora

La prisión es el punto final de cualquier sistema de justicia penal y en gran medida lo refleja como un microcosmo. En realidad, las prisiones y la sociedad venezolana parecen asemejarse cada vez más. Las viviendas y zonas residenciales en las ciudades lucen cada vez más como prisiones con barreras, rejas, candados, vigilancia electrónica, etc.; y los caraqueños, en particular, optan cada vez más por permanecer en esas viviendas-prisiones desertando del espacio público. A la vez, las prisiones reales son más violentas que las calles y un espacio supuestamente sometido al total control del Estado parece entregado a los delincuentes más violentos.

En las prisiones el control de los pabellones está en manos de *pranes*, es decir de presos especialmente violentos que logran imponerse sobre el

⁴ Las declaraciones de Aponte Aponte son fácilmente localizables en Internet. Aparecen en video como parte de la edición digital de El Universal del 19-04-12.

resto. Esto ha generado severos conflictos internos de lucha por el poder dentro de las prisiones, con un número alto de muertos y heridos, pero el universo carcelario no es sólo violencia. Hay cantinas, fiestas, invitadas, libre disposición de teléfonos celulares y tiempo suficiente para planear la comisión de todo tipo de delito. Las prisiones son también importantes centros de negocios en los cuales se comercia con alcohol, drogas y armas. Los agentes de la Guardia Nacional (ahora Guardia del Pueblo) y el personal de custodia son los encargados de proveer semejantes bienes.

Sin embargo, las relaciones entre los agentes del Estado y los prisioneros no siempre son armoniosas y se han producido graves rebeliones armadas de presos. En mayo de 2011 se produjo la rebelión de El Rodeo que duró semanas y sólo pudo solucionarse gracias a la intervención de Diosdado Cabello, un importante dirigente del partido de gobierno que pudo negociar con los *pranes*. Nunca se conocieron los términos del acuerdo. Los acontecimientos fueron lo suficientemente importantes para generar la creación del Ministerio de Asuntos Penitenciarios que se encomendó a la dirigente política diputada Iris Varela. Un año después se produjo la rebelión de la cárcel de La Planta, en Caracas (Ver *Últimas Noticias*, 20-05-12). En estos dos casos los prisioneros se atrincheraron y respondieron a la Guardia del Pueblo con armas de guerra. El resultado ha sido siempre el de decenas de muertos. El conflicto de La Planta se resolvió después de varios días de tiroteos y operaciones militares con negociaciones en las que intervinieron, además de la Ministro Varela, el ahora Presidente de la Asamblea Nacional, Cabello, el *pran Oriente*, ahora en libertad, pero quien ganó gran prestigio en la rebelión de El Rodeo, y el propio Presidente de la República. Al parecer la paz se logró en ambas ocasiones permitiendo a los *pranes* llevarse las armas, el dinero y las drogas que tenían atesorados en las prisiones, pues los militares no dan cuenta de los hallazgos una vez desocupado el penal. En otras prisiones la situación es más tranquila porque hay menos contestación del *pran* y porque la relación entre los *pranes* y la Guardia Nacional se han mantenido dentro de límites aceptables para ambas partes.

Lo que importa destacar es que *pranes* y representantes del Estado se mueven en el mismo terreno. Ninguno tiene la legitimidad del derecho sino de la fuerza. Es natural que la violencia sea la vía normal para

resolver diferencias y que la vida venezolana se haya hecho especialmente insegura.

La gran interrogante es si tal situación puede ser revertida. Como fue planteado al inicio, la violencia delictiva es un fenómeno complejo y seguramente requerirá que se ataque una diversidad de factores, incluyendo económicos, culturales, de lenguaje público, de políticas policiales. Pero sabemos que las instituciones cuentan. En este sentido, no parece haber atajos. El control de la violencia parece requerir que se reconstruya el Estado y se legitime su acción con el respeto al derecho. Es una tarea enorme dado el punto al cual hemos llegado.

Referencias

- Alguíndigue, C. & R. Pérez Perdomo (2008a): “The inquisitor strikes back: obstacles to the reform of criminal procedure in revolutionary Venezuela”. *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*. Vol XV n° 1.
- Alguíndigue, C. & R. Pérez Perdomo (2008b): “La prisión preventiva en tiempos de revolución (Venezuela 1998-2008)”. En C. Riego & M. Duce (eds): *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas*. Santiago. CEJA.
- Alguíndigue, C. & R. Pérez Perdomo (2012?): “Crimen, proceso y castigo en Venezuela revolucionaria (1999-2010). Aceptado como contribución al Libro Homenaje a Myrla Linares. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Universidad Central de Venezuela. A ser publicado.
- Aniyar de Castro, Lola, recopilación de (1975): *Los rostros de la violencia/ Curso internacional de criminología*. Maracaibo. La Universidad del Zulia.
- Araujo, Orlando (1968): *Venezuela violenta*. Caracas. Ediciones Espérides.
- Briceño León, R. O. Ávila & A. Camardiel (2012): *Violencia e institucionalidad. Informe del Observatorio Venezolano de Violencia*. Caracas. Alfa.
- Briceño-León, R. & R. Pérez Perdomo, compiladores (2002): *Morir en Caracas. Violencia y ciudadanía en Venezuela*. Caracas. Universidad Central de Venezuela.

- Canestri, Francisco (1975): “Estudio criminológico de los delitos de contenido violento”. En L. Aniyar de Castro, recopilación de: *Los rostros de la violencia/ Curso internacional de criminología*. Maracaibo. La Universidad del Zulia.
- Carranza, E., y otros (1983): *El preso sin condena en América Latina y el Caribe: estudio comparativo, estadístico y legal de treinta países y propuestas para reducir el fenómeno*. San José. ILANUD.
- Jiménez, María Angélica (1991): *Medidas alternativas en el sistema penal y perspectiva criminológica*. Maracaibo. Universidad del Zulia.
- Louza Scognamiglio, Laura (2011): *La revolución judicial en Venezuela*. Caracas. Fundación Estudios de Derecho Administrativo.
- Morais, María G. (2011): *El sistema penitenciario venezolano durante los 50 años de la democracia petrolera 1958-2008*. Fundación Empresas Polar & Universidad Católica Andrés Bello.
- Navarro, J.C. & R. Pérez Perdomo, compiladores (1991): *Seguridad personal. Un asalto al tema*. Caracas. IESA.
- Pérez Perdomo, Rogelio (1991): “Las instituciones de la seguridad: ¿cuáles son los problemas?”. En Navarro, J.C. & R. Pérez Perdomo, compiladores (1991): *Seguridad personal. Un asalto al tema*. Caracas. IESA.
- Pérez Perdomo, Rogelio (1995): *Políticas judiciales en Venezuela*. Caracas. Ediciones IESA.
- Pérez Perdomo, R. & E. Rosales (2002): “La violencia en el espacio carcelario”. En R. Briceño León & R. Pérez Perdomo (compiladores): *Morir en Caracas. Violencia y ciudadanía en Venezuela*. Caracas. Universidad Central de Venezuela.
- Pérez Perdomo, Rogelio (2004): “Reforma judicial, Estado de derecho y revolución en Venezuela”. En L. Pásara (ed): *En búsqueda de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*. Lima. Consorcio Justicia Viva.

Pérez Perdomo, Rogelio (2005a): “Seguridad y riesgo en tiempos de globalización”. En Fundación Venezuela Positiva: *Violencia, criminalidad, terrorismo*. Caracas. Fundación Venezuela Positiva.

Pérez Perdomo, Rogelio (2005b): “Judicialization and regime change: the Venezuelan Supreme Court”. En Rachel Sieder, L. Schjolden & A. Angell (eds): *The judicialization of politics in Latin America*. London. Palgrave Macmillan.

Pérez Perdomo, Rogelio (2011): *Justicia e injusticias en Venezuela. Estudios de historia social del derecho*. Academia Nacional de la Historia y Universidad Metropolitana (Caracas, 2011).

Torres, Aristidies (1987): “Los pobres y la justicia penal”. En R. Pérez Perdomo (coordinador): *Justicia y pobreza en Venezuela*. Caracas. Monte Ávila.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, coordinador (1986): *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*. Buenos Aires. Depalma.

EL FENÓMENO DE LA DELINCUENCIA: ¿REALIDAD SOCIAL, INVENTO COMUNICACIONAL O ESPECTÁCULO DE MASAS?

Edgardo Viereck Salinas¹

RESUMEN: *En el presente artículo se buscan puntos de encuentro entre el fenómeno de la delincuencia, tal como lo entienden y puede encontrarse tratado en las Ciencias Sociales –particularmente la Sociología y la teoría de la Comunicación–, el Cine y el Derecho, especialmente el Derecho Penal.*

ABSTRACT: *This article looks for points of encounter between the phenomenon of crime, as it is understood by social sciences –particularly in Sociology and in communication theory–, cinema and law, especially criminal law.*

PALABRAS CLAVE: *Criminología – Cine – Delincuencia - Derecho Penal – Sociología – Teoría de la Comunicación.*

KEYWORDS: *Communication theory – Crime – Criminal law – Criminology – Film – Sociology.*

TABLA DE CONTENIDOS: *I. Introducción. II. Las ciencias sociales, el cine y el derecho penal. III. El delito en el cine y la política de los grandes géneros. IV. Reflexiones finales. Bibliografía.*

¹ **EDGARDO VIERECK SALINAS.** Cineasta. Abogado PUC. Post Título en Realización Cinematográfica UDP (Chile). Post Título en Guión EICTV (Cuba) y SUNDANCE FILM INSTITUTE. Ex Director Académico de la Especialidad de Cine, Escuela de Comunicación Audiovisual, UNIACC. Candidato a Magíster en Comunicación Estratégica por USACH.

TABLE OF CONTENTS: I. Introduction. II. Social Sciences, cinema and criminal law. III. Crime in cinema and politics of the great genres. IV. Final thoughts. Bibliography.

I. Introducción

En las siguientes líneas, intentaremos identificar algunos puntos de encuentro entre el fenómeno de la delincuencia, tal como lo entienden y puede encontrarse tratado en las Ciencias Sociales –particularmente la Sociología y la teoría de la Comunicación–, el Cine y el Derecho, especialmente el Derecho Penal.

¿Qué hay de común en el afán de todas estas distintas disciplinas por interesarse en el fenómeno delictual? ¿Debería haber algo? ¿Por qué?

Son estas algunas de las preguntas que intentaremos plantearnos. Será, por tanto, una invitación a visitar o revisitar el tema desde una perspectiva interdisciplinaria.

Se trata entonces de repasar estos tópicos con un cierto aire fresco.

Por otro lado, cabe preguntarse por el aporte concreto de cada una de estas disciplinas a una mejor comprensión del fenómeno delictivo en general.

II. Las ciencias sociales, el cine y el derecho penal

II.1. Ante todo: ¿Por qué justamente estas disciplinas?

Por una razón muy simple: el delito es hoy materia de ley, tanto como insumo predilecto de los medios de comunicación y material de interés para el arte y el espectáculo popular, principalmente el cine entendido como la expresión culminante de lo que se conoce como la cultura de masas.

Asimismo, la delincuencia dejó de ser monopolio de los espacios donde se construía la verdad desde una atalaya “inmaculada”, como, por ejemplo, las iglesias, pues ellas mismas, sin importar su credo, han perdido su ancestral reputación de inmunidad pasando a ser lugares donde también es posible encontrar delincuencia y delincuentes.

Esto ha provocado, como consecuencia, otro fenómeno discursivo de interés, y es que se ha dejado de hablar del delito como un asunto de moral o de valores absolutos o eternos, para mirarlo como un fenómeno social más.

En pocas palabras, sin dejar de ser importante, el delito dejó de ser un asunto trascendente para convertirse en contingente, esto es, pasó a ser una cuestión política y social mucho más que moral.

A esto han cooperado de manera decisiva, sin duda, el desarrollo de disciplinas como la Sociología y la Antropología Criminal, así como la Filosofía Contemporánea, con aportes que han obligado a la misma Ciencia Jurídica a revisar tradicionales postulados acerca del delito como una cuestión de lo debido y de lo prohibido, para ubicarlo en un terreno más complejo en que conviven acercamientos que proponen a la transgresión punible como un objeto polivalente, digno de atención por sus variadas dimensiones.

La trasgresión punible ya no es solamente una cuestión digna de reprobación sino también de observación, pues bien vista resulta digna de respeto y consideración.

Así es como este tema lo ha recuperado, por ejemplo, el arte contemporáneo a través de la Literatura, el Teatro y el Cine.

Y así es como, por otra parte, lo ha reconocido un conjunto no menor de países cuyas políticas criminales han evolucionado desde la sanción meramente retributiva hacia la búsqueda de otras vías de solución. De hecho, se habla de prevenir y no sólo de sancionar.

Los catálogos punibles han disminuido, las prisiones han sido reemplazadas por otras formas de compensación del daño causado, la mediación entre víctima y victimario ha ganado terreno entre las herramientas del sistema penal para superar los problemas derivados de cárceles sobrepobladas que no garantizan la paz social. Se habla de delitos irrepetibles y de promover el acercamiento entre víctimas y victimarios.

Estamos frente a un panorama muy distinto del que era posible apreciar hasta no mucho tiempo atrás.

Pero, más allá de todos estos indesmentibles avances, ¿son las cosas tan diferentes ahora? ¿Se cometen menos crímenes que antaño? ¿Vemos hoy al criminal de manera tan distinta a como lo vieron nuestros padres o abuelos?

Vamos por parte.

II.2. ¿Qué nos dicen el arte y el espectáculo?

Reiteramos que el mundo del crimen es tema recurrente y protagónico en la cultura de masas, especialmente en el Cine, a tal punto que se ha convertido en uno de sus géneros clásicos, más conocido como cine policial, con sus variantes de cine de gánsteres, film noir, cine negro o criminal.

Se trata de un amplio abanico de películas, muchas de ellas convertidas en íconos universales, que dan cuenta del interés de la industria filmica y sus creativos –directores, guionistas y productores– correlativo al interés del gran público, en todo el mundo, por ver historias que los sumerjan en el mundo de los que violan la ley.

El crimen y quienes lo cometen convoca y es objeto de curiosidad morbosa, y la figura arquetípica del criminal resulta fascinante por encontrarse en los extramuros de la comarca.

Se trata de una imagen que cruza el mito y la pesadilla colectiva a la vez.

Nadie quiere estar en el lugar del delincuente perseguido o fugitivo, pero todos fantasean con parecerse a él alguna vez pues nos recuerda que libertad existe incluso más allá de los límites impuestos por la sociedad.

El criminal nos recuerda el mal pero también la posibilidad de rebelión contra el orden establecido. Nos resulta temido y atractivo, incómodo y a la vez fascinante.

Estamos ante una paradoja de la que el Cine saca partido estético, además de económico.

Pero, más allá del espectáculo y el negocio, ¿se puede hablar de un aporte real del Cine a la comprensión del fenómeno delictivo? ¿O se trata apenas de un ejercicio de proyección fantástica de una pseudo realidad?

La respuesta no podrá ser única pues las películas son artefactos culturales de una peculiar complejidad.

A la vez que obras de expresión artística, las películas son objetos de culto y fetichismo, como también referentes para la moda, material de interés para los estudiosos y negocio. Todo a la vez.

Así, lo que una película puede ofrecer como mundo posible opera en el inconsciente colectivo como gatillador de fantasías (y fantasmagorías, por qué no decirlo) pero también como visión premonitrice de un futuro próximo que el “ojo del artista”, por su especial sensibilidad, se presume que ha podido intuir.

El cine, está dicho, impone modos de vivir, sentir y percibir, valida conductas, sugiere horizontes valóricos y opera como “abre latas” de la caja de Pandora en la que se encierran todo tipo de ilusiones, pulsiones y represiones individuales y compartidas por toda una comunidad.

Toda esta complejidad depende de múltiples factores coyunturales, incluyendo las estrategias comunicacionales y hasta el presupuesto para marketing con que cuenta una película al momento de su estreno, y muchas veces son esos los factores que definen la suerte de la obra, entendida como producto de consumo, en términos de cómo será recepcionada, comprendida y valorada, ya sea que se convierta en éxito inmediato o, por el contrario, le tome tiempo –a veces años– poder ganarse un espacio como objeto estético de culto o referencia de expertos acerca de un determinado tema.

Hablamos de la imagen que el espectáculo fílmico, y por derivación otros espectáculos masivos, ofrecen del delito y el delincuente.

II.3. Por su parte el Derecho, ¿qué imagen ofrece del delito y de quien lo comete? ¿Colabora realmente a una mejor comprensión del fenómeno delictivo? ¿Qué consigue con sus recursos y técnicas? ¿Sancionarlo? ¿Regularlo? ¿Evitarlo? ¿O promoverlo?

La ley penal (chilena) es esencialmente retributiva y se encarga de las conductas de los hombres, no de los hombres en cuanto tales.

No se castigan formas de ser sino actos debidamente probados, y el castigo busca ser razonable según ciertos parámetros de cálculo de la culpabilidad, que aspiran a acercarse a un cierto ideal de justicia y equidad.

Se presume que con esto se está validando el imperio de la ley entendida como mecanismo que pretende ser ejemplarizador, de cara a una masa ciudadana presuntamente expectante de ver cómo se evita la proliferación del caos y la barbarie.

Hay allí una ilusión de encontrar la paz social.

Pero no se trata de cualquier paz, sino una paz que resulte como consecuencia de un determinado orden, un orden para que haya Patria,

ya sea por la razón de la Ley o, en su defecto, por la fuerza coactiva de los Tribunales y el sistema de prisiones.

El sistema legal penal descansa sobre un fino equilibrio entre libertad y vigilancia, entre respeto a los derechos individuales y necesidad de paz colectiva.

Dejar hacer pero bajo ciertos parámetros de convivencia, lo que equivale a permitir la expresión genuina de la persona humana en todas sus potencialidades, siempre y cuando no pase a llevar a los demás.

Se trata de un llamado de corte esencialmente liberal, sin duda, que hoy en día adquiere una variante aún más sofisticada: la de las libertades vigiladas bajo la forma de democracia tutelada.

La oferta de seguridad ha aumentado, pues la sensación general de inseguridad también ha aumentado.

Tal pareciera que la apertura liberal no ha conseguido sino poner al individuo al borde de un abismo, que no es otro que el abismo del exceso y el descontrol.

Se habla de libertades individuales y derechos de la persona, se discute la necesidad de más o menos Estado, se insiste en eliminar las trabas a la iniciativa y el emprendimiento, con lo cual el hombre parece poder volar a sus anchas.

Pero, por otro lado, se reclama orden ante los arrebatos de una población exaltada –o indignada–, hija de esta suerte de abundancia libertaria, que se manifiesta hastiada del exceso de trabajo, de la burocracia estatal, del abuso del sistema financiero, sin que a la vez consiga controlar su ambición por tener más y, ojalá, cuanto antes.

Entretanto, la banca sigue proveyendo de crédito y la autoridad hace esfuerzos por no elevar impuestos de manera de dar el mayor espacio posible a que el dinero fluya y, con ello, la libertad de hacer y poseer

porque de eso se trata todo, finalmente, al menos según los gurúes que hablan del fin de la historia y otras finas yerbas.

Puede decirse que nunca antes hubo tantos recursos para alcanzar el bienestar y, a la vez, tanta gente en el mundo entero reclamando su imposibilidad de alcanzarlo.

Ante este panorama, sin duda paradójico y repleto de contradicciones conceptuales y sobre todo morales y éticas, se le exige al legislador lucidez y eficacia en su tarea de conservar el orden y la paz social.

El Derecho debe ayudar a controlar la ambición sin coartar la libertad que la genera, y debe proveer instrumentos útiles para hacer justicia, pero siempre que todo siga funcionando como hasta ahora pues estaría demostrado que es este, y no otro, el camino adecuado para el crecimiento, entendido como la antesala del desarrollo.

La ley penal, encargada de regular esa complicada zona fronteriza entre lo permitido y lo prohibido, no sólo enfrenta dilemas diarios asociados a tipificar o no una cierta conducta, sino que además debe arreglárselas con un sistema de pesquisa, sanción y vigilancia cada vez más costoso –pues respetar los derechos individuales es caro– y cada vez menos eficaz, pues el encierro físico se vuelve ilusorio ante las posibilidades de la tecnología, especialmente la tecnología de las comunicaciones, que permite estar en todas partes y ninguna a la vez, y facilita la caída de cualquier muro o la apertura de cualquiera reja.

Así, el Derecho Penal se enfrenta no sólo a los tradicionales problemas filosóficos de su fundamento y justificación, sino a cuestiones urgentes y concretas de eficacia y validez.

Qué regular, y para qué regularlo.

Sobre todo, cómo regularlo para que la norma penal no se convierta en letra muerta.

El tema es crucial ya que en el área de lo punitivo la derogación por desuso se vuelve un fantasma tremendamente peligroso, pues conlleva el riesgo de la pérdida de reputación y respeto colectivo, antesala de otros peligros como la corrupción y el caos social, también conocido como anomia.

II.4. Y en este punto, ¿las Ciencias Sociales qué pueden aportar?

Mucho. Y a propósito de anomia, la Sociología se ha acercado al fenómeno del delito ofreciendo pautas de reconocimiento muy útiles para diferenciar hechos delictuales individuales de estrategias criminales amparadas por métodos y estructuras donde el sujeto se vuelve objeto de la manipulación y la violencia física y psíquica de redes organizadas para manipularlo en beneficio de fines “superiores”.

Por cierto, son solamente pautas que sirven como criterios generales, que no resuelven el caso a caso con el que deben lidiar a diario jueces, policías y encargados de investigar presuntas infracciones a la ley.

Pero, resulta interesante apreciar la concordancia que exhiben los modelos de análisis que ofrecen determinadas escuelas sociológicas, con los elementos que aportan, también, ciertas teorías de la Comunicación para comprender mejor el fenómeno de la transgresión, la marginación y el desorden social.

Asimismo, es destacable cómo muchos de esos elementos teóricos encuentran correlato fiel en la formas de expresión del Cine, a través de un imaginario que se instala como referente cultural y parámetro de verdad acerca de lo que es y no es el crimen y el criminal, en nuestra sociedad actual.

Estamos ante un tema vasto e inagotable en los estrechos márgenes de un artículo como este.

III. El delito en el cine y la política de los grandes géneros

III.1. Una película ofrece una poderosa arma de persuasión.

Ahora bien, cuando hablamos de persuasión convocamos a la teoría de la Comunicación para que nos ayude con su noción de persuadir, basada en la premisa de que la emoción puede mucho más que la idea cuando se trata de conseguir que un mensaje resulte efectivo.

Del griego “per sua dire”, persuadir implica que alguien ha logrado decir algo de mejor manera que su audiencia, la que por eso mismo resulta persuadida. Algo así como “yo no lo habría dicho mejor”, según reza el refrán tradicional.

Ese alguien que es capaz de “decir las cosas mejor que yo”, para efectos de este ensayo, es el Cine, entendido en su triple dimensión de Arte, Comunicación e Industria.

En otras palabras, el Cine se puede entender como una herramienta que permite expresarnos y, a la vez, enviar mensajes que podemos, en el acto de enviarlos, ofrecerlos de manera estratégica para que se orienten al beneficio y al lucro, es decir, a convertir el mensaje en una mercancía “rentable” para quien lo emite.

El contenido esencial de esta “oferta de sentido” es, justamente, la percepción de mundo que la película entrega al espectador.

Por ahora nos interesa la dimensión del Cine como acto de Comunicación, que apela a la idea de que todas las películas nos dicen algo, aunque no busquen hacerlo de manera explícita y directa.

Es un hecho aceptado que hasta el film más comercial y realizado con el propósito de entretener sin más, contiene una idea del mundo o aspectos de eso que llamamos la realidad.

Ahora bien, si aceptamos la idea de que el Cine transmite mensajes, significa que las películas pueden llegar a incidir en el comportamiento de las personas de una forma significativa.

Revisemos un momento esta última afirmación, preguntémosnos qué aspecto de la conducta humana puede llegar a ser modificado por la influencia del espectáculo cinematográfico y digamos que, en el nivel más primario, el espectáculo cinematográfico provoca un impacto en nuestra psiquis sin parangón en ningún otro arte o forma de entretenimiento.

La imagen cinematográfica, por sus características no sólo estéticas sino técnicas, es procesada por el ojo y el cerebro de forma tal que genera una sensación de “tiempo presente” muy similar –si no igual– al “estar allí” de manera concreta y directa.

Se trata de una manera muy poderosa de llegar al sistema neuro-receptor del individuo y, a través de este, a su inconsciente.

Por otro lado, el efecto de la “caja negra” que es la sala de cine ayuda a generar esa sensación de soledad e impunidad asociada a cierto anonimato en el que, por un momento, podemos permitirnos toda clase de emociones, reacciones y comportamientos, además de una total libertad de juicio acerca de las cosas.

Estamos hablando no sólo de que el cine puede dar opinión acerca de un cierto tema, sino de persuadir al espectador a cambiar su propia opinión acerca de un cierto asunto.

Agreguemos a esto que si la construcción de la película es lo suficientemente hábil desde el punto de vista narrativo, puede ayudar a generar una ilusión de visión objetiva tal que el espectador, además de cambiar su manera de ver, lo haga convencido de que fue él mismo quien hizo el proceso de revisar sus viejas opiniones pues la película sólo le “mostró” algo que él no había sido capaz de mirar por sí mismo, nunca antes.

Así, nos encontramos con la dimensión actitudinal, es decir, la dimensión más primaria de la conducta humana, la de las actitudes entendidas como las disposiciones mentales hacia un cierto aspecto de la realidad.

Digamos que toda actitud reconoce tres niveles: el cognitivo, que alude a lo que sabemos; el afectivo, referido a lo que sentimos; y el volitivo, asociado a lo que queremos.

Saber, sentir, desear. Sabemos algo y eso nos permite experimentar lo que sentimos respecto a ese algo. Sentir lo que sentimos por ese algo nos permite resolver qué queremos a su respecto.

Cuando llegamos a ese punto, la decisión que desencadenará la acción se encuentra prácticamente tomada.

Una decisión tomada es, en sí misma, una acción, pues hemos determinado nuestra actitud frente al objeto en referencia.

Nuestro “mapa mental” ha sido configurado y se ha consolidado una percepción, o una idea que implica un juicio a partir de la representación que nos hemos hecho de la realidad.

En una palabra, hemos sido modificados.

Cuando esto ocurre, el acto de Comunicación que ha servido de antecedente a todo este proceso ha hecho su tarea, que es la de promover cambios, desde la perspectiva de la persuasión.

III.2. Ahora bien, ¿cómo logra todo esto, por ejemplo, el discurso filmico?

Una buena respuesta la encontramos en lo que se da en llamar la política de los grandes géneros, a su vez basada en otra teoría: la de las matrices de sentido.

La política de los géneros se confunde con el desarrollo de la industria cinematográfica, especialmente la norteamericana, léase Hollywood.

Desde su origen, preocupada por consolidar el negocio, la industria diseñó un modelo de trabajo que podemos llamar “en serie” y que, por lo mismo, requería “moldes” que permitieran la división del trabajo, la especialización creativa y una metodología que facilitara la producción adocenada de películas para alimentar la gran pantalla.

La operación resultó tan lucrativa como prestigiosa pues dio origen no sólo a un negocio de inimaginadas proporciones sino también a una “época de oro” que dio reputación artística al cine hecho bajo esas pautas.

Se le llamó cine clásico, pues entregó las grandes pautas estéticas, narrativas, filosóficas y hasta productivas que sirvieron de referencia, y sirven hasta hoy, para que los estudiosos y los creadores de generaciones posteriores tomaran, copiaran, o se rebelaran contra este verdadero canon, dando origen a nuevas propuestas, movimientos y escuelas, denominadas vanguardias.

En este contexto, la consolidación del llamado cine criminal tomó un tiempo y no fue inmediata.

Se necesitaron al menos un par de décadas para que el género, originalmente de “gánsteres” y de estructura y estética algo precarias, pasara a ser un cine “criminal” propiamente tal.

El salto cualitativo se produjo cuando la figura arquetípica del gánster se convirtió en una figura de psicología más compleja, caracterizada porque en el fuero interno del héroe convivían propósitos loables – asociados a la búsqueda de la redención social y personal– con métodos indebidos que, sin embargo, eran mostrados como los únicos posibles para el delincuente.

La incapacidad de superar esta fatal contradicción hizo que el relato gansteril se convirtiera en el relato de seres desesperados, marginados,

atrapados por las paradojas de un sistema social que no habían elegido y en el que debían, sin embargo, sobrevivir.

Ya no estábamos ante un “hampón” común y silvestre, sino ante un “criminal”, definido así por sus circunstancias, y no tanto por su conducta.

En efecto, para el espectador ya no se trataba de disfrutar la adrenalina de la “acción” propia de la peripecia criminal (planificación y comisión del delito, escapada, detención, etc.) sino de hacerse cómplice de la caída inevitable de un ser humano, que podría ser él, al cual acompañaba en su descenso al infierno. Una tragedia pura y dura, sin salida ni redención posible.

El género creció en densidad e interés, hasta un punto en que se volvió incómodo para los grandes estudios por las infinitas posibilidades que otorgaba a guionistas y directores para ensayar toda forma de mensajes críticos, a veces francamente corrosivos y al límite de lo subversivo, acerca de temas políticamente inconvenientes para una industria que dependía del beneplácito gubernamental para seguir gozando de buena salud.

El escenario de la guerra fría y la política anticomunista del Macarthismo marcaron el inicio del fin de este fecundo período, que dio a luz las quizás mejores películas sobre el mundo del crimen y los criminales.

Consecuencia de la expulsión y éxodo de gran parte de sus mejores exponentes y creativos, el género fue relegado por los mismos estudios a sus áreas de producción televisiva y, reconvertido en formato de series y tiras por capítulo, retrocedió hacia su primitiva forma de un relato de gánsteres y hampones, con una lógica de buenos y malos que simplificó el fenómeno delictual y lo redujo a material de pasatiempo casi familiar.

Luego del fin de la segunda guerra mundial, en Europa, habría una revitalización del género, principalmente por el interés teórico y estético de cineastas y críticos franceses y alemanes que descubren tardíamente un puñado de títulos que no habían podido apreciar antes, bautizando al

género como “film noir”, nombre extraño pero muy acertado para dar cuenta de que el género no trataba de “gente mala”, sino de una dimensión de la realidad en la que el sistema social obligaba a que cualquiera, incluso sin saberlo, sacara lo peor de sí mismo y se convirtiera en delincuente.

Es esta la reflexión más útil y el aporte más concreto y directo que el arte cinematográfico pudo hacer al tema del delito, mostrando que la frontera entre el “bien” y el “mal” es demasiado fina como para poder separar a los “buenos” de los “malos”.

El Cine había logrado, por esta vía, humanizar un tema que siempre fue monopolizado por la reflexión filosófica de inspiración religiosa, demostrando que la definición del crimen y la figura del criminal era una cuestión social, política y cultural, asociada a intereses de grupos de poder, mucho más que a valores de supuesta vigencia universal.

El cine criminal o “film noir” había dejado una profunda huella que, luego, cineastas de vanguardia retomarían con nuevos temas y nuevas exploraciones estéticas y filosóficas, dando a luz nuevos clásicos.

No obstante, y aunque hubo ejemplos de buenos ejercicios estéticos que recordaban los mejores momentos del género en su expresión más pura, lo cierto es que el daño ya estaba hecho y no podía decirse que estuviéramos en presencia de un “regreso a la vida” de esta forma de expresión que, en su momento, tanto dijo acerca de lo que es el mundo del crimen y de quienes transgreden la ley.

Con todo, la tradición se proyecta hasta hoy, aunque con mucho menos fuerza que antes, quizás porque en los nuevos tiempos la insistencia por profundizar el fenómeno del delito resulta algo indigesta para una masa habituada a consumir velozmente mensajes de todo tipo.

Y a pesar de que pareciera hoy prevalecer el pastiche algo caricaturesco arraigado en la tradición del comic y la historieta simplista, lo cierto es que algo ya quedó instalado en el inconsciente colectivo como una marca de fuego: el delito y el delincuente ya no está “afuera” sino

entre nosotros, y para ser más exactos, todos llevamos un delincuente en nuestro interior que debemos controlar.

Se trata de un llamado poderoso a mirar el fenómeno del delito como algo que debe ser administrado sin la ilusión de erradicarlo de la faz de la tierra, pues la oscuridad que lo rodea forma parte de nuestras posibilidades, lo que equivale a decir que delinquir no es una cuestión de “ser” sino de “hacer”, y por lo mismo, no es un asunto alojado en una supuesta dimensión trascendente del mundo sino, al contrario, es parte de la contingencia.

En una frase: se trata de un asunto humano, no divino, del que nadie está libre y respecto del cual nadie puede pontificar.

En este contexto, resulta inevitable buscar la integración en vez de la marginación, a través de soluciones en vez de simples sanciones, lo cual implica un cambio completo de mirada hacia la comprensión más allá de la regulación.

Compasión más que indignación, y empatía más que curiosidad morbosa, pareciera ser el camino a seguir en este nuevo marco de sentido, en que el delito deja de ser un asunto de expertos para convertirse en un asunto de todos.

A fin de cuentas, hablar del delito y los delincuentes no es sino hablar de una de las más grandes paradojas sobre las que descansa el orden social que nosotros mismos hemos inventado: aquella en la que, de un lado, afirmamos que hay cosas debidas e indebidas y, por otro, vociferamos a todo pulmón clamando por una libertad sin límites.

El orden liberal ha caído en su propia trampa, cruzando dos mensajes claramente contradictorios, con el agravante de que parecieran necesitarse mutuamente pues no habría libertad posible de ser gozada sin unos límites y, sobre todo, una vigilancia adecuada.

Mirado así, este no es ya un problema moral, ético o legal, sino más bien comunicacional.

IV. Reflexiones finales

Somos Sujetos-en-la-Comunicación y Sujetos-en-el-Conocimiento antes que Sujetos del Derecho.

Esto significa que nuestra culturización, con toda su impronta de construcción simbólica e imaginaria, se instala en nuestra psiquis antes que el conocimiento experto de la ley.

Nacemos para vivir en sociedad, es cierto, pero esto no significa que la noción del otro y de lo otro resulte como consecuencia de un aprendizaje normativo sino justamente al revés: construimos la dimensión normativa de nuestra existencia como una parte integrante del tejido simbólico con el que alimentamos nuestras ideas, creencias, percepciones y actitudes mentales frente a eso que reconocemos como la realidad.

Resulta especialmente importante considerar los elementos anteriores porque una de las claves para comprender la paradoja que ofrece el delito, y la figura arquetípica del delincuente, es que se trata de algo y de alguien que se parece a nosotros pero que nos recuerda aspectos de nosotros mismos que hemos preferido reprimir u ocultar.

El criminal viene hacia nosotros desde la otra orilla, desde el lado oscuro de la luna, y nos inquieta su cercanía pues tal como yo, o cualquiera que sea como yo, el criminal se ha construido a sí mismo en sus circunstancias y es su falta –o la vivencia subjetiva de una falta– de autodeterminación, lo que le ha impedido ver “mejores” horizontes de vida, siguiendo el camino del delito.

Hay aquí una coincidencia entre las miradas que ofrecen la teoría de la Comunicación, la Sociología criminal y la estética cinematográfica (entendida como la principal fuente generadora de íconos de nuestra cultura de masas) pues todas, sin proponérselo a priori, dan con una clave de enorme importancia: los victimarios son también víctimas.

Mientras el Derecho, y la ley como su herramienta primordial, insisten en regular y sancionar conductas individuales y aisladas del contexto, las

Ciencias Sociales, la construcción mediática y el imaginario estético no se cansan de mostrarnos –y demostrarnos– que el crimen es un fenómeno que responde a ciertas lógicas y estructuras de las cuales somos todos en cierta forma responsables, lo que nos obliga a comprender otras dimensiones de la realidad y no sólo el “hecho delictivo” en cuanto tal.

Cuando hablamos de lógicas o estructuras que contradicen la idea del delito como un acto aislado, no nos referimos a la lógica de la fatalidad o de un destino “marcado por la tragedia”, sino a aquella otra que resulta como consecuencia de la estructura social misma y, por lo tanto, es obra del hombre y no de fuerzas superiores ante las cuales nadie puede hacer nada.

Dicho en términos más sencillos, tal pareciera que ya nadie delinque por sí y ante sí, sino como consecuencia de factores que debemos analizar, porque se pueden analizar, como también cambiar pues son resultado de nuestras decisiones acerca de lo que el orden social debe y no debe ser, y puede o no puede llegar a ser.

El delito y el delincuente ya no pueden ser vistos como un “otro” que vive “fuera” de los límites de la ley “natural” sobre la que se sostiene toda sociedad “sana”, sino al revés, es decir, que son la ley y la sociedad las que crean estos límites que, naturalmente, no existen.

Siguiendo esta perspectiva, conceptos como la culpa, o la cuantificación de la pena, o ideas como aquella de la prevención general o la resocialización del condenado, debieran encabezar una larga lista de ideas que por mucho tiempo se han instalado acerca del delito y la figura del delincuente, las que debieran ser revisadas bajo la lupa de un humanismo de nuevo cuño, no ya inspirado en fundamentalismos altisonantes, ni deudor de alguna ilusión igualitaria sino, simplemente, basado en una cuestión de sentido común: todos podemos convertirnos en delinquentes, porque todos tenemos al menos una oportunidad en la vida para hacerlo y, lo más importante, porque todos alguna vez hemos al menos fantaseado con la idea de ser uno de ellos.

Quizás la primera de todas estas ideas a revisar, sea aquella que asume el delito como algo aprehensible por la vía de una cierta mirada “científica” y objetiva, cuando lo cierto es que se trata de una construcción social que cierta filosofía de inspiración teologizante y con afanes trascendentalistas en algún momento fraguó y se preocupó de consagrar como una verdad indiscutible en el imaginario colectivo, obviando el hecho de que se trata de un constructo cultural que ha alimentado una cierta actitud mental generalizada frente a este tema, entendida esta actitud mental exactamente como la definimos al principio, es decir, como un conocimiento, un sentimiento y un cierto deseo de que las cosas sean de un cierto modo, aunque la evidencia indique otra cosa.

Afortunadamente el peso de los acontecimientos, además de lo poco que logró la modernidad, con su promesa de superar la noción del crimen y el castigo para remplazarla por otra presuntamente más “eficaz”, son hechos que han ido lenta pero irrefutablemente dejando ver lo que el acusado dice en memorables palabras a su juez, apuntándole con el dedo en aquella inolvidable pieza teatral: no olvides que si tú estás allí sentado juzgándome, es porque yo existo.

Bibliografía

Coma, Javier. “Diccionario de Cine Negro”. Plaza-Janés Editores S.A. Barcelona. 1990.

Nakousi, M. y D. Soto (editores). Cine y Criminalidad Organizada. Editorial Cuarto Propio, Santiago, 2012.

Arenas Carrillo, R. “Introducción a la Fenomenología”. Noemágico, 2006. Disponible en Internet en: <http://noemagico.blogia.com/2006/033001-introduccion-a-la-fenomenologia.php>

Carregha, G. y otros. “La Fenomenología”. El Pensamiento Fenomenológico en la Comunicación. 2008. Disponible en Internet en: <http://fenomenologia8.blogspot.com/2008/05/la-fenomenologa.html>

Colodro, M. “Esencia, intencionalidad y tensión en la Fenomenología de Husserl”.

En: Revista Observaciones Filosóficas No. 3 – 2006. Disponible en Internet en:
<http://www.observacionesfilosoficas.net/fenomenologiamax.html>

Josgrilberg, F., “La fenomenología de Maurice Merleau-Ponty y la investigación en comunicación”. *Signo y Pensamiento*. 2008, XXVII (enero-junio). Disponible en Internet en: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=86005205>

Rojas, I. “Theodor W. Adorno y la Escuela de Frankfurt”. En: *Revista Convergencia*. Año 6, número 19: pp. 71- 86. 1999.

NORMATIVA TERRITORIAL EN LAS CATÁSTROFES

José Fernández Richard ¹

RESUMEN: *El presente artículo analiza la normativa territorial en materia de catástrofes naturales, en particular en lo relativo al procedimiento de identificación de las zonas de riesgo afectas a catástrofes, sus fundamentos y consecuencias jurídicas.*

ABSTRACT: *This article examines the territorial legislation in the field of natural disasters, in particular as regards the procedure of identification of risk areas affected to catastrophes, its foundations and legal consequences.*

PALABRAS CLAVE: *Catástrofe natural – Normas antisísmicas – Ordenamiento territorial – Planes reguladores – Terremotos.*

KEYWORDS: *Anti-seismic standards – Earthquakes – Natural disaster – Regulatory plans – zoning.*

TABLA DE CONTENIDOS: *1.- Concepto de catástrofe. Normas Constitucionales y Legales sobre la materia. 2.- El ordenamiento territorial y las áreas de riesgo expuestas a catástrofes. 3.- Intervención de otros organismos en la aprobación de los planes reguladores. 4.- Normas antisísmicas. 5.- Conclusiones.*

¹ **JOSÉ FERNÁNDEZ RICHARD.** Profesor Derecho Urbanístico de la Universidad de Chile. Profesor Derecho Administrativo, Derecho Municipal y Derecho Urbanístico de la Universidad Pedro de Valdivia.

TABLE OF CONTENTS: 1.-Concept of natural disaster: Constitutional and legal provisions on the subject. 2. The territorial planning and risk areas exposed to natural disasters. 3. Intervention of other agencies in the adoption of regulatory plans. 4.- Anti-seismic standards. 5. Conclusions.

I. Concepto de catastrofe. Normas constitucionales y legales sobre la materia

De acuerdo al léxico, la palabra “catástrofe”, viene de la expresión latina “catastrophe” y que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en su expresión verbal, significa “abatir, destruir”, y en su primera acepción sustantiva “suceso infausto que altera gravemente el orden regular de las cosas”².

Dentro de este concepto comprendemos los terremotos, maremotos o tsunamis, inundaciones, aluviones, etc., cuando ellos se producen por obra de la naturaleza. Nuestro Código Civil, al tratar de la fuerza mayor, al que describe como “el imprevisto a que no es posible resistir”, comprende en ese tal carácter al terremoto³. La verdad es que siendo Chile un país eminentemente sísmico, en que esta clase de desastres se suceden periódicamente, no podemos desde el punto de vista de la construcción considerarlo un “imprevisto” y es por ello que se ha dictado toda una normativa antisísmica, para evitar sus perniciosos resultados.

Nuestra Carta Fundamental alude en varios de sus preceptos a las catástrofes. Así lo hace al tratar de los estados de excepción, en el art. 41, en que se refiere a que el estado de catástrofe, en caso de calamidad pública, lo declarará el Presidente de la República, determinando la zona afectada por la misma, la que quedará bajo la dependencia del Jefe de la Defensa Nacional que el Presidente designe. El art. 43 inciso 3° de la Constitución Política faculta para restringir las libertades de locomoción

² Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia. Edición Vigésima segunda, pág. 325, año 2001.

³ Código Civil, art. 45.

y de reunión, disponer, requisiciones y adoptar medidas extraordinarias de carácter administrativo.

Por su parte la Ley 18.415 Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción⁴, en su artículo 6º, al referirse al estado de catástrofe, expresa que el Presidente de la República podrá delegarlas total o parcialmente en los jefes de la Defensa Nacional que designe, las facultades extraordinarias que esa ley establece.

También la Ley 19.175 sobre Gobierno Regional se refiere a este tópico, y en su artículo 2º letra ñ expresa que le corresponderá “adoptar todas las medidas necesarias para prevenir y enfrentar situaciones de emergencia o catástrofe”, en lo que respecta al Intendente; reiterando este mismo concepto en su artículo 4º letra c) en lo relativo a las atribuciones del Gobernador. Por último cuando el legislador trata de las atribuciones generales del Gobierno Regional se refiere a las situaciones de emergencia o catástrofe, en el art. 16 letra f) de la mencionada ley.

A las Municipalidades se les encomienda labor parecida a la anteriormente señalada. Es así que en el art. 4º letra i de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, Ley 18.695, se expresa que les corresponderá a los entes edilicios “la prevención de riesgos y la prestación de auxilios en situaciones de emergencia o catástrofes”.

No nos extenderemos sobre la normativa de la ONEMI, ya que excedería del marco de este estudio, y en lo tocante a las normas de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, DFL 458 y su Ordenanza General, las examinaremos separadamente.

II. El ordenamiento territorial y las áreas de riesgo expuestas a catástrofe

El uso del suelo y consecuentemente el destino de las edificaciones, se norma a través de los instrumentos de planificación territorial y que

⁴ Véase además la Ley 18.825, artículo único, N° 19, 20, 21 y 22, y Ley N° 20.050, art. 1º N° 20.

consisten en los planes reguladores intercomunales –metropolitanos cuando los centros urbanos exceden de 500.000 habitantes– y los planes reguladores comunales.

El artículo 35 del DFL 458 –Ley General de Urbanismo y Construcciones– se refiere a la zonificación, entre otros tópicos, y a su vez el art. 42 de la misma ley, relativa a los Planes Reguladores comunales, nos expresa que comprenderán, entre otras materias, la zonificación y uso del suelo.

Por su parte el art. 60 de la citada Ley dispone que el Plan Regulador señalará los terrenos que por su especial naturaleza y ubicación no serán edificables⁵.

A su vez el artículo 105 del DFL 458 al tratar del diseño de las obras de urbanización y edificación, indica que deberán cumplir con los estándares que establezca la Ordenanza General en lo relativo a diversas materias, señalando en su letra c) “condiciones de estabilidad y asismicidad”.

Ahora bien, cuando se trata de las obligaciones del urbanizador, el art. 134 del DFL 458 señala que entre las obras de urbanización se comprenden “las obras de defensa y de servicio del terreno” aludiendo así a zonas de riesgo.

Finalmente, al referirse el DFL 458 a las demoliciones, expresa en su art. 148 que entre otras causales, procederán tratándose de obras que no ofrezcan las debidas garantías de salubridad o seguridad, “o que amenacen ruina”, confiriendo en su artículo 149 acción popular para denunciar este tipo de edificaciones.

Todo lo anterior nos lleva a examinar algunas normas de la Ordenanza General de suma importancia.

⁵ Esta norma se está refiriendo al Plan Regulador Comunal.

Es así que el artículo 2.1.10, tratándose de la Planificación territorial, señala que la Memoria Explicativa del Plan Regulador deberá contener un estudio de riesgo y de protección ambiental con sus respectivas áreas de restricción.

En el mismo sentido el art. 2.1.17 de dicha ordenanza preceptúa que en los instrumentos de planificación territorial que corresponda podrán definirse áreas de riesgo (el subrayado es nuestro), agregándose más adelante que “En dichas áreas de riesgo se determinarán zonas no edificables o de condiciones restringidas de edificación”.

Aun más, la Ordenanza General, en una enumeración que a mi juicio no es taxativa, expresa que se considerarán zonas de riesgo:

1. Las inundables o potencialmente inundables debido a estar ubicadas en la proximidad de lagos, ríos, esteros, quebradas, cursos de agua no canalizados, napas freáticas y pantanos.⁶
2. Zonas propensas a avalanchas, rodados, aluviones o erosiones acentuadas.
3. Zonas de actividad volcánica, ríos de lava o fallas geológicas.
4. Zonas ubicadas en el radio de protección de obras de infraestructura, como aeropuertos, helipuertos públicos, torres de alta tensión, embalses, oleoductos, gaseoductos, estanques de almacenamiento de productos peligrosos⁷. Se agrega que en los casos en que la restricción para edificar se deba a razones de seguridad contra desastres naturales, se podrá, siempre que sean subsanables, autorizar edificaciones mediante la incorporación de obras de Ingeniería con proyectos específicos que cumplan determinados requisitos. Esto podría ocurrir por ejemplo en una zona de acusada pendiente.

⁶ Curiosamente no se menciona estar ubicados los terrenos en la proximidad del mar.

⁷ 2.1.17 inciso 5º Ord. General.

Como puede advertirse tanto la Ley General de Urbanismo y Construcciones, como su Ordenanza General, le han encomendado a los Instrumentos de Planificación Territorial, esto es a los Planes Reguladores, determinar las zonas de riesgo y las no edificables, a lo que se añade que el Director de Obras Municipales puede exigir estudios de cálculos de Ingeniería, e incluso en determinados casos estudios de mecánica de suelo. Es así que el art. 5.1.15 de la Ordenanza General, tratándose de permisos de obra nueva, se refiere a que el Director de Obras puede solicitar al peticionario de permiso de edificación un informe sobre la calidad del subsuelo y sobre los posibles riesgos de las áreas circundantes y de las medidas de protección que se adoptarán.

III. Intervención de otros organismos en la aprobación de los planes reguladores y que pueden indirectamente influir en la prevención de riesgos

A partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 20.417 que modificó la Ley N° 19.300, la aprobación o modificación de Planes Regionales de Desarrollo Urbano, planos intercomunales, planes reguladores comunales y planes seccionales que no hayan entrado al antiguo sistema, deben someterse al nuevo sistema de evaluación ambiental estratégica, contemplada en los actuales artículos 2 letra i bis), 7 ter) y 7) quáter. Al respecto puede verse el claro dictamen de la Contraloría General de la República de 28 de diciembre del año 2010 (Dictamen 78815).

Conforme el artículo 2, letra i bis), la Evaluación ambiental Estratégica consiste en el procedimiento realizado por el Ministerio sectorial respectivo, para que se incorporen las consideraciones ambientales del desarrollo sustentable.

En todo caso, siempre deberán someterse a evaluación ambiental estratégica los planes regionales de ordenamiento territorial, planes reguladores intercomunales, planes reguladores comunales y planes seccionales, planes regionales y desarrollo urbano y zonificación del borde costero, del territorio marítimo y el manejo integrado de cuentas a los instrumentos de ordenamiento territorial que los reemplacen o sistematicen. En esta situación el procedimiento y aprobación del

instrumento estará a cargo del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, el Gobierno Regional o el Municipio o cualquier otro organismo de la Administración del Estado respectivamente.⁸

Como puede advertirse de lo anteriormente expuesto el Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, los Gobiernos Regionales, los municipios, los Ministerios sectoriales y demás organismos públicos, pueden colaborar indirectamente en la prevención de riesgos, frente a catástrofes, al aprobar los instrumentos de planificación territorial.

IV. Normas antisísmicas

Al finalizar este somero estudio debo completarlo, señalando que en nuestro ordenamiento jurídico existen adecuadas normas antisísmicas. Entre ellas se encuentran las Normas Nch. 433 y Nch. 430.

El 25 de febrero del 2011 se dictó el Decreto Supremo Reglamentario N° 117 que establece diseño sísmico de los edificios y el Decreto Supremo N° 118, ambos del Minvu, que fija los requisitos de Diseño y Cálculo para el Hormigón armado, después de haberse aprobado previamente diversas normas técnicas relativas a cálculo estructural. Todo ello naturalmente como un adecuamiento a los requerimientos que representó el sismo y tsunami del 27 de febrero del 2010.

Es así que en el Decreto Supremo N° 117 del Minvu se determina una nueva clasificación de los suelos y se agrega una 5ª clasificación, entre las cuales se encuentran los suelos licuables, colapsables, suelos sensitivos, de turba, etc.

Como puede verse, aparte de las numerosas normas técnicas sobre calidad de los materiales, se encuentran además normas antisísmicas debidamente actualizadas, que constituyen normas urbanísticas, al decir del art. 116 del DFL 458 y que deberán ser tomadas en cuenta por las Direcciones de Obras Municipales, al otorgar los permisos de edificación.

⁸ Arts. 2 letra i bis) 7 bis) 7 ter) y 7 quáter) Leyes 19.300 y 20.417 y Dictamen 78.845 Contraloría General de la República de diciembre del 2010.

V. Conclusiones

1. En nuestro ordenamiento jurídico urbanístico, le corresponde a los instrumentos de planificación territorial, señalar las zonas de riesgo y las no edificables.
2. Al elaborarse, estudiarse y aprobarse los Planes Reguladores, deberá procederse con un criterio eminentemente técnico que considere las zonas de riesgo afectas a catástrofes, sin ceder a presiones que con el afán de extender la superficie edificable, arriesguen a la población ante un evento catastrófico.
3. La actual normativa contenida en la Ley General de Urbanismo y Construcciones, su Ordenanza General y las numerosas Normas Técnicas dictadas a través del Ministerio de la Vivienda y Urbanismo, y las disposiciones de las Leyes 19.300 y 20.417, dotan a las Direcciones de Obras Municipales de todas las facultades para velar por la seguridad de la población, al momento de otorgar los permisos de edificación, siempre y cuando los instrumentos de planificación territorial, a que debe atenerse el Director de Obras Municipales, reflejen la realidad en lo que a zonas de riesgo y no edificables se refiere.
4. En determinados casos deberán evaluarse y modificarse aquellos Planes Reguladores, que al ser enfrentados a Sismos de gran envergadura y tsunamis de igual gravedad, han evidenciado carencias al permitir edificaciones en lugares expuestos a riesgos catastróficos.

Bibliografía

- Amador Brieva y Lionel Bastías. Ley General de Urbanismo y Construcciones. Editorial Jurídica. Stgo. Año 2008.
- Amador Brieva y Lionel Bastías. Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones. Editorial Jurídica. Stgo. Año 2008.

Pedro Cobo García. Ley y Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones.
Editorial Jurídica ConoSur Ltda. Año 1997.

José Fernández Richard – Felipe Holmes Salvo. Derecho Urbanístico chileno.
Editorial Jurídica. Stgo. Años 2007 y 2009.

Eduardo Cordero Q. Compendio de Normas Urbanísticas. Ediciones Thomson
Reuters año 2012.

Contraloría General de la República. Manual Práctico de Jurisprudencia
Administrativa sobre Planos Reguladores. Año 2012.

JURISPRUDENCIA DE INTERÉS

DERECHO ADMINISTRATIVO

Corte Suprema
Empresa de Ferrocarriles del Estado con Corvalán

16 de enero de 2012

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

DOCTRINA: *El fallo señala que el Consejo de Defensa del Estado, conforme a su Ley Orgánica, tiene como objeto principal la defensa judicial de los intereses del Estado y que en la normativa que lo rige no existe disposición alguna que condicione dicha intervención a un requerimiento previo de la institución afectada. Agrega la sentencia que tampoco es posible, a partir del texto del numeral 3° del artículo 3° del DFL N° 1, del Ministerio de Hacienda de 1993 - ley orgánica del CDE-, arribar a la conclusión de que el Consejo de Defensa del Estado solo podría haber actuado en estos autos si hubiere mediado una solicitud en tal sentido de la empresa de Ferrocarriles del Estado, aduciendo que se trata de un servicio de la administración descentralizada del Estado. La defensa en los juicios se hace “en interés” de dichos servicios públicos, lo que no necesariamente debe ser ponderado por los representantes de la empresa si se considera especialmente que, siendo una empresa que maneja recursos públicos, la participación del Consejo de Defensa del Estado resulta absolutamente congruente con el ejercicio de la facultad que detenta en cuanto a asumir la defensa en resguardo del patrimonio fiscal. De este modo, yerra la sentencia cuestionada al restringir el alcance de la normativa que faculta al Consejo de Defensa del Estado a asumir la representación de los órganos del Estado sólo a los casos en que éstos le solicitan dicha gestión (Existe otro fallo en igual sentido*

pronunciado por la Corte Suprema, con fecha 16 de enero de 2012, en los autos rol N° 8.879-2009).

Santiago, dieciséis de enero de dos mil doce.

Vistos:

En estos autos rol N° 8539-2009 sobre juicio ordinario de indemnización de perjuicios, el Consejo de Defensa del Estado en representación de la Empresa de Ferrocarriles del Estado dedujo recurso de casación en el fondo respecto de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago que confirmó el fallo de primer grado que rechazó su demanda interpuesta en contra de un funcionario de la mencionada empresa estatal.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que el recurso acusa, en un primer capítulo, la infracción de los artículos 1° inciso 2°, 2° y 5° de la Ley N° 18.575 en relación con los artículos 1, 4 y 15 de la Ley Orgánica de Ferrocarriles del Estado –N° 19.170– y artículo 1443 del Código Civil. Explica que resultan infringidas las normas referidas de la Ley sobre Bases Generales de la Administración del Estado que establecen el principio de legalidad, el cual se traduce en que los órganos del Estado, incluidas las empresas autónomas cuyo es el caso de la demandante, actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley. En la especie, Ferrocarriles del Estado es una empresa regulada por normas de derecho público, sin perjuicio que a su respecto se apliquen también normas de derecho privado en lo que sea pertinente y mientras no se opongan a las primeras atendida su naturaleza jurídica, de manera que en el presente caso deben conjugarse armónicamente normas de derecho público y de derecho privado, pero teniendo siempre en consideración la primacía del principio de legalidad. Sin embargo, los sentenciadores deciden la contienda sometida a su conocimiento sobre la base de lo dispuesto únicamente en el artículo 23 de la Ley Orgánica de

Ferrocarriles, aduciendo una presunta especialidad, en circunstancias que tal norma no innova en relación a los requisitos de la responsabilidad de quienes incurren en ilícitos civiles. Luego, prosigue el recurso, los jueces aplican exclusivamente normas del derecho privado, atribuyéndoles a los demandados facultades que no son posibles bajo el amparo de la legalidad que rige a la actora e interpretando el contrato de trabajo de una forma no acorde con su texto. En este caso, las estipulaciones contenidas en el contrato de trabajo del funcionario finiquitado y las contenidas en las escrituras públicas de delegación de funciones impedían la posibilidad de pagar indemnizaciones ajenas al marco legal, lo que debió orientar a rechazar tal posibilidad, más aún si se sumaba a ello la normativa de derecho público a que debe supeditarse una empresa estatal. Así, para la procedencia de un pago convencional que excedía lo acordado en el contrato se requería acuerdo del Directorio, manifestación de voluntad que constituyendo un acto solemne estaba sujeta a la observancia de la respectiva formalidad, la que no fue probada;

Segundo: Que, a continuación, denuncia la infracción del artículo 172 del Código del Trabajo en relación con los artículos 44, 2118, 2129, 2131, 2132 y 2133 del Código Civil, 2 inciso 4° de la Ley N° 19.170 y 22 del Código Civil. Argumenta que se produce la infracción porque los sentenciadores dejaron de aplicar el citado artículo 172, al no concluir que el aguinaldo de Navidad está expresamente excluido de la base de cálculo de las indemnizaciones por término de la relación laboral, en razón de que se trata de una asignación esporádica.

Los demandados actuaron sobre la base de la delegación de funciones que les efectuó el gerente general para poner término a los contratos de trabajo, suscribir los finiquitos a que dieran lugar y pagar las sumas correspondientes a éstos, careciendo de facultades para pagar indemnizaciones no ajustadas a lo acordado en los contratos de trabajo a menos que hubiese un acuerdo del Directorio, puesto que siendo una empresa del Estado involucraba recursos públicos. Por ello, los demandados sólo estaban facultados para poner término a los contratos de acuerdo a las disposiciones legales vigentes sobre la materia y pagarles las indemnizaciones que fueren procedentes. Afirma que los jueces debieron aplicar las normas del mandato que contiene el Código Civil –artículos

2118, 2129, 2132 y 2133— de acuerdo a las cuales el mandatario debe ceñirse rigurosamente a los términos del encargo, el que no confiere al mandatario más poder que el de efectuar los actos de administración. Necesita entonces poder especial para los actos que excedan de tal límite. En el caso analizado, el poder especial era imprescindible por la naturaleza jurídica de la Empresa de Ferrocarriles del Estado. Entonces, al pagarse indemnizaciones adicionales a través de la inclusión en la base de cálculo de una asignación expresamente excluida por ley, se verificó un pago indebido y una extralimitación de facultades. La responsabilidad, de acuerdo al artículo 2129 y 44 del Código Civil, es suya desde que existió falta de cuidado y culpa en su actuar;

Tercero: Que también alega la infracción de los artículos 19, 1545, 1561, y 1563 del Código Civil al no aplicar estas disposiciones, toda vez que el texto del contrato laboral del funcionario don Óscar Ramírez Parra obligaba a darle un sentido y alcance muy distinto al entendido por los sentenciadores, que concluyeron la procedencia del pago efectuado pese a que de conformidad a la ley del contrato no lo autorizaba;

Cuarto: Que se reprocha, asimismo, la vulneración de las normas reguladoras de la prueba contenidas en los artículos 1698, 1701, 1708 y 1709 del Código Civil, desde que el fallo estimó, por una parte, que la demandante no acreditó el perjuicio ni el dolo ni la culpa, requisitos indispensables para que se genere la responsabilidad de los demandados; y, por otra, que a pesar que los demandados no tenían el peso de la prueba, igualmente acreditaron con prueba testimonial que su proceder se ajustó a las instrucciones impartidas por las autoridades de la empresa y a una práctica habitual en relación a otros casos de indemnizaciones pagadas a empleados de la empresa. Manifiesta la recurrente que los testigos presentados por los demandados para demostrar las circunstancias recién descritas constituyen un medio probatorio impertinente dada la solemnidad legal exigida —acuerdo del Directorio materializado en acta firmada— y porque es inadmisibles la prueba de testigos respecto de actos o contratos que hayan debido constar por escrito. A su vez, continúa el recurso, al existir un incumplimiento legal y contractual, éste se presume culposos y se invierte la carga de la prueba.

En cuanto a la existencia del perjuicio, se acreditó con los documentos de término de relación laboral y finiquito, la inclusión en la base de cálculo del aguinaldo de Navidad que permitió al trabajador recibir una indemnización muy superior a la que correspondía;

Quinto: Que finalmente alega como error de derecho el que la sentencia haya planteado que el Consejo de Defensa del Estado carece de legitimidad para interponer la demanda sobre la base de argumentar que no fue interpelado para tal efecto por la empresa en cuya representación ha litigado;

Sexto: Que resulta conveniente iniciar el análisis del presente recurso de nulidad con la última infracción de ley denunciada.

Al respecto, cabe señalar que el Consejo de Defensa del Estado conforme a su ley orgánica—D.F.L. N° 1 del Ministerio de Hacienda de 28 de julio de 1993— tiene como objeto principal la defensa judicial de los intereses del Estado. En la normativa que lo rige no existe disposición alguna que condicione dicha intervención a un requerimiento previo de la institución afectada.

Tampoco a partir del texto del numeral 3 del artículo 3 del citado cuerpo legal, puede arribarse a la conclusión que el Consejo de Defensa del Estado sólo podría haber actuado en estos autos si hubiere mediado una solicitud en tal sentido por parte de la Empresa de Ferrocarriles del Estado, aduciendo que dicho precepto dispone que tratándose de servicios de la administración descentralizada del Estado —categoría a la que pertenece Ferrocarriles—, la defensa en los juicios se hace “en interés” de dichos servicios públicos, puesto que el interés a que se refiere la norma no necesariamente deberá ser calificado o ponderado por los propios representantes de la empresa si se considera especialmente que, siendo una empresa que maneja recursos públicos, la participación del aludido organismo resulta absolutamente congruente con el ejercicio de la facultad que detenta en cuanto asumir la defensa en resguardo del patrimonio fiscal. De este modo, yerra la sentencia cuestionada al restringir el alcance de la normativa que faculta al Consejo de Defensa

del Estado a asumir la representación de los órganos del Estado sólo a los casos en que éstos le solicitan dicha gestión;

Séptimo: Que según aparece del “Acta de Acuerdo de Término de Contrato de Trabajo y Finiquito” de 21 de enero de 1998 (fojas 231) y del “Acta de Acuerdo Complementario” de 9 de febrero de ese mismo año (fojas 232), se estableció que las partes ponían término con fecha 1 de enero de 1998 al contrato individual de trabajo celebrado con el trabajador don Óscar Ramírez Parra de fecha 1 de abril de 1981 por la causal prevista en el N° 1 del artículo 159 del Código del Trabajo, esto es, mutuo acuerdo de las partes. Se precisa además en esos documentos que la indemnización voluntaria a pagar al trabajador corresponde a la pactada en la cláusula decimosegunda del contrato de trabajo.

Esta última cláusula consigna, en lo pertinente, que el empleador le pagará una indemnización por años de servicio equivalente a un mes de la última remuneración que hubiere percibido. A su vez, en el apartado siguiente del contrato se indicaba que el trabajador tenía derecho a un aguinaldo de Navidad ascendente al veinticinco por ciento (25%) del respectivo sueldo base, beneficio que sólo podía ser percibido por el trabajador que se encontrare en servicio.

En seguida, no ha sido discutido que tanto para el cálculo de la indemnización por años de servicios –o “indemnización voluntaria” según se lee en la liquidación del finiquito–, como para el del feriado legal, se incluyó el aguinaldo de Navidad;

Octavo: Que útil ahora es destacar que en virtud del poder especial conferido por la Empresa de Ferrocarriles del Estado a don Patricio Javier Corvalán Morales (fojas 350), se delegó en éste –por su calidad de Gerente de Recursos Humanos– entre otras facultades: “*CUATRO: Poner término a los contratos de trabajo, cualquiera sea su causa, debiendo solicitar autorización previa del Gerente General para aplicar la causal de necesidades de la Empresa; suscribir los finiquitos a que dieran lugar los términos de contratos de trabajo; pagar las sumas correspondientes a dichos finiquitos y las que ordenen pagar los Tribunales competentes*”. Dicho poder fue conferido al señor Corvalán

Morales –por el Gerente General de la empresa señalada– en virtud del “Acta de Sesión Extraordinaria de Directorio”, celebrada con fecha 8 de julio de 1996;

Noveno: Que cabe acentuar que es una Ley Orgánica el marco normativo que regula la Empresa de los Ferrocarriles del Estado, la cual prescribe: “*La Empresa de los Ferrocarriles del Estado es una persona jurídica de derecho público, constituye una empresa autónoma del Estado y dotada de patrimonio propio (...)*” (artículo primero); añade dicho cuerpo legal que: “*La administración de la Empresa la ejercerá un Directorio compuesto de siete miembros, de libre designación por el Presidente de la República, quien además designará a uno de ellos, para que se desempeñe en calidad de Presidente del Directorio*” (artículo cuarto). Acto seguido, describe la estructura orgánica de la empresa, las inhabilidades, recusaciones, prohibiciones, funciones, atribuciones, derechos, obligaciones y responsabilidades de los directores, estipula la figura del Gerente General, etcétera. Es decir, se está frente a una empresa pública donde prevalece el principio de legalidad de los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental (reafirmados en los artículos 2° y 3° de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado) y respecto de los cuales debe ajustar todas sus actuaciones;

Por consiguiente, no resultaba plausible prescindir de la normativa antes reseñada y dirimir el debate –tal como lo hizo el fallo recurrido– acudiendo únicamente al artículo 23 de la Ley Orgánica de Ferrocarriles, el cual únicamente reitera un principio general de responsabilidad al exigir dolo o culpa en la ocurrencia de un daño o perjuicio, prescindiendo absolutamente del imperativo constitucional de circunscribir el comportamiento de los demandados a la naturaleza del órgano del cual emanan sus atribuciones;

Décimo: Que acorde al razonamiento anterior –principio de legalidad–, cobra especial relevancia precisar las facultades que asistían a los demandados al suscribir el finiquito que se cuestiona por la demandante, de manera que las normas atingentes al caso son las reglas del mandato contenidas en el Título XXIX del Libro IV del Código Civil,

artículos 2116 y siguientes, las que han sido transgredidas por falta de aplicación.

En efecto, el mandato, acto jurídico bilateral, es un contrato que importa necesariamente la concurrencia de las voluntades del mandante y mandatario, y en virtud del cual éste realiza uno o más negocios por riesgo y cuenta del primero. Además, acorde a los artículos 2131, 2132 y 2133 todos del Código Civil, el mandatario debe ceñirse rigurosamente a los términos de su mandato, no se le confiere más poder que el de llevar a cabo actos de administración y, en caso de conferírsele el cometido de desarrollar del modo más conveniente la gestión encomendada, no por eso se entiende alterada la esencia del mandato. Por consiguiente, del análisis de autos aparece que los demandados requerían haber sido investidos expresamente para realizar las actuaciones por las cuales son demandados en este juicio. Así, sólo el gerente general de la Empresa de Ferrocarriles del Estado –previamente autorizado por el directorio– podría haber facultado, vía poder especial, a los denunciados para que llevaran a cabo los desembolsos monetarios que autorizaron a favor de Óscar Parra Ramírez;

Undécimo: Que, por otra parte, del tenor del contrato de trabajo no es posible inferir de modo alguno que estaba pactada una indemnización convencional que incluyera en su base de cálculo una asignación esporádica como es el aguinaldo de Navidad, puesto que lo acordado contractualmente pagar –por cada año servido– era una indemnización equivalente a un mes de la última remuneración que hubiere percibido el trabajador. Luego, el inciso 1º del artículo 172 del Código del Trabajo prescribe que para estos efectos la última remuneración mensual comprenderá toda cantidad que estuviere percibiendo el trabajador por la prestación de sus servicios, con exclusión de las asignaciones que se otorguen en forma esporádica o por una sola vez al año, tales como gratificaciones y aguinaldos de Navidad. En consecuencia, si se había pactado incluir este último beneficio, debió quedar explícitamente incorporado al contrato y ello no sucedió. Al no entenderlo así los jueces de la instancia han incurrido en la contravención de las normas de interpretación de los contratos, atendido el claro tenor de las disposiciones contractuales aludidas;

Duodécimo: Que atento a lo expuesto carece de relevancia la supuesta infracción a normas reguladoras de la prueba que también se reprochara a través de este arbitrio;

Décimo tercero: Que los errores de derecho antes indicados tuvieron una influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, pues llevaron a desestimar la pretensión indemnizatoria de la actora, lo que conduce necesariamente a invalidar la sentencia recurrida.

Y de conformidad, asimismo, con lo que disponen los artículos 764, 767, 785 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se declara que **se acoge** el recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandante en lo principal de la presentación de fojas 567 contra la sentencia de veinte de agosto de dos mil nueve, escrita a fojas 566, la que por consiguiente **es nula** y se la reemplaza por la que se dicta a continuación.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Brito, quien estuvo por rechazar el recurso de casación interpuesto, teniendo para ello en especial consideración los siguientes fundamentos:

1º) Que es un hecho establecido en la causa que el demandado don Patricio Corvalán Morales, en su calidad de Gerente de Recursos Humanos de la Empresa de Ferrocarriles del Estado, estaba facultado expresamente para poner término a los contratos de trabajo de los empleados de la misma y para suscribir y pagar los respectivos finiquitos, atribuciones que se le confirieron en el poder especial que le otorgó el Directorio, suscrito ante Notario Público, en escritura de fecha 01 de agosto de 1996, rolante en copia a fojas 350.

2º) Que aparece de manifiesto que atendida la amplitud de los términos en que se confirió el aludido mandato, el señor Corvalán estaba facultado por el Directorio de dicha empresa para convenir libremente las condiciones inherentes al término de los contratos de los trabajadores de Ferrocarriles del Estado. De ello se infiere que dicha facultad incluía la de aceptar y/o convenir determinadas causales de exoneración y el monto de aquellas indemnizaciones que al efecto deberían pagarse, ya sea que estas hubieran nacido en virtud de una convención, como en este caso lo

fue al pactarse el finiquito, o bien, respecto de aquellas indemnizaciones que la ley obligatoriamente establece a favor de los trabajadores en el código del ramo.

3º) Que, por otro lado, aparte de las atribuciones que en el mandato se le otorgaron al mencionado demandado para convenir con los trabajadores las estipulaciones relativas al término de la relación laboral, también se debe tener en cuenta lo prescrito en el artículo 4 del Código del Trabajo. Esta disposición contiene una presunción de derecho, consiste en que el gerente de la empresa representa al empleador. De tal manera, que al haber asumido el demandado la posición de Gerente de Recursos Humanos, tanto por el mandato que expresamente se le confirió, como en virtud de lo dispuesto en dicha disposición legal, es posible también concluir que estaba revestido de suficientes atribuciones para pactar válidamente los términos de la exoneración de los trabajadores de la empresa.

4º) Que siguiendo este razonamiento, es dable consignar sin duda que atendida la causal de término de la relación laboral por mutuo acuerdo de las partes, nada impedía a las partes establecer libremente los términos en que se llevaría a cabo la exoneración, y por ende, el pacto de una indemnización convencional. Tal aserto se refuerza, si se lee lo prevenido en el artículo 5 del estatuto laboral, que en su inciso final dispone: *“Los contratos individuales y colectivos de trabajo podrán ser modificados, por mutuo consentimiento, en aquellas materias en que las partes hayan podido convenir libremente”*.

En este sentido, el precepto antes señalado, permite afirmar que en el caso de autos la facultad conferida al demandado le permitía no sólo contratar; es decir, establecer las condiciones del nacimiento de la convención laboral, sino también los términos bajo los cuales la relación laboral terminaba.

5º) En lo relativo a esta materia, se debe considerar además, que las normas antes citadas, tienen un directo vínculo con lo prevenido en el artículo 7º del Código del Trabajo, que define el contrato de trabajo, otorgándole al mismo el carácter de convención. De lo que seguidamente

se colige otra directa relación con el principio de la autonomía de la voluntad, consagrado en el artículo 1545 del Código Civil; principio y normas plenamente aplicables al caso concreto, en cuanto reconoce a los contratantes libertad para contratar y establecer los términos de dichos actos, precepto al que resulta posible acudir, salvo en aquellas materias en que, en forma expresa, la ley limita y regula dichos pactos.

6º) Que, refuerza estos razonamientos la norma contenida en el artículo 2º inciso 1º del código laboral, que también consagra el principio de la libertad contractual, concediendo a los intervinientes la potestad de contratar libremente en materia laboral. En su virtud, las partes pueden celebrar convenciones de esa especie de manera libre, y establecer los términos y/o condiciones de una relación de trabajo hasta su término, respetando los derechos que la normativa laboral consagra a favor de los trabajadores, los que se constituyen en límites a tales facultades, atendida la naturaleza de sus normas.

7º) Por lo antes señalado, se debe concluir que la convención celebrada entre los demandados y don Óscar Ramírez Parra, en su calidad de trabajador de la Empresa de Ferrocarriles del Estado, en lo que concierne a los términos bajo los cuales se suscribió el finiquito del trabajador, se ajustó plenamente a las normas precedentemente citadas; máxime si se tiene en cuenta que la legislación laboral, respecto a la terminación del contrato de trabajo, fija parámetros básicos de protección a los derechos de los trabajadores.

8º) Que, en consecuencia, sólo cabe agregar que según los hechos asentados en el juicio, los demandados, quienes se desempeñaban en diversos cargos gerenciales de la Empresa de Ferrocarriles del Estado, se ciñeron rigurosamente a los términos establecidos en el mandato ya aludido, el que los facultó para suscribir finiquitos y celebrar convenciones, lo que hizo pactando con un trabajador condiciones indemnizatorias no establecidas en la ley, lo cual le estaba perfectamente permitido. Por estas razones, la demanda basada en las disposiciones contenidas en los artículos 2.118, 2.129, 2.131, 2.132 y 2.133 del Código Civil, resulta improcedente, y, en consecuencia, a juicio del disidente los jueces del

fondo no han incurrido en los errores de derecho que se les reprocha en el recurso, desde que dicho preceptos han sido correctamente aplicados.

Regístrese.

Redacción a cargo de la Ministro señora Araneda y de la disidencia, su autor.

Rol N° 8539-2009

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. Sonia Araneda B., Sr. Haroldo Brito C. y Sra. María Eugenia Sandoval G. Santiago, 16 de enero de 2012.

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

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

Santiago, dieciséis de enero de dos mil doce.

De conformidad con lo que dispone el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se procede a dictar la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia apelada con excepción de sus fundamentos sexto a trigésimo primero, que se eliminan.

Asimismo se tienen por reproducidos desde el motivo sexto a undécimo del fallo de casación que antecede.

Y teniendo además presente:

1.- Que el Abogado Procurador Fiscal de Santiago del Consejo de Defensa del Estado, en representación de la Empresa de Ferrocarriles del Estado, dedujo demanda de indemnización de perjuicios en contra de los funcionarios de dicha empresa Patricio Javier Corvalán Morales, Gerente de Recursos Humanos, Pablo Espinoza Etchebes, Jefe del Departamento de Remuneraciones, Jaime Contreras Luengo, Gerente General subrogante y Osvaldo Cifuentes Olea, también actuando como Gerente de Recursos Humanos, a fin de que los dos primeros sean solidariamente condenados a pagar los perjuicios ocasionados a la empresa ascendentes a cinco millones cuatrocientos diez mil setecientos setenta y dos pesos (\$5.410.772), como asimismo que los dos últimos nombrados además de Pablo Espinoza Etchebes sean condenados solidariamente a pagar perjuicios por la suma de siete millones doscientos tres mil cuatrocientos noventa y cuatro (\$7.203.494), más los intereses y reajustes que indica;

2.- Que el fundamento de la demanda se hizo consistir en el detrimento patrimonial sufrido por la empresa con motivo de la liquidación del finiquito del trabajador Óscar Ramírez Parra, al ponerse término a su relación laboral por mutuo acuerdo y a quien se le pagaron sumas que excedían lo debido. Se indica que los demandados Corvalán y Espinoza, extralimitándose de sus facultades, pagaron una indemnización por años de servicio y feriado legal en que se incluyó indebidamente en la base de cálculo el aguinaldo de Navidad, rubro excluido expresamente por el artículo 172 del Código del Trabajo. Días después los demandados Contreras, Espinoza y Cifuentes suscribieron un acuerdo complementario del anterior, incrementando aún más la indemnización pagada a Ramírez Parra.

3.- Que el sustento legal de la demanda se hace descansar en que los demandados vulneraron las normas del mandato, pues carecían de facultades para realizar dichos pagos, contraviniendo el principio de legalidad que subyace en el actuar de los miembros de una empresa del Estado;

4.- Que tal como quedara asentado en los fundamentos de la sentencia de casación que se han tenido por reproducidos, los demandados pagaron indemnizaciones adicionales a las establecidas por la legislación laboral y que no se encontraban convenidas en el contrato del trabajador finiquitado. A su vez, habiendo actuado los demandados en virtud de una delegación de facultades, tampoco se encontraban investidos de atribuciones especiales para proceder del modo en que lo hicieron. En efecto, el encargo que recibieron los facultaba para poner término a los contratos de trabajo “de acuerdo a las disposiciones legales vigentes sobre la materia y pagarles las indemnizaciones que fueren procedentes”. En otras palabras, debían proceder de conformidad a la ley, a la cual no se sujetaron si convinieron en el finiquito en cuestión una indemnización superior al marco legal y a lo pactado en el contrato.

Por estas consideraciones y de conformidad asimismo a lo dispuesto en el artículo 186 del Código de Procedimiento Civil, **se revoca** la sentencia en alzada de diez de octubre de dos mil siete, escrita a fojas 490, y en su lugar se declara que se acoge la demanda de fojas 3 y se condena solidariamente a Patricio Javier Corvalán Morales y a Pablo Espinoza Etchebes al pago de la suma de cinco millones cuatrocientos diez mil setecientos veintidós pesos (\$5.410.722); y a Jaime Contreras Luengo, Osvaldo Cifuentes Olea y a Pablo Espinoza Etchebes a pagar también solidariamente la suma de siete millones doscientos tres mil cuatrocientos noventa y cinco pesos (\$7.203.495).

Las sumas antes indicadas deberán ser reajustadas de conformidad a la variación experimentada por el Índice de Precios al Consumidor entre la fecha en que se percibió la indemnización y la del pago efectivo, más los intereses corrientes para operaciones reajustables desde el momento en que el deudor quede en mora.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Brito, quien estuvo por confirmar la referida sentencia teniendo únicamente presente los argumentos expuestos en su disidencia del fallo de casación que antecede.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministro señora Araneda y de la disidencia, su autor.

Rol 8539-2009.-

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. Sonia Araneda B., Sr. Haroldo Brito C. y Sra. María Eugenia Sandoval G. Santiago, 16 de enero de 2012.

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

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

DERECHO ADMINISTRATIVO

Corte Suprema Complejo Manufacturero de Equipos Telefónicos SACI con Ministerio de Transporte

30 de enero de 2012

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

***DOCTRINA:** La sentencia acoge el recurso de casación en el fondo interpuesto por el CDE y señala que la nulidad de derecho público es un procedimiento de carácter general y supletorio respecto de aquellos casos en que no existe un procedimiento especial de impugnación de modo que no es posible entablar una acción de nulidad de derecho público en contra de una resolución que admite un recurso especial para reclamar de ella.*

Santiago, treinta de enero de dos mil doce.

Vistos:

En estos autos rol N° 7530-2009, sobre juicio ordinario, el demandado Fisco de Chile interpuso recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que confirmó el fallo de primera instancia que acogió la demanda deducida por Complejo Manufacturero de Equipos de Telecomunicaciones SACI (CMET), declarando nula la Resolución de 14 de enero del año 2002 expedida por el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones en los autos infraccionales rol N° 36.454-2000 en virtud de la cual sancionó a la

demandada a una multa de 500 UTM por no pagar los cargos de acceso correspondientes a las llamadas originadas en su red y terminadas en la red de cualquier compañía telefónica móvil, lo que infringe el artículo 25 de la Ley General de Telecomunicaciones, en relación con lo dispuesto en el inciso final del artículo 22 del Reglamento del Servicio Público Telefónico, más una multa adicional de 100 UTM por cada día que el infractor dejó transcurrir –lo que en su totalidad alcanza la cantidad de 29.300 UTM– sin dar cumplimiento a su obligación legal de pagar los referidos cargos de acceso.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que, en primer término, el recurso denuncia la falsa aplicación de los artículos 175, 176 y 177 del Código de Procedimiento Civil. Explica que no procedía aplicar la cosa juzgada para fundar la nulidad de una sentencia dictada en un procedimiento infraccional cuya naturaleza es jurisdiccional, ya que dicha institución en ese contexto no es apta para tal propósito. Destaca en todo caso que no concurría la triple identidad de la cosa juzgada entre el aludido procedimiento infraccional y el juicio sumario rol N° 2.957-2000 seguido ante el Tercer Juzgado Civil de Santiago, pues en el primero las partes fueron el Ministro de Transportes y Telefónica Móvil de Chile S.A., mientras que en el segundo actuaron dicha empresa como demandante y el Complejo Manufacturero de Equipos SACI como demandado. Agrega que tampoco hay identidad de causa de pedir, ya que en el proceso civil el derecho deducido en juicio consistió en el cobro de los cargos de acceso contemplado en los artículos 25 de la Ley General de Telecomunicaciones y 22 del D.S. N° 425 de 1996, siendo su fundamento inmediato el hecho de haber prestado servicios telefónicos a los abonados de CMET en virtud de la obligación de interconexión; en tanto en el procedimiento infraccional no tiene cabida la causa de pedir, ya que lo que allí acontece es que el denunciante ejerce el derecho de petición y lo que hace el Ministro es desplegar una potestad pública propia y exclusiva de fiscalizar y sancionar. Añade que tampoco hay identidad de cosa pedida, ya que la prestación pedida al Ministro de Transportes es la aplicación de las sanciones que establece

el artículo 36 de la Ley General de Telecomunicaciones, en tanto lo solicitado al juez civil es obtener el pago de las prestaciones reclamadas. Concluye señalando que la falta de pago de los cargos de acceso es fuente de dos responsabilidades: la civil, que implica pagar los servicios de interconexión prestados por otras empresas, la cual mira al interés de la prestadora del servicio y por tanto sólo ella tiene legitimación activa para hacerla efectiva; y la administrativa, que importa responder por las infracciones a las normas que regulan el sector y que se traduce en soportar las sanciones que la autoridad puede imponer y ella mira al interés colectivo, pudiendo hacerla efectiva sólo el Estado.

Segundo: Que, en segundo lugar, el recurrente invoca la falsa aplicación de los artículos 6 y 7 de la Constitución Política, puesto que la Resolución dictada por el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones constituye un acto jurisdiccional, de manera que su revisión o impugnación está sujeta a los recursos de la misma naturaleza que establece la ley y no a una acción de nulidad de derecho público que sólo alcanza a los actos meramente administrativos. Señala precisamente que la Ley General de Telecomunicaciones contempla un procedimiento que prevé la interposición de un recurso de apelación que se deduce ante la Corte de Apelaciones de Santiago. Por otra parte, aduce que aun si la resolución en cuestión constituyera un acto administrativo, igualmente correspondía desestimar la nulidad de derecho público porque éste cumplió con las exigencias del principio de juridicidad, esto es emanó de un órgano que cuenta con previa investidura regular, que obró dentro de su competencia y en la forma prescrita por la ley.

Tercero: Que finalmente el recurso acusa la falta de aplicación a la presente contienda de los artículos 36 y 36 A de la Ley General de Telecomunicaciones, los que admiten un único medio de impugnación en contra de la Resolución del Ministro de Transportes, esto es el referido recurso de apelación y que el demandante empleó, agotándose así el procedimiento infraccional.

Cuarto: Que al explicar la forma como los errores de derecho denunciados influyeron en lo dispositivo de la sentencia, el recurso señala que de haberse aplicado correctamente los preceptos citados la

decisión habría sido la contraria a la que se asentó, esto es, se habría desestimado la demanda.

Quinto: Que para una adecuada comprensión del asunto es útil consignar que la pretendida nulidad de la Resolución dictada por el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, ya singularizada, se fundamentó en que hubo quebrantamiento de la cosa juzgada, porque antes de que a la demandante le formularan cargos en el procedimiento infraccional, la empresa Telefónica Móvil –denunciante en dicho procedimiento– había iniciado un juicio civil en su contra para perseguir el cobro de los mismos derechos que fueron materia de los cargos, el que concluyó por transacción y finiquito. Pese a ello el juzgador administrativo aplicó la multa, sin advertir que carecía de derecho para conocer del asunto o para interpretar los hechos de un modo diferente al consignado en la transacción, vulnerando con ello la cosa juzgada emanada del equivalente jurisdiccional y atropellando la competencia judicial existente, pues los tribunales ordinarios previnieron en el conocimiento del conflicto. Se afirmó además que la Resolución era nula por ser ilegítima y que el cargo carecía de objeto y causa.

Sexto: Que es necesario consignar que la sentencia de primera instancia estableció la siguiente situación fáctica:

- A) A través del ingreso Subtel N° 35.602 de 8 de noviembre del año 2000 Telefónica Móvil denunció que CMET no cumplió con la Resolución N° 704, que ordenaba pagar los cargos de acceso correspondientes a todas las llamadas originadas en su red y terminadas en las redes de las compañías telefónicas móviles.
- B) La Subtel formuló cargos a CMET por infringir el artículo 25 inciso final de la Ley General de Telecomunicaciones, en relación a lo dispuesto en el inciso final del artículo 22 del Reglamento del Servicio Público Telefónico por no pagar los servicios prestados a través de las interconexiones, esto es los cargos de acceso.
- C) Por Resolución de 14 de enero del año 2002 dictada por el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones en autos infraccionales rol

Nº 36.454-00 se sancionó a la demandante al pago de una multa ya detallada en lo expositivo.

D) La empresa apeló de la referida resolución ante la Corte de Apelaciones de Santiago, la que declaró inadmisibile el recurso.

E) El 7 de julio del año 2000 ante el Tercer Juzgado Civil de Santiago Telefónica Móvil Chile S.A. demandó a CMET en juicio sumario de cobro de pesos, fundada en que ésta no ha pagado los cargos de acceso correspondientes a las llamadas originadas en su red y terminadas en las redes de CMET. Dicho juicio terminó por transacción y finiquito de 1 de octubre del año 2001, quedando establecido que entre las partes existían créditos y determinando una diferencia a favor de Telefónica Móvil, la que se pagó.

Séptimo: Que la referida sentencia concluyó que la transacción celebrada en sede civil produjo cosa juzgada respecto de los hechos conocidos por el Ministro de Transportes, por lo que éste carecía de facultades para conocer del mismo asunto y sancionar a la reclamada, interpretando tales hechos de manera diversa. Asevera que la autoridad administrativa, una vez conocida la existencia del juicio civil, debió inhibirse de seguir el procedimiento llevado por él de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 109 del Código Orgánico de Tribunales. Además estableció que por haberse entregado el conocimiento del incumplimiento de la falta de pago de los servicios prestados a los tribunales ordinarios donde se llegó a un acuerdo entre las partes, la aplicación de la multa careció de motivo, objeto y fin, teniendo en cuenta que el conflicto promovido entre las compañías no se refirió a la interconexión sino al cobro de tarifas.

La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago agregó que en la expedición de la resolución administrativa se transgredieron los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República y que la sanción impuesta equivalente a la suma de \$ 871.624.000 tiene naturaleza confiscatoria, ya que incide en la continuidad, factibilidad económica y financiera de la empresa sancionada, más aún si se considera que la multa de 500 UTM

fue aceptada y pagada, la que sí tiene una mayor racionalidad, proporción y consistencia con el sistema de las multas administrativas.

Octavo: Que es pertinente destacar que el fallo de los jueces del fondo analiza la demanda como una acción de nulidad de derecho público –pese a no precisarlo el libelo–, cuestión que es acertada si se mira la presentación en la que se pretende la anulación de un acto “administrativo”.

Noveno: Que las razones aducidas para fundamentar el recurso evidencian que la cuestión jurídica esencial planteada en él estriba en dilucidar si es posible ejercer la acción de nulidad de derecho público respecto de un acto emanado de un órgano de la Administración del Estado, pese a existir un mecanismo de impugnación expresamente establecido en la ley.

Décimo: Que para iniciar el análisis es necesario transcribir los artículos 36 inciso primero y 36 A incisos cuarto y quinto de la Ley N° 18.168, Ley General de Telecomunicaciones.

El artículo 36 inciso primero dispone: “Las infracciones a las normas de la presente ley, a sus reglamentos, planes técnicos fundamentales y normas técnicas, serán sancionadas por el Ministro en conformidad a las disposiciones de esta ley. Las sanciones sólo se materializarán una vez ejecutoriada la resolución que las imponga. A falta de sanción expresa y según la gravedad de la infracción, se aplicará alguna de las siguientes sanciones:

1. Amonestación.
2. Multa no inferior a 5 ni superior a 100 unidades tributarias mensuales, tratándose de concesiones de radiodifusión de libre recepción. En los demás casos, la multa fluctuará entre 5 y 1.000 unidades tributarias mensuales. En caso de reincidencia en un mismo tipo de infracción, se podrá triplicar el máximo de la multa...”

A su turno, el artículo 36 A incisos 4° y 5° prescribe:

“La resolución que imponga sanciones será apelable para ante la Corte de Apelaciones de Santiago a menos que se decrete la caducidad de una concesión, en cuyo caso la apelación se hará para ante la Corte Suprema.

La apelación deberá imponerse dentro de los 10 días siguientes a la fecha de notificación de la resolución, ser fundada y, para su agregación a la tabla, vista y fallo, de ser de conocimiento de la I. Corte de Apelaciones, se regirá por las normas aplicables al recurso de protección. Si fuese de conocimiento de la Corte Suprema, se regirá por las normas del recurso de amparo”.

Undécimo: Que no cabe duda que las disposiciones referidas consagran un procedimiento especial de control e impugnación de ciertos actos radicado primeramente ante un órgano de la Administración del Estado y en fase recursiva ante la Corte de Apelaciones de Santiago o Corte Suprema, según el caso.

En efecto, la ley especial habilitó una vía jurisdiccional inmediata y directa para resolver la controversia mediante un determinado procedimiento y un tribunal competente, además de contemplar la eventual interposición de un recurso de apelación.

Corroboró lo expresado el pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto de la atribución conferida por la ley al Ministro de Transportes y Telecomunicaciones para resolver los reclamos en materia de concesiones o permisos de telecomunicaciones, al indicar que se trata de un proceso contencioso administrativo de naturaleza jurisdiccional, cuyo objeto es la solución de un conflicto de intereses de relevancia jurídica mediante una resolución o sentencia que dicta una autoridad en primera instancia y que puede ser revisada por un tribunal de segunda instancia (Rol 176/2003).

Específicamente la ley radicó en el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones la potestad de conocer y sancionar la infracción de una norma legal, lo que inequívocamente genera un conflicto de relevancia jurídica.

Duodécimo: Que por otra parte en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra contemplada una sanción general, que es la nulidad de derecho público y cuyo procedimiento se ha determinado que es el ordinario, el que tiene las características de ser general y supletorio respecto de aquellos casos en que no existe un procedimiento especial de impugnación.

Décimo tercero: Que en este sentido, el sujeto administrado sólo a través del medio regulado pudo ejercer la acción para que se reconocieran sus derechos e intereses. De esta manera, los jueces del fondo yerran al desatender que la ley estableció reglas especiales en los artículos 36 y 36 A de la Ley General de Telecomunicaciones para el conocimiento y juzgamiento del asunto, de modo que no era posible entablar una acción de nulidad de derecho público en contra de una resolución que admite un recurso especial para reclamar de ella. Esto significa que se aplicó un procedimiento distinto al establecido por la ley para la resolución del conflicto.

Décimo cuarto: Que como consecuencia del yerro constatado el tribunal sentenciador desconoció que existía una resolución ejecutoriada que había establecido la infracción en que había incurrido la recurrida. De este modo, los magistrados revivieron o revisaron un proceso fenecido a través de un mecanismo diverso al establecido en la ley para solicitar la nulidad o revisión del acto impugnado y que importaba el ejercicio de un recurso dentro del mismo proceso en que se dictó. En este sentido, ha señalado la Corte Suprema: “Al efecto, debe recordarse que una sentencia puede ser atacada por la vía de la nulidad procesal, lo que como en forma reiterada lo ha decidido esta Corte Suprema, debe hacerse precisamente en el mismo proceso en que se dictó el fallo, sin que sea lícito discutir su validez en un juicio diverso posterior” (autos rol 3408-1998 y 365-2002). También ha indicado: “La anulación de los actos que llevan a cabo los tribunales en ejercicio de la potestad jurisdiccional del Estado, debe perseguirse a través de los medios que franquea la ley procesal” (Considerando 8° de la sentencia dictada en la causa rol 337-1998, de 10 de julio de 2001). El mismo fallo en el fundamento noveno expresó: “Que de esta suerte, de la nulidad de los actos jurisdiccionales pronunciados con infracción del artículo 7° de la Constitución vigente, no podría reclamarse, en su caso, sino por las vías que contemplan dichas normas

procesales, pues el sistema jurídico nacional no establece otros medios de impugnar los defectos de que pueden adolecer los procedimientos judiciales y los vicios de forma o de orden sustantivo que pueden afectar las resoluciones de los Tribunales”.

Décimo quinto: Que desde otra perspectiva se colige que cuando se resolvió el asunto a través del procedimiento contemplado en los artículos 36 y 36 A de la Ley General de Telecomunicaciones, se ejerció la acción encaminada a dejar sin efecto la resolución sancionatoria, vale decir, operó la preclusión por consumación o agotamiento del derecho. Por efecto de dicha preclusión no pudo volver a discutirse lo mismo que en el procedimiento de carácter general aunque se invocara una nulidad de derecho público. Ello significa que la cuestión de la transacción y el finiquito debió discutirse en el contencioso especial.

Décimo sexto: Que asimismo los sentenciadores vulneraron los artículos 175, 176 y 177 del Código de Procedimiento Civil, al establecer que la infracción de las disposiciones que consagran la cosa juzgada ocasionó la nulidad de la resolución sancionatoria tantas veces citada. En ese sentido, el tribunal sentenciador no advirtió que tal infracción no es constitutiva de alguna causal de nulidad. En efecto, la nulidad de derecho público constituye una sanción para los actos expedidos por alguna autoridad u órgano del Estado que contengan vicios que los hagan incurrir en vulneración de los artículos 6 o 7 de la Constitución Política de la República. Por lo tanto, para que dicha forma de sanción pueda imponerse, esto es, que se prive de efectos jurídicos a un acto de algún órgano del Estado, sería menester que éste hubiera actuado sin la previa investidura regular de su o sus integrantes, fuera de la órbita de su competencia, o que no se haya respetado la ley en lo tocante a las formas por ella determinadas. En la especie, sin embargo, nada de ello se invoca, ya que la nulidad se pidió bajo el pretexto de que se habrían pagado los cargos de acceso telefónico mediante una transacción celebrada en sede civil y que tal hecho por aplicación de la cosa juzgada debió producir un efecto inhibitorio en el conocimiento del Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, cuestión que ciertamente de ser efectiva –el referido pago– no podría acarrear la mentada sanción, porque no constituye un vicio.

Décimo séptimo: Que en virtud de los razonamientos desarrollados sólo cabe concluir que los jueces del fondo cometieron error de derecho por falta de aplicación de los artículos 36 y 36 A de la Ley General de Telecomunicaciones, por cuanto obviaron que la resolución sancionatoria emitida por el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones debió ser impugnada a través del medio previsto especialmente en dichas normas. Asimismo, los magistrados vulneraron los artículos 175, 176 y 177 del Código de Procedimiento Civil puesto que acudieron a la infracción de preceptos de la cosa juzgada para fundamentar la sanción de nulidad de derecho público, lo cual, según se ha explicado, era improcedente.

Décimo octavo: Que las infracciones legales constatadas ameritan la invalidación del fallo recurrido al haber influido sustancialmente en lo dispositivo de éste, por cuanto de haberse dado una correcta aplicación a las disposiciones legales precitadas se habría concluido que, de acuerdo con ellas, el acto sancionatorio debió impugnarse a través del procedimiento especial establecido en la ley y no mediante la acción de nulidad de derecho público y que en cualquier caso no se ha invocado un vicio constitutivo de tal nulidad, por lo que el recurso de casación en el fondo será acogido.

Por estas consideraciones y de conformidad además con lo dispuesto por los artículos 768 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se **acoge el recurso de casación en el fondo** deducido en lo principal de la presentación de fojas 473 contra la sentencia de veintisiete de julio de dos mil nueve, escrita a fojas 469, la que en consecuencia es nula y se reemplaza por la que se dicta, en forma separada y sin previa vista, a continuación.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito.

Nº 7530-2009

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño S., Sra. Sonia Aranedo B., Sr. Haroldo

Brito C., Sra. María Eugenia Sandoval G. y el Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G. Santiago, 30 de enero de 2012.

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

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

Santiago, treinta de enero de dos mil doce.

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

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de los considerandos quinto a décimo séptimo, que se eliminan.

Y se tiene en su lugar y además presente:

1º) Que la acción intentada es la de nulidad de derecho público de la Resolución de fecha 14 de enero del año 2002 expedida por el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones en los autos infraccionales rol N° 36.454-2000, en virtud de la cual se sancionó a la demandada al pago de una multa de 500 UTM por no pagar los cargos de acceso correspondiente a las llamadas originadas en su red y terminadas en la red de cualquier compañía telefónica móvil, por infringir el artículo 25 de la Ley General de Telecomunicaciones en relación con lo dispuesto en el inciso final del artículo 22 del Reglamento del Servicio Público Telefónico, más una multa adicional de 100 UTM por cada día que el infractor dejó transcurrir –lo que en su totalidad alcanza la cantidad de 29.300 UTM– sin dar cumplimiento a su obligación legal de pagar los referidos cargos de acceso.

2º) Que según se expuso, la pretendida nulidad de la Resolución dictada por el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones se fundamentó en que hubo quebrantamiento de la cosa juzgada, porque

antes que a la demandante le formularan cargos en el procedimiento infraccional, la empresa Telefónica Móvil –denunciante en dicho procedimiento– había iniciado un juicio civil en su contra para perseguir el cobro de los mismos derechos que fueron materia de los cargos, el que concluyó por transacción y finiquito. Pese a ello el juzgador administrativo aplicó la multa, sin advertir que carecía de derecho para conocer del asunto o para interpretar los hechos de un modo diferente al consignado en la transacción, vulnerando con ello la cosa juzgada que produce el equivalente jurisdiccional y atropellando la competencia judicial existente, pues los tribunales ordinarios previnieron en el conocimiento del conflicto. Se afirmó además que la Resolución era nula por ser ilegítima y que el cargo carecía de objeto y causa.

3º) Que según se ha razonado en la sentencia de casación que antecede, no es posible deducir una acción de nulidad de derecho público respecto de un acto emanado de un órgano de la Administración del Estado –cuya naturaleza es jurisdiccional– al existir un mecanismo de impugnación expresamente establecido en la Ley General de Telecomunicaciones.

4º) Que en cualquier caso, no constituye un vicio de nulidad de derecho público la circunstancia invocada por el actor, esto es, la infracción de los artículos 175, 176 y 177 referidos a la cosa juzgada. En efecto, la nulidad de derecho público constituye una sanción para los actos expedidos por alguna autoridad u órgano del Estado que contengan vicios que los hagan incurrir en vulneración de los artículos 6 o 7 de la Constitución Política de la República, vale decir, que la autoridad haya actuado sin la previa investidura regular de su o sus integrantes, fuera de la órbita de su competencia, o que no se haya respetado la ley en lo tocante a las formas por ella determinada, cuyo no es el caso.

5º) Que de lo expuesto aparece que carece de sustento la demanda intentada, por lo que será desestimada.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, **se revoca** la sentencia apelada de cuatro de julio del año dos mil seis, escrita a fojas

372 y siguientes y se decide que **se rechaza** la acción interpuesta en lo principal de fojas 38.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Brito.

Rol N° 7530-2009.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño S., Sra. Sonia Araneda B., Sr. Haroldo Brito C., Sra. María Eugenia Sandoval G. y el Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G. Santiago, 30 de enero de 2012.

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

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

DERECHO ADMINISTRATIVO

Corte Apelaciones de Puerto Montt Gómez y otros con I. Municipalidad de Puerto Montt

19 de marzo de 2012

RECURSO PLANTEADO: *Recurso de apelación.*

DOCTRINA: *El fallo revocó la resolución que había aprobado el avenimiento celebrado entre los demandantes y la Municipalidad sobre el cálculo del incremento del Decreto Ley N° 3.501, señalando que la municipalidad demandada carece de atribuciones para transar o avenir en la materia objeto de esta causa, prescindiendo del acuerdo previo del tercero coadyuvante, Consejo de Defensa del Estado, que se constituye en el garante de que lo obrado por la demandada principal se ajusta a los principios y al ordenamiento jurídico del cual forma parte.*

Puerto Montt, diecinueve de marzo de dos mil doce.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que, en este juicio ordinario, seguido entre Miguel Gómez Quijada y otros con la 1. Municipalidad de Puerto Montt, se hizo parte como tercero *coadyuvante* el Estado de Chile, representado por el Consejo de Defensa del Estado y este a su vez por el abogado Procurador Fiscal de Puerto Montt don Lucio Díaz Rodríguez –según consta de fojas 119 a 123–, por estar comprometido su interés en esta litis, quien dedujo recurso de apelación en contra de la resolución consignada a fojas 146, que resolviendo la petición de lo principal de la presentación de

fojas 141, aprobó el avenimiento y transacción a que llegaron las partes principales de este juicio, “en todo lo que fuere conforme a derecho”.

Segundo: Que, en esta controversia, los demandantes pretenden que se declare que son titulares del derecho al incremento previsional que establece el decreto ley N° 3.501, sobre la totalidad de los conceptos que comprenden sus remuneraciones, y así lo acordaron las partes en el acuerdo consignado en la presentación de fojas 141, con las limitaciones que consignan.

Tercero: Que el recurrente funda su impugnación en que el acuerdo antes referido es contrario a derecho y como consecuencia no tiene la fuerza necesaria para poner término al juicio, desde que afecta el patrimonio fiscal al comprometer el pago de sumas por concepto de remuneraciones, superiores a las que establece la ley.

Cuarto: Que, si bien es cierto, conforme señala el artículo 1° de la ley 18.695, Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, éstas son corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, y que su Alcalde, previo acuerdo del Consejo, tiene la facultad de transigir, sin embargo no es menos cierto que de conformidad con el artículo 1° de la ley N° 18.575, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por D.F.L. N°1-19.653, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, las Municipalidades, junto a otros servicios e instituciones públicas, integran la Administración del Estado –y conforme a sus artículos 3 y 5, sus Autoridades y funcionarios–, deben observar entre otros, los principios de responsabilidad, eficiencia, eficacia, coordinación, control de probidad, transparencia, y deberán velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos y por el debido cumplimiento de la función pública.

Esta idea aparece reforzada por el artículo 98 de la Constitución Política de la República, que encomienda a la Contraloría General de la República –órgano de la administración del Estado de Chile–, además del control de legalidad de los actos de la Administración, la fiscalización de la inversión de los fondos del Fisco y de las Municipalidades, entre

otros entes, y le otorga con tal motivo atribuciones para los efectos de controlar financieramente, con énfasis variable, el uso de los recursos públicos correspondientes, a lo menos para verificar que con motivo del gasto respectivo se ha cumplido la finalidad prevista por la ley. Más aún, el artículo 51 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades N° 18.695, le otorga especiales atribuciones a la Contraloría General de la República, en tanto establece que aquellas –las Municipalidades– serán fiscalizadas por ésta, y el artículo 52 acentúa lo señalado al establecer que “en el ejercicio de sus funciones de control de la legalidad, dicho ente podrá emitir dictámenes jurídicos sobre todas las materias sujetas a su control”, y luego más adelante señala en el artículo 54, “podrá constituir en cuentadante y hacer efectiva la responsabilidad consiguiente, a cualquier funcionario municipal que haya causado un detrimento al patrimonio municipal”.

Las normas anteriormente colacionadas no hacen sino reforzar la posición del Consejo de Defensa del Estado –expresada en esta litis–, en orden a que como tercero coadyuvante en estos autos se constituye en el garante de que lo obrado por la demandada principal se ajusta a los principios y al ordenamiento jurídico del cual forma parte, y como tercero coadyuvante, debió ser considerado en el acuerdo celebrado por los demandantes con la Municipalidad demandada.

Quinto: Que las normas que se han traído a colación son suficientes para concluir que la demandada no está facultada, por sí, para adoptar decisiones relacionadas con la materia objeto de esta controversia, prescindiendo del acuerdo previo del Consejo de Defensa del Estado, como ha ocurrido en la especie, situación que se instituye como motivo suficiente para revocar, en lo apelado, la resolución en alzada.

Por estas consideraciones, y atendido lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se declara que se **revoca** en lo apelado, la resolución de fecha 10 de noviembre de 2011, escrita a fojas 146, en la parte que tuvo por aprobado el avenimiento presentado a fojas 141, y, en cambio, se decide que no ha lugar a tenerlo por aprobado. 11.-Que no se condena a la perdidosa al pago de las costas

de esta instancia. Regístrese y devuélvanse. Redacción del Ministro don Leopoldo Vera Muñoz.

ROL 891-2011

Pronunciada por el Presidente, don Jorge Ebersperger Brito, Ministro don Leopoldo Vera Muñoz y la Fiscal Judicial, doña Mirta Zurita Gajardo. Autoriza la Secretaria Titular doña Lorena Fresard Briones.

DERECHO ADMINISTRATIVO

Corte Suprema Palma Guerra Enzo y otros

4 de junio de 2012

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

DOCTRINA: *La sentencia confirma la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema en orden a que el daño moral –aunque puede presumirse en algunos casos– debe ser probado por quien lo alega. Reitera, asimismo, que la responsabilidad del Estado no es de carácter objetivo. Finalmente confirma la tesis sustentada por la Corte Suprema en el fallo “Seguel con Fisco” en cuanto a que las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile se encuentran excluidos de la aplicación del artículo 42 de la Ley N° 18.575, por lo que en la especie ha de aplicarse el Título XXXV del Libro IV del Código Civil referente a los delitos y cuasidelitos, y para el caso en cuestión los artículos 2320 y 2322 del mismo Código que establecen la responsabilidad por el hecho ajeno, acreditando la falta de servicio, es decir, que el comportamiento del servicio público sea distinto al que debiera considerarse como su comportamiento normal.*

Santiago, cuatro de junio de dos mil doce.

Vistos:

En estos autos rol N° 9510-2009 caratulados “Palma Guerra Enzo con Fisco de Chile” sobre indemnización de perjuicios, la sentencia de primera instancia dio lugar a la demanda y condenó al Fisco a pagar la

suma de \$150.000.000 a favor de Enzo Raúl Palma Guerra, Jacqueline de las Mercedes Palma Guerra y de Elsa de las Mercedes Guerra Chavez, por concepto de indemnización por el daño moral causado por la muerte del padre y cónyuge de los actores.

Apelada dicha sentencia por la parte demandada, una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago la confirmó.

En contra de la sentencia del tribunal de alzada, el Fisco de Chile interpuso recurso de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que como primer capítulo de casación el demandado afirma que la sentencia impugnada ha incurrido en una vulneración de las leyes reguladoras de la prueba. Así sostiene que el fallo dio por probado el daño moral transgrediendo las normas que valoran el medio de prueba que se invocó para tenerlo por acreditado. En efecto, aduce que la sentencia de primera instancia, confirmada por la de segundo grado, declaró en su motivación undécima que la existencia del daño moral no requiere de prueba, no obstante lo cual igualmente se habría acreditado con las declaraciones de los propios demandantes, con el documento que demuestra el vínculo de parentesco filial y con las declaraciones de dos testigos que estarían contestes en el hecho de que los actores habrían sufrido un dolor irreparable manifestado en depresiones y en el cambio de status de vida. Sin embargo, no es admisible como medio de prueba las declaraciones de los propios demandantes, de modo que al haberlas considerado como elementos de prueba se vulnera el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil que no menciona estas declaraciones como medios de prueba y se quebranta lo dispuesto en el artículo 384 del Código de Procedimiento Civil al asignarles valor. Adicionalmente, denuncia la infracción a este último precepto por incorrecta aplicación, de momento que de la declaración de los testigos que ha invocado la sentencia no puede deducirse la conclusión a que arriba el fallo, en cuanto a los sufrimientos y depresión experimentados por los demandantes.

Dentro de este mismo capítulo se denuncia por incorrecta aplicación la infracción del artículo 1700 del Código Civil, pues la sentencia atribuye valor de plena prueba al certificado de nacimiento y certificado de matrimonio de los demandantes para acreditar el daño moral que alegan, no obstante no ser documentos idóneos para tales fines. En consecuencia se han infringido los artículos 341, 370, 384 del Código de Procedimiento Civil y los artículos 1700, 1708, 1709 y 1710 del Código Civil.

Segundo: Que como segundo capítulo de casación se denuncia una infracción a la ley sustantiva. Se sostiene que la responsabilidad estatal se sustenta en ciertos principios que se encuentran contenidos en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, que expresan claramente que la responsabilidad que se origina y sanciona es la que la ley señala. Refiere que de la lectura de dichos preceptos fluye con claridad que tal responsabilidad surge sólo cuando los órganos del Estado no someten su acción a la Constitución y a las leyes o actúan fuera de su competencia, atribuyéndose autoridad o derechos que no les han sido conferidos por el ordenamiento jurídico o contraviniendo las leyes. Por su parte el artículo 38 inciso 2° de la Constitución no constituye, según expresa, una norma sustantiva destinada a regular la responsabilidad del Estado, sino que se limita a entregar la competencia para conocer los asuntos contenciosos administrativos a los tribunales que señala la ley. Agrega que el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado se encuentra entonces establecido de manera general en el artículo 42 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, que incorpora los conceptos de falta de servicio y falta personal. Añade que la falta de servicio no es una responsabilidad objetiva, ya que para que opere se requiere de la “culpa del servicio”, es decir se debe probar que un órgano del Estado no presta un servicio, debiendo hacerlo; se presta pero en forma tardía, o de manera deficiente, siguiendo de ello un daño o lesión para el administrado. Lo anterior –refiere– descarta la idea de una responsabilidad objetiva, en la que sólo se exige para su procedencia la acreditación de la relación de causalidad entre el hecho y el daño, siendo indiferente la existencia o inexistencia de culpa o dolo. Por lo anterior es necesario que se acredite una falta personal del funcionario o del órgano del Estado que necesariamente implica la prueba del elemento subjetivo

culpa o dolo. Como consecuencia de lo anterior es que deben aplicarse las normas de responsabilidad extracontractual reguladas en el Código Civil y al no declararlo así la sentencia vulnera los artículos 2314 y 2315 del Código Civil.

Tercero: Que al explicar cómo los errores de derecho denunciados han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, sostiene que de haberse aplicado correctamente los artículos 341, 370, 384 del Código de Procedimiento Civil y 1700, 1708, 1709 y 1710 del Código Civil, la sentencia debió haber declarado que no se encuentran acreditados los hechos que sirven de base para fundamentar la condena por daño moral, por lo que se habría rechazado la demanda, con costas. De igual modo si se hubiese aplicado correctamente el artículo 42 de la Ley N° 18.575 y no se hubiese omitido la aplicación de los artículos 2314 y 2315 del Código Civil, el fallo habría declarado que la responsabilidad extracontractual del Estado por actuaciones de sus órganos no es de naturaleza objetiva sino que subjetiva y se rige por las normas del Código Civil, y que para que fuere procedente la condena al pago de perjuicios por daño moral debe acreditarse el elemento subjetivo dolo o culpa en el órgano del Estado, por lo que en vez de haber acogido la demanda ésta se habría rechazado con costas.

Cuarto: Que para una adecuada comprensión del asunto conviene precisar que los actores demandaron de indemnización de perjuicios por daño moral al Fisco de Chile, en sus calidades de hijos y cónyuge de Raúl Palma Salgado, quien fue detenido el 12 de enero de 1998 por funcionarios de Carabineros de la Sub-Comisaría de Lo Lillo y entregado posteriormente a funcionarios de la Sección de Investigaciones Policiales (SIP) de Vitacura, quienes lo sometieron a torturas que le produjeron la muerte. Ello motivó que dichos funcionarios policiales fuesen condenados penalmente como autores del delito de violencia innecesaria causando muerte.

Quinto: Que son hechos de la causa por así haberlos establecido los jueces del grado en las motivaciones octava, novena y undécima del fallo de primera instancia reproducido en alzada, los siguientes:

- a) Que la víctima falleció a consecuencia de los actos de unos funcionarios de Carabineros. Que los homicidas utilizaron y se valieron de su investidura de agentes del Estado. Que se trata de funcionarios públicos, que en la comisión del hecho utilizaron instalaciones de un recinto policial, es decir pertenecientes al Estado de Chile (considerando octavo de primera instancia).
- b) Que consta de la parte final de lo resolutivo de la sentencia del Segundo Juzgado Militar de Santiago, dictada con fecha 2 de junio de 1999, que se condenó a los Carabineros Germán Osvaldo Cofré Pinto, Víctor Hugo Ramírez Olivares, José Edison Cartes y Francisco Javier López Cisternas a la pena de diez años y un día de presidio militar mayor en su grado medio, por haberse establecido fehacientemente su directa participación en las violencias innecesarias cometidas en la persona del detenido, el 12-1-1998, en la “Subcomisaría de Lo Lillo” (motivo noveno de primera instancia).
- c) Que a raíz del fallecimiento de Raúl Osvaldo Palma Salgado, su cónyuge e hijos han sufrido un dolor irreparable, manifestándose éste en depresiones y en el cambio de su estatus de vida (considerando undécimo de la sentencia de primer grado).

Sexto: Que sin perjuicio de lo anterior y de conformidad con lo prescrito en los artículos 178 y 180 del Código de Procedimiento Civil, al haberse dictado sentencia en sede penal que condenó a los aprehensores del detenido fallecido, ha operado la cosa juzgada respecto a los hechos que sirven de fundamento a este juicio civil, y así han de tenerse como hechos de la causa según quedó sentado en la sentencia dictada en los autos rol N° 38-98 del Segundo Juzgado Militar de Santiago, cuya copia autorizada se agregó a fojas 108 en adelante, los siguientes: “Se encuentra legalmente acreditado en autos que el día 12 de enero de 1998, alrededor de las 13:45 horas, personal de dotación de la Subcomisaría Lo Lillo... procedieron a la detención de Raúl Palma Salgado, Ezequiel Miranda Reyes y Carlos Mardones Soto... fueron entregados a un equipo de la Sección de Investigación Policial (SIP), formado por el Teniente Germán Cofré Pinto, Cabo 2° Víctor Ramírez Olivares, Cabo

2° José Cartes Figueroa y Cabo 2° Francisco López Cisternas, quienes los trasladaron hasta las dependencias de la SIP, ubicadas en calle Puerto Rico de la Comuna de Vitacura, unidad a la que llegaron alrededor de las 17:30 horas, lugar en donde no fueron ingresados en los libros respectivos, lo que se hizo recién a las 20:45 horas. En el intertanto llegó hasta las dependencias de la Unidad Policial, la señora Eugenia Carvajal Villalobos, con la finalidad de identificar algunas especies que podrían ser de su propiedad y un reconocimiento de los detenidos, identificando en forma positiva a Palma Salgado y a otro de los detenidos, como los autores del robo de que ésta había sido objeto el día 22 de diciembre de 1997. Al proceder al reconocimiento, la Sra. Carvajal se percató de que los detenidos se encontraban en perfectas condiciones físicas y de salud. Posteriormente, Palma Salgado fue llevado hasta un patio de luz techado, por el Teniente Cofré Pinto y los Cabos Ramírez Olivares, Cartes Figueroa y López Cisternas, con el objeto de interrogarlo sobre su participación en los hechos señalados y después de unos 15 minutos, aproximadamente, el detenido sufrió un paro cardio respiratorio, por lo que el personal policial comenzó a prestarle los primeros auxilios, dándole respiración boca a boca y haciéndole masajes cardíacos. Al ver que el detenido no reaccionaba el mismo personal lo trasladó a la Clínica Alemana en un furgón marca Fiat, modelo Fiorino, quien a pesar de los esfuerzos médicos para reanimarlo falleció a las 21:38 horas como consecuencia de un Paro Cardio Respiratorio, según informe de dicho nosocomio. De acuerdo a las declaraciones prestadas por el personal médico de la Clínica que atendió a Palma Salgado, éste ingresó con sus ropas completamente mojadas y con escoriaciones en las muñecas y tobillos. Posteriormente el Servicio Médico Legal informó, mediante el Informe de Autopsia, que el detenido había fallecido a consecuencia de un traumatismo cervical, torácico y abdominal y que las lesiones eran recientes, vitales y necesariamente mortales, posibles de explicar por la acción de terceros” (considerando segundo de la sentencia penal citada).

Séptimo: Que comenzando con el análisis del recurso, el Fisco de Chile cuestiona como primer capítulo de casación la determinación sobre la existencia del daño moral que invocan los actores. Al respecto los magistrados del fondo establecieron que por su naturaleza el daño moral no requiere de prueba en especial, pero que se encuentra acreditado en autos

con las declaraciones de los propios demandantes, con los documentos que demuestran el vínculo de parentesco filial y con las declaraciones de los dos testigos que individualiza, quienes se han manifestado contestes en el hecho de que a raíz del dramático fallecimiento de Raúl Osvaldo Palma Salgado, su cónyuge e hijos han sufrido un dolor irreparable, manifestándose en depresiones y en el cambio de su estatus de vida.

Octavo: Que como primer aspecto ha de considerarse que si bien la afirmación genérica realizada en la instancia, en orden a que el daño moral por su naturaleza no requiere de prueba, constituye una afirmación errónea, pues como todo perjuicio fundante de una pretensión necesita ser acreditado, no es menos cierto que tratándose del deceso de un familiar tan cercano como lo es un padre o un cónyuge es posible presumir tal dolencia.

Noveno: Que en lo que se refiere al daño mismo, aun cuando los certificados de matrimonio y de nacimiento no son documentos idóneos para acreditar el daño moral como tampoco las propias declaraciones de los actores y el haber considerado tales antecedentes como medios de prueba vulnera por una parte lo dispuesto en el artículo 1700 del Código Civil, en orden a que los instrumentos públicos sólo hacen fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, y –por otra– lo dispuesto en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, que no contempla las declaraciones de los mismos demandantes como medios probatorios, tales yerros no tienen influencia substancial en lo decidido.

En efecto, el sentenciador para arribar al convencimiento sobre la existencia de daño moral tuvo también en cuenta el mérito de las declaraciones de dos testigos que depusieron en la causa, lo que sumado a la circunstancia que los actores sean los hijos y cónyuge del fallecido, configuran elementos de base para una presunción judicial por reunir los suficientes caracteres de gravedad, precisión y concordancia, y así puede concluirse que lo que hicieron los jueces de la instancia fue ponderar todos los elementos o antecedentes citados y presumir que la muerte de Raúl Palma Salgado provocó un dolor en los actores, lo que se ha manifestado en depresiones y que ello es constitutivo de daño moral.

Décimo: Que así entonces ha de descartarse el primer capítulo de casación, por cuanto si bien existen los errores de derecho en la sentencia que se han anotado, éstos no tienen influencia en lo decidido, pues en este caso el daño moral se ha presumido.

Undécimo: Que el segundo capítulo de casación dice relación con los argumentos dados por la sentencia, para condenar al Fisco de Chile, en cuanto estimó la existencia de un régimen de responsabilidad de carácter objetivo.

Duodécimo: Que tal como ha dicho esta Corte Suprema en casos anteriores, la responsabilidad del Estado no es de carácter objetivo. En efecto, sabido es que las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile se encuentran excluidos de la aplicación del artículo 42 de la Ley N° 18.575, por lo que en la especie ha de aplicarse el Título XXXV del Libro IV del Código Civil referente a los delitos y cuasidelitos, y para el caso en cuestión los artículos 2320 y 2322 del mismo Código que establecen la responsabilidad por el hecho ajeno, en la forma que se señala a continuación.

Décimo tercero: Que como se resolvió en los autos rol 371-2008 caratulados “Seguel Cares Pablo Andrés con Fisco de Chile”, hasta antes de la dictación de la Ley N° 18.575 la responsabilidad del Estado se determinaba a través de la aplicación del artículo 2320 del Código Civil; sin embargo, la situación varió con la promulgación de la Ley de Bases de la Administración del Estado el 5 de diciembre de 1986, que incorporó al Derecho Público chileno el sistema de responsabilidad extracontractual del Estado elaborado por el derecho administrativo francés, principalmente a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que en opinión de la mayoría de los autores constituye la mejor solución lograda por el derecho para asegurar un debido equilibrio entre los derechos de los particulares y los intereses públicos. La ley contempló entonces el artículo 44 –hoy 42– que prescribió que “Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”. Sin embargo, se excluyó de la aplicación del Título II sobre normas especiales, donde había quedado ubicado el

artículo 44, a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerza Armadas y de Orden y Seguridad, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión y a las empresas públicas creadas por ley. Todo ello en el inciso segundo de su artículo 18 –actual 21–. Entonces cabe dilucidar qué sistema resulta aplicable a las instituciones excluidas, y en el caso particular, a las Fuerzas Armadas. Para ello ha de recurrirse al derecho común, teniendo presente que precisamente el desarrollo del derecho administrativo, allí donde ha ocurrido, ha sido a partir de la distinta interpretación de las normas de derecho común para el Estado y para las relaciones entre particulares, permitiendo de esta forma la conciliación de la actuación estatal, dotada de imperio público como guardiana del interés colectivo, con la protección de los derechos de los ciudadanos, de tal suerte que cabe aceptar la aplicación en nuestro país a partir del artículo 2314 del Código Civil de la noción de falta de servicio. En efecto, al Estado como a los otros entes públicos administrativos pueden serle aplicadas de manera diversa las normas del Título XXXV del Código Civil, sin que esto implique desde luego una errada interpretación de las mismas. Es así que las personas jurídicas son capaces de culpa, aunque carezcan de voluntad propia. La culpa civil, como señalan los hermanos Mazeaud y André Tunc, “no requiere la voluntad, ni siquiera el discernimiento, no es necesariamente una culpa moral; es suficiente con comportarse de manera distinta a la que habría observado en parecidas circunstancias un individuo cuidadoso”. De acuerdo con este razonamiento y ampliándolo, puede no exigirse para la responsabilidad de la persona jurídica Estado la culpa o dolo de sus órganos o representantes; basta con que el comportamiento del servicio público sea distinto al que debiera considerarse como su comportamiento normal; o sea, basta con probar una falta de servicio. Por otra parte la culpa de funcionarios anónimos puede presumirse, como ha hecho en ocasiones la jurisprudencia; y en estos casos la culpa del órgano, que se presume de los hechos mismos, constituye la culpa del Estado.

Décimo cuarto: Que como se resolvió en los autos rol 7919-2008 caratulados “Morales Gamboa Edith del Carmen con Fisco” de 14 de enero de 2011 a la noción de falta de servicio, aplicable a las Fuerzas Armadas y Carabineros a través del artículo 2314 del Código Civil, se le debe complementar la noción de falta personal, ya que la distinción

capital en materia de responsabilidad extracontractual del Estado es precisamente entre falta de servicio y falta personal, la que por lo demás recoge el artículo 42 de la Ley de Bases de la Administración del Estado y el artículo 141 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. Dicha falta personal compromete la responsabilidad del Estado cuando no se encuentra desprovista de vínculo con la función, lo que ocurre cuando ella se ha cometido en ejercicio de la función o con ocasión de la misma. Ahora bien, la noción de falta personal aplicable a las Fuerzas Armadas y Carabineros se debe hacer a partir del artículo 2320 o 2322 del Código Civil, entendiéndose que la contemplan, para que de este modo, como se señaló en el fallo “Seguel con Fisco” ya citado, permita uniformar el sistema de responsabilidad extracontractual para todos los entes de la Administración del Estado.

Décimo quinto: Que sentado lo anterior corresponde hacerse cargo de los errores de derecho que el recurso atribuye a la sentencia de alzada. Se acusa que dicho fallo aplicó un régimen de responsabilidad de naturaleza objetiva al condenar al Estado de Chile sin que exista un juicio de reproche. Al respecto cabe considerar que la acción que cupo en estos autos a la Administración, según quedó sentado como hecho de la causa, consiste en la detención de que fue objeto Raúl Palma Salgado por funcionarios de Carabineros de la Sub comisaría Lo Lillo, quienes lo entregan a funcionarios de la Sección de Investigaciones Policiales SIP de la misma institución, los cuales en dependencias de la 37a Comisaría de Carabineros de Vitacura lo interrogan ejerciendo sobre él una violencia innecesaria que en definitiva le ocasiona la muerte.

Décimo sexto: Que lo actuado por los funcionarios de Carabineros constituye claramente una falta personal y no una falta de servicio; pero una de aquellas en que el servicio no puede separarse de la falta, por cuanto ella ha sido cometida con ocasión del servicio, esto es, con los medios apropiados para cometerla, que en este caso es la condición de Carabineros que interrogan a un detenido en una unidad policial.

Décimo séptimo: Que así, conforme a lo razonado, si bien yerran los sentenciadores al estimar que asiste al Fisco de Chile una responsabilidad de carácter objetivo en los hechos acaecidos, no es menos cierto que tal

equivoco no tiene influencia en lo dispositivo del fallo, pues, conforme a los hechos fijados en la instancia, el Estado de Chile es responsable por cuanto se ha demostrado la concurrencia de una falta personal de agentes del Estado y de la cual el servicio no puede separarse, comprometiendo así la responsabilidad estatal.

Décimo octavo: Que de este modo los errores de derecho que se atribuyen a la sentencia impugnada no tienen influencia en lo decidido, lo que impide acoger el recurso deducido.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se **rechaza** el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal de fojas 477 en contra de la sentencia de catorce de octubre de dos mil nueve, escrita a fojas 473.

Se previene que el Ministro señor Muñoz no comparte los motivos octavo, duodécimo, décimo tercero, décimo cuarto, décimo quinto, décimo séptimo y décimo octavo, fundando su parecer, de rechazar el recurso de casación en el fondo, en las siguientes consideraciones:

1º.- Que en lo relativo a la generación del Derecho se han establecido diversos sistemas jurídicos, los cuales tienen sus raíces en el common law, derecho continental romano-germánico y religioso. La preocupación fundamental en todos ellos ha sido el establecimiento o creación de los principios, normas y reglas de Derecho y la seguridad jurídica derivada de la unidad de criterios en su aplicación en las decisiones particulares de los tribunales. Estos factores de creación y aplicación del Derecho se confunden en los derechos de la familia del common law, los cuales se radican principalmente en los tribunales. En el derecho continental se desarrollan por instituciones y de manera separada: las normas legales emanan del parlamento y la aplicación de ellas la efectúan los tribunales. Nuestro país tiene sus raíces en un sistema romano-germánico de normas objetivas dictadas por el legislador con anterioridad a la controversia, las que corresponde sean aplicadas por los tribunales a los casos concretos. Es un Derecho escrito dado fundamentalmente por el Parlamento.

La evolución de las familias de los sistemas jurídicos se orienta en decisiones convencionales que se encauzan en diversos aspectos, pudiendo citar entre los más relevantes, a los efectos de la decisión del presente caso, en el establecimiento del sistema de fuentes del derecho y la determinación de los destinatarios de tales disposiciones. En el sistema de fuentes el mayor progreso se producirá al reconocer que éste se encuentra piramidalmente estructurado.

En efecto, en la Teoría del Estado, surge la supremacía individual en las declaraciones de derechos de las personas, en que el individuo constituye la preocupación central del Estado, que tiene un hito singular en la Carta Magna y la supremacía constitucional como estructura normativa de un sistema de fuentes, las que reconocerán una jerarquía entre todas ellas basada en los valores y pilares fundamentales del mismo Estado, cuya evolución se inicia con la Carta de Filadelfia. La supremacía individual resguarda al individuo de todo ataque que no implique una acción del Parlamento y la supremacía constitucional incluye las acciones del Parlamento.

No obstante esta gran diferencia entre ambos sistemas, ambos concuerdan en designar a los tribunales como garantes de dicha supremacía. Inmediatamente podemos advertir que será la lucha del hombre por sus derechos individuales la energía y componente indispensable que dará origen al establecimiento y desarrollo de los derechos y garantías en la esfera jurisdiccional, en que el sustento primero será el derecho al proceso, reconocido con diferentes particularidades y principios. En la asignación de la competencia a los tribunales y con motivo del restablecimiento del absolutismo, se podrán comprender todas las diferencias entre éste y el Estado democrático. Del mismo modo se podrán advertir las diferencias de posición en el litigio, pero que al regular las prerrogativas de que gozan las partes en el procedimiento la idea fundamental es la igualdad de derechos y trato entre ellas, como en la relación con el tribunal.

Se conjuga en este desarrollo el constitucionalismo, con ciertas ideas fundamentales que no son producto de un consenso inmediato, sino que hasta hoy se construyen, cual es que existe un conjunto de derechos que no pueden ser desconocidos por el Parlamento, el cual ciertamente

los puede reglamentar, nunca desconocer o afectar esencialmente; que toda norma que se oponga a tales derechos se ve afectada en su validez, desde el momento que la primera norma a respetar en el Estado es la Constitución, conforme a lo cual tienen eficacia en la medida que se ajusten a ella, estructurándose diferentes sistemas al efecto, como son los controles a priori y posteriori; políticos o jurisdiccionales; por los tribunales ordinarios o especiales; difuso o concentrado; para llegar a aquella que dispone que toda interpretación debe efectuarse considerando la norma fundamental, buscando y prefiriendo la que mejor resguarde los derechos garantidos por la Constitución, como, además, que esa interpretación debe ampliar la esfera de los derechos y libertades, nunca restringirlas, teniendo como norte siempre amparar a las personas en su condiciones individuales, por lo que en todo el bloque constitucional deben incorporarse las determinaciones jurisprudenciales que nacional e internacionalmente robustecen el sistema. El inicio de este proceso lo marcan las declaraciones de derecho y luego el reconocimiento de la primacía del texto constitucional.

Corresponde expresar que ya la Revolución Francesa permitió pasar de un Estado de Policía a un Estado de Derecho, entre cuyos efectos más importantes está la conformación de un sistema normativo que tiene por objeto regular la organización administrativa, sus funciones y potestades, como también, las limitaciones y responsabilidades de sus autoridades y agentes públicos.

2º.- Que el cambio fundamental de toda la evolución expuesta se observa en el tránsito de la regla de exención de responsabilidad de la autoridad estatal, derivado de la inmunidad de la corona conforme a la regla “The king can do no wrong” (el rey no puede cometer ilícito), hasta llegar al principio de la responsabilidad de todas las autoridades y particulares al interior del país, que emana de la igualdad ante la ley en un Estado democrático. En este desarrollo observamos cómo de un contencioso-administrativo de legalidad u objetivo, que contempla la posibilidad de anular la actuación de la autoridad, se llega a sustituir la determinación mediante la decisión de reemplazo e incluso aplicando sanciones. En un primer estadio se excluye de control oportunidad, mérito y/o conveniencia, sin embargo, por aplicación del principio de

interdicción de la arbitrariedad, se llega actualmente a contemplarlas. Del mismo modo el contencioso-administrativo de plena jurisdicción, de derechos o subjetivo, ligado principalmente a la lesión de derechos, en que se busca básicamente una declaración indemnizatoria, se pasa a una competencia de mayor amplitud, denominada de restauración, que tiene por objeto atender en toda su amplitud los efectos dañinos del actuar de la Administración. Otras acciones se encaminan a otorgar certeza a situaciones jurídicas, interpretar actuaciones y reprimirlas cuando proceda.

Todo este desarrollo ha derivado en una regulación ampliamente comprensiva y no excluyente, que en lo referido a la materia de que trata el litigio, se le conocerá como contencioso-administrativo de responsabilidad, que bien en la actualidad podría denominarse contencioso-estatal, pues se ha extendido desde el Estado-Administrador, al Estado-Legislador y al Estado-Juez. En lo que nos interesa, el contencioso-administrativo de responsabilidad patrimonial emergerá con distintos caracteres en el derecho continental, especialmente en Francia (1855), España (1869), Alemania (1979) e Italia. El cambio se producirá por vía jurisprudencial y en materias específicas por determinación legislativa.

No es posible resistir la tentación de reproducir la sentencia del Consejo de Estado francés, pronunciada con motivo del caso Rothschild, el 6 de diciembre de 1855, en que se conjuga la temprana concepción de los principios y la claridad de sus argumentaciones para expresar que las relaciones, derechos y obligaciones que emergen entre los agentes de la administración y los particulares que aprovechan sus servicios ***“no pueden estar regidos según los principios y disposiciones del derecho civil, que son de particular a particular; que, en especial, en lo que toca a la responsabilidad del Estado en caso de falta, de negligencia o de error cometidos por un agente de la administración, esta responsabilidad no es ni general, ni absoluta, sino que se modifica siguiendo la naturaleza y las necesidades de cada servicio”***, principio que se reiterará en la sentencia del caso Blanco, de 8 de febrero de 1873, en que se pretende declarar civilmente responsable al Estado conforme a la legislación civil, el Concejo de Estado entrega la competencia a las

autoridades administrativas ***“considerando que la responsabilidad que puede incumbir al Estado, por los daños causados por los hechos de las personas que él emplea en el Servicio Público, no puede estar regida por los principios que están establecidos en el Código Civil, para las relaciones de particular a particular; que esta responsabilidad no es ni general ni absoluta, sino que tiene sus reglas especiales que varían siguiendo las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados”***.

Si bien esta competencia especial se refiere a ciertos daños en un comienzo, se extiende por distintas sentencias dictadas en casos determinados, que marcan la evolución de la jurisprudencia:

- a) caso Tommaso Greco de 1905: se extiende a toda clase de daño, siempre que sean ciertos, aunque se trate de daños futuros o, incluso, morales, si éstos son avaluables en dinero;
- b) caso Dame Durand de 1949: hace comprensible el perjuicio estético;
- c) caso Morell de 1942: se amplía a sufrimientos físicos excepcionales;
- d) caso Bondurand de 1954: pérdida de un padre, madre o hijo, etc., todo ello bajo fórmulas genéricas de ‘perturbaciones graves de las condiciones de existencia’, con tal de que esos daños sean imputables a la Administración en cuanto producidos por personas situadas bajo su autoridad o por cosas colocadas bajo su guarda y de que entre la actividad del ente público imputable y el perjuicio cuya reparación se solicita exista un nexo causal directo y no roto por una causa extraña, y
- e) caso Lecomte et Daramy de 1949: incluye expresamente los daños provocados por las fuerzas de policía (Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Editorial Civitas, páginas 365 y 366).

3º.- Que en nuestro país la evolución de la responsabilidad de la Administración del Estado se ha desarrollado en una primera etapa fundamentalmente sobre la base de determinaciones jurisprudenciales y luego conforme a la legislación especial.

Respecto de la evolución jurisprudencial se observa que ciertas sentencias descansan en la aplicación de la legislación de derecho civil, como en otros fallos se invocan principios de derecho público. Son casos específicos en que se hace efectiva la responsabilidad del Fisco, puesto que los tribunales hacen esfuerzos y diversas distinciones para excluirla. La doctrina cita como los primeros fallos en que se sustenta la decisión en principios de derecho público “Sociedad Fuschs y Plath con Fisco”, sentencia de 11 de enero de 1908 y “Lapostol con Fisco”, sentencia de 8 de enero de 1930. Sin embargo, será en la sentencia dictada en “Hexagón con Fisco”, de 28 de julio de 1987, en que expresamente se declaran inaplicables las disposiciones del Código Civil para decidir la demanda dirigida contra el Fisco, resolviendo el caso sobre la base de las normas constitucionales y legales diversas al Código Civil. Desestima la infracción del artículo 2332 del citado Código al no darle aplicación e igualmente las referidas a las Actas Constitucionales N° 2 y 3, la Constitución y Ley Orgánica Constitucional 18.575, en que radica el origen de la responsabilidad del Fisco. Razona en idéntico sentido la sentencia que rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto por el Fisco, en los autos caratulados Mireya Baltra Moreno con Fisco, de fecha 12 de agosto de 1998, expresando en su considerando sexto: ***“Que, en consecuencia, la sentencia ha dado aplicación lisa y llana a las normas del derecho común, sin reparar que la naturaleza de los vicios que afectan a los decretos impugnados hacen improcedente estimar que puedan sanearse por el transcurso del tiempo, especialmente si se considera que la disposición constitucional en cuya virtud se ha declarado la nulidad no contiene remisión expresa alguna que permita aplicar las reglas de prescripción que el fallo invoca; y la naturaleza de la nulidad que se ha declarado impide integrar o complementar la norma constitucional con preceptos comunes, ya que el texto de la primera excluye toda posibilidad de saneamiento desde que dispone que los actos que la infringen son nulos per se, sin necesidad de***

declaración alguna, impidiendo así que la voluntad de las partes o el transcurso del tiempo puedan convalidarlos”.

En lo sustancial la jurisprudencia ha evolucionado hasta llegar a un estado, pacífico en la actualidad, que reconoce la responsabilidad del Estado-Administrador, exigiendo, en la mayoría de los casos, un factor de imputación, el que se hace descansar en la noción de “falta de servicio” que incluye la actividad jurídica ilegal de la Administración, su mala organización, el funcionamiento defectuoso, las omisiones o silencios cuando debió actuar, todo lo que debe originar la afectación de un bien de los administrados, sin desconocer que se agrega la responsabilidad por riesgo e incluso la que origina la actividad lícita en que se ocasiona igualmente daño al administrado, sin perjuicio que, en este último caso, se ha expresado por la doctrina que se refiere más precisamente a una responsabilidad del Estado-Legislador.

La circunstancia que se desea destacar es que la jurisprudencia, sobre la base de la legislación especial, ha sustentado la responsabilidad de la Administración. Esta normativa especial arranca de los artículos 2°, 4°, 5°, 6°, 7°, 38 de la Constitución Política de la República, 4° y 42 de la Ley 18.575.

La norma del inciso segundo del artículo 21 de la Ley 18.575 no afecta la disposición del artículo 4°, por lo que a su respecto debe atenderse a la concepción de la Administración del Estado que expresa el inciso segundo del artículo 1° del mencionado cuerpo de leyes, de forma tal que, sin duda alguna, este régimen de responsabilidad se aplica a las Fuerzas Armadas, como a las de Orden y Seguridad Pública. En efecto, las normas excluidas de consideración respecto de tales instituciones están referidas a la organización, funcionamiento y carrera funcionaria (atendido los títulos de los párrafos y las materias de que tratan), sin afectar el régimen de responsabilidad, dado que el mencionado artículo 4° dispone: “El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”; Administración del Estado que entre quienes la constituyen se encuentran las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública.

Por otra parte no resulta desconocida la responsabilidad del Estado derivada de la noción de nulidad de derecho público, pero cuyo fundamento no se encuentra en el contencioso subjetivo o de declaración de derechos, sino que en el objetivo o de ilegalidad.

La doctrina y jurisprudencia nacional ya no debe hacer esfuerzos para legitimar la responsabilidad del Estado, por un actuar ilícito de sus agentes, invocando disposiciones de derecho privado. En este sentido resulta sorprendente y contraria al hecho propio, como a la buena fe que debe orientar las defensas de las partes, la afirmaciones históricas de la defensa fiscal, en orden a la “inexistencia de un régimen especial de responsabilidad del Estado” por lo cual éste se encuentra exento de la misma, careciendo los tribunales de jurisdicción y competencia para resolver las acciones que la demandan, para luego expresar que la norma constitucional del artículo 38, inciso segundo, de la Carta Política solamente ha atribuido competencia, pero no ha regulado el régimen de responsabilidad, el cual está constituido por el “derecho común en materia de responsabilidad extracontractual, que se encuentra contenido en el Código Civil en el Título XXXV, denominado “De los Delitos y Cuasidelitos”, artículo 2314 y siguientes”, para aplicar, por excepción, la normativa del artículo 42 de la Ley 18.575, hecho que en concepto de este disidente debiera destacarse adecuadamente y resolver en consecuencia. Descarta toda seriedad a sus alegaciones y defensas el antecedente que igualmente a lo largo de los años planteara un tratamiento especial sosteniendo los poderes exorbitantes de la Administración por la función de servicio público que desarrolla, manteniendo hasta ahora la teoría de los poderes implícitos y antes de la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo esgrimía en estrados la imprescriptibilidad de las facultades autoconferidas de invalidación de los actos administrativos. La coherencia y congruencia también es exigible a las instituciones en sus defensas, puesto que les resulta aplicable el aforismo “venire contra factum proprium non valet”, recordando los términos del Mensaje del Código de Procedimiento Civil, en el sentido que confiados los procesos “a la sola iniciativa de las partes, se desvían a menudo de su verdadera marcha, resultando de allí que la acción de la justicia se hace más fatigosa y menos eficaz”.

4º.- Que en la evolución del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo, resulta pacífico sostener que existe un conjunto de principios que orientan la actuación de la autoridad; principios que son diferentes de los que se encuentran presentes en relaciones regidas por el Derecho Privado. Los distintos planos en que los particulares se vinculan entre sí, con aquéllos exigibles cuando lo hacen con la autoridad o cuando son órganos del Estado los que contraen obligaciones entre sí, son una realidad que no es posible desconocer, no obstante no exista ninguna norma que así lo disponga, el positivismo jurídico cede ante un avasallador desarrollo de la ciencia jurídica al respecto.

Los principios del proceso vienen condicionados por la naturaleza de la materia a que se refieren y son válidos conforme a su ámbito, el que puede ser general o particular. Unos rigen la actividad de la Administración, algunos la de los administrados, y otros, la interacción de ambas en los procedimientos seguidos por la misma Administración e incluso por el órgano jurisdiccional. Existen principios que tienen un carácter material o sustancial y otros, especialmente los que se refieren a particularidades de los procedimientos, por el contrario, son funcionales y de carácter más bien técnico.

En este mismo orden de ideas los principios formativos del actuar de la Administración radican en diferentes aspectos:

- Constituyen el fundamento y razón fundamental del sistema que inspiran;
- Orientan el desarrollo de las instituciones y su regulación. Son fundantes de la actividad legislativa;
- Conforme a ellos se estructura el proceder o la actuación válida de la Administración y aquello que deben exigir su aplicación los administrados. Son el soporte básico del ordenamiento, prestando a éste toda su significación;
- Son criterios de interpretación de sus disposiciones, por la necesaria congruencia entre ellos como criterios generales y las

normas concretas. Inspiran al operador de las normas dictadas conforme a ellos;

- Integran la ley, en los casos en que sea necesario, cuando no existe norma;
- Tienen un carácter enunciativo, no descarta la concurrencia de otros que puedan ser consecuencia del desarrollo de la disciplina que regula la actuación de la autoridad o que impulse el propio legislador;
- Sirven de filtro purificador, cuando existe una contradicción entre estos principios y determinadas normas que quieran aplicarse al sistema especial al que aquellos se refieren;
- Suelen servir como diques de contención ante el avance disfuncional de disposiciones legales correspondientes a otras ramas o especialidades del derecho. Sirven como valla defensiva contra la invasión de otras legislaciones relativas a materias diversas y que no guardan relación con el sistema regulado;
- Actúan como cuña expansiva para lograr el desarrollo, fortalecimiento y consolidación de las técnicas, medidas y regulaciones propias o adecuadas para el ensanchamiento de la especialidad;
- Fortalecen el valor de la seguridad jurídica de todo el ordenamiento, ya que su explicitación sirve de constatación de las razones que han tenido los jueces para resolver un caso en un determinado sentido, impidiendo de esta manera la sola discrecionalidad;
- Tienen una capacidad propia, heurística: para resolver problemas interpretativos de las leyes y de los simples actos en vista de una solución; inventiva: para organizar o descubrir combinaciones nuevas; organizativa: para ordenar actos heterogéneos, cambiantes y hasta contradictorios de la vida jurídica; son ellos los que prestan

a ésta su dinamicidad característica, su innovación y su evolución,
y

- Recreadora de normas obsoletas (Néstor A. Cafferatta, El Principio de Prevención en el Derecho Ambiental, Summa Ambiental, Tomo I, Abeledo Perrot, 2011, Buenos Aires, Argentina, página 273).

Tales razonamientos, la existencia de un profuso conjunto de normas en el derecho comparado y estudios de especialistas que sería largo enunciar permiten llegar a la conclusión que el derecho público regula la responsabilidad del Estado en general y de la Administración en particular. Derecho que no se puede desconocer, por el contrario todas las autoridades e individuos de nuestro país deben respetar, pues en el estado actual de las cosas hay un derecho que resulta vinculante y perentorio para las autoridades nacionales, entre ellas para los tribunales.

5°.- Que la existencia de los principios generales del derecho, han sido recogidos por múltiples sentencias de nuestros tribunales, incluso con carácter supra constitucional. El Tribunal Constitucional de nuestro país en su sentencia de 21 de diciembre de 1987, Rol N° 46, considerando 21: ***“Que de lo expuesto en las consideraciones anteriores se infiere con nitidez que el ordenamiento institucional estructurado por la Constitución de 1980 descansa sobre ciertos principios y valores básicos, entre los cuales cabe señalar...: la libertad del hombre, que los derechos fundamentales de la persona humana son anteriores y superiores al Estado y la Constitución, razón por la cual no los crea sino que los ‘reconoce y asegura’; que el Estado en cumplimiento de su finalidad propia, cual es promover el bien común, debe darles segura y eficaz protección...; que el ejercicio de la soberanía que se realiza por el pueblo y por las autoridades que la Constitución establece reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y, en fin, que nadie puede ser condenado por hechos anteriores a la norma jurídica que establece la pena”*** (considerando 19°); ***“que todos estos principios se encarnan en disposiciones concretas de la Carta Fundamental como son, entre otros, los artículos 1°, 4°, 5°, inciso segundo, y 19, en especial su número 3, inciso séptimo”*** (considerando 20°); y ***“que estos preceptos***

no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas, como también, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución” (considerando 21°).

6°.- Que en el caso en estudio, los antecedentes reunidos permiten tener por justificados diferentes hechos que han sido calificados de ilícitos; calificación que se impone, además, por cuanto constituyen deberes de los funcionarios de Carabineros de Chile atender la seguridad pública, social e individual de la población, en que la existencia de la institución tiene su razón en propender a dar eficacia al derecho, según lo dispone el artículo 101 de la Constitución Política de la República.

7°.- Que sobre la base de tales antecedentes de hecho y de derecho, los sucesos a que se refiere la presente causa tienen la connotación necesaria para ser calificados como generadores de responsabilidad, puesto que fueron perpetrados por agentes del Estado, en ejercicio de funciones públicas, en dependencias policiales, en que estuvo ausente todo control a su respecto, circunstancia que permitió se produjera la conducta reprochada. Hay una falta de servicio evidente y directa, puesto que la institución Carabineros de Chile obró de manera negligente, sin controles eficaces de la actuación de algunos de sus efectivos que en cumplimiento de la función de orden y seguridad pública, en un procedimiento policial, que fue llevado adelante en diferentes cuarteles y con medios proporcionados por la institución, actuando ilegítimamente ocasionaron el resultado que motiva esta causa. Corresponde igualmente dejar asentado, que la referencia a los regímenes de responsabilidad claramente establecidos en la actualidad, son producto de un mayor desarrollo de nuestro país, que ha terminado por concretar lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia con anterioridad, de forma tal que no se trata solamente de aplicar esta normativa, sino que, además, los principios que la inspiran, los que han estado vigentes conforme al desarrollo de nuestra cultura jurídica, sin perjuicio de considerar que las normas de derecho público rigen in actum, especialmente las constitucionales, entre las que se encuentra el inciso segundo del artículo 38 de la Carta Fundamental.

8°.- Que respecto de la naturaleza del derecho subjetivo cuya declaración se demanda, en primer término integra la teoría de la responsabilidad del Estado en general y de la Administración en particular, es el denominado contencioso subjetivo o de declaración de derecho. En efecto, la unificación de la responsabilidad integra instituciones aparentemente disímiles, pero que aglutina la referencia común a la lesión originada por la Administración a los particulares, que en algunos casos se expresa de un modo específico de acuerdo a la forma como se ha producido esta lesión. Resulta que de este modo se constituye la garantía integral del patrimonio privado frente a la acción de la Administración, cualquiera sea la actuación desarrollada por ésta. A lo que se atiende es al hecho que se ocasiona daño al patrimonio de los administrados, sin exclusiones. “Llegar a esa conclusión, en principio tan obvia, que impone, por tanto, la formulación de un principio de resarcimiento de todos los daños causados por el funcionamiento de la Administración, no ha sido, sin embargo, tarea fácil, ni en nuestro propio Derecho, ni en el panorama general del Derecho comparado” (García de Enterría, obra citada, página 358). Siguiendo al autor citado se puede decir que la importancia de esta concepción está en el cambio de paradigma, pues la óptica radicaré no ya en responsabilidad de quien causó el daño, si se quiere en una reparación por vía de sanción, sino que observando o considerando el patrimonio de la persona lesionada. “La responsabilidad pasará así a convertirse en un mecanismo que se pone en funcionamiento sólo si y en la medida en que se haya producido una lesión patrimonial en el sentido propio a resultas de la acción u omisión de la Administración.” “El concepto de lesión se convierte de este modo en el auténtico centro de gravedad del sistema” (obra citada, página 378), que en el caso de nuestro país resulta más exigente, puesto que se requiere que la persona sea “lesionada en sus derechos por la Administración del Estado”.

Corresponde, entonces, que los Estados afronten integralmente el fenómeno creado por los victimarios, no por las víctimas, de manera indivisible comprendiendo el establecimiento de la verdad, haciendo justicia, atribuyendo responsabilidad, declarando el derecho a las compensaciones, reconociendo oficial y públicamente la forma en que sucedieron los hechos, curando y rehabilitando a quienes padecieron las violaciones de sus derechos, las cuales se mantienen en sus consecuencias

en la medida que no registran una efectiva y eficiente decisión del Estado. El retraso en la respuesta del Estado para reparar integralmente el daño, constituye en sí misma una actuación que lesiona los derechos de las víctimas, puesto que fueron afectadas por agentes del Estado y luego el mismo Estado no les reconoce su derecho a ser reparadas, excusando su propia falta. Puesto que para perseguir tales crímenes ha existido acción de oficio, que impone a los tribunales actuar. Se ven discriminados por la falta de ejercicio de la acción criminal y también discriminados por la falta de compensación.

Se encausa así la responsabilidad del Estado que tiene por causa el actuar de sus autoridades y funcionarios, en que su objeto es la reparación integral del daño ocasionado.

De acuerdo a la teoría general de la responsabilidad, tan importante como lo anterior es determinar el factor de imputación, puesto que será resarcible la lesión de derechos, en la medida que no deba soportarla quien la ha sufrido, por existir una causa de exención, justificación o extinción de responsabilidad. Este principio de protección y garantía de la persona y del patrimonio del administrado, del que parte la cláusula general de responsabilidad de la Administración, corresponde precisamente a ésta, la autoridad, acreditar dichas causas de exclusión. De otra manera resulta ineludible disponer todas las medidas tendientes a la restauración, entre las que se encuentra la reparación indemnizatoria, pero con caracteres generales, que incluya todo daño, el que corresponderá precisamente determinar, mediante la individualización correspondiente.

Al haberse determinado que la acción que se reclama sea reparada, la lesión está precisada, por lo que solamente corresponde precisar o individualizar el daño y su valoración, que en el presente caso se ha dejado indicada con plena claridad, como, además, se la ha cuantificado por los jueces de la instancia. Ante tales antecedentes procede la plena indemnización del daño ocasionado, sin perjuicio de dejar a salvo toda otra forma de reparación que se desee impetrar de la Administración. Esta forma de entender la responsabilidad de la Administración constituye un paso adelante en la teoría general que la contempla.

El profesor García de Enterría expresa que la jurisprudencia española ha desarrollado el principio de la referencia, citando al efecto la sentencia de 24 de julio de 1989, que expresa que debe tenerse en cuenta ***“que el principio de prohibición de la interpretación contra cives obliga a buscar la más favorable a la subsistencia de la acción, máxime cuando se trata de acciones personales”*** (obra citada, página 431).

9º.- Que establecida la responsabilidad del Estado por daños de carácter patrimonial a las personas, en nuestro país la jurisprudencia ha tenido una labor determinante, pero mesurada. Se ha radicado la observación principalmente del Estado Administrador, pero no se debe ignorar la responsabilidad del Estado Legislador y del Estado Juez, como también la responsabilidad internacional del Estado. Continuaremos con el análisis respecto del Estado Administrador.

En efecto, no obstante seguir en la doctrina civilista a la doctrina francesa, no ocurre lo mismo en lo relativo a la responsabilidad con un carácter permanente, observando iniciales esfuerzos, pero que, con motivo de la norma del artículo 87 de la Constitución Política del Estado de 1925 que dispuso: “Habrá Tribunales Administrativos, formados con miembros permanentes, para resolver las reclamaciones que se interpongan contra actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas y cuyo conocimiento no esté entregado a otros Tribunales por la Constitución o las leyes. Su organización y atribuciones son materia de ley”, se produjo un retroceso, debiendo evolucionar tanto la legislación como la jurisprudencia desde la irresponsabilidad del Estado, la responsabilidad particular establecida por ley y hasta llegar a la aceptación sin prevenciones de ésta. El problema actual es el régimen que se ha implantado en nuestro país. Todos sostienen que se trata de un sistema de responsabilidad de Derecho Público, puesto que se rige por principios propios, la distinción se encuentra en los extremos que importa esta afirmación, puesto que unos la observan desde la perspectiva de las personas, del administrado, y otros desde la Administración. Luego se abordan los requisitos de la responsabilidad difiriendo en el factor de imputabilidad. Aquellos exigen o demandan solamente la existencia de un daño o lesión en los derechos respecto del administrado, excluyendo la mirada respecto del comportamiento de la Administración, y los segundos

la incluyen. Surge aquí la conceptualización de la responsabilidad de la Administración como una organización, que corresponde investigar en cuanto a su funcionamiento y la forma en que entrega el servicio que presta a los administrados. Surge la noción de falta de servicio (*faute de service*), pero esta también produce divergencias. Simplificando el problema –podrá decirse que inmotivadamente– se plantea desde una perspectiva sustancial y procesal, puesto que es necesario conceptualizar este módulo de imputación y determinar en qué parte radica su acreditación. Una concepción objetiva dirá que existe un deber de cuidado general de la Administración, por el innegable carácter de garante que tiene en el sistema jurídico y en la relación con los particulares, como también por un componente de responsabilidad ética, política y de bien común, a lo cual se agrega su deber de solidaridad y respeto de la dignidad de todas las personas, por lo que dicho deber de cuidado impone un comportamiento normalmente diligente que se refleja en no dañar a quienes sirve, a las personas en general y los administrados en particular. Esta misma concepción radica en la Administración la carga de probar que no le asiste responsabilidad en el daño al ajustarse a un actuar normal. La diferencia entre la concepción objetiva de la responsabilidad y la concepción objetiva de la falta de servicio está en que en la primera responde de todo daño y debe probar una eximente de responsabilidad, pues incluso le corresponde asumir los daños por la actividad lícita. Sin embargo, en la segunda acreditando un comportamiento normal, en concreto, corresponde excluir su responsabilidad. En definitiva en la falta de servicio objetiva no se abandona su conceptualización, pero se impone a la administración que acredite que su obrar fue diligente.

La teoría de la falta de servicio subjetiva recurre a la noción de funcionamiento defectuoso del obrar de la Administración, único evento en el que responde, pero en este caso corresponde al administrado que ha sido dañado probar el defecto en el obrar de la Administración tanto por acción como por omisión, surgiendo diferentes conceptualizaciones al efecto. Se extrema esta concepción de la falta de servicio subjetiva, puesto que algunos exigen no solo se acredite un obrar defectuoso objetivamente constatable, sino que ha existido culpa en el obrar que ocasionó el daño. Extremando aún más las cosas se recurre a la noción de culpa del derecho privado, pero se agrega incluso el llamado a las normas de la legislación

civil para regir la situación concreta, en especial el Código Civil, tanto en disposiciones sustanciales generales y particulares, como en el régimen que regula la prescripción.

10°.- Que para quien suscribe este parecer la responsabilidad del Estado y del Estado Administrador en particular arranca de los artículos 1°, 2°, 4°, 5°, 6°, 7°, 38 de la Constitución Política de la República, 4° y 42 de la Ley 18.575. El análisis queda radicado en las normas legales, puesto que el análisis de cualquier falta de correspondencia o antinomia con las normas constitucionales, en el caso concreto, escapa a la competencia y análisis del derecho aplicable por cuanto la Ley 18.575 fue dictada con posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de 1980. Es así como el artículo 1° de la mencionada ley establece el ámbito de aplicación y luego dispone el artículo 4° que el “Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones”. Quien suscribe este voto particular, por la enunciación de los párrafos 1° y 2° del Título II de la Ley 18.575, como por las materias de que trata, entiende que igualmente se aplica el artículo 42 a las reparticiones excluidas en el inciso segundo del artículo 21, según se ha indicado con anterioridad. Es así como el artículo 42, en correspondencia con el artículo 4°, dispone que los “órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio”. En todo caso, de estimarse excluida de aplicación de esta norma, debe regirse por el artículo 4°, el que singularmente, sin el complemento del artículo 42, podría entenderse que establecería una responsabilidad objetiva derivada únicamente de constatar un derecho lesionado que ocasione daños al administrado, circunstancia que corresponde descartar.

Estas disposiciones son las que regulan legalmente la responsabilidad general del Estado Administrador.

En la historia de la Ley 18.575 publicada por la Biblioteca del Congreso Nacional (www.bcn.cl http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl) consigna los siguientes antecedentes:

I.- En el Mensaje del Ejecutivo la responsabilidad se entiende que es civil y por falta de servicios, expresando: “Más adelante el

título V, también con avanzado criterio administrativo, determina que la Administración Pública deberá actuar por propia iniciativa en cumplimiento de sus funciones, salvo que la ley exija la petición previa de un interesado o cuando se trate de hacer uso del derecho de petición o reclamo.”

“Complementaria de la norma anterior es aquella incluida en el artículo 33, que hace responsable, civilmente, al Estado y a las personas jurídicas que lo integran, por la falta de servicios en que pueda incurrir.”

“Asimismo, el inciso segundo, responsabiliza civilmente a los funcionarios por los perjuicios que ocasionen mediante sus actuaciones constitutivas de falta personal.” (Página 12)

El proyecto contempla la siguiente disposición: “ARTÍCULO 33.- El Estado y las personas jurídicas que integran la Administración Pública serán responsables civilmente por la falta de servicio cometida en su actividad jurídica o material.”

“Los funcionarios serán civilmente responsables de los perjuicios que ocasionaren por su actuación constitutiva de falta personal.”

II.- En el informe la Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno expresa: “La disposición consagra el principio de responsabilidad del Estado por “falta de servicio”, así como la responsabilidad personal de los funcionarios, por su falta personal. Resulta indispensable, al efecto, definir los conceptos de “falta de servicio” y de “falta personal”, siendo útil considerar, para perfilar la primera de estas nociones, el criterio del legislador en la vigente Ley Orgánica de Municipalidades –decreto ley N° 1.289, de 1976–, en su artículo 62, inciso final, que prescribe: “La responsabilidad extracontractual procederá principalmente para indemnizar los perjuicios que sufran uno o más usuarios de los servicios municipales cuando éstos no funcionen, debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente.”.

“Cabe señalar que la doctrina y la jurisprudencia francesas han establecido lo que se entiende por “falta de servicio público”, disponiendo,

al efecto, que la hay cuando el servicio público no funciona debiendo funcionar; cuando funciona, pero funciona mal, o cuando funcionando bien, lo hace en forma tardía.” (Página 68).

III.- En el informe de la Primera Comisión Legislativa se indica: “1.- Conforme a la ley N° 17.983 y al respectivo acuerdo de la Junta de Gobierno, este Comandante en Jefe viene en formular las observaciones al proyecto de ley orgánica constitucional sobre bases de la Administración Pública.

- a) Con el objeto de abordar en una forma más completa el estudio de esta ley orgánica constitucional este Comandante en Jefe dispuso se analizaran comparativamente los textos del Mensaje y de la Comisión de Estudios de las leyes orgánicas constitucionales. Lo anterior explica la incorporación en el texto sustitutivo que se acompaña, de normas contenidas en el proyecto de la referida Comisión de Estudios.
- b) Para encabezar el proyecto se acogió el criterio seguido por la Comisión Especial en cuanto a establecer un primer título que consigne los principios generales que deben orientar la organización y funcionamiento de la Administración del Estado. Ello porque, a juicio de este Comandante en Jefe se trata de la primera ley de esta naturaleza que rige en nuestro país y que debe cumplir, por lo mismo, con una finalidad de orientación general. A los principios de la jerarquía, unidad, responsabilidad y eficiencia se han agregado los principios de probidad y control.
- f) En lo que se refiere a la actividad de la Administración del Estado, se complementa lo relativo a la responsabilidad civil del Estado y de las personas jurídicas que integran la administración, definiendo lo que debe entenderse por falta de servicio y salvando el derecho de éstos de repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal, consignándose finalmente la responsabilidad solidaria de los órganos de la Administración y del funcionario que resulte responsable.” (Pág. 91 y 92).

Específicamente se incorpora el siguiente “Artículo 3º: El Estado será responsable por los daños que los órganos de la Administración produzcan en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que hubiere causado el daño” (Pág. 94 Primera Comisión Legislativa).

La moción sustitutiva incorpora igualmente el “Artículo 52: El Estado y las personas jurídicas que integran la administración serán siempre responsables civilmente por la falta de servicio cometida en su actividad jurídica o material, sin perjuicio de su derecho de repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal.”

“En todo caso, el órgano de la Administración y dicho funcionario serán solidariamente responsables.”

“Se entiende por falta de servicio la no prestación de este, debiendo efectuarse, o su prestación en forma deficiente o tardía.” (Pág. 108).

IV.- En el Informe de la Cuarta Comisión Legislativa se indica: “Artículo 4º Esta disposición corresponde al artículo 33 del proyecto del Ejecutivo, con meras adecuaciones formales, derivadas de la nueva estructura del proyecto, y se refiere al principio de la responsabilidad del Estado por los daños que causen los órganos de la Administración.

Cabe hacer presente que no se utilizó la expresión “responsables civilmente”, a fin de evitar confusiones con la responsabilidad civil consagrada en el Código Civil.” (Pág. 164 Informe Cuarta Comisión Legislativa).

Luego, respecto del artículo 45, se señala: “Esta es una de las disposiciones de mayor trascendencia del proyecto y corresponde al artículo 33 del Ejecutivo, porque está consagrando una nueva idea de responsabilidad que sólo tiene precedente positivo en la Ley de Municipalidades. Se trata de la responsabilidad objetiva del Estado, derivada de la falta de servicio. Si bien en el artículo 4º del proyecto ya se habla de la responsabilidad general del Estado por los daños que causen sus órganos, esta norma se refiere a un aspecto más concreto aun. Detrás

de ella hay toda una fundamentación importante, en cuanto favorece la posición del administrado frente a la Administración, de manera que se traduzca en un medio eficaz para resarcirlo de los daños que le puedan causar los servicios de la Administración.”

“En consecuencia, se consagra en este artículo un criterio nuevo de responsabilidad, que no es el tradicional de la responsabilidad subjetiva basada en el dolo a la culpa de un denominado funcionario, sino que atiende a un elemento objetivo que es la falta de servicio público. De manera que acreditando el afectado que un servicio público no ha funcionado, debiendo hacerlo, o que ha funcionado de modo tardío o deficiente, y probar que a raíz de lo anterior se le ha causado un daño, está en situación de exigir indemnización de parte del Estado. Se trata de un concepto que tiene su origen en el derecho francés, y es la concreción de una serie de elementos que tienen un largo desarrollo en el Derecho Administrativo. El artículo fue dividido en dos incisos a fin de dejar claramente establecido que la existencia de esta responsabilidad objetiva, no obsta a que el Estado pueda repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal, si se diera el caso.”

“Por otra parte, se desestimó la posibilidad de definir la falta de servicio, pues ello podría provocar dificultades en la aplicación de esta norma. Se ha considerado más conveniente dejar entregado a la jurisprudencia la determinación de cuándo se configura la “falta de servicio”, pues son numerosos y complejos los casos en que tal situación puede producirse.” (Págs. 175 y 176 del Informe de la Cuarta Comisión Legislativa).

La doctrina y la jurisprudencia han adoptado diversas posiciones en torno a esta nueva responsabilidad. Sin embargo, de acuerdo a los antecedentes enunciados se pueden establecer algunas premisas básicas:

- a. La responsabilidad como principio general.** La responsabilidad se establece como un principio general que orienta también ampliamente la organización y funcionamiento de la Administración del Estado. Es así que se hace referencia “al

principio de la responsabilidad del Estado por los daños que causen los órganos de la Administración”.

- b. Sistema general de responsabilidad.** La Administración debe observar el principio de responsabilidad, puesto que el Estado “será responsable por los daños que causen” sus órganos. Se regula directa y particularmente el principio de responsabilidad de los órganos de la Administración en “ejercicio de sus funciones”, sin desconocer que puedan existir otros sistemas. Expresamente se hace referencia al principio general de “responsabilidad del Estado”, el cual tiene lugar “por los daños que causen los órganos de la Administración”.
- c. Concepción pro administrado y distinta de la existente.** Si bien el proyecto habla de la responsabilidad general del Estado por los daños que causen sus órganos, se refiere a un aspecto más concreto aun, puesto que detrás de ella hay toda una fundamentación importante, en cuanto favorece la posición del administrado frente a la Administración, de manera que se traduzca en un medio eficaz para resarcirlo de los daños que le puedan causar los servicios de la Administración.
- d. Se consagra un nuevo sistema de responsabilidad.** En el Mensaje del Ejecutivo la responsabilidad se entiende que es civil y por falta de servicios. A lo anterior se agrega que en un principio la responsabilidad se indica es extracontractual. Posteriormente se la considera simplemente como responsabilidad civil del Estado. Por último se deja expresa constancia que no se utiliza la expresión “responsables civilmente”, a fin de evitar confusiones con la responsabilidad civil consagrada en el Código Civil, por lo que se entiende que no se rige por esta normativa, con la cual no puede vincularse. Se “está consagrando una nueva idea de responsabilidad que sólo tiene precedente positivo en la Ley de Municipalidades”.
- e. Responsabilidad funcionaria.** Extiende la responsabilidad a los funcionarios, a quienes responsabiliza civilmente por los

perjuicios que ocasionen mediante sus actuaciones constitutivas de falta personal. Posteriormente se expresará que es el Estado el que repetirá en contra del funcionario, de manera que es el Estado el que responde de manera directa y principal. Se establece la responsabilidad solidaria entre Administración y funcionario, pero, en definitiva solo es el Estado el que podrá repetir en contra del funcionario, sin que el particular tenga acción directa en su contra.

f. Nuevo Sistema de responsabilidad.

- 1.- Se establece un criterio nuevo de responsabilidad, que no es el tradicional de la responsabilidad subjetiva basada en el dolo o la culpa de un denominado funcionario, sino que atiende a un elemento objetivo que es la falta de servicio público. En este sentido se la considera “claramente” como un sistema de responsabilidad objetiva. Se la califica como “responsabilidad objetiva del Estado, derivada de la falta de servicio”.
- 2.- En un principio considera útil la noción de falta de servicio comprendida en la Ley de Municipalidades, esto es cuando los servicios “no funcionen, debiendo hacerlo, o lo hagan en forma deficiente”.
- 3.- Por la referencia a la definición francesa y luego como texto del proyecto al concepto de falta de servicios se incorpora la noción de un correcto funcionamiento, pero tardío.
- 4.- Por último, se desestimó la posibilidad de definir la falta de servicio, pues ello podría provocar dificultades en la aplicación de esta norma. Se ha considerado más conveniente dejar entregado a la jurisprudencia la determinación de cuándo se configura la “falta de servicio”, pues son numerosos y complejos los casos en que tal situación puede producirse.
- 5.- Solamente se exige “que acreditando el afectado que un servicio público no ha funcionado, debiendo hacerlo, o que ha funcionado

de modo tardío o deficiente, y probar que a raíz de lo anterior se le ha causada un daño, está en situación de exigir indemnización de parte del Estado”.

6.- La responsabilidad se extiende tanto a la actuación administrativa de carácter jurídico y material, como aquella requerida, previa petición del interesado o desarrollada por la Administración Pública por propia iniciativa en cumplimiento de sus funciones.

7.- La responsabilidad que se regula puede estar generada por el Estado, como por las personas jurídicas que lo integran.

11º.- Que clarificados los presupuestos de la Responsabilidad del Estado Administrador, la definición de mayor entidad se encuentra en la opción del legislador por el factor de imputación, el que lo sitúa en la falta de servicio, excluyendo toda posibilidad de reconducción al Código Civil, adicionar exigencias relacionadas con el dolo o culpa del funcionario que actuó, como al establecimiento de negligencia, imprudencia, impericia e inobservancia de reglamentos por parte de la administración o el funcionario. Del mismo modo, con tal definición excluye la posibilidad de exigir la individualización del funcionario, solamente debe acreditar la conducta del servicio, pues es de él que reclama, además de carecer de acción en contra del funcionario, el cual resulta indiferente en su identidad y determinante en su conducta, pero como expresión de la actuación de toda la Administración o del servicio en particular.

De esta forma, más que enunciar situaciones particulares integrantes de la noción de falta de servicio, ella corresponde a toda acción u omisión de la administración de la cual se generan daños para el administrado y en que ha existido una falla de cualquier orden en el servicio. Se pretende restringir la responsabilidad exigiendo un patrón de comparación adicional de normalidad, para situar la apreciación del factor de imputabilidad en concreto y no en abstracto. Se acude así a dos factores diversos. Por una parte se toma el criterio de normalidad del sistema que solamente exige la prueba que el daño sea producto de la actuación de la Administración, debiendo ésta probar las causales de exclusión producto de su actuar

normal o exento de reproche y del mismo modo que el daño sufrido por el particular queda comprendido dentro del que debe soportar normalmente una persona que viva en sociedad, puesto que la administración no se ha apartado de un comportamiento apropiado, mediano o estándar. Por otra, se acude a la noción de falla o falta de servicio, constituida simplemente como un defecto objetivo en el obrar, exenta de aspectos subjetivos, tales como equivocación, desacierto, incorrección, etc.

La ponderación objetiva y abstracta de la falla resulta determinante, puesto que la visión restrictiva de la responsabilidad siempre buscará estarse a la situación precisa, sin atender a las motivaciones que excedan tal contexto. En cambio, la apreciación objetiva precisamente pondera las condiciones en que debió prestarse el servicio, las que compara con aquellas en que efectivamente se hizo, ello debido a los criterios de cuidado, confianza, tutela y garantía que pesan sobre el Estado Administrador, el que debe ser examinado no solamente en las causas próximas o inmediatas, sino en todas aquellas que derivaron en la producción del daño, las que pueden estar radicadas en una cadena de determinaciones y no solamente en la final.

Ante un defecto en el obrar se podrá argumentar que no se atendió adecuadamente un requerimiento por no existir las condiciones técnicas o humanas, sin embargo, corresponde ponderar si en un servicio público moderno es factible que esas condiciones deban estar disponibles para actuar correctamente, aspecto que importará decidir si es o no factible prescindir de ellas. Esa es la determinación inicial, ante una acción u omisión que origina daño a un administrado se debe precisar si la administración actuó, no lo hizo o lo hizo en forma tardía. El solo hecho de no actuar o hacerlo de manera tardía es suficiente para establecer la falta de servicio de la Administración, su defensa se radicará en la ausencia de otros de los presupuestos de la responsabilidad. Cuando la Administración actuó se investigará o mejor dicho se comparará ese actuar con el exigido a un servicio moderno, conforme a los recursos técnicos y humanos con que debe contar.

12°.- Que de esta forma y teniendo únicamente presente que las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública se encuentran integradas por

Carabineros de Chile, las que precisamente constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior del Estado, pesando sobre ellas un papel de garantes de tales actividades, las que no podrán nunca transgredir y siempre custodiar, por lo cual toda labor que se aparte de tales postulados les hace responsables de sus consecuencias. De esta forma un servicio que está para garantizar la seguridad pública no puede transgredirla mediante el actuar de sus integrantes, quienes lo hicieron en distintos cuarteles y por un prolongado lapso de tiempo. La falta de control de la labor desarrollada por sus funcionarios, además, impidió advertir tempranamente la conducta de los funcionarios policiales que transgredían sus deberes. Por ello se equivoca el recurso cuando solicita se acredite la culpa o dolo por parte del funcionario, ese es un presupuesto de la responsabilidad civil, el que ha sido descartado por el legislador, es más, expresamente se indicó que no se atenderán a las disposiciones del Código Civil y se eliminó la referencia al carácter civil y extracontractual de la responsabilidad, pasándose a denominarla únicamente como un sistema de responsabilidad del Estado Administrador.

No corresponde en este nuevo sistema de responsabilidad hacer aplicación de las normas de los artículos 2314 y 2315 del Código Civil. “Cabe hacer presente que no se utilizó la expresión “responsables civilmente”, a fin de evitar confusiones con la responsabilidad civil consagrada en el Código Civil”, se indica textual y expresamente en el Informe Cuarta Comisión Legislativa (página 164). Corresponde rechazar la afirmación del recurrente en sentido contrario, respecto del cual no indica su fuente, puesto que ni en la ley, como tampoco en su historia consta, todo lo contrario, se consigna el párrafo transcrito. Debe entenderse como una expresión de deseos y leyes ferenda.

“En consecuencia, se consagra en este artículo un criterio nuevo de responsabilidad, que no es el tradicional de la responsabilidad subjetiva basada en el dolo o la culpa de un denominado funcionario, sino que atiende a un elemento objetivo que es la falta de servicio público”, como también lo indica expresamente el Informe de la Cuarta Comisión Legislativa (página 175).

De esta forma, “acreditando el afectado que un servicio público no ha funcionado, debiendo hacerlo, o que ha funcionado de modo tardío o deficiente, y probar que a raíz de lo anterior se le ha causado un daño, está en situación de exigir indemnización de parte del Estado”, lo deja consignado el legislador en sus argumentaciones y fundamentos al aprobar la norma respectiva (página 176 del Informe de la Cuarta Comisión Legislativa).

Afirmar una doctrina diversa importa sostener o afirmar un sistema de responsabilidad del Estado Administrador diverso al consagrado en los artículos 4° y 42 de la Ley 18.575, por todo lo cual corresponde desestimar el recurso de casación en el fondo.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Abogado Integrante señor Piedrabuena y de la prevención su autor.

Rol N° 9510-2009.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. María Eugenia Sandoval G. y el Abogado Integrante Sr. Guillermo Piedrabuena R. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Abogado Integrante señor Piedrabuena por estar ausente. Santiago, 04 de junio de 2012.

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

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

DERECHO LABORAL

Corte Suprema Suazo con Fisco de Chile

25 de abril de 2012

RECURSO PLANTEADO: *Recurso de unificación de jurisprudencia.*

DOCTRINA: *Sentencia unifica la jurisprudencia en el sentido de señalar que la relación entre la Administración del Estado y los funcionarios contratados a honorarios no se rige por el Código del Trabajo, sino por las reglas que establezca el mismo contrato de honorarios, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 11 del Estatuto Administrativo.*

Santiago, veinticinco de abril de dos mil doce.

Vistos:

En estos autos RUC N°1040033894-4 y RIT N°0-2079-2010, del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, don Roberto Custodio Suazo Venegas interpuso demanda en contra de su ex empleador el Fisco de Chile, Ministerio Secretaría General de Gobierno, a fin que se declare la existencia de la relación laboral, que su despido fue indebido y que se condene al demandado al pago de indemnización por años de servicio y feriado legal acumulado.

El demandado, al contestar solicitó el rechazo de la acción, sosteniendo entre otras alegaciones, que el demandante fue contratado a

honorarios por el Ministerio Secretaría General de Gobierno, motivo por el cual no se le aplican las normas del Código del Trabajo.

En la sentencia definitiva, de dieciocho de octubre del año dos mil nueve, que rola a fojas 1 y siguientes, se rechazó la demanda en todas sus partes, sin costas.

En contra de la referida sentencia, la parte demandante interpuso recurso de nulidad fundado en cuatro causales, una en subsidio de la otra: la primera, del artículo 478 letra b) del Código del Trabajo, por infracción manifiesta de las normas sobre apreciación de la prueba según la sana crítica en relación con el artículo 456 del mismo cuerpo legal; la segunda, del artículo 478 letra e) del Código Laboral, por haberse dictado la sentencia con omisión del debido análisis de toda la prueba rendida en los términos que exige el artículo 459 N° 4 del Código del ramo; la tercera, del artículo 478 letra c) del mismo código, por la errada calificación de los hechos al considerar que la relación contractual que existía entre las partes era de aquellas mencionadas en el artículo 11 de la Ley N° 18.834; y por último, la del artículo 477 del Código del Trabajo, por infracción de ley, en relación con los artículos 7 y 8 del mismo texto legal.

La Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo del recurso de nulidad reseñado, en resolución de ocho de abril del año dos mil once, escrita a fojas 55 y siguientes de estos antecedentes, lo acogió por la causal del artículo 477 del Código del Trabajo, por infracción de ley, en relación con los artículos 7 y 8 del Código del ramo, anuló el fallo de la instancia y dictó sentencia de reemplazo que acogió la demanda en cuanto condenó al demandado al pago de la suma de \$13.953.869 por concepto de indemnización por años de servicio, más intereses y reajustes legales.

En contra de la resolución que falla el recurso de nulidad, la parte demandada deduce recurso de unificación de jurisprudencia solicitando que esta Corte lo acoja, dejando sin efecto el fallo impugnado, y que dicte sentencia de reemplazo en unificación de jurisprudencia, rechazando el

recurso de nulidad promovido por el actor y desechando la demanda en todas sus partes, con costas.

Se ordenó traer estos autos en relación y el recurrido hizo las observaciones pertinentes, dentro de plazo.

Considerando:

Primero: Que el recurrente deduce recurso de unificación de jurisprudencia en contra de la sentencia que acogió el recurso de nulidad interpuesto por el demandante. Luego de referir los hechos y las condenas impuestas a su parte, argumenta que la materia de derecho que funda su presentación es la calificación de los hechos acreditados en la presente causa y la correcta interpretación del artículo 11 del Estatuto Administrativo, esto es, la naturaleza jurídica del vínculo que unió a las partes. Los hechos establecidos en la causa son los siguientes: 1.- el actor prestó servicios para la demandada como asesor en materias jurídico-laborales en la Unidad Jurídica de la Subsecretaría del Ministerio Secretaría General de Gobierno, desde el 1 de enero de 2003 hasta el día 29 de mayo de 2010, en virtud de continuas y sucesivas resoluciones que aprobaron su contratación a honorarios; 2.- en el último tiempo, el demandante cumplía una jornada ordinaria de trabajo de 44 horas semanales; 3.- se establecieron a favor del actor, beneficios tales como feriado anual, viáticos, pasajes y demás gastos de traslados, capacitación, permiso con goce de remuneraciones, protección de la relación parental y licencias médicas; 4.- por la prestación de sus servicios el demandante percibió un monto bruto total de honorarios de \$18.232.995, cuyo pago se verificaba en 12 cuotas mensuales y sucesivas, por la suma de \$1.514.863, a excepción de la cuota de septiembre de \$1.548.932 y de la cuota de diciembre de \$1.535.433, contra entrega de la correspondiente boleta de honorarios por la prestación de los servicios.

Invoca como fundamento de su solicitud, la sentencia dictada por esta Corte Suprema en los autos rol N°4.284-2007 caratulados “Soto Domínguez Rosa con Ministerio del Interior”, de fecha 6 de marzo de 2008, en que conociendo un recurso de casación en el fondo estableció que las personas que ejecutan sus labores en los Ministerios que han sido

contratadas a honorarios no pueden regirse por el Código del Trabajo; por el contrario, el inciso final del artículo 11 del Estatuto Administrativo define el sistema jurídico propio de las personas contratadas a honorarios y que es asimilable más al arrendamiento de servicios profesionales regido por el derecho común, que al contrato de trabajo propio del Código Laboral. En la sentencia atacada por el recurso de casación sustancial, se asentaron como hechos, los que siguen: a) en el contrato de 4 de julio de 2001, aparece que la demandante fue contratada para prestar asesoría en materias relacionadas con los programas del adulto mayor y en la cláusula segunda se estipuló que por tales servicios percibiría la suma de \$714.676, pagaderos los cinco primeros días del mes, debiendo otorgar una boleta de honorarios. Lo mismo establece el contrato suscrito entre las mismas partes, con fecha 1° de mayo de 2001; b) en el capítulo cuarto de dichos contratos, se estipuló que la demandante debía ejecutar fuera de la jornada ordinaria cualquier cargo regido por la ley 18.834 y, en el quinto, se hace constar que el instrumento se refiere a labores regidas por el artículo 10 de la legislación pertinente; c) en el cuaderno de documentos se contiene un informe de desempeño en el cual aparece que la actora atendía público en general, recepcionaba documentos y otras funciones administrativas en los programas “beca Presidente de la República”, “subsidio de agua potable” y “subsidio familiar”; d) la actora tenía derecho a feriado legal y proporcional; e) del cuaderno de documentos aparece que se extendieron liquidaciones de sueldo por el período comprendido entre abril de 1995 hasta el mismo mes del año 2001 inclusive, en los meses de mayo y julio se extendieron liquidaciones de honorarios y a partir de febrero de 2002 se volvió a la modalidad de liquidaciones de sueldo; f) los servicios que prestó la actora a través de un sinnúmero de contratos fueron permanentes, continuos e ininterrumpidos; g) la ex empleadora se limitó a comunicar a la demandante que prescindiría de sus servicios sin invocar causal alguna; h) El monto de la remuneración se fijó en la suma de \$321.604; i) el período por el cual se desempeñó la actora para la demandada se extendió desde el 1° de agosto de 1990 y concluyó el 30 de noviembre de 2002.

Agrega que en el mismo sentido señalado anteriormente, los tribunales superiores de justicia, se habrían pronunciado en las causas laborales que sólo singulariza, caratuladas “Alanis Claviere, Patricia

Mireya con Ministerio del Interior”, rol Corte Suprema N° 220-2001, sentencia de 5 de abril de 2001; “Contreras con Comando de Ingenieros del Ejército”, rol Corte de Apelaciones N°8.399-2005, sentencia de 28 de septiembre de 2006; “Horta Rondín, Verónica con Ministerio del Interior”, rol Corte de Apelaciones N° 6.094-2007, sentencia de 9 de octubre de 2008; “Gallardo Gallardo Jorge y otra con I. Municipalidad de La Florida”, rol Corte Suprema N° 6.542-2006, sentencia de 16 de octubre de 2007; y “Cuadra Rajceovich con S. de Salud VI Región”, Rol Corte Suprema N° 3.399-2006, sentencia de 18 de julio de 2007.

Finaliza pidiendo se acoja el presente recurso y se dicte sentencia de reemplazo en unificación de jurisprudencia, rechazando el recurso de nulidad promovido por el actor y desechando la demanda deducida en todas sus partes, con costas.

Segundo: Que, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 483-A del Código del Trabajo, el recurso debe contener fundamentos y una relación precisa y circunstanciada de las distintas interpretaciones respecto de la materia de derecho de que se trate sostenidas en diversos fallos emanados de tribunales superiores de justicia y que haya sido objeto de la sentencia contra la que se recurre y, por último, se debe acompañar la copia del o de los fallos que se invocan como fundamento.

Tercero: Que, habiéndose dado cumplimiento a los requisitos precedentemente indicados, corresponde examinar el fondo debatido; en este caso la materia de derecho que fue sometida a la decisión de esta Corte mediante el recurso deducido por la parte demandada, a saber, la correcta aplicación e interpretación del artículo 11 de la Ley N° 18.834.

Cuarto: Que al respecto cabe señalar que la sentencia que falla el recurso de nulidad y se pronuncia sobre el aspecto que se analiza, lo acoge al estimar que existe el vicio legal que invoca el recurrente ya que no considera que la convención celebrada por las partes es constitutiva de un contrato de trabajo, en circunstancias que ello se identifica con su naturaleza jurídica; asimismo, sostiene que esta calificación errónea lleva a contrariar los artículos 7 y 8 del Código del Trabajo, porque deja de aplicarlos a un caso para el cual han sido previstos. La referida

sentencia determina además que de acuerdo con el artículo 11 del Estatuto Administrativo, a las personas contratadas a honorarios “no les serán aplicables las disposiciones de este Estatuto”, debiendo regirse “por las reglas que establezca el respectivo contrato”. Afirma que la relación examinada se rige por el respectivo contrato y ese contrato no está marginado de la aplicación del Código del Trabajo. Agrega que la contratación del actor lo fue “conforme a las normas generales”, de lo que se sigue que éstas pueden corresponder a las del derecho común o a la legislación laboral, prevaleciendo uno u otro según fuere la naturaleza, forma y condiciones del servicio prestado. En la especie, del mérito de autos aparece que el actor ejecutó sus labores por más de 7 años ininterrumpidos, es decir, en condiciones de continuidad y permanencia; que debía prestar esos servicios en 44 horas semanales, lo que significa que estaba sujeto al cumplimiento de un horario y jornada de trabajo; que durante la prestación de sus servicios obtuvo beneficios como vacaciones y licencias médicas; y, que para los fines de cumplir con sus obligaciones, debió actuar conforme a las instrucciones que le impartiera la autoridad que contrató sus servicios. De esta manera, teniendo presente la forma en que llevó a cabo sus labores, concluye que ésta se condice con los lineamientos o parámetros que caracterizan el vínculo de subordinación o dependencia que es el sello distintivo de los contratos de trabajo.

Por otra parte, el fallo en que el recurrente sustenta su arbitrio sostiene que constituye un error de derecho considerar que en la situación de la demandante ha existido una relación laboral propia del contrato de trabajo que define el artículo 7° del Código del Trabajo. Por el contrario, tal situación corresponde a un contrato remunerado con honorarios, que contempla el artículo 10 de la Ley N° 18.834 (actual artículo 11 del Decreto con Fuerza de Ley N° 29, de 2005), cuyo inciso final dispone las condiciones que pueden pactarse en este tipo de contratos, tales como la obligación de cumplir un horario, cumplimiento de instrucciones y retribución con un honorario mensual, al definir el sistema jurídico propio de las personas contratadas a honorarios y que es asimilable más al arrendamiento de servicios profesionales regido por el derecho común, que al contrato de trabajo propio del Código Laboral.

Quinto: Que de lo expuesto precedentemente queda en evidencia que existen distintas interpretaciones sobre una misma materia de derecho, motivo por el cual, el presente recurso de unificación de jurisprudencia deberá acogerse.

Por estas consideraciones y en conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 483 y siguientes del Código del Trabajo, **se acoge el recurso de unificación de jurisprudencia** interpuesto por la parte demandada a fojas 110 de estos antecedentes, en relación con la sentencia de ocho de abril del año pasado, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, la que se reemplaza por la que se dicta a continuación, sin nueva vista y separadamente.

Redacción a cargo del Abogado Integrante señor Arturo Prado Puga.

Regístrese.

Nº 5.839-2011.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señora Rosa Egnem S., los Ministros Suplentes señores Juan Escobar Z., Alfredo Pfeiffer R., y los Abogados Integrantes señores Ricardo Peralta V., y Arturo Prado P. No firma el Ministro Suplente señor Pfeiffer y el Abogado Integrante señor Peralta, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por haber terminado su periodo de suplencia el primero y por estar ausente el segundo. Santiago, veinticinco de abril de dos mil doce.

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

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

Santiago, veinticinco de abril de dos mil doce.

Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 483 C, inciso segundo, del Código del Trabajo, se dicta la sentencia de reemplazo que sigue en unificación de jurisprudencia.

Vistos:

Se reproducen la parte expositiva y los fundamentos primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo de la sentencia de nulidad de ocho de abril del año dos mil once, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, los que no se modifican con la decisión que se emite a continuación.

Y teniendo, además, presente:

Primero: Que, en la especie se ha acreditado que el actor prestó servicios para el Ministerio Secretaría General de Gobierno, como asesor en materias jurídico-laborales, desde el 1 de enero de 2003 hasta el día 29 de mayo de 2010, en virtud de continuas y sucesivas resoluciones que aprobaron la contratación a honorarios del demandante; que las labores encomendadas al actor en la ejecución de estos contratos correspondieron a las de asesor en materias jurídico-laborales, en la Unidad Jurídica de la Subsecretaría General de Gobierno; que en el último tiempo, el actor cumplía una jornada ordinaria de trabajo de 44 horas semanales; que se establecieron a favor del actor, beneficios tales como: feriado anual, viáticos, pasajes y demás gastos de traslados, capacitación, permiso con goce de remuneraciones, protección de la relación parental y licencias médicas; que el actor por la prestación de sus servicios percibió un monto bruto total de honorarios por los servicios contratados, ascendente a la suma de \$18.232.995; y que el pago de estos honorarios se verificaba en 12 cuotas mensuales y sucesivas, contra entrega de la correspondiente boleta de honorarios por la prestación de los servicios.

Segundo: Que para una apropiada solución de la controversia, es necesario dilucidar si la vinculación del actor con el demandado, puede asimilarse a las relaciones que regula el Código del Trabajo o, si por el contrario, esta conclusión carece de asidero en las disposiciones que

gobiernan la materia. Este tema ha sido resuelto con anterioridad por esta Corte, en los términos que se anotan a continuación.

Tercero: Que, como premisa inicial de este análisis, ha de asentarse que conforme lo dispone el artículo 10 de la Ley N° 18.834 (actual artículo 11 del texto fijado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 29, de 2005), las entidades reguladas por dicho Estatuto Administrativo, pueden contratar personal sobre la base de honorarios, en las condiciones que señala el mismo precepto, el cual declara en su inciso final: “las personas contratadas a honorarios se regirán por las reglas que establezca el respectivo contrato y no les serán aplicables las disposiciones de este Estatuto”.

Cuarto: Que, en consecuencia, para dilucidar la litis basta con establecer si el personal de los Servicios dependientes del Ministerio Secretaría General de Gobierno, se encuentra o no regulado por el Estatuto Administrativo, a cuyo efecto es necesario tener presente la disposición del artículo 1° de esa normativa, el que establece: “Las relaciones entre el Estado y el personal de los Ministerios, Intendencias, Gobernaciones y de los servicios públicos centralizados y descentralizados creados para el cumplimiento de la función administrativa, se regularán por las normas del presente Estatuto Administrativo, con las excepciones que establece el inciso segundo del artículo 18 de la ley N° 18.575.” actual artículo 21 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1/19.653 que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Quinto: Que, en tal virtud, no es dable admitir que las personas que ejecutan sus labores en los Ministerios o en las Intendencias, en este caso el Ministerio Secretaría General de Gobierno, puedan regirse por el Código del Trabajo, en razón de lo establecido, a su vez, en el inciso tercero del artículo 1° de ese cuerpo legal, que previene que sus normas se aplicarán supletoriamente a los funcionarios de la administración centralizada y descentralizada del Estado, del Congreso Nacional y del Poder Judicial, en los aspectos o materias no regulados en los respectivos estatutos a que ellos están sujetos, siempre que no fueren contrarios a tal normativa.

Sexto: Que, en la especie, no se trata de hacer efectivas, de modo subsidiario, ciertas reglas del Código Laboral a los funcionarios de un servicio público, en defecto de las disposiciones estatutarias a que ellos estén sometidos, sino de encuadrar la situación del actor a toda la normativa que contiene dicho Código, en circunstancias que sus servicios se ejecutaron merced a una modalidad prevista y autorizada por la ley que rige a ese organismo, según se desprende de los documentos agregados a estos autos.

Séptimo: Que aun cuando los servicios prestados por el actor se hayan desarrollado con las obligaciones de cumplir un horario, sometido al cumplimiento de instrucciones y se hayan retribuido con un honorario mensual, ninguna de estas circunstancias hacía aplicable a su situación el artículo 7° del Código del Trabajo ni otras normas de este texto legal, por cuanto esas condiciones pueden pactarse en un contrato remunerado con honorarios, a cuyas reglas se remite explícitamente el referido inciso final del artículo 10 de la Ley N° 18.834 (actual artículo 11 del Decreto con Fuerza de Ley N° 29, de 2005), al definir el sistema jurídico propio de las personas contratadas a honorarios y que es asimilable más al arrendamiento de servicios profesionales regido por el derecho común, antes que al contrato de trabajo propio del Código Laboral.

Octavo: Que lo expuesto en los considerandos que anteceden conduce a concluir que la sentencia impugnada por el recurso de nulidad, ha calificado correctamente los hechos asentados y no ha incurrido en error de derecho al considerar que en la situación del demandante, no ha existido una relación laboral propia del contrato de trabajo que define el artículo 7° del Código del ramo, sino que por el contrario, el vínculo contractual se rige por las reglas que establezca el respectivo contrato de honorarios en conformidad a lo dispuesto en el actual artículo 11 del Estatuto Administrativo.

Noveno: Que, en consecuencia, se unifica la jurisprudencia en el sentido anotado en los motivos anteriores en relación con los profesionales contratados sobre la base de honorarios por el Ministerio demandado en conformidad a lo establecido en el artículo 11 de la Ley N° 18.834, el que debe armonizarse con lo dispuesto en los artículos 1° del mismo texto

legal y 1° del Código del Trabajo y excluir la aplicación de los artículos 7° y 8° del Código del Trabajo a los servicios contratados.

Décimo: Que por consiguiente, se desestiman también las causales de los artículos 478 letra c) y 477 del Código del Trabajo, por lo que corresponde rechazar la nulidad sustantiva impetrada por el demandante.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 474, 477, 478, 479, 481 y 482 del Código del Trabajo, **se rechaza, sin costas, el recurso de nulidad** deducido por el demandante, contra la sentencia de dieciocho de octubre del año dos mil nueve, dictada por la Juez Titular del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de esta ciudad, en estos autos RIT N°O-2079-2010, la que, en consecuencia, no es nula.

Redacción a cargo del Abogado Integrante señor Arturo Prado Puga.

Regístrese y devuélvanse.

N° 5.839-2011.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señora Rosa Egnem S., los Ministros Suplentes señores Juan Escobar Z., Alfredo Pfeiffer R., y los Abogados Integrantes señores Ricardo Peralta V., y Arturo Prado P. No firma el Ministro Suplente señor Pfeiffer y el Abogado Integrante señor Peralta, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por haber terminado su periodo de suplencia el primero y por estar ausente el segundo. Santiago, veinticinco de abril de dos mil doce.

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

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

DERECHO PENAL

Corte Suprema Contra Ricardo Meza y otros

11 de enero de 2012

RECURSO PLANTEADO: *Recurso de queja.*

DOCTRINA: *La sentencia rechaza el recurso de queja interpuesto en contra de los ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago que revocaron la resolución que había condenado en costas al CDE por estimar que éste se encontraba en el imperativo legal de adherir o acusar particularmente frente a la acusación fiscal, acorde al artículo 3° literal 5° de su Ley Orgánica. La sentencia, sin entrar al fondo del tema relativo a las costas, rechaza el recurso de queja por ser improcedente al tratarse el asunto objeto del recurso de un problema de interpretación de ley y no de una falta a deberes funcionarios o un abuso de facultades que pudieran enmendarse por la vía del recurso de queja.*

Santiago, once de enero de dos mil doce.

Vistos:

De fojas 9 a 17 recurre de queja la abogada Helena Gallegos Cordones, en representación del sentenciado absuelto Ricardo Meza Fuenzalida, contra los Ministros de la quinta sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, Mauricio Silva Cancino, Elsa Barrientos Guerrero y del abogado integrante Enrique Pérez Levezow, por la decisión de veinte de octubre recién pasado, que en copia rola a fojas 76 y 77 del cuaderno

traído a la vista, donde resolvieron la apelación deducida por el Consejo de Defensa del Estado contra la sentencia definitiva emitida por el Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, el treinta de agosto último, que en copia corre de fojas 3 a 8 vuelta del actual ingreso, atinente a los antecedentes Ruc N° 1001109352-9 e Interno del Tribunal N° 161-2011, por los cargos librados en su contra, por su responsabilidad de autor de los delitos descritos en los artículos 2°, 3° y 4° de la Ley N° 19.223, de siete de junio de mil novecientos noventa y tres, que tipifica figuras penales relativas a la informática.

Aduce la recurrente que en la indicada causa, iniciada por formalización de dieciocho de octubre de dos mil ocho, fecha en la que se decretó prisión preventiva, que culminó con la realización de un juicio oral en contra de su mandante, quien obtuvo un veredicto absolutorio, fueron condenados en costas el Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado, merced a los fundamentos que se detallan en su reflexión séptima. De ello sólo se alzó este último, confiriéndose traslado a la asistencia letrada, que se opuso a la concesión, por estimarla que era improcedente, pese a lo cual se otorgó de todas formas y se elevaron los autos a la Corte de Apelaciones de Santiago, que declaró su admisibilidad y conocimiento para el diecisiete de octubre del año retropróximo pasado, oportunidad en que no sólo alegó la defensa fiscal, sino que también el persecutor penal, en circunstancias que no interpuso recurso alguno, no obstante lo cual se revocó el edicto apelado en la sección que los condenó en costas, eximiéndolos de dicha carga.

Asevera la compareciente que lo resuelto constituye falta o abuso grave en la aplicación del derecho, toda vez que se conoció de un recurso de apelación sin haberse efectuado el examen de admisibilidad, lo que les hubiera permitido a los jueces constatar a todas luces su improcedencia, por vulnerar los artículos 364 y 370 del Código Procesal Penal, que declaran inapelables los fallos provenientes de un tribunal oral, sin que cobre vigor la regla de reenvío del artículo 52 del mismo texto, puesto que sólo es susceptible de aplicación supletoria el Código de Procedimiento Civil, en tanto no se oponga a la normativa procedimental criminal, cuyo es el caso, máxime si se trata del pronunciamiento de las costas del litigio

que integra segmento insoluble de la sentencia definitiva penal, la que es inapelable.

La siguiente falta o abuso grave incide en el ejercicio de la potestad legal de eximir del pago de las costas, al no explicitar los fundamentos concretos de dicha providencia, que conculca el artículo 48 del Código Procesal Penal, que perentoriamente establece dicha condena para el caso de una absolución, careciendo la Corte de competencia para adoptar un criterio distinto, menos aún cuando en el basamento cuarto del laudo ad quem escuetamente acude al motivo plausible para litigar.

Como postrera falta o abuso grave censura la extensión de los efectos de la exención a un interviniente que no recurrió, asilado en una supuesta e inexistente adhesión que se debió regir por los artículos 189, 217 y siguientes del Código de Instrucción Civil.

En virtud de tales desaciertos solicita se acoja el arbitrio, invalidándose el dictamen reprobado por las disquisiciones de hecho y derecho desplegadas.

A fojas 25 y 26 los recurridos exponen que revocaron la condena en costas decretada por el tribunal oral en lo penal respectivo, en contra del Consejo de Defensa del Estado y del Ministerio Público, y en su lugar los eximieron de enterarlas, sin que se promoviera ante ellos ninguna incidencia relativa a una supuesta improcedencia del recurso de apelación formulado, por lo que toca a la defensa fiscal. Agregan que, contrario a lo que reclama la quejosa, explicaron las razones que los llevaron a resolver de esa manera, respecto del servicio querellante, por tratarse de un imperativo legal adherir o acusar particularmente como lo determina su propia ley orgánica; y en lo que incumbe al persecutor penal, por contar con la incriminación directa de otro imputado castigado por los mismos hechos en otro ingreso.

Finalmente, afirman que las costas no integran la sentencia definitiva, por tratarse de una cuestión accesoria, destacan la importancia que la asesora jurídica del quejoso no compareciera a la vista para hacer valer sus derechos, y en lo que concierne a la adhesión, se atuvieron al discurso

de la representante de la Fiscalía, quien dijo apoyar y adherir a la petición del Consejo de Defensa del Estado, e impetró expresamente ser absuelta igualmente de las costas.

A fojas 28 se mandó traer los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que la resolución materia de la queja, que en copia obra a fojas 76 y 77 del ingreso de Corte N° 2049-2011, rol del tribunal de alzada de Santiago, decide el recurso de apelación instaurado por el Consejo de Defensa del Estado y la adhesión del Ministerio Público en contra de la condena en costas contenida en el veredicto absolutorio del Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de la misma ciudad, sólo en lo que dice relación con las costas, revocando en ese rubro la sentencia recurrida, eximiendo a dichos intervinientes de esa carga.

Segundo: Que es efectivo que no medió en dicha vista de la causa ninguna incidencia relativa a la procedencia de la apelación intentada, de forma tal que los jueces al avocarse al fondo del asunto, no pudieron incurrir en las deficiencias procesales que recién ahora –a propósito de esta queja– se les reprochan; cabe resaltar que procesalmente lo que correspondía era utilizar el medio de impugnación consagrado en el artículo 369 del Código Procesal Penal, esto es, el de hecho, contemplado justamente para debatir aspectos vinculados –entre otros–, a la improcedencia del mecanismo ejercido por el Consejo de Defensa del Estado, situación que pugna con las exigencias del actual recurso exclusivamente disciplinario.

Tercero: Que, por lo demás, del examen del edicto del tribunal superior, es dable advertir que la decisión de eximir del pago de costas, se produjo en atención a que el Consejo de Defensa del Estado se encontraba en el imperativo legal de adherir o acusar particularmente frente a la acusación del fiscal, acorde al artículo 3º, literal quinto, de su Ley Orgánica; y en lo que toca al Ministerio Público, por contar para acreditar la participación del quejoso con el atestado de Marcelo Palavecino, quien fuera condenado por los mismos hechos en otro pleito donde se le imputó

participación al recurrente de queja, sin que el testimonio prestado en sentido diverso en el juicio oral, inhiba al Ministerio Público a perseguir con fundamento plausible su responsabilidad penal.

Cuarto: Que es de toda evidencia que el análisis del laudo objetado queda constreñido a la materia de la controversia y debate, como lo reconoció la defensa de esos dos intervinientes en estrados, sin que la apoderada del sentenciado absuelto rebatiera tales asertos.

Quinto: Que como corolario de lo anterior surge de relieve que los recurridos extendieron su fallo con cabal apego a las peticiones concretas sometidas a su conocimiento en la apelación del Consejo de Defensa del Estado, y a lo instalado en la adhesión del Ministerio Público, respetando en todo momento el principio del contradictorio, sin que la inasistencia a dicha vista de la ahora impugnante pueda servirle de justificación suficiente para transformar esta vía extraordinaria en una nueva oportunidad para revertir el fondo de lo decidido, confiriéndole un carácter exclusivamente jurisdiccional del cual carece el presente arbitrio.

Sexto: Que, a mayor abundamiento, se trata de un tema de interpretación que debe resolverse caso a caso; conviene recordar que esta Corte ha sostenido reiteradamente que el recurso de queja no ha sido instituido para corregir errores de esa índole y provocar, por este solo concepto, una nueva revisión del asunto para llegar a un pronunciamiento de tercera instancia. Así se ha dicho que "...procede declarar sin lugar el recurso de queja entablado contra los ministros de la Corte, si cualesquiera que hayan podido ser sus errores o equivocaciones con motivo de dictarse la sentencia en que se funda, no representan ni una falta a sus deberes funcionarios ni un abuso de facultades y, a lo más, un criterio errado sobre el negocio que les corresponde resolver..." (SCS, de 21 de septiembre de 1951, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LVII, 2ª parte, sección 3ª, página 123). En fallos posteriores se ratificó esa doctrina, al señalarse que atendidas la naturaleza y finalidad del recurso extraordinario propuesto, lo que procede para acogerlo o desecharlo es, primordialmente, "...averiguar y establecer si los jueces recurridos, al ejercer la función judicial y en cuya virtud dictaron la

resolución que motiva la queja, incurrieron o no en falta o abuso que deba ser enmendado por la vía disciplinaria. En consecuencia, aunque pueda ser discutida y aun equivocada la tesis jurídica sustentada por el juez recurrido, esa sola consideración no basta para que la Corte Suprema haga uso de sus facultades disciplinarias y para dar admisión al recurso de queja...” (SCS, de veinticinco de marzo de mil novecientos sesenta, Fallos del Mes Número 16, página 5, y SCS, de veintinueve de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXI, sección 3ª, página 66).

Séptimo: Que esta misma sala ha coincidido con las elucubraciones recién expuestas, argumenta que “...del mérito de los antecedentes, del expediente traído a la vista y lo informado, aparece que los jueces recurridos han procedido en uso del derecho privativo que les confiere la ley en la interpretación de las normas jurídicas en relación a las situaciones de hecho que deben conocer, caso en el cual no se desprende que los sentenciadores hayan incurrido en las faltas o abusos graves que se les reprocha...” (SCS, 09.11.2005, N° 4086-05 y SCS, 18/01/2010, N° 4173-2009, en que se desestiman los recursos de queja).

Octavo: Que es útil tener especialmente en cuenta que la falta o abuso que torna procedente el recurso de queja es sólo aquella que inviste el carácter de “grave”, o sea, de mucha entidad o importancia y, en la medida que la falta cometida reúna tal característica, debería aplicarse a los jueces involucrados una sanción disciplinaria. Una mera discrepancia entre un litigante y el tribunal encargado de conocer y fallar la disputa, en orden al sentido y alcance de determinados preceptos jurídicos, no es, en modo alguno, idónea para configurar la gravedad exigida al comportamiento jurisdiccional develado, ni para desencadenar una sanción tan drástica.

No está demás dejar en claro que en el debate producido en el Senado, sobre el proyecto de ley modificatorio del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales (Ley N° 19.364), “...se expresó que se quería evitar que se acogiera un recurso, como había sucedido en el pasado, por una simple discrepancia en la interpretación de la ley...” (Guillermo Piedrabuena Richard, “Exposición en el Instituto de Derecho Procesal

sobre el recurso de queja y la queja, después de las modificaciones de la Ley N° 19.374”, Fallos del Mes, año XXXVI, mayo 1995, Documento N° 6, página 19).

Noveno: Que tampoco es dable imponer mediante este arbitrio una uniformidad jurisprudencial y lo que ella involucra frente a valorespreciados para nuestro régimen legal, como son la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, labor esencialmente compleja si se repara en que las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de aquellas causas en que actualmente se pronunciaren. También los racionios de los recurridos representan una garantía de la independencia de los jueces, principio fundamental para el desempeño de la función jurisdiccional, al no quedar sometido un tribunal inferior a otra imposición vinculante que no sea el peso y la fuerza de los razonamientos contenidos en la jurisprudencia orientadora de un tribunal superior (Acuerdo de Pleno de esta Corte Suprema, de diecinueve de julio de dos mil dos, relativo a los antecedentes N° 1450-2002).

Décimo: Que por ello aceptar la invitación a resolver la materia a través del recurso de queja, establecido para reprimir por la vía disciplinaria las faltas o abusos graves de los jueces, importaría de facto entrar igualmente al escenario de un medio de impugnación de casación, proscrito legalmente para esta clase de contiendas, de suerte que los magistrados recurridos, al interpretar –en ejercicio de sus prerrogativas privativas– de manera armónica, sistematizada y lógica las disposiciones rectoras de la controversia, no incurrieron en una falta o abuso grave enmendable por esta vía extraordinaria, lo cual, en el sentir de esta Corte, aleja toda posibilidad de hacer uso de las atribuciones disciplinarias para corregirlas y conduce necesariamente a denegar el arbitrio.

Por estas consideraciones y lo prevenido en los artículos 82 de la Constitución Política de la República, 3°, 536, 540, 545 y 549 del Código Orgánico de Tribunales y Auto Acordado de esta Corte Suprema, de primero de diciembre de mil novecientos setenta y dos y sus modificaciones, que gobierna este arbitrio, **SE RECHAZA** el recurso de queja formalizado en lo principal de fojas 9 a 17, por la abogada Helena Beatriz Gallegos Cordones, en representación del procesado absuelto

Ricardo Meza Fuenzalida, contra la sentencia de veinte de octubre de dos mil once, que se lee a fojas 76 y 77 del cuaderno del ingreso N° 2049-2011, dictada por la quinta sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, correspondiente a los autos Ruc N° 1001109352-9, Rit 161-2011 del Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago.

Regístrese, archívese y devuélvase el legajo tenido a la vista.

Redacción del Ministro señor Rodríguez.

Rol N° 10.243-11.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., y el abogado integrante Domingo Hernández E.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

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

DERECHO PROCESAL

Corte Suprema Klein con Fisco

20 de enero de 2012

RECURSO PLANTEADO: *Recursos de casación en la forma y en el fondo.*

DOCTRINA: *La sentencia señala que las acciones para reclamar la responsabilidad extracontractual prescriben en cuatro años desde la perpetración del acto. En la especie el plazo debe contarse desde la fecha de perpetración del ilícito, el que no se interrumpe por lo obrado por el actor ante la Justicia Militar. La sola circunstancia de no encontrarse autorizada la persona ofendida para ejercer la acción civil indemnizatoria en los procesos penales seguidos ante dicha judicatura, no constituía un obstáculo para formular dicha acción ante la justicia ordinaria.*

Santiago, veinte de enero de dos mil doce.

Vistos:

En estos autos rol N° 8391-2009, sobre juicio ordinario de indemnización de perjuicios, la parte demandante ha interpuesto recursos de casación en la forma y en el fondo en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que confirmó el fallo de primer grado que rechazó la demanda por haber acogido la excepción de prescripción opuesta por el demandado Fisco de Chile.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

I.- En cuanto al recurso de casación en la forma.

Primero: Que el recurso invoca la causal contemplada en el artículo 768 N° 4 del Código de Procedimiento Civil, esto es en haber sido dada ultra petita, toda vez que se resolvió sobre una excepción de prescripción que no fue legalmente opuesta, lo que aconteció porque ésta se planteó en el escrito de dúplica, excediendo de esta manera la finalidad de tal trámite con arreglo a lo dispuesto en el artículo 312 del texto legal citado. Por otra parte, afirma que no se dio traslado a la oposición de la excepción aludida impidiéndole hacer valer y acreditar causales de rechazo de la prescripción.

Segundo: Que para resolver es necesario tener presente que constan los siguientes antecedentes procesales:

- 1.- En el escrito de dúplica del Fisco de Chile (fojas 86) consta en el acápite IV que éste opuso la excepción de prescripción de la acción deducida, por cuanto el hecho base de la pretensión indemnizatoria ocurrió el día 27 de septiembre de 1992, mientras que la demanda fue notificada el día 30 de marzo del año 2006. Respecto a dicho escrito recayó la resolución de 16 de agosto de 2006 que se lee a fojas 90, que tuvo por evacuada la dúplica.
- 2.- El día 21 de agosto del 2006 la apoderada de la demandante interpuso reposición en contra de esta última resolución, toda vez que de acuerdo al texto del artículo 312 del Código de Procedimiento Civil no es procedente que la excepción referida se oponga en el escrito de dúplica. En el otrosí de la presentación hace presente una serie de consideraciones en virtud de las cuales concluyó que la excepción de prescripción es improcedente, en lo esencial, porque la obligación de indemnizar los perjuicios causados surgió sólo al momento de encontrarse ejecutoriada la sentencia condenatoria y porque tratándose del procedimiento

penal militar no se contempla la interposición de acciones civiles, debiendo esperarse la conclusión del juicio a fin de quedar en condiciones de presentar tales acciones.

- 3.- Con fecha 23 de agosto del mismo año se rechazó la mencionada reposición por cuanto la resolución de fojas 90 no ha hecho más que pronunciarse sobre el petitorio de fojas 86 y que la determinación de la controversia se hará en su oportunidad procesal. Además se tuvo presente lo señalado en el otrosí de la presentación de la demandante.

Tercero: Que según pasa a explicarse la causal invocada carece de sustento. En primer lugar, el demandado se encontraba facultado para oponer la excepción perentoria en cuestión en cualquier estado de la causa en virtud de lo expresamente señalado por el inciso primero del artículo 310 del Código de Procedimiento Civil. En segundo término, el Código mencionado no exige tramitación incidental si el planteamiento de la excepción se formula antes de recibirse la causa a prueba. Y, por último, la circunstancia de que el actor haya realizado alegaciones que se tuvieron presentes para desestimar la excepción de prescripción, según se ha visto –y que fueron analizadas pormenorizadamente por el fallo de primera instancia–, importa que el acto procesal emanado de la propia parte a quien afectaría el vicio reclamado produjo la convalidación del eventual acto anulable.

En tales circunstancias corresponde concluir que no concurre el defecto de ultra petita, puesto que el tribunal resolvió una excepción que fue planteada por una de las partes y que por lo tanto formaba parte de un asunto sometido a su decisión.

Cuarto: Que en virtud de lo razonado, el recurso de casación en la forma será desestimado.

II.- En cuanto al recurso de casación en el fondo.

Quinto: Que en primer término el recurso de nulidad sustancial denuncia la infracción del artículo 318 del Código de Procedimiento

Civil, puesto que no se otorgó traslado de la excepción de prescripción opuesta por la demandada y porque se incluyeron dentro de los puntos de prueba los presupuestos de hecho de la mencionada excepción, entre ellos, si habían operado causales de suspensión de la prescripción.

Sexto: Que a continuación el recurso invoca la vulneración de los artículos 38 de la Constitución Política y 2332 del Código Civil. Asevera que en la especie se estableció el delito de violencias innecesarias con resultado de la muerte del hijo y hermano de los actores, cometido por un agente del Estado, naciendo de esta manera la responsabilidad estatal por un hecho de sus agentes, el que ha derivado de un acto ilegal e inconstitucional que también importa falta de servicio difusa o personal. Asegura que la obligación de indemnizar por parte de la Administración surgió recién al momento de encontrarse ejecutoriada la sentencia condenatoria que establece la responsabilidad penal del agente del Estado, citando al efecto una sentencia de la Corte Suprema en autos rol 4.558-2003.

Por otra parte, asevera que la responsabilidad extracontractual del Estado emanada del artículo 38 de la Carta Fundamental es absolutamente independiente de la responsabilidad extracontractual ordinaria reglamentada en el artículo 2332 del Código Civil.

Séptimo: Que al explicar la forma como los errores de derecho denunciados influyeron en lo dispositivo de la sentencia, el recurso señala que de haberse aplicado correctamente los preceptos citados la decisión habría sido la contraria a la que se asentó, esto es, se habría acogido la demanda, desestimando la excepción de prescripción.

Octavo: Que cabe señalar respecto del primer error de derecho denunciado que éste se basa en la misma infracción que el recurso de casación en la forma, esto es, en la improcedencia de que el tribunal del grado haya resuelto la excepción de prescripción y que no hayan sido objeto de prueba los supuestos fácticos que determinarían su rechazo, respecto a lo cual sólo cabe desestimar el capítulo de nulidad puesto que no corresponde invocar como causal de casación en el fondo aquélla que

dados sus fundamentos precisamente sirve para interponer un recurso de forma.

Noveno: Que para iniciar el análisis del acápite siguiente, es útil consignar que el fallo de primera instancia –confirmado sin modificaciones– estableció que el día 27 de septiembre del año 1992 en la ciudad de Cartagena, frente a la entrada del local nocturno denominado “Gato Negro”, a las 03:30, el Cabo Segundo de Carabineros Carlos Serrano Cortés produjo dos disparos con su arma de servicio dando muerte a Juan Sepúlveda Klein, lo que según sentencia firme pronunciada por el Segundo Juzgado Militar de Santiago configuró el ilícito penal de violencias innecesarias con resultado de muerte sancionado en el artículo 330 N° 1 del Código de Justicia Militar.

Décimo: Que el citado fallo señaló que en atención a la peculiar naturaleza de la acción reparatoria del caso, de la particularidad del procedimiento aplicable –juicio de hacienda– y de la especialidad de la persecución penal que se tradujo en la condena por el delito que se invoca como hecho dañoso en sede de justicia militar, no correspondía aplicar las normas legales que había indicado, esto es los artículos 2314 del Código Civil, 10, 13, 14 y 15 del Código de Procedimiento Penal y 59 y 60 del Código Procesal Penal. Luego el magistrado estableció que la controversia debía ser mirada a la luz de los principios de derecho común que la inspiran, a saber, la plena autonomía entre las acciones civiles y criminales y la continuación del cómputo del plazo de prescripción de la acción civil con prescindencia del ejercicio de la acción penal, salvo alguna hipótesis de interrupción legal.

Colige además el tribunal sentenciador, en refuerzo de lo antes argumentado, en los artículos 167, 178, 179 y 180 del Código de Procedimiento Civil, el legislador no estableció obstáculo para accionar civilmente por la ocurrencia de un hecho ilícito desde el acontecimiento del mismo, ello sin necesidad de aguardar las resultas del procedimiento penal y en todo caso, salvaguardando los derechos del litigante diligente que se previene del transcurso del lapso de prescripción mediante su interrupción en la forma señalada por la ley.

Concluye que en aplicación del artículo 2332 del Código Civil y a falta de norma de derecho público, rige el plazo de cuatro años contado desde la perpetración del acto, el que en la especie coincide con la época de producción del daño, por lo que el término de prescripción se encuentra cumplido.

Undécimo: Que, conforme a lo señalado, el recurso de casación en el fondo dice relación con dos cuestiones jurídicas: la aplicación al caso de las reglas de la prescripción contenidas en el Código Civil y si operó en la especie la interrupción del plazo de prescripción durante la tramitación del proceso penal llevado ante la Justicia Militar y hasta que se dictó sentencia ejecutoriada.

Duodécimo: Que cabe considerar que por tratarse en la especie de una demanda de indemnización de perjuicios que persigue hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado, es inconcuso señalar que corresponde calificarla como una acción de contenido patrimonial, de manera que no cabe sino aplicar en materia de prescripción las normas del Código Civil.

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

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

Décimo quinto: Que, consecuentemente, en la especie resulta aplicable la regla contenida en el artículo 2332 del mismo Código, conforme a la cual las acciones establecidas para reclamar la responsabilidad extracontractual prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto, disposición que ha sido correctamente aplicada por los jueces del fondo. En efecto, en la especie, el plazo de prescripción ha de contarse desde la fecha de perpetración del ilícito atribuido, en este caso el día 27 de septiembre de 1992, por lo que a la fecha de notificación de la demanda, el 30 de marzo de 2006, había transcurrido en exceso el plazo previsto en el artículo 2332 del Código Civil.

Décimo sexto: Que cabe ahora determinar si es efectivo que actuó la interrupción del plazo de la prescripción extintiva. Para ello, cabe apuntar que los hechos que sirvieron de fundamento a la acción indemnizatoria fueron objeto de una investigación penal seguida por el Segundo Juzgado Militar de Santiago, Primera Fiscalía Militar de Valparaíso, expediente rol N° 678-92, en el cual consta que con fecha 19 de noviembre de 1992 doña María Eliana Klein Klein, don Edison Leonel Sepúlveda Klein –los dos demandantes de autos– y otros, presentaron una querrela criminal por el delito de violencias innecesarias ocasionando muerte de Juan Sepúlveda Klein en contra de Carlos Serrano Cortés, funcionario de Carabineros de Chile. El mismo día se resolvió desestimar la presentación de la querrela por improcedente, pero se les tuvo como parte perjudicada de conformidad a lo dispuesto en el artículo 133 del Código de Justicia Militar. Consta que el 9 de junio de 2003 el juez militar de primera instancia condenó a Carlos Manuel Serrano Cortés a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo como autor del delito de violencias innecesarias causando la muerte de Juan Sepúlveda Klein. El 5 de mayo del año 2005 la Corte Marcial confirmó la sentencia apelada con declaración de que se reduce la pena corporal a cinco años de presidio menor en su grado máximo, ordenándose finalmente el cúmplase del fallo el día 11 del mismo mes.

Décimo séptimo: Que en los términos expuestos y en lo referido a la interrupción de la prescripción, que se basa en lo obrado por el actor como parte perjudicada ante la Justicia Militar, es preciso destacar que,

según lo ha señalado anteriormente esta Corte (roles 1067-2005, 4551-2005 y 7147-2008), la sola circunstancia de no encontrarse franqueada para la persona ofendida la posibilidad de ejercer la acción civil indemnizatoria en los procesos penales seguidos ante dicha judicatura especial, como se desprende de lo dispuesto en los artículos 178 y 179 del Código de Justicia Militar, ello no constituía obstáculo para formular dicha acción ante la justicia ordinaria. En efecto, el hecho de que no exista norma expresa que diga explícitamente que se pueden demandar en sede civil los perjuicios provenientes de un ilícito penal de carácter militar, no es óbice para deducir tal acción, toda vez que lo excepcional y en consecuencia lo que requiere de norma expresa es la posibilidad de interponer una acción civil en sede penal, situación enteramente opuesta a la descrita anteriormente.

Décimo octavo: Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2518 inciso 3°, relacionado con el artículo 2503 inciso 2° N° 1, ambos preceptos del Código Civil, la prescripción extintiva se interrumpe civilmente mediante demanda judicial; de suerte que el señalado efecto interruptivo de la prescripción no pudo producirse por el solo hecho de haber comparecido los actores en calidad de “parte perjudicada” en el proceso incoado ante la Justicia Militar.

Décimo noveno: Que, del modo como se ha venido razonando, cabe desechar el recurso de nulidad en estudio, por cuanto en la decisión adoptada se ha dado correcta aplicación al derecho que regula la presente litis.

En conformidad además a lo dispuesto en los artículos 764, 765, 766, 767 y 808 del Código de Procedimiento Civil, **se rechazan** los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos en lo principal y primer otrosí de fojas 215, respectivamente, contra la sentencia de diecisiete de agosto de dos mil nueve, escrita a fojas 214.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Brito, quien estuvo por acoger el recurso mencionado en virtud de las siguientes consideraciones:

Primero: Que el disidente concluye que existió error de derecho por cuanto el plazo de prescripción se vio afectado por la interrupción del mismo, lo cual importa esencialmente infracción a lo dispuesto en el artículo 2332 del Código Civil.

Segundo: Que, en efecto, la expresión “demanda judicial” que emplea el artículo 2518 del Código Civil no se refiere forzosamente a la demanda civil, en términos procesales estrictos, sino a cualquier gestión que demuestre que el acreedor pone en juego la facultad jurisdiccional para obtener o proteger su derecho. Tanto es así que el artículo 2503 del mismo texto legal, que se relaciona también con la materia de la interrupción de la prescripción, habla simplemente de “recurso judicial”.

Tercero: Que en doctrina también se sostiene que el término “demanda judicial” no debe ser tomado en un estricto sentido procesal, sino en uno más amplio, bastando que el acreedor recurra a los tribunales en demanda de protección, ya sea para cobrar directamente su crédito, ya sea para efectuar las gestiones previas necesarias para hacerlo. La interrupción civil supone que el acreedor intervenga saliendo de su inactividad; basta que el legislador haya exigido que esta actividad del acreedor se produzca ante los tribunales y que ella implique la intención de éste de cobrar su crédito, aunque ello se produce tanto si el acreedor está en condiciones de hacerlo inmediata y directamente como cuando con tal finalidad realiza cualquier gestión judicial que manifieste su intención de cobrar su crédito. (Abeliuk, René. “Las Obligaciones”. Tomo II, Editorial Jurídica, 1993, pág. 1017)

Cuarto: Que, en consecuencia, las presentaciones efectuadas por el demandante contienen al menos en esencia lo que en el futuro constituyó la demanda civil, que en la especie no pudo ser otra que la interpuesta ante el tribunal del ramo respectivo, por cuanto el procedimiento penal militar no consulta, por regla general, oportunidad procesal que habilite deducirla en esa causa. Es así como consta de los autos rol N° 678-1992 del Segundo Juzgado Militar de Santiago que los demandantes accionaron ante la Justicia Militar mediante una querrela deducida el 19 de noviembre de 1992, solicitando admitirla a tramitación, someter a

proceso al responsable, condenarlo a las penas señaladas en la ley y a la indemnización de perjuicios correspondiente.

Quinto: Que procede recordar que el Código de Justicia Militar limita la intervención de las víctimas en el procedimiento, puesto que el artículo 5° señala que “Corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento: N° 4 De las acciones civiles que nazcan de los delitos enumerados en los números 1° a 3° para obtener la restitución de la cosa o su valor”, o sea, los tribunales castrenses sólo conocen de la acción restitutoria, regulada en los artículos 178 y 179 del citado cuerpo legal; acorde con ese criterio, el artículo 133 agrega que “...no se admitirá querellante particular en estos juicios... Las personas perjudicadas con el delito... podrán, no obstante, impetrar las medidas de protección que sean procedentes, especialmente las relativas a asegurar el resultado de las acciones civiles que nazcan del delito, pero sin entorpecer de manera alguna las diligencias del sumario...”.

Sexto: Que de lo expuesto precedentemente queda en evidencia que si bien el plazo de prescripción de la acción civil por responsabilidad extracontractual se cuenta de ordinario desde la perpetración del acto, no es menos cierto que en la situación sub lite dicho término de prescripción se interrumpió civilmente con las presentaciones hechas ante la justicia militar. Lo expresado se traduce en que la parte demandante manifestó oportunamente su decisión de no abandonar ni resignar su derecho a la indemnización y siendo así, desaparece la base conceptual en que se funda la prescripción, la que no sólo es el transcurso del tiempo, sino el silencio del obligado o la inactividad de la víctima de la situación jurídica anormal.

Séptimo: Que, por último, cabe precisar que ejecutoriada la sentencia que condenó al autor de la perpetración del ilícito penal a que se ha hecho referencia, se inicia de nuevo el plazo de prescripción que se había perdido en razón de la interrupción.

Octavo: Que, por todo lo expuesto, el yerro jurídico constatado –errada aplicación del artículo 2332 del Código Civil– influyó

sustancialmente en lo dispositivo del fallo porque debió rechazarse la excepción de prescripción planteada por la demandada.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Lagos y la disidencia a cargo de su autor.

Rol N° 8391-2009.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sr. Haroldo Brito C., Sra. María Eugenia Sandoval G. y el Abogado Integrante Sr. Jorge Lagos G. Santiago, 20 de enero de 2012.

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

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

DERECHO TRIBUTARIO

Corte Suprema Comercial Quilmanco Ltda. con SII

5 de junio de 2012

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

DOCTRINA: *La jurisprudencia reiterada de esta Corte ha sostenido que la malicia que se requiere no es de tipo penal, sino que de orden tributario y que dice relación con el plazo para liquidar impuestos adeudados como ha ocurrido en autos. La expresión “maliciosamente falsa” no implica ni requiere una declaración judicial previa, sino que ella ha de buscarse en los propios antecedentes que presente el proceso respectivo, tal como ha ocurrido en el caso de autos en que se detectó que el contribuyente sujeto a fiscalización utilizó crédito fiscal amparado en facturas falsas y en la especie se trata de liquidaciones de impuestos, esto es, se trata de un asunto tributario civil, de tal manera que la expresión “maliciosamente falsa” que en el precepto se contiene también tiene ese carácter y no el de malicia tributario-penal. La malicia de orden tributario-civil puede establecerse tanto en la etapa administrativa del procedimiento tributario, cuanto en la jurisdiccional. En este caso se estableció por los sentenciadores la presentación de declaraciones maliciosamente falsas que hizo el contribuyente, de manera que resulta aplicable el plazo de prescripción de 6 años.*

Que respecto a la vulneración del artículo 21 del Código Tributario que se denuncia, es pertinente establecer que dicha norma dispone que corresponde al contribuyente probar con los documentos, libros

de contabilidad u otros medios que la ley establezca, en cuanto sean necesarios u obligatorios para él, la verdad de sus declaraciones.

Santiago, cinco de junio de dos mil doce.

Vistos:

En estos autos rol N° 9071-2009, sobre procedimiento por infracción a disposiciones tributarias, el Fisco de Chile ha interpuesto recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de segunda instancia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago que revoca la de primer grado y acoge el reclamo presentado por el contribuyente, declarando que las liquidaciones N° 1391 a 1409 se encuentran caducadas.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que como primera infracción se denuncia la vulneración del artículo 200 del Código Tributario en relación con los artículos 19 y 23 del Código Civil. Señala que se infringe doblemente el artículo 200 del Código Tributario, al hacerse una falsa aplicación de su inciso primero y no aplicarse su inciso segundo; esto ocurre al estimar los jueces del fondo que es insuficiente la calificación de maliciosamente falsa efectuada por el Servicio y suponer que ésta lo es sólo por la determinación de existir proveedores irregulares, sin atender a los hechos establecidos en la fase administrativa y exigir que la malicia sea declarada en sede penal o infraccional, lo que además de constituir una vulneración de las normas sobre carga de la prueba, es una infracción al artículo 200 ya citado, al dejar de aplicar la prescripción de seis años que procede en este caso por cumplirse los requisitos que la norma señala al tratarse de impuestos de retención y demostrarse por las indagaciones practicadas por el Servicio, la presentación de facturas falsas y/o no fidedignas para imputar crédito fiscal al débito fiscal, presentando por una parte, copias de facturas que no guardan relación con sus originales, lo que importa una adulteración material de las mismas, y por otra parte facturas no timbradas cuyos proveedores no han sido ubicados y no tributan, lo que implica que el

respectivo Impuesto al Valor Agregado no ha sido enterado en arcas fiscales por el supuesto emisor. Todo lo anterior se estableció en la etapa administrativa previa a la citación del contribuyente donde aquel tuvo la posibilidad de acreditar la veracidad de las operaciones, lo que no hizo y tampoco alegó en su reclamo, bastando para hacer aplicable la norma la declaración de “maliciosamente falsa” que realiza el Servicio en uso de sus atribuciones, siendo carga del contribuyente acreditar la efectividad de las operaciones.

Agrega que con dicha interpretación en la sentencia que se revisa se está imponiendo un requisito no contemplado en la ley para que opere el plazo de prescripción extraordinario, lo que infringe las normas de interpretación de los artículos 19 y 23 del Código Civil por desatenderse su tenor literal al imponer restricciones o condiciones que no emanan de su genuino sentido, ni aparecen de la historia fidedigna de su establecimiento.

Segundo: Que como segunda infracción de ley, el recurrente sostiene la vulneración del artículo 97 del Código Tributario, al razonar los sentenciadores que es necesario para acreditar la malicia, un pronunciamiento previo en ese sentido de acuerdo a la referida norma, no obstante que el precepto sólo describe un listado de conductas infraccionales, pero nada dice sobre la prescripción de la acción para liquidar, revisar o girar un impuesto. Señala que las normas no se encuentran relacionadas por cuanto el Servicio no está obligado a ejercer la acción penal para que tenga aplicación el inciso 2° del artículo 200 del citado cuerpo legal.

Tercero: Que finalmente se esgrime la infracción al artículo 21 del Código Tributario, por desatenderse el tenor de la norma que establece que la carga de la prueba es del contribuyente, permitiendo la utilización de un crédito fiscal sin cumplir con la prueba de los requisitos que impone el artículo 23 N°5 del D.L. N° 825 para tener derecho al referido crédito, por cuanto no se acreditó la efectividad material de las operaciones de compra de bienes sustentadas con facturas declaradas falsas o irregulares, el pago de acuerdo a los incisos 2 y 3 del N°5 del artículo 23 del DL 825 o el entero del IVA por parte del emisor de las facturas.

Existe un error jurídico del sentenciador de alzada al suponer un escenario fáctico que no es real, cual es, que al Servicio le habría bastado para considerar las declaraciones presentadas por el contribuyente como maliciosamente falsas, una supuesta calificación de irregular de los proveedores, estimando que “un cliente” de un proveedor calificado de irregular no desarrolla también las conductas maliciosas de éste, en circunstancias que en el presente caso está acreditado por el SII que las conductas de utilización maliciosa de las facturas falsas ideológicamente las desplegó la propia contribuyente, y por ende las referencias a las irregularidades de proveedores detalladas en el motivo 16° de la sentencia de primer grado no pueden sino entenderse en ese sentido, toda vez que nunca la contribuyente acreditó la efectividad material de las operaciones de que aquellas facturas daban cuenta, ni el pago de ellas en la forma regulada en la ley sobre IVA. Por lo anterior, al invertir la carga de la prueba se infringe el artículo 21 del Código Tributario; error de derecho que la recurrente estima subsanable sólo con la declaración de nulidad.

Cuarto: Que al explicar cómo los errores denunciados han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, esgrime que de haberse aplicado correctamente las normas que el recurso cita, se habría concluido que tratándose de facturas maliciosamente falsas el plazo de prescripción es de seis años, con lo que se habría confirmado la sentencia dictada por el Director Regional del Servicio de Impuestos Internos de la Región Metropolitana, Santiago-Centro.

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

- a) Que las facturas emitidas por los proveedores Pedro Vergara Vergara, Miguel Toledo Pizarro, Claudio Miranda González y María Cristina Zúñiga y Cía. Ltda. fueron consideradas irregulares por el Servicio de Impuestos Internos (motivo décimo sexto del fallo de primer grado);

- b) Que por medio de las liquidaciones N°1391 a 1409 de 14 de noviembre de 2001 se determinó la existencia de diferencias por parte de Comercial Quilmanco Ltda. respecto a los impuestos de Primera Categoría y Reintegro de los años 1997 y 1998 e Impuesto al Valor Agregado de los periodos tributarios julio, septiembre a diciembre de 1996 y enero a octubre de 1997 (considerando primero de la referida sentencia).

Sexto: Que sobre la base de los elementos fácticos antes reseñados, los sentenciadores concluyen que resulta insuficiente para concluir que el cliente de un proveedor calificado como irregular también desarrolle conductas maliciosas, más si no se recibió la causa a prueba, lo que impide al contribuyente acreditar los presupuestos de hecho que sirven de fundamento a la prescripción alegada, esto es, que la declaración presentada no fue maliciosamente falsa, requisito indispensable para aplicar el plazo de 6 años de prescripción establecido en el inciso 2° del artículo 200 del Código Tributario, de manera que en la especie se debe aplicar el inciso primero del citado artículo y habiendo transcurrido más de tres años entre la fecha de vencimiento del pago de los tributos cuestionados y la notificación de las liquidaciones, declaran la prescripción de las facultades fiscalizadoras del Servicio de Impuestos Internos.

Séptimo: Que en lo referente al primer yerro denunciado, cabe precisar que el artículo 200 del Código Tributario trata del plazo de prescripción de las facultades del Servicio de Impuestos Internos para fiscalizar a los contribuyentes.

De acuerdo con este precepto existen dos plazos para computar la prescripción: uno que constituye la regla general prevista en su inciso 1° y que es de tres años contados desde que se hizo exigible el impuesto, esto es, desde que expira el plazo señalado para su declaración y pago; y otro, de carácter excepcional, a que alude el inciso 2°, que se extiende por seis años contados también desde que se hizo exigible el impuesto, siempre que éste sea de aquellos tributos sujetos a declaración y ella no se hubiere presentado o si la presentada fuere maliciosamente falsa.

Octavo: Que la entidad fiscalizadora arribó a la conclusión que las declaraciones del reclamante se hallaban en la última de las situaciones señaladas, esto es, que se habían formulado con la intención manifiesta de ocultar la verdad con el objeto de reducir su carga tributaria, luego de haberse comprobado en la revisión contable llevada a cabo que las facturas tenían el carácter de no fidedignas, cuestión que consta en el considerando décimo séptimo del fallo de primera instancia no eliminado por el del grado, donde se establece que la funcionaria en su informe de fojas 185 señaló que la falsedad de las facturas es un hecho suficientemente acreditado.

Noveno: Que al haber atribuido el Servicio de Impuestos Internos la condición de maliciosamente falsas a las declaraciones del contribuyente, por haber constatado con ocasión de examinar sus registros contables, que en éstos se había incorporado documentación notoriamente irregular, calificada de falsa por el fallo de primera instancia, correspondía al reclamante desvirtuar semejante imputación acreditando que las operaciones de que daban cuenta los documentos en cuestión efectivamente se habían realizado. Sin embargo, no alegó tal circunstancia en su reclamo, como tampoco invocó que las facturas no adolecían de la falsedad que se les atribuía y subsecuente con lo anterior, no pidió se recibiera la causa a prueba, limitándose a efectuar defensas en cuanto a la validez de las actuaciones de la entidad fiscalizadora pero sin invocar y probar la veracidad y efectividad de las operaciones cuestionadas por el Servicio, lo que conduce a tener por configurada la intención positiva de evadir el impuesto o disminuir su monto, toda vez que ello se realizó en más de un periodo tributario y en dos ejercicios comerciales por lo que no se trató de operaciones aisladas, las que incluso originaron el Acta de Denuncia N°2-10 de 29 de marzo de 2001. Todo lo anterior llevó a presumir al sentenciador de primera instancia que en este caso existió malicia civil y no un simple descuido del contribuyente.

Décimo: Que la jurisprudencia reiterada de esta Corte ha sostenido que la malicia que se requiere no es de tipo penal, sino que de orden tributario y que dice relación con el plazo para liquidar impuestos adeudados, como ha ocurrido en autos. La expresión “maliciosamente falsa” no implica ni requiere una declaración judicial previa, sino que

ella ha de buscarse en los propios antecedentes que presente el proceso respectivo, tal como ha ocurrido en el caso de autos en que se detectó que el contribuyente sujeto a fiscalización utilizó crédito fiscal amparado en facturas falsas y en la especie se trata de liquidaciones de impuestos, esto es, se trata de un asunto tributario civil, de tal manera que la expresión “maliciosamente falsa” que en el precepto se contiene también tiene ese carácter y no el de malicia tributario-penal. La malicia de orden tributario-civil puede establecerse tanto en la etapa administrativa del procedimiento tributario, cuanto en la jurisdiccional. En este caso se estableció por los sentenciadores la presentación de declaraciones maliciosamente falsas que hizo el contribuyente, de manera que resulta aplicable el plazo de prescripción de 6 años.

Undécimo: Que respecto a la vulneración del artículo 21 del Código Tributario que se denuncia, es pertinente establecer que dicha norma dispone que corresponde al contribuyente probar con los documentos, libros de contabilidad u otros medios que la ley establezca, en cuanto sean necesarios u obligatorios para él, la verdad de sus declaraciones.

Duodécimo: Que de lo relacionado queda de manifiesto que la sentencia liberó al contribuyente del peso de la prueba, al considerar que la calificación del Servicio no estaba justificada, contrariando así la norma del artículo 21 tantas veces citado, puesto que la imputación del afán de reducir el monto de la obligación tributaria sostenida en sede administrativa debió ser desvirtuada en el proceso jurisdiccional, porque el precepto citado así lo regula al señalar que al contribuyente corresponde probar la veracidad de sus declaraciones con los documentos, libros u otros medios que la ley establezca, cosa que no realizó, pues como antes se consignó no discutió la irregularidad de las facturas y tampoco probó la veracidad de las operaciones. Tal interpretación del alcance de dicha norma es incorrecta e importa una vulneración a la misma que autoriza a anular el fallo, pues ella en lo substancial conduce a desestimar la reclamación que en estas circunstancias carece de sustento.

Décimo tercero: Que por lo expuesto y concluido, existiendo infracción de las normas precisadas precedentemente, el recurso de

casación en el fondo debe ser acogido por este capítulo, tornándose innecesario pronunciarse sobre los otros yerros denunciados.

De conformidad, asimismo, con lo que disponen los artículos 764, 765, 767, 785 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se declara que **se acoge** el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal de la presentación de fojas 248 contra la sentencia de dos de septiembre del año dos mil nueve, escrita a fojas 244, la que por consiguiente es nula y se la reemplaza por la que se dicta a continuación.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Muñoz, quien fue de parecer de rechazar el recurso por las siguientes consideraciones:

1°.- Que la prescripción como modo de extinguir las obligaciones ha sido definida legalmente por el artículo 2492 del Código Civil en los siguientes términos: “La prescripción es un modo de extinguir las acciones y derechos ajenos, por no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales”, agregando que “una acción o derecho se dice prescribir cuando se extingue por la prescripción”.

2°.- Que la vinculación del Servicio, al parecer expresado por su Director en Instrucciones o Circulares generales, se encuentra recogida por los legisladores en los artículos 6, 26 y 124 del Código Tributario, en cuanto disponen:

– Artículo 6 inciso final. “Los Directores Regionales, en el ejercicio de sus funciones, deberán ajustarse a las normas e instrucciones impartidas por el Director”.

– Artículo 26. “No procederá el cobro con efecto retroactivo cuando el contribuyente se haya ajustado de buena fe a una determinada interpretación de las leyes tributarias sustentada por la Dirección o por las Direcciones Regionales en circulares, dictámenes, informes u otros documentos oficiales destinados a impartir instrucciones a los funcionarios del Servicio o a ser

conocidos de los contribuyentes en general o de uno o más de éstos en particular”.

“El Servicio mantendrá a disposición de los interesados, en su sitio de Internet, las circulares o resoluciones destinadas a ser conocidas por los contribuyentes en general y los oficios de la Dirección que den respuesta a las consultas sobre la aplicación e interpretación de las normas tributarias. Esta publicación comprenderá, a lo menos, las circulares, resoluciones y oficios emitidos en los últimos tres años. En caso que las circulares, dictámenes y demás documentos mencionados en el inciso 1º sean modificados, se presume de derecho que el contribuyente ha conocido tales modificaciones desde que hayan sido publicadas de acuerdo con el artículo 15.”

– Artículo 126 inciso 4º. “En ningún caso serán reclamables las circulares o instrucciones impartidas por el Director o por las Direcciones Regionales al personal, ni las respuestas dadas por los mismos o por otros funcionarios del Servicio a las consultas generales o particulares que se les formulen sobre aplicación o interpretación de las leyes tributarias”.

3º.- Que el Director del Servicio de Impuestos Internos, mediante Circular N° 73, de 11 de octubre de 2001, impartió instrucciones relativas a la aplicación de las normas de prescripción en el ejercicio de las acciones y facultades del Servicio. Específicamente en el punto 3.- sobre Plazo de Prescripción de la Facultad del Servicio de Impuestos Internos para Revisar y Girar Impuestos Insolutos sostiene: “De acuerdo con el artículo 6º del Código Tributario, corresponde al Servicio de Impuestos Internos, en especial, la fiscalización y aplicación administrativa de las disposiciones tributarias. Pero, su función propia de revisar el comportamiento tributario del contribuyente, determinar o liquidar los impuestos y girar u ordenar su entero en arcas fiscales, está sujeta en su ejercicio a la limitación de que se haga oportunamente, dentro de los plazos que señala el Código en el artículo 200. Vencidos dichos plazos, se extingue la facultad del Servicio para revisar, liquidar y girar impuestos insolutos, principio que queda absolutamente ratificado en el artículo 59 del Código Tributario, según el cual, dentro de los plazos de prescripción,

el Servicio podrá examinar y revisar las declaraciones presentadas por el contribuyente.” Agrega a continuación: “Esta interpretación resulta lógica, si se atiende a que el destino de los eventuales efectos de la revisión, esto es, de la liquidación y/o giro de impuestos, cumplido que sea el plazo de prescripción, queda sujeto a la mera voluntad del contribuyente, al cual le bastará reclamar de una u otro, aun cuando no invoque la excepción de prescripción en su favor, para que ésta deba ser declarada por el juez, anulándose los actos administrativos realizados en forma extemporánea.”

Agrega en el apartado 3.6 a 3.8: “3.6.- Plazo especial de prescripción respecto de impuestos no declarados o cuya declaración es maliciosamente falsa. De conformidad con el Código del ramo, el plazo de prescripción “será de seis años para la revisión de impuestos sujetos a declaración cuando ésta no se hubiera presentado o la presentada fuere maliciosamente falsa. Para estos efectos, constituyen impuestos sujetos a declaración aquellos que deban ser pagados previa declaración del contribuyente o del responsable del impuesto”. (Artículo 200º, inciso segundo).

“Según se observa, en materia de impuestos sujetos a declaración existe, en ciertos casos, un plazo especial de prescripción del derecho del Servicio a liquidar, reliquidar o girar estos impuestos. Este plazo es de seis años, en lugar del plazo general de tres años.”

“Para que el Servicio disponga de este plazo especial para accionar, es necesario que, tratándose de un impuesto sujeto a declaración, ésta no se hubiere presentado o la presentada fuere maliciosamente falsa.”

“Determinar si se ha presentado o no la declaración y si ésta es o no maliciosamente falsa, es una cuestión de hecho que deberá resolver el funcionario que dicte sentencia de primera instancia, siempre que el contribuyente hubiere reclamado de la liquidación o giro del Impuesto.”

“En todo caso, los fiscalizadores deberán fundar adecuadamente las liquidaciones o giros que efectúen dentro de este plazo especial, acompañando los antecedentes de los cuales se desprende o con los cuales

se acredita la existencia de malicia o el hecho de no haberse efectuado la declaración.”

“3.7.- Concepto de “impuestos sujetos a declaración”. Aclara el Código Tributario que, para estos efectos, constituyen impuestos sujetos a declaración aquéllos que deben ser pagados previa declaración del contribuyente o del responsable del impuesto. Dentro de esta nomenclatura de impuestos sujetos a declaración, pueden mencionarse todos los impuestos a la Renta, a las Ventas y Servicios, etc. En cambio, entre los impuestos no sujetos a declaración, se pueden señalar: los impuestos de timbres y estampillas, en algunos casos, y el impuesto territorial.”

“En este punto, debe tenerse presente que una declaración, para que pueda considerarse como tal, debe contener los datos propios de la obligación que se pretende cumplir al presentar el formulario que la contiene; de este modo, no constituye “declaración de impuestos” la presentación del formulario conteniendo sólo los datos de individualización del contribuyente. Sin embargo, sí debe considerarse como tal si el formulario, además de los antecedentes personales del declarante consigna la expresión “SIN MOVIMIENTO” u otra análoga.”

“3.8.- Concepto de “maliciosamente falsa”. La idea que una declaración de impuestos sea falsa alude a que uno o más de los antecedentes contenidos en ella es simulado, fingido o no ajustado a la verdad de los hechos a que el mismo se refiere.”

“Sin embargo, para los fines del artículo 200° del Código Tributario no basta que en la declaración de que se trate existan datos no verdaderos, sino que además, se requiere que esta falsedad sea maliciosa, es decir, que sea producto de un acto consciente del declarante, quien supo o no pudo menos que haber sabido que lo declarado no se ajusta a la verdad.”

“Lo malicioso de la falsedad de la declaración debe ser acreditado por el Servicio, toda vez que atendidos los conceptos empleados por el legislador, en principio, debe presumirse que los antecedentes contenidos en una declaración que no se ajusten a la verdad se han debido a un error

involuntario del contribuyente, a su descuido o aun, a su negligencia, mas no a su mala fe.”

“Respecto al concepto de malicia aplicable en la especie, debe tenerse presente que no es necesario que ella haya sido declarada o establecida en un proceso por delito tributario. (Corte Suprema, 17.12.1996, fallo de Recurso de Casación en el Fondo, extractado en Boletín del Servicio N° 521 - Abril 1997 - pág. 139).”

“En relación con esta materia, se han generado dudas en las instancias operativas respecto de aquellos casos en que habiéndose establecido que las declaraciones de impuesto a la renta de primera categoría presentadas por una sociedad son maliciosamente falsas, debe adoptarse un criterio respecto de las declaraciones de los socios relativas al impuesto global complementario. Al respecto, esta Dirección estima que el hecho de determinarse que la declaración presentada por la sociedad es “maliciosamente falsa” por sí solo, no permite calificar de igual manera a las declaraciones presentadas por los socios. En efecto, para los fines de la ampliación de los plazos de prescripción establecidos en el artículo 200° del Código respecto de éstos, deberá probarse más allá de toda duda razonable, el conocimiento que éstos tenían de que lo declarado personalmente por ellos era falso. A tal fin, podría hacerse valer como antecedente para demostrar dicho conocimiento la circunstancia que los socios hayan actuado personalmente en la preparación de la declaración de la sociedad o que, atendido el cargo que desempeñan en la misma no hayan podido sustraerse del conocimiento de la falsedad incurrida en la declaración. En todo caso esta es una cuestión de hecho, que debe aparecer revestida de pruebas suficientes que lo demuestren en forma indubitable.”

4°.- Que tal interpretación del Servicio de Impuestos Internos, en ciertos aspectos, concuerda con el parecer de este disidente en el sentido que “para los fines del artículo 200 del Código Tributario no basta que en la declaración de que se trate existan datos no verdaderos, sino que además, se requiere que esta falsedad sea maliciosa”, “consciente del declarante”, carácter que le corresponde al Servicio acreditar, puesto que ha de presumirse un error involuntario por parte del contribuyente, que ampara su descuido, negligencia, impericia, imprudencia, pero no su

voluntad consciente de defraudar al Fisco, circunstancia que, como se ha dicho, corresponde al Servicio probar con antecedentes concretos y no presuntos, puesto que debe desvirtuar la presunción de buena fe del contribuyente.

5°.- Que en cuanto a la representación que efectúa el Consejo de Defensa del Estado en la presente causa debe dejarse constancia que según el artículo 3° del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Hacienda, del año 1993, entre las funciones del Consejo de Defensa del Estado se encuentra la defensa del Fisco en todos los juicios, a lo cual el artículo 8° agrega que “tendrá la atención y defensa de las reclamaciones tributarias sólo ante los tribunales superiores de justicia”. Esta defensa técnica no puede ignorar al Servicio e intereses que representa, por lo que le es plenamente aplicable las disposiciones de los artículos 6 inciso final, 26 y 126 inciso 4° del Código Tributario que se ha transcrito con anterioridad, la cual guarda plena armonía con lo estipulado en el artículo 6°, inciso segundo, letra A, N° 1, en cuanto establece que corresponde al Director de Impuestos Internos “interpretar administrativamente las disposiciones tributarias, fijar normas, impartir instrucciones y dictar órdenes para la aplicación y fiscalización de los impuestos”.

6°.- Que el artículo 200 del Código Tributario, en lo pertinente dispone: “El Servicio podrá liquidar un impuesto, revisar cualquiera deficiencia en su liquidación y girar los impuestos a que hubiere lugar, dentro del término de tres años contado desde la expiración del plazo legal en que debió efectuarse el pago.”

“El plazo señalado en el inciso anterior será de seis años para la revisión de impuestos sujetos a declaración, cuando ésta no se hubiere presentado o la presentada fuere maliciosamente falsa. Para estos efectos, constituyen impuestos sujetos a declaración aquellos que deban ser pagados previa declaración del contribuyente o del responsable del impuesto.”

Por su parte el artículo 201 del cuerpo legal en referencia, en lo atinente, establece: “En los mismos plazos señalados en el artículo 200, y computados en la misma forma, prescribirá la acción del Fisco para perseguir el pago de los impuestos, intereses, sanciones y demás recargos.”

7°.- Que en relación a la determinación de la expresión “maliciosamente falsa” que emplea la norma legal transcrita en uno de los casos que permite ampliar la prescripción de tres a seis años, corresponde precisar si es una cuestión de hecho, según sostiene el Servicio de Impuestos Internos, o de derecho como lo impetra su representante el Consejo de Defensa del Estado.

En esta materia el disidente ha sostenido de manera reiterada, que sin duda la competencia de la Corte Suprema al conocer del recurso de casación en el fondo se refiere al establecimiento de la infracción de ley que constituye uno de los errores de derecho denunciados por el recurso, que al tener influencia substancial en lo dispositivo de la sentencia, permite sea acogido, puesto que es el legislador, quien por este medio cuida se respete su voluntad, pero más que eso, la soberanía que importa la dictación de las leyes, agregando un objetivo unificador de la jurisprudencia, que pretende dar certeza y seguridad jurídica a las personas al interior del Estado, todo lo cual no puede ser desatendido.

En este sentido, es también indudable que cuando la propia ley ha definido los conceptos de que se vale, como ocurre, por ejemplo, con los de culpa, caso fortuito o caución (artículos 44, 45 y 46 del Código Civil, respectivamente), la correspondencia entre el hecho dado por establecido en el proceso y la calificación que debe efectuarse del mismo, resolviendo la coincidencia con el módulo a que alude el legislador, es una decisión que está referida al derecho, revisable por el tribunal de casación.

Del mismo modo, la labor de calificación de un suceso acreditado en el juicio es también jurídica y queda dentro del dominio de la Corte Suprema, cuando el legislador echa mano de los denominados “conceptos jurídicos indeterminados” o como los denomina cierta doctrina alemana “conceptos legales indeterminados”, esto es, de eventos no definidos expresamente por la ley, pero que ésta incorpora en la descripción de la hipótesis de aplicación de la norma. La subsunción del hecho material que se ha tenido por probado en ese concepto que configura la hipótesis, esto es, su calificación, es siempre un problema de derecho y no de hecho, pues implica, precisamente, una calificación. “No cabría legislar sin utilizar ese tipo de conceptos y cuando las partes en un proceso

discrepan sobre su aplicación al caso parece claro que corresponde al juez determinar si el supuesto de hecho discutido se acomoda o no a este tipo de conceptos a los que la Ley ha conectado alguna consecuencia jurídica” (Eduardo García de Enterría, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Rhomson – Civitas, 2005, página 147). Al efectuar el análisis por los jueces de la Corte de Casación lo que están examinando es si el hecho reúne las exigencias previstas por la ley, controla que concurra el evento que legitima el actuar y como ese concepto lo entrega la ley, es siempre una cuestión jurídica.

Desarrollando lo anterior se ha dicho que “en los términos tradicionales, que distingue en los conceptos indeterminados un núcleo de certeza, de absoluta certeza, un halo de imprecisión o de posible incertidumbre, y un lugar –más o menos alejado del centro, pero inexorable– de certidumbre categóricamente negativa” (Eduardo García de Enterría, obra citada, página 253), de manera que la labor de control de los tribunales se refiere a los planos de plena certeza.

Prosiguiendo con la mirada del asunto y desde una perspectiva general, para evitar confusiones respecto del tema y sólo para pretender avanzar en la exposición, es posible señalar que la doctrina agrega: “Bien es cierto que en todos los terrenos jurídicos se emplean conceptos indeterminados en gran cantidad; pero ello ocurre en razón, a mi juicio, sólo en tres grupos de casos: los conceptos de contenido cambiante, los conceptos formados pre-judicialmente y los principios regulativos”, entendiendo por los primeros “a aquellos cuya regulación remite el legislador a la convicción popular, que está en continua transformación, convirtiéndola en directriz de su intervención”, “el legislador pretende aquí adaptarse al fluir de la concepción general, sería inútil un concepto estático, de contenido fijo; el concepto indeterminado constituye la única posibilidad de dar cuenta de la dinámica de las valoraciones sociales”. “Un concepto está formado prejurídicamente cuando toma su contenido de ámbitos extrajurídicos del ser y de la vida, asumiéndolo el legislador en su regulación. Cuando a tal efecto hay que emplear conceptos indeterminados, ello ocurre en dos ámbitos: en las concepciones sociales consolidadas relativas a ‘normas culturales’ (conceptos de contenido cambiante) y en el terreno de la ética (valores de contenido no cambiante,

inmutables)”, los cuales brinda a la jurisprudencia de baremos “que son verificables objetivamente, previenen el arbitrio falto de norte y además resultan imprescindibles en la fundamentación ético-social del Derecho”. “Los conceptos regulativos, a diferencia de los otros dos referentes, se caracterizan “por no ofrecer baremos ni jurídicos ni extrajurídicos”, pues “está claro que con tales conceptos regulativos no se pueden formar conceptos jurídicos. Su ámbito de aplicación es, por eso, mucho más reducido; se limita a posibilitar una resolución justa del caso concreto sólo en los espacios marginales no codificados de conceptos que por lo demás poseen nítidos contornos” (Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho*, en *Derecho Penal*, Séptima edición, año 2000, 15, III, páginas 135, 136 y 137).

Se llega así a dar solución a la inquietud de resolver el conflicto teniendo en cuenta la justicia del caso y seguridad jurídica o, al tema conceptual: la flexibilización del sistema ante descripciones taxativas y rígidas. “La probabilidad de ejercer efecto en lo individual sobre la decisión concreta del caso particular es mayor cuanto más abstracto sea el concepto legal”. “Al utilizar el legislador tales ‘conceptos necesarios de complementación’ transmite al encargado de aplicar la ley la indicación o la autorización de tener en cuenta aquellos elementos peculiares del caso concreto que se sustraen al enjuiciamiento previo generalizador del legislador” (Heinrich Henkel, citado por Claus Roxin, *Autoría y Dominio del Hecho*, en *Derecho Penal*, Séptima edición, año 2000, 15, III, página 135). En este punto se torna relativa la respuesta que estamos en presencia de un aspecto de Derecho (Ver sobre el tema Sentencia de la Segunda Sala de la Corte Suprema de fecha 19 de julio de 2005, Rol 2005-05 y Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal*, Parte General, Editorial Hammurabi, Segunda Edición ampliada, 1999, páginas 226 a 230).

El Derecho evoluciona y las determinaciones de los tribunales deben ajustarse a ello, sin embargo, creo firmemente que el recurso de casación siempre debe limitarse a causales específicas y que ellas permitan, sólo por excepción, la revisión de los hechos.

8°.- Que prosiguiendo con el análisis del recurso éste pretende radicar en el contribuyente el peso de la prueba en orden a acreditar su

desconocimiento del carácter irregular de cuatro proveedores, conforme a lo dispuesto en el artículo 21 del Código Tributario. Para lo anterior solamente sostiene que dicho contribuyente fue el que realizó la declaración respectiva que contiene documentos de tales proveedores. Sin embargo, tal antecedente no concuerda con las expresiones del Director del Servicio de Impuestos Internos, quien ha sostenido que es el Servicio quien debe probar la malicia, el conocimiento, establecer la consciencia de la ilicitud, que se pretendió afectar los intereses fiscales con la declaración, puesto que el hecho base es indiscutido, pero hace falta un antecedente adicional para ampliar el plazo de prescripción; antecedente fáctico que en el caso de autos no concurre.

9°.- Que al no contrariar los jueces de la instancia lo previsto en los artículos 21, 97 y 200 del Código Tributario, el recurso de casación en el fondo ha debido rechazarse.

Regístrese.

Redacción a cargo de la Ministro Sra. Sandoval y del voto disidente su autor.

Rol N°9071-2009.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. María Eugenia Sandoval G. y el Abogado Integrante Sr. Jorge Medina C. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Abogado Integrante señor Medina por estar ausente. Santiago, 05 de junio de 2012.

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

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

Santiago, cinco de junio de dos mil doce.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada.

Y teniendo además presente:

1º Que el artículo 53 inciso tercero, primera parte, del Código Tributario prescribe que: “El contribuyente estará afecto, además, a un interés penal del uno y medio por ciento mensual por cada mes o fracción de mes, en caso de mora en el pago del todo o de la parte que adeudare de cualquier clase de impuestos y contribuciones”.

El inciso quinto señala: “No procederá el reajuste ni se devengarán los intereses penales a que se refieren los incisos precedentes cuando el atraso en el pago se haya debido a causa imputable a los Servicios de Impuestos Internos o Tesorería, lo cual deberá ser declarado por el respectivo Director Regional o Tesorero Provincial, en su caso”.

2º Que de lo anterior deriva que la alegación de la prescripción de las obligaciones de autos formulada por el contribuyente en su recurso de apelación inequívocamente comprende la inexigibilidad de los intereses que previene el artículo 53 del Código Tributario.

En efecto, la obligación de pagar intereses o, mejor dicho, la existencia de la obligación de pagar intereses es consecuencia de la falta de pago del tributo, motivo por el cual cuando se reclama la inexigibilidad de éste, ciertamente también se insta por no pagar la sanción pecuniaria.

3º Que si bien el pago de los intereses moratorios encuentra justificación en el atraso en el cumplimiento de la obligación tributaria, el mismo precepto prevé que dicho atraso pueda obedecer a una causa no imputable al contribuyente.

4° Que a la luz de dicha disposición cabe dilucidar si se ajusta a la legalidad que, por el lapso de tiempo procesalmente ineficaz que culminó con la declaración judicial de nulidad por haber sido tramitado el proceso por un tribunal no establecido por la ley, se genere la obligación de pagar intereses moratorios.

5° Que no cabe duda, de acuerdo al claro tenor literal del precepto citado, que constituye una exigencia legal para que se produzcan intereses moratorios respecto de impuestos adeudados que el tiempo transcurra por causa atribuible al contribuyente; y, como ha quedado expuesto, la extensión del proceso inválido se debió a una circunstancia no imputable a éste, sino que al propio Estado al originar y proseguir con una organización de tribunales no establecidos por la ley para el conocimiento y juzgamiento de asuntos tributarios.

De lo dicho es posible concluir que en el caso propuesto la generación de intereses durante el transcurso de tiempo descrito carece de base legal, por cuanto no se ha producido por la simple mora en el pago del impuesto. En otras palabras, los intereses han quedado despojados de su causa y circunscritos a la situación puramente objetiva del retraso que le sirve de fundamento.

Por consiguiente, durante el tiempo que transcurrió entre las fechas en que se dictó la resolución inválida que tuvo por interpuesto el reclamo y la que lo tuvo por definitivamente deducido, no se cumple con la exigencia requerida por la ley para que nazcan intereses moratorios, de suerte que dicho periodo de tiempo no puede ser tomado en consideración para aumentar la obligación tributaria.

6° Que es conveniente señalar que las consideraciones que anteceden no pueden extenderse a los reajustes que han de aplicarse al tiempo de duración del proceso aunque se encuentren previstos en la misma norma, porque su justificación es distinta y no puede ser desatendida. En efecto, con los reajustes se persigue mantener el valor de lo debido y para alcanzar tal finalidad han de ser dispuestos, ya que si así no se hiciera el contribuyente no llegaría a solucionar completamente el tributo debido. En cambio, los intereses constituyen una sanción por la falta de pago y,

en el caso de autos, la dilación no es atribuible al particular sino, como se ha dicho, al Estado.

Y atendido además lo dispuesto en los artículos 186, 187 y 227 del Código de Procedimiento Civil, **se confirma** la sentencia apelada de veintidós de mayo de dos mil ocho, escrita a fojas 217, **con declaración** de que los intereses moratorios que establece el artículo 53 del Código Tributario no se han devengado durante el período comprendido entre las fechas en que se dictó la resolución inválida que tuvo por interpuesto el reclamo y la que lo tuvo por definitivamente deducido, vale decir, entre el 15 de enero de 2002 y el 21 de agosto de 2007, respectivamente.

Acordado lo anterior con el voto en contra del Ministro señor Muñoz quien fue de la opinión de revocar la sentencia y acoger el reclamo, en cuanto a la prescripción alegada, teniendo para ello en consideración los mismos argumentos señalados para desestimar el recurso de casación deducido.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

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

Rol N°9071-2009.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema, Integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. María Eugenia Sandoval G. y el Abogado Integrante Sr. Jorge Medina C. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Abogado Integrante señor Medina por estar ausente. Santiago, 05 de junio de 2012.

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

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

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

Arturo Felipe Onfray Vivanco¹

OSVALDO ALFREDO GOZAÍNI: *Los protagonistas del Derecho Procesal*. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, 229 páginas.

Fácil resulta advertir en Osvaldo Alfredo Gozaíni su amor y entusiasmo por la Ciencia del Derecho Procesal, así como su versación jurídica y diligencia investigativa. Avalan dicho aserto sendos doctorados obtenidos en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y una lista de más de cuarenta libros publicados.

Probablemente ha sido señera en dicha trayectoria, a la cual se suma una destacada labor en la docencia y en el foro, el contacto con el gran maestro Augusto Mario Morello, quien, con sus nobles cualidades humanas y profesionales, dejó profunda huella en el autor de la presente obra, así como en una pléyade de discípulos y en un universo de atentos lectores de sus reflexiones, plenas de ilustración y vivos testimonios de un gran refinamiento intelectual.

“Los protagonistas del Derecho Procesal”, sin duda, viene a llenar un sensible vacío en esta área del conocimiento, más aún cuando el autor privilegia no una fría lista de datos biográficos asociada a la descripción de los aportes a la Ciencia Procesal de sus autores, sino que constata,

¹ **ARTURO FELIPE ONFRAY VIVANCO**. Abogado Jefe del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado y Profesor de Derecho Procesal de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales. Licenciado en Derecho y Educación, Magíster en Sociología del Derecho (MA) y en Teoría del Derecho (LLM) y Doctor en Derecho (PhD) de la Universidad Católica de Lovaina. Miembro de los Institutos Chileno de Derecho Procesal e Iberoamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Internacional de Derecho Procesal.

explora y revisa la construcción de una creciente comunidad procesal en el mundo, en la cual existen numerosos testimonios de un compromiso de sus miembros con los valores esenciales de nuestras sociedades, los cuales no son sino el reflejo de una profunda pasión por la justicia. Se exploran los perfiles humanos de los principales protagonistas de esta historia; sus relaciones con sus discípulos y colegas; sus estilos, intereses y gustos; sus aproximaciones y distancias.

Lo anterior, enriquecido con un notable trabajo de rescate iconográfico, no descuida una aproximación a los hilos centrales de los avances que ha experimentado la Ciencia Procesal, hoy pródiga de nuevos términos —cargas probatorias dinámicas, medidas autosatisfactivas, pretensiones meramente declarativas, tutela anticipativa, etc.—, los cuales son revisados en el libro, el que nos invita a conocer más profundamente una disciplina que, en los últimos años, ha conocido de importantes cambios en el mundo, en la región y en Chile, tal como lo testimonian las reformas globales a la Administración de la Justicia ya plenamente vigentes (Reforma Procesal Penal, Reforma de la Justicia de Familia y Reforma de la Justicia Laboral) o en actual discusión (Reforma Procesal Civil) en el país.

El libro se estructura en seis capítulos.

El primero trata del Derecho Procesal como Ciencia, lo cual supone revisar desde cuándo comienza a hablarse de Derecho Procesal, cómo se genera la Ciencia Procesal y, en particular, en qué momento nace su autonomía.

Junto con repasar la historia del Derecho Procesal, el autor revisa, entonces, algunos hitos que sirven de antecedente a su emancipación, cuales son la celeberrima polémica entre Windscheid y Muther; la publicación, en 1868, de la obra de Oskar von Bülow sobre las excepciones y presupuestos procesales; y, más recientemente, el 3 de febrero de 1903, la prolucción de Bolonia de Chioventa, quien, al decir de Sentís Melendo, “sacó de su sopor a los estudios procesales”, marcando un antes y un después y elevando “a la jerarquía de Derecho Procesal al viejo procedimiento”.

Sin duda el tema de si Chiovenda fue el creador del Derecho Procesal científico es una materia no exenta de polémicas, la cual, con acertada inteligencia, aborda el autor, quien concuerda con tal aserto sin desconocer los antecedentes del alemán Adolf Wach y del austriaco Franz Klein.

El segundo capítulo del libro analiza el Procesalismo Italiano.

Sin perjuicio de la importancia de algunos precursores, como Mattiolo, Mortara, Pescatore, Pisanelli y Scialoja, los grandes maestros del Derecho Procesal italiano son Chiovenda, Calamandrei, Carnelutti y Redenti.

Giuseppe Chiovenda logra, según se ha señalado, la autonomía del Derecho Procesal y destaca el carácter público de la ciencia procesal, redimensionando el significado de la relación jurídico procesal, precisando los alcances de la vinculación entre acción, jurisdicción y proceso.

Piero Calamandrei, discípulo dilecto de Chiovenda, de cuyas líneas matrices de pensamiento no se aparta, destaca por su inteligencia desde muy joven, cuando recién pasados los treinta años escribe los tres tomos de la no superada obra “La Casación Civil”. Sus acciones y obras, sin embargo, van más allá de la Ciencia Procesal pura y son conocidos sus compromisos con la Política y sus textos sobre las profesiones jurídicas y la enseñanza del Derecho, como son “Demasiados abogados”, “El elogio de los jueces escrito por un abogado” y “La universidad del mañana”, obras fundamentales a las cuales ya nos referimos con detalle en un número anterior de la presente revista.

Francesco Carnelutti, desde su labor docente en la Universidad de Padua, contribuye al desarrollo de la Ciencia Procesal italiana, con obras de carácter fundacional como “La prueba civil”, publicada en 1915, hasta “Los principios del proceso penal”, libro en el cual se plasma una importante dosis de convicción y experiencia, de un maestro ya mayor, próximo, por qué no sugerirlo, de un cierto misticismo trascendental.

Enrico Redenti, a su vez, fue, dentro de este grupo de grandes maestros, más bien el rebelde, al no aceptar plenamente las doctrinas de

Chiovenda y al oponerse en forma pública a Carnelutti. Sus discípulos, a diferencia de las otras tres figuras, son menos. Sin embargo, realizó una importante obra desde la Universidad de Bolonia, en especial en la dirección de la Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile.

Más tarde, y más allá de sus encuentros y diferencias, Calamandrei, Carnelutti y Redenti fueron los principales inspiradores del Código de Procedimiento Civil de 1940.

A dichos maestros les siguieron numerosos “continuadores”, en la terminología del autor, a saber: Enrico Tullio Liebman, Salvatore Satta, Alfredo Rocco, Ugo Rocco, Enrico Allorio y Mauro Cappelletti, entre muchos otros. Respecto de cada uno de ellos Osvaldo Alfredo Gozaini aporta valiosos antecedentes.

El tercer capítulo del libro considera el Derecho Procesal Alemán.

Ya hemos mencionado la importancia de Windscheid, Muther y Von Bülow en la génesis del Derecho Procesal moderno.

Sin embargo, la escuela alemana tuvo numerosos otros cultores. En efecto, Adolf Wach fue el fundador de la Escuela Alemana. Wach, cuya obra no es lo suficientemente conocida en estas latitudes, fue, en palabras de Alcalá-Zamora, “el más insigne procesalista de todos los tiempos y países”.

Destacan, junto a Wach, Köhler, autor de más de 2.500 obras, quien desarrolla la teoría de la relación jurídico-procesal; Hellwig, dedicado exclusivamente a la docencia, la cual entiende debe basarse en la revisión de casos prácticos, a cuyos efectos desarrolla dos colecciones de casos célebres en Alemania; Stein, autor de “El conocimiento privado del juez”, obra de 1893 que mantiene su plena vigencia transcurrido más de un siglo desde su publicación; Kisch, profesor que escribe un renombrado manual de Derecho procesal, asumiendo más tarde la presidencia de la Akademie für Deutsches Recht; Goldschmidt, quien, perseguido por su raza, escapa a América, encontrando refugio al amparo de Eduardo Couture; Schöncke, profesor de la Universidad de Friburgo, cuya obra

“Derecho Procesal Civil” ha sido ampliamente traducida; y Rosenberg, quien, entre otros muchos textos, destaca desde joven con su, hasta hoy, celebrísima tesis doctoral sobre la carga de la prueba, dirigida por Otto Fischer.

El cuarto capítulo del libro revisa el Derecho Procesal Español.

En España no es posible identificar una escuela procesal cohesionada, a diferencia de lo que ocurre en Italia y Alemania. Sin embargo, la península ha generado muchos procesalistas de renombre. Los más relevantes, en la etapa del Derecho Procesal Científico, son Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Emilio Gómez Orbaneja, Leonardo Prieto Casto y Jaime Guasp Delgado.

Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, hijo del ex Presidente de la República española Niceto Alcalá-Zamora y Torres, emigra a América luego de una travesía de 441 días a bordo del buque de carga sueco Herma Gorthon. En 1942 se establece en Buenos Aires, lugar donde privilegia la traducción, la edición y la academia. En 1946 se traslada a México, invitado por el prestigioso Luis Recaséns Siches, instalándose en el Instituto de Investigaciones Jurídicas. Más tarde, con Héctor Fix Zamudio, establece el Instituto Mexicano de Derecho Procesal, regresando, en 1976, a su tierra natal.

Emilio Gómez Orbaneja luego de finalizar, en 1928, su tesis doctoral titulada “La confesión judicial anticipada”, asume la docencia en la Universidad de Salamanca. Sin embargo, los luctuosos acontecimientos políticos venideros resultaron en su exilio en Francia. A su regreso, en 1949, escribe su célebre “Manual de Derecho Procesal Civil”, conocido como “El Orbaneja”, y su “Derecho Procesal Penal”.

Leonardo Prieto Casto traduce obras alemanas, en especial de su maestro Kisch, de las cuales destaca el “Manual de Derecho Procesal Civil”. Desde su cargo de profesor, en la Universidad de Zaragoza, destacó por su formidable cultura y rigor metodológico.

Jaime Guasp Delgado, caracterizado por su puntualidad y conversación siempre útil, se desempeñó como brillante docente de la Universidad de Madrid, actual Universidad Complutense, destacando, además, en el foro y en la investigación jurídica.

Francisco Ramos Méndez, activo profesor de la Universidad Pompeu Fabra, aporta una tabla descriptiva de las “Escuelas” de los profesores de Derecho Procesal en España, las cuales siguen la estructura de verdaderos árboles genealógicos.

El quinto capítulo del libro explora el Derecho Procesal en Latinoamérica.

Si bien Osvaldo Alfredo Gozáini realiza un periplo por los distintos países de la región, incluyendo una breve referencia al caso chileno, en el cual destaca la figura de Raúl Tavolari Oliveros, ex Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, su foco de interés principal se vincula con las grandes escuelas procesales de Latinoamérica, las cuales corresponden a Argentina, Brasil y Uruguay. A la primera, dada la nacionalidad del autor, le presta especial atención y es así como el capítulo sexto de la obra se dedica íntegramente a ella.

Hay, eso sí, algunos puntos comunes a los distintos países de la región, entre los cuales destaca la influencia, aun cuando de alcance desigual, de España, Francia, Italia y Alemania. Adicionalmente, existen hitos relevantes como el establecimiento del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en 1957, en cuyo seno se gesta el Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.

El autor revisa el caso de Brasil, en el cual considera autores como Paula Batista, quien escribe, en 1855, su “Teoría y Práctica del Proceso Civil”; Enrico Tullio Liebman y su discípulo Alfredo Buzaid, fundadores de la Escuela Paulista, donde hoy descuellan importantes figuras a nivel mundial, como son Ada Pellegrini Grinover y Cândido Rangel Dinamarco.

En el caso de Uruguay, Osvaldo Alfredo Gozaíni se detiene latamente en la figura señera del procesalismo latinoamericano Eduardo Couture, cuyas valiosas obras bien conocemos, en particular los “Fundamentos del Derecho Procesal Civil”, el cual el autor califica como el “más grande procesalista que ha dado Latinoamérica”.

Numerosos han sido los autores que han seguido a Eduardo Couture, lo que no hace sino ratificar la importancia del buen maestro así como del protagonismo de Uruguay en el procesalismo latinoamericano actual. Entre tales autores destacan Enrique Vescovi, Aldolfo Gelsi Bidart y Luis Torello, autores del Código General del Proceso, inspirado en el Código Modelo Tipo para Iberoamerica.

El sexto y último capítulo del libro, como ya adelantábamos, trata del Derecho Procesal Argentino, el cual desde hace ya muchos años cuenta con la presencia de valiosos exponentes como Manuel Antonio Castro, quien ya a comienzos del siglo XX, con gran sabiduría, reconocía la importancia de contar con una magistratura de elite, de espíritu fuerte y de heroico corazón y con un cuerpo de abogados que sirvan bien a la profesión.

Luego aparece Tomás Jofré, profesor de la Universidad de Buenos Aires, autor del “Manual de Procedimiento Civil y Penal”, de 1919. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo señaló, respecto de Jofré, que “importó las teorías y las concepciones de Chiovenda con una mentalidad mortariana”.

En las décadas venideras surge el gran maestro Hugo Alsina, quien dirigió la Revista de Derecho Procesal, con la secretaría del inolvidable Santiago Sentís Melendo, en una notable labor conjunta. Junto a Hugo Alsina, quien se convirtió en el principal referente del Derecho Procesal argentino, cabe mencionar a David Lazcano, autor de “Jurisdicción y Competencia”, y a José Ramiro Podetti.

Más recientemente, Adolfo Alvarado Velloso, en la Universidad de Rosario, introdujo el concepto de Derecho Procesal Garantista. También en Rosario destaca la señera figura de Jorge W. Peyrano, autor de “El

Proceso Civil” y de la teoría de las cargas probatorias dinámicas. Su trabajo en el Centro Ateneo de Estudios Procesales es un notable ejemplo del desarrollo del saber a partir de ejercicios de diálogo y reflexión colectiva, dignos de emular.

No menos importante que los anteriores, es la tríada formada por Augusto Mario Morello, Juan Carlos Hitters y Roberto Omar Berizonce, y su aporte al desarrollo de los Códigos Procesales de la Nación Argentina.

Sin duda que “Los Protagonistas del Derecho Procesal” es un libro novedoso, fresco en su contenido, inspirador. Viene a tratar un tema necesario, desde una perspectiva personal pero conforme con los estándares de una correcta síntesis de los derroteros de la historia de los autores y de la disciplina procesal. La obra, a su vez, resulta en una noble invitación para poder seguir conociendo el Derecho Procesal y aportando a su enriquecimiento, desde la cátedra o desde el foro.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

La Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado publica artículos originales sobre materias jurídicas.

Se considera un artículo original aquel que no ha sido publicado en una revista o monografía con anterioridad, y la primera traducción realizada al español de un texto publicado en una lengua extranjera.

Los artículos deben ser enviados, en cualquiera época del año, en lengua castellana, en papel y en soporte electrónico, escritos en Microsoft Word para Windows o en formato compatible, interlineado simple, letra times new roman, tamaño 12, al Jefe del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado, con domicilio en Agustinas N° 1687, Santiago, Chile. El manuscrito como archivo adjunto debe remitirse al correo electrónico RevistadeDerechoCDE@cde.cl

La extensión máxima de los artículos es de 30 páginas tamaño oficio (incluidas las citas a pie de página y las listas de referencias bibliográficas), formato times new roman, 12, interlineado simple. En el caso de los comentarios de jurisprudencia y recensiones bibliográficas la extensión máxima no deberá ser superior a 10 páginas.

Se debe incluir el título del artículo, junto con un resumen de un máximo de 300 palabras y las palabras clave que considera su trabajo, ambos –el resumen y las palabras clave o descriptores– en español e inglés.

Se debe incluir el nombre completo del autor más sus grados académicos y cargo o trabajo que desempeña, así como la dirección

de la universidad, centro de investigación o institución a la cual está incorporado y su correo electrónico.

El envío de un original supone el compromiso del autor de no someterlo a consideración simultáneamente a otras publicaciones periódicas de carácter jurídico.

El envío del original supone la cesión a título gratuito por parte del autor a la Revista de los derechos de reproducción una vez admitido, tanto en la Revista propiamente tal como en el sitio web institucional (www.cde.cl).

Los autores recibirán cinco ejemplares de la Revista.

El editor de la Revista decidirá la publicación de los artículos requiriendo la aprobación del Comité Editorial, sin perjuicio de la posibilidad de pedir informes adicionales a especialistas en el tema del trabajo.

Al Consejo de Defensa del Estado corresponde la corrección de las pruebas de imprenta, proceso que es autorizado por los autores, y que supone, eventualmente, modificaciones formales menores en el contenido del artículo.

En cuanto a las referencias bibliográficas, la Revista del Consejo de Defensa del Estado se rige por las siguientes normas:

Las citas a pie de página de manuales y monografías se hará del modo siguiente: Apellido del autor en mayúsculas y, seguido de una coma, el nombre del autor (si los autores son más de tres se autoriza el uso de la expresión et al.), y a continuación de una coma, el título de la obra en cursivas, a lo cual siguen, separados por comas, el lugar, la editorial, la fecha de edición y la página respectiva (p., pp., o págs., según el caso). Si la obra consta de más de un volumen, se indicará en numeración arábica o romana, según corresponda, el tomo y el volumen, después de la fecha de edición.

Ejemplos:

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, Tomo 1, Volumen II, p. 224.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, Tomo 1, Volumen II, pp. 224-225.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, Tomo 1, Volumen II, págs. 224 y 226.

Las citas a pie de página de artículos publicados en revistas, misceláneas o escritos reunidos se efectuarán del modo siguiente: Apellido del autor en mayúsculas y, seguido de una coma, el nombre del autor, y a continuación de una coma, el título del estudio entre comillas, y luego, después de un punto, la expresión “En:”, el título de la revista o publicación en cursiva, con la indicación del volumen en numeración arábiga o romana, según corresponda, a lo cual siguen, separados por comas, el lugar, la editorial, la fecha de edición y la página respectiva (p., pp., o págs., según el caso).

GELSI BIDART, Adolfo, “¿Apelación o Casación ante el superior tribunal?”. En: *Revista uruguaya de derecho procesal*, 4, Montevideo, 1989, p. 566.

GELSI BIDART, Adolfo, “¿Apelación o Casación ante el superior tribunal?”. En: *Revista uruguaya de derecho procesal*, 4, Montevideo, 1989, p. 562-568.

GELSI BIDART, Adolfo, “¿Apelación o Casación ante el superior tribunal?”. En: *Revista uruguaya de derecho procesal*, 4, Montevideo, 1989, págs. 563 y 566.

En las citas a pie de página se utilizará el formato times new roman, tamaño 10 e interlineado simple.

Al final del texto deberá incluirse la bibliografía (libros, capítulos de libros, artículos, documentos electrónicos, normas y jurisprudencia).

En el caso de la bibliografía consistente en libros, capítulos de libro y artículos, debe utilizarse un sistema similar al de las notas al pie de página, excluyendo el número de páginas solamente en el caso de los libros:

Ejemplo (libro):

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, Tomo 1, Volumen II.

Ejemplo (capítulo de libro):

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, León; TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, Tomo 1, Volumen II, Capítulo III, pp. 293-470.

Ejemplo (artículo):

GELSI BIDART, Adolfo, “¿Apelación o Casación ante el superior tribunal?”. En: *Revista uruguaya de derecho procesal*, 4, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1989, pp. 562-568.

En el caso de documentos electrónicos, debe utilizarse un sistema como el que sigue:

Pierry Arrau, Pedro, ¿Es objetiva la responsabilidad del Estado?”, disponible en <http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/6477c6004fbf7209b7d2bf46ce4e7365/3.pdfMOD=AJPERES> (visitado el 5 de diciembre de 2011).”

En el caso de las normas legales y de la jurisprudencia, debe utilizarse un sistema de citación como el que sigue:

Ejemplo (Ley):

Chile, Ley N° 20.330, fomenta que profesionales y técnicos jóvenes presten servicios en las comunas con menores niveles de desarrollo del país. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 25 de febrero de 2009.

Ejemplo (Decreto Supremo):

Chile, Decreto N° 76 del Ministerio de Justicia, nombra abogados integrantes de la Corte Suprema. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 25 de febrero de 2009.

Ejemplo (Jurisprudencia):

Corte de Apelaciones de Santiago, *Bienes Raíces e Inversiones Chile S.A. con Alcalde de la Ilustre Municipalidad de La Reina*, de 4 de abril de 2001. En: Gaceta Jurídica (251), pp. 97-99.

