



CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO

REVISTA DE DERECHO

Diciembre 2014

N° 32

REVISTA DE DERECHO

Editada por el Consejo de Defensa del Estado

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

Director Responsable

Arturo Felipe Onfray Vivanco

Comité Editorial

*Ana María Hübner Guzmán
Arturo Felipe Onfray Vivanco*

Propietario

Consejo de Defensa del Estado®

Representante Legal

Juan Ignacio Piña Rochefort

Domicilio

Agustinas 1687, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual N° 115.310

ISSN N° 0717-5469

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

Printed in Chile/ Impreso en Chile

REVISTA DE DERECHO

Diciembre 2014 N° 32

ÍNDICE

PRESENTACIÓN 7

A.- DOCTRINA

DISCURSO CUENTA PÚBLICA 2014 11
Juan Ignacio Piña Rochefort

LOS ACTOS DE PIRATERÍA EN LA LEGISLACIÓN PATRIA 37
Jaime Rodríguez Espoz

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO
COMPARADO. LOS NUEVOS PARADIGMAS DE LA
CONTRATACIÓN MODERNA..... 79
Cristóbal Peña Mardones

EL PRECEDENTE EN EL PROYECTO DE CÓDIGO
PROCESAL CIVIL: ROL UNIFICADOR DE LA CORTE
SUPREMA A TRAVÉS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO..... 101
Marcelo Andrés Acuña Silva

LA POTESTAD FISCALIZADORA Y SANCIONATORIA DE LA
SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE EN CHILE 135
María Isabel Mallea Álvarez

B.- JURISPRUDENCIA DE INTERÉS

DERECHO ADMINISTRATIVO

Corte Suprema. Jaque Figueroa, Berta Isabel con Fisco de Chile.
Recurso de casación en el fondo..... 157

Corte Suprema. Fisco de Chile con Dörr Zegers, María Teresa y
otros. Recurso de casación en el fondo..... 165

Corte Suprema. Autopista del Maipo Sociedad Concesionaria S.A.
con MOP. Recurso de queja 211

DERECHO CIVIL

Corte Suprema. Labrador S.A. con Dirección de Vialidad del Ministerio de
Obras Públicas, Fisco de Chile y Consejo de Defensa del Estado
Reclamación administrativa..... 219

DERECHO MEDIOAMBIENTAL

Segundo Tribunal Ambiental. Estado de Chile con Sociedad
Servicios Generales Larenas Ltda. Demanda de reparación del
daño ambiental..... 227

C.- RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS..... 299

Arturo Felipe Onfray Vivanco

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES..... 305

PRESENTACIÓN

Comité Editorial

El artículo 72 de la Ley N° 20.500, sobre Asociaciones y Participación Ciudadana en la Gestión Pública, establece que “Los órganos de la Administración del Estado, anualmente, darán cuenta pública participativa a la ciudadanía de la gestión de sus políticas, planes, programas, acciones y de su ejecución presupuestaria”.

La Presidencia del Consejo de Defensa del Estado viene, desde hace unos años, en respuesta a dicha demanda del legislador, presentando una cuenta anual pública, ejercicio que han replicado los Abogados Procuradores Fiscales en sus respectivos territorios.

Como una forma de difundir de mejor manera dicha cuenta y de testimoniar su importancia como un ejercicio cívico, se ha estimado conveniente incorporar, en la Sección Doctrina del presente número de la Revista del Consejo de Defensa del Estado, el Discurso de la Cuenta Pública 2014 del Presidente de la Institución don Juan Ignacio Piña Rochefort. Con este acto se aspira a iniciar una tradición a seguir en los próximos números de nuestra revista.

Don Jaime Rodríguez Espoz, ex ministro de la Corte Suprema, presenta, a continuación, un artículo sobre los actos de piratería en la legislación patria, sancionados en el artículo 434 del Código Penal, complementado por tratados internacionales, entre los cuales destaca la Convención sobre el Derecho del Mar. Se trata de un tema poco estudiado en Chile y que, sin embargo, en los años recientes ha adquirido una creciente notoriedad.

Enseguida, don Cristóbal Peña Mardones nos habla de la autonomía de la voluntad en el Derecho Comparado y de los nuevos paradigmas de la contratación moderna, a cuyo efecto concluye que la noción de relación obligacional debiera ser hoy, más que un tipificado deber de prestación del deudor, una garantía de resultado a favor del acreedor, cambiando la noción de vínculo obligacional de una perspectiva unilateral a una bilateral.

Don Marcelo Andrés Acuña Silva, alumno del programa de Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, colabora en la presente revista con un interesante trabajo titulado “El precedente en el proyecto de Código Procesal Civil: rol unificador de la Corte Suprema a través del recurso extraordinario”. En dicho artículo el autor explora la uniformidad de la jurisprudencia como una externalidad positiva de la labor jurisdiccional, precisando sus antecedentes en la legislación nacional, sus ventajas específicas y su regulación en el proyecto de Código Procesal Civil sometido al conocimiento del Congreso Nacional.

La Sección Doctrina concluye con un ensayo de doña María Isabel Mallea Álvarez que lleva por nombre “La potestad fiscalizadora y sancionatoria de la Superintendencia del Medio Ambiente en Chile”. La autora revisa las atribuciones de la señalada Superintendencia del Medio Ambiente en el marco de la nueva institucionalidad ambiental en Chile, a partir de la modificación de la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente.

En la Sección Jurisprudencia de la revista se incluyen algunos fallos relevantes de la Corte Suprema, correspondientes al segundo semestre del año 2014, los cuales, por lo demás, son destacados en la cuenta pública del Presidente del Consejo de Defensa del Estado incorporada en la presente revista.

Así, en materia contencioso-administrativa, se incorpora una decisión de la Corte Suprema dictada en una causa originada en una demanda basada en los saqueos producidos tras el terremoto de febrero de 2010. En definitiva, el Máximo Tribunal desestima la falta de servicio

del Estado alegada por comerciantes de Lota y de Talcahuano, que sufrieron saqueos y desmanes tras el señalado terremoto.

Otro fallo de la Corte Suprema, favorable al interés fiscal, es el pronunciado en el llamado “Caso Chispas”, el cual reconoce la tesis del Consejo de Defensa del Estado que afirma que la resolución que impuso una multa es un acto administrativo que causó inmediata ejecutoriedad, de manera que esa obligación se incorporó al patrimonio del infractor desde el momento de su notificación, por lo cual, tras su fallecimiento, se transmitió a sus herederos. Esta sentencia permitió obtener una importante modificación de la jurisprudencia existente hasta la fecha, relativa a la transmisibilidad de las multas impuestas por la autoridad administrativa.

Se publica también la sentencia del Máximo Tribunal, pronunciada en la causa “Autopista del Maipo Sociedad Concesionaria S.A. con MOP”. En ella, tal como lo destaca el Sr. Presidente del Consejo de Defensa del Estado, en su Cuenta Pública 2014, “la Corte Suprema rechazó el recurso presentado por la contraparte contra la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago, dejando firme su fallo por el cual se sostuvo que, según lo expuesto en el artículo 22, N°2, de la ley que regula la materia¹, los retrasos en la construcción de la obra son riesgos que debe asumir la concesionaria, rechazando en consecuencia la demanda en todas sus partes”.

Se suma, en materia civil, un cuarto fallo de la Corte Suprema, en el cual, resolviendo respecto de una acción de reclamo administrativo contra la decisión de ordenar la reapertura de un camino público situado en la Cuarta Región, el Máximo Tribunal reafirmó que la autoridad está facultada para presumir que es público un camino si comprueba que está o ha estado abierto al uso público, pudiendo, en caso de que haya sido cerrado o intervenido, ordenar administrativamente su reapertura

¹ Se refiere a la Ley de Concesiones, contenida en el Decreto Supremo N° 900, de 31 de octubre de 1996, del Ministerio de Obras Públicas, que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 164, del Ministerio de Obras Públicas, de 1991.

o ensanche, sin perjuicio de las acciones que correspondan al particular afectado.

Hemos incluido, además, la primera sentencia pronunciada en una causa iniciada por una demanda de reparación del daño ambiental, interpuesta por el Consejo de Defensa del Estado, en el nuevo Sistema de Justicia Ambiental. En ella se condenó a la empresa Sociedad Servicios Generales Larenas Ltda. a reparar el medio ambiente que dañó con sus faenas de extracción de áridos desarrolladas en la ribera del río Duqueco, comuna de Quilleco, Región del Biobío. Dichos trabajos se realizaron sin autorización alguna ni de la Dirección Regional de Aguas ni de la Municipalidad de Quileco. El fallo establece que la sociedad demandada, la cual fue declarada en rebeldía por el tribunal, “debe restaurar el medio ambiente a su estado original, lo que se traduce en restablecer todos los componentes medioambientales afectados señalados en la sentencia, en particular, la dinámica hidráulica del cauce del río Duqueco hasta el trazado y profundidades que tenía antes de la extracción de áridos, y restablecer el hábitat de las especies de fauna íctica amenazada”.

Finalmente, en la Sección de las Recensiones Bibliográficas se desarrolla una breve reflexión sobre el libro homenaje a don Edmundo Fuenzalida, titulado “Sociología del Derecho en Chile”.

No queremos terminar estas líneas sin un agradecimiento al ex Abogado Consejero don Álvaro Quintanilla Pérez, quien, por varios años integró el Comité Editorial de la Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, contribuyendo generosamente con su edición. Sus conocimientos y en particular su sabiduría, no sólo en el ámbito del derecho, su gran calidad humana, nobleza y sentido del humor contribuyeron a hacer más eficaz y eficiente la preparación de nuestra revista, la cual con legítimo orgullo puede exhibir una historia de más de quince años desde su primer número en un ya lejano julio del año 2000.

DOCTRINA

DISCURSO CUENTA PÚBLICA 2014

Juan Ignacio Piña Rochefort¹

Cumplo con el deber ante el país y sus ciudadanos de rendir la Cuenta Pública 2014 del Consejo de Defensa del Estado, institución que este 2015 conmemora 120 años al servicio de Chile.

La preocupación por la defensa de los intereses del Estado por sobre toda otra consideración particular constituye el principal rasgo de nuestra cultura institucional, que se ha forjado como identidad por el trabajo y convicción de todos y cada uno de quienes han pasado por el Servicio durante más de una centuria. Por ello, el acervo de experiencia y conocimiento son el primer patrimonio del Consejo construido a partir de esos primeros 243 pleitos que justificaron su creación, en 1895, y que hoy –coincidentalmente– se han más que centuplicado. Detrás de la defensa de todos ellos puede encontrarse un gran número de personas abocadas a transformar ese conocimiento en resultados y poner esa experiencia a disposición de los intereses fiscales.

A diciembre de 2014, el Consejo de Defensa del Estado patrocina más de 26 mil causas en todo el territorio nacional. Lo anterior representa una cuantía de US\$ 19.514 millones, equivalente al 8,2% del PIB estimado

¹ **JUAN IGNACIO PIÑA ROCHEFORT**. Presidente del Consejo de Defensa del Estado. Ejerció como Subsecretario del Ministerio de Justicia entre enero y diciembre de 2013, para luego asumir como ministro subrogante, cargo que ocupó hasta antes de ser nombrado Presidente del Consejo de Defensa del Estado. Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesor de Derecho Penal. Fue consejero del Colegio de Abogados, director del Instituto de Ciencias Penales de Chile y miembro de la “Comisión Foro Penal” para el estudio y discusión del anteproyecto de Código Penal nominado por el Ministerio de Justicia (2003-2005).

para ese año. En 2014 ingresaron también 12.650 nuevos asuntos, un 10,6% más que en 2013.

Durante el año recién pasado la defensa patrimonial del Fisco en el ámbito judicial mantuvo estándares de excelencia, conservando un alto grado de eficacia.

Respecto de las sumas demandadas en juicios civiles, penales e infraccionales, juicios laborales y expropiaciones, éstas alcanzaron aproximadamente los \$544 mil millones, fijándose en sentencias condenatorias ejecutoriadas, aproximadamente, \$16 mil millones. Es decir, se evitó al Fisco un pago equivalente al 97% del total demandado.

De la misma forma, respecto de las demandas sobre indemnizaciones de perjuicio contra el Estado, que alcanzaron en 2014 una cuantía por \$240 mil millones, se condenó al Fisco a pagar sólo \$2.491 millones. Ello permitió evitar al Estado un pago equivalente al 99% del total demandado.

En los casos de reclamo de monto de indemnización por expropiación, en causas terminadas durante el año pasado, el Estado fue demandado por una cuantía total de \$69 mil millones. La defensa del Consejo de Defensa del Estado acogida en las sentencias permitió que se fijara, en definitiva, un monto del orden de \$6.200 millones, evitándose un pago equivalente al 91% del total demandado.

Respecto de nuestra función como Fisco Demandante, en 2014 finalizaron 259 causas, fijándose en sentencias condenatorias ejecutoriadas aproximadamente \$1.590 millones, equivalentes a un 20,4% del monto total demandado por el Servicio. Este resultado se vio fuertemente afectado por la cuantía extraordinaria de una sola causa, equivalente al 63,7% del total demandado a nivel nacional. Al excluirse de esta medición dicha causa que provoca la distorsión, el monto obtenido por el Fisco alcanza un 56,2%, lo que confirma la tendencia de los últimos tres años en esta materia. Esto probablemente nos exija revisar estos indicadores que no pueden estar sujetos a la contingencia de una sola causa en un universo de más de 250.

En cuanto a las transacciones como término de causas judiciales en que se demandó al Estado, se efectuaron un total de 30 en el año, obteniéndose un porcentaje de pago evitado de 91,5% del total de los montos demandados, que alcanzaron los \$12.767 millones. El Consejo transigió sólo en \$1.087 millones.

En materia penal, el Consejo obtuvo un 82,9% de sentencias favorables. Y en lo que se refiere a causas contencioso-administrativas, durante 2014 se finalizaron 485 casos, con una tasa de resultados positivos de 90,5%.

Por último, en la representación en acciones constitucionales y tribunales especiales en defensa de la Administración, el Consejo de Defensa del Estado obtuvo un 93,5% de sentencias a favor del Fisco.

En el ámbito de su gestión interna, en 2014 el Consejo de Defensa del Estado dispuso de recursos por \$22.012 millones, con una ejecución presupuestaria de 98,34%.

Pero la sola mención de montos y metas no hace justicia al trabajo del Consejo. Es necesario detenerse también en los aspectos significativos, así como en los problemas encontrados en nuestro trabajo judicial. Con ese objetivo reseñaré algunas causas en que participó el Consejo y que a nuestro juicio resultan relevantes para el interés fiscal, sea porque consolidan líneas beneficiosas o porque entrañan riesgos de los que haya que hacerse cargo.

Competencia civil

En materia civil, en 2014 el Consejo de Defensa del Estado ejerció acciones reivindicatorias, posesorias, demarcatorias, declarativas y de inoponibilidad para la protección del uso de bienes nacionales y de uso público, como playas, caminos y espacios públicos. Un ejemplo relevante es la causa “Labrador S.A. con Fisco”, seguida ante el 22° Juzgado Civil de Santiago. En ella, la Corte Suprema, resolviendo respecto de una acción de reclamo contra la decisión de ordenar la reapertura de un camino público situado en la Cuarta Región, reafirmó que la autoridad

está facultada para presumir que es público un camino si comprueba que está o ha estado abierto al uso público, pudiendo, en caso de que haya sido cerrado o intervenido, ordenar administrativamente su reapertura o ensanche, sin perjuicio de las acciones que correspondan al particular afectado.

Por otra parte, se ejerció eficazmente la defensa fiscal en juicios sobre contratos de concesión de construcción y explotación de obras públicas ante Comisiones Arbitrales. En este ámbito, se logró jurisprudencia favorable en lo relativo a la naturaleza del contrato de concesión, reconociéndolo como un instrumento por el cual el Fisco puede protegerse de riesgos para el patrimonio fiscal que se presenten en el desarrollo de dicho contrato. Un buen ejemplo de ello es la causa tramitada ante el Primer Tribunal Arbitral de Santiago, caratulada “Autopista del Maipo Sociedad Concesionaria S.A. con MOP”. En esta materia, la empresa demandó el pago de aproximadamente 1.600.000 Unidades de Fomento, por sobre lo pactado en el contrato de concesión, en atención a las demoras que tuvo la construcción del tramo urbano de la ruta concesionada. La Corte Suprema rechazó el recurso presentado por la contraparte contra la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago, dejando firme su fallo por el cual se sostuvo que, según lo expuesto en el artículo 22, N°2, de la ley que regula la materia, los retrasos en la construcción de la obra son riesgos que debe asumir la concesionaria, rechazando en consecuencia la demanda en todas sus partes.

Tan relevante es la defensa del interés fiscal en esta materia –debido al alto impacto económico que involucra para el patrimonio del Estado y el compromiso con su desarrollo en infraestructura–, que el Consejo ha desarrollado lineamientos de defensa con el objetivo de obtener la correcta aplicación de ciertos principios, frecuentemente utilizados contra el Fisco para demandar mayores costos, como el denominado “equilibrio económico del contrato”.

Este trabajo acucioso y la defensa eficaz motivó un requerimiento del Ministerio de Obras Públicas por modificar los límites en los montos establecidos en el protocolo entre ambas entidades públicas, a efectos de que el Consejo pudiera intervenir en la defensa de ese Ministerio en todas

aquellas controversias o reclamaciones que se tramitan actualmente, o se tramiten en el futuro ante las comisiones arbitrales establecidas en la Ley de Concesiones. Esto da cuenta de la confianza del Ministerio en la gestión del Consejo, que asumimos con orgullo y responsabilidad.

Igualmente, se intervino en defensa del interés fiscal ante demandas de constitución de servidumbres para la explotación minera, así como en el análisis de propuestas de transacción sobre la materia. Durante el año se ha apreciado la consolidación de la tesis fiscal en el sentido de que estos gravámenes requieren ser establecidos por un plazo determinado y que se debe justificar su necesidad y los terrenos que se verán afectados.

Se continuó con la defensa del interés fiscal en causas donde se pretenden indemnizaciones por responsabilidad civil del Estado, tanto contractual como extracontractual. El Consejo intervino en causas donde se discuten las condiciones de resarcibilidad del daño moral incluso por actos del Poder Judicial y hasta del Poder Legislativo. Como caso destacado es posible citar la demanda presentada contra el Estado por 1.777 personas, que se identificaron como usuarios del Transantiago, quienes solicitaban una indemnización cercana a los \$17.500 millones. Tal acción se fundamentó en la falta de servicio contemplada en la ley N°18.575 y en las normas de responsabilidad extracontractual previstas en el Código Civil. La demanda fue rechazada al acoger la falta de legitimación pasiva del Fisco opuesta por el Consejo, por no ser prestador del servicio y, consecuentemente, no haber incurrido en la pretendida falta.

En el ámbito de la responsabilidad estatal por violaciones de derechos humanos, el Consejo ha proseguido silenciosamente sin aspavientos promoviendo acercamientos y suscribiendo transacciones cuando las pretensiones de los demandantes, que legítimamente aspiran a una reparación por los daños padecidos, se incardinan en las cuantías históricas y dentro de las posibilidades del erario fiscal. Queda pendiente todavía, un tema de gran preocupación que se está discutiendo en nuestros tribunales en este momento y que se refiere a la reparación de las víctimas de tortura. Alertamos que por el número de víctimas reconocidas en el Informe Valech, el impacto en el erario fiscal de una

eventual jurisprudencia adversa a los intereses fiscales recomendaría al Estado de Chile hacerse cargo de un modo estructural y no exclusivamente entregado a la vía judicial.

En un ámbito distinto, luego de obtener sentencias desfavorables en primera y segunda instancia, la Corte Suprema falló favorablemente al interés fiscal en la causa seguida contra un sancionado por la Superintendencia de Valores y Seguros por infracción a la Ley de Mercado de Valores en el llamado caso Chispas, a cuya sucesión demandó en 2008 por 400 mil Unidades de Fomento, valor de la multa impuesta. El máximo tribunal reconoció la tesis del Consejo, sustentada en que la resolución que impuso la multa es un acto administrativo que causó inmediata ejecutoriedad, de manera que esa obligación se incorporó al patrimonio del infractor desde el momento de su notificación, por lo cual, tras su fallecimiento, se transmitió a sus herederos. Esta sentencia permitió obtener una importante modificación de la jurisprudencia existente hasta la fecha, relativa a la transmisibilidad de las multas impuestas por la autoridad administrativa.

Finalmente, durante 2014 se celebraron dos transacciones de importancia que dicen relación con un tema de larga data: los juicios que el Fisco tiene con empresas de servicio público, en que se discute quién debe soportar el costo de las obras de traslado de esas instalaciones efectuadas con motivo de la construcción de obras públicas. En estas transacciones –celebradas con Metrogas S.A., Aguas Cordilleras S.A. y Aguas Andinas S.A.–, relativas a un número considerable de juicios, el Estado recibió pagos por un total de \$4.790 millones, correspondientes a una parte considerable de las sumas demandadas. Más importante aún, en ellas se estableció, al igual que en los acuerdos celebrados con anterioridad, un procedimiento para los traslados futuros de instalaciones que estas empresas se comprometen a asumir en su totalidad. Se continúa reconociendo, de esta forma, la tesis que el Consejo ha sostenido en tribunales en esta materia.

El Consejo continuó avanzando durante el año pasado en la regularización de inscripciones a nombre del Fisco de alrededor de 16.700 lotes expropiados, iniciada en 2012. A diciembre de 2014 se había

inscrito poco más del 80% del total propuesto. Se trata de un importante estado de avance, considerando la complejidad del proceso y tratándose de causas que en la mayoría de los casos presentan dificultades para lograr su inscripción, ya sea porque se encuentren archivadas o extraviadas, sin notificación del expropiado o, bien, carentes de individualización.

Competencia contencioso-administrativa

En materia contencioso-administrativa, en agosto de 2014 la Corte Suprema dictó contundentes fallos favorables al interés del Estado en demandas basadas en los saqueos producidos tras el terremoto de febrero de 2010. En fallos unánimes, la Tercera Sala del Máximo Tribunal rechazó los recursos de casación presentados contra sentencias de la Corte de Apelaciones de Concepción, que desestimó las demandas por falta de servicio del Estado interpuestas por 13 comerciantes de Lota y nueve de Talcahuano, que sufrieron saqueos y desmanes tras el terremoto y tsunami.

La Corte acogió los argumentos presentados por el Consejo, que establecen que el Estado no es responsable de los saqueos ocurridos, así como que la facultad de decretar estado de excepción constitucional es privativa y excluyente del Presidente de la República, por lo que la oportunidad de decisión no puede ser revisada por el Poder Judicial.

Precisamente, el Presidente de la Excelentísima Corte Suprema, don Sergio Muñoz Gajardo, destacó esta materia en su discurso de inicio del presente año judicial, en el acápite sobre evolución de sus tendencias jurisprudenciales.

En el mismo ámbito, el Consejo de Defensa del Estado tiene la certeza –y lo ha sostenido consistentemente en estrados– de que tanto los efectos del terremoto como del tsunami que azotaron a nuestro país en febrero de 2010, cuyas características resultan sumamente extraordinarias en la historia de Chile, son claros casos de fuerza mayor o caso fortuito, en los que el Estado no tiene responsabilidad. Ello, puesto que los sistemas de monitoreo y de comunicaciones que existían

colapsaron como consecuencia del terremoto y las autoridades no tenían acceso a la información o la tenían parcializada.

A la fecha se han presentado 52 demandas contra el Estado relacionadas con víctimas del tsunami en tribunales de Santiago, Valparaíso, Talca, Chillán, Talcahuano y Concepción. Las indemnizaciones demandadas alcanzan los \$105.471 millones. Cuarenta causas se encuentran vigentes y de las doce finalizadas, tres han obtenido sentencias de la Corte Suprema favorables al interés fiscal, dos terminaron por abandonos de procedimiento y otras seis por incompetencia del tribunal. Sólo una de esas causas ha finalizado con sentencia desfavorable para el Estado

Acceso a la información pública

Es imposible dejar de mencionar en esta cuenta pública los avances que ha logrado este Consejo en materia de ley de transparencia. Si bien desde 2012 la Corte Suprema estableció que existe una relación cliente-abogado entre el Estado de Chile y este Consejo y, por ende, sus abogados están amparados y obligados por el secreto profesional de la orden –criterio que fue ratificado durante 2014 tanto por la Corte de Apelaciones de Santiago como por la propia Corte Suprema– en los últimos años, el Consejo para la Transparencia había acogido los reclamos de los particulares contra el CDE, en aquellos casos en que se negaba la información solicitada en virtud del secreto profesional de los abogados.

Sin embargo, durante 2014 el Consejo para la Transparencia (CPLT) dio un vuelco en cuanto a las solicitudes de información relativas a las actas del Consejo. Así, en septiembre del año pasado, habiéndose solicitado a este Servicio las actas de una causa penal tramitada según el antiguo proceso penal, la que se encontraba en apelación, el CPLT resuelve rechazar un amparo al derecho de acceso a la información por estimar que divulgar los antecedentes consultados obliga al CDE a comunicar información que se encuentra amparada por el secreto profesional que invoca. Así, el CPLT señala textualmente: “(...) al ser las actas solicitadas el medio por el cual la reclamada plasma sus acuerdos, su contenido debe detallar el debate de los consejeros respecto de los

procesos que conoce el CDE como también la posición y estrategia jurídica que empleará en un proceso determinado. Por tal razón, divulgarlas afecta la esencia del secreto profesional –proteger la relación cliente-abogado que la reclamada tiene con el Estado de Chile– y con ello, afecta el debido cumplimiento del órgano”.

También en septiembre de 2014, el CPLT resolvió en el mismo sentido un reclamo por denegación del acceso a actas relativas a una causa terminada y otra en curso. Es en relación con la causa terminada en que toma mayor trascendencia esta decisión del CPLT, por cuanto hasta esa fecha no se había reconocido el secreto profesional como causal de reserva de la información pública respecto de antecedentes referidos a causas terminadas que llevara este Consejo. De esta manera, el Consejo de Defensa del Estado ha sentado un importante precedente en materia de secreto profesional y su reconocimiento como causal de reserva de la información pública.

Por otra parte, no son menos importantes los fallos obtenidos por el CDE en materia de transparencia en representación de otros organismos del Estado. Un primer fallo, dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago, acogió el reclamo de ilegalidad interpuesto por este Consejo y declaró que se rechazaba entregar información sobre los costos y montos cancelados al abogado que tuvo a su cargo la elaboración del informe en derecho relativo al cobro de bonos soberanos emitidos por la República del Perú por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores.

El segundo fallo a mencionar, dictado por la Corte Suprema, acogió un recurso de queja interpuesto por este Servicio en contra de los ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, quienes habían accedido a la entrega de la información solicitada por una estudiante argentina relativa a los nombres y honorarios de los abogados representantes del Estado de Chile ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya. Este fallo reitera el carácter secreto de la relación entre el Estado de Chile y los abogados que lo representan, ratificando la primacía del secreto profesional, también contenido en tratados internacionales.

Competencia laboral

Durante 2014, la jurisprudencia en materia laboral experimentó un importante cambio, debido a la modificación de ciertos criterios por la Cuarta Sala de la Corte Suprema, que rápidamente fue adoptada por los restantes tribunales del país. Así, comenzaron a ser desestimadas argumentaciones jurídicas que este Consejo había planteado exitosamente en los últimos años, como la relativa a la incompetencia de los tribunales laborales para conocer demandas interpuestas por funcionarios regidos por el Estatuto Administrativo, o la referida a la inaplicabilidad de las normas sobre subcontratación laboral a los servicios públicos.

Lo anterior produjo un aumento de demandas laborales que ha incrementado, por ende, la intervención del Servicio en juicios de este tipo, llegando incluso a cuadruplicarse las Causas de Atención Selectiva en materia laboral, en comparación con 2013. Esto ha impactado significativamente la carga de trabajo de quienes asumen causas laborales, tanto por el número de asuntos de los que han tenido que hacerse cargo, como por la necesidad de rediseñar las estrategias jurídicas y reevaluar los contenidos de nuestra argumentación.

Hoy podemos decir que hemos logrado gestionar efectivamente estas nuevas circunstancias gracias al esfuerzo de nuestros funcionarios, asumiendo este incremento como recarga de trabajo –aunque esto probablemente requiera de una revisión seria a partir del sostenido aumento de las causas– y, si bien esperamos revertir los resultados judiciales adversos, es justo hacer presente que en la mayoría de los casos se han obtenido fallos favorables.

Esto naturalmente releva una preocupación antes inexistente, pues por vía jurisprudencial comienza a robustecerse una interpretación que probablemente deba llamar a los legisladores a hacerse cargo. Un proyecto de ley sería el curso natural para satisfacer las necesidades de tutela del sector público en lugar de hacerle aplicable un estatuto que en principio le es ajeno, produciendo una serie de consecuencias asistemáticas a lo largo del país, además de una marcada incerteza jurídica

para las autoridades que bajo el amparo del Estatuto Administrativo toman sus decisiones de contratación.

Competencia penal

Las causas penales, si bien comparativamente son un segmento menor en el trabajo del Consejo pues las limitaciones legales de nuestra legitimación activa nos sustrae de intervención en algunos asuntos de alta connotación, resultan un ámbito de especial relevancia para nuestro trabajo. Nuestro deber de intervención (y al mismo tiempo nuestra rigurosa circunscripción a ello) en aquellos delitos que puedan acarrear perjuicio fiscal o a la administración y aquellos cometidos en el desempeño de su función por empleados públicos nos da un marco acotado de intervención.

En 2014, el Consejo de Defensa del Estado, a través de su Procuraduría Fiscal en Valparaíso, asumió la defensa de los intereses fiscales en diversos juicios penales relacionados con el Gobierno Regional –en un juicio oral que se extendió por dos meses–, logrando sentencias condenatorias a penas efectivas que acogieron la tesis fiscal sobre la comunicabilidad en la calidad de administrador de fondos públicos, rechazándose la tesis de la defensa de delito continuado e incommunicabilidad. La coordinación, tanto en ésta como en otras causas con la Fiscalía de la Quinta Región y con el Ministerio Público en general, ha sido un factor relevante en estos resultados.

Por otra parte, el Primer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, acogiendo los planteamientos de la Procuraduría Fiscal de Santiago incorporados en su acusación particular, condenó a nueve de diez funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile a penas que fluctúan entre tres y siete años, y estableció el cumplimiento efectivo de las mismas. Dichos condenados, funcionarios de la Brigada de Investigación Criminal de Pudahuel, cometieron, en el ejercicio de sus funciones policiales, apremios ilegítimos, allanamientos y detenciones ilegales, así como infracciones a la ley orgánica que regula a la propia institución.

El Consejo de Defensa del Estado conformó un importante equipo de profesionales y técnicos, quienes durante cinco meses se dedicaron por completo al juicio oral y –previamente– a organizar, revisar y efectuar un levantamiento de las pruebas existentes en la carpeta investigativa, de acuerdo a un modelo de trabajo implementado por la Procuraduría Fiscal de Santiago, que permitió, en un trabajo coordinado con el Ministerio Público, obtener un resultado exitoso.

También en 2014, Codelco se vio gravemente afectado por un millonario robo de concentrado de cobre destinado a su División El Salvador, procedente de Minera La Escondida. A través de su Procuraduría Fiscal en Copiapó, el Consejo de Defensa del Estado dedujo querrela por los delitos de robo reiterados en bienes nacionales de uso público, asociación ilícita y malversación de caudales públicos. Si bien dicha investigación se encuentra abierta, es importante destacar las numerosas formalizaciones que se han conseguido, que alcanzan a 22 imputados, dos de ellos por el delito de fraude al Fisco en perjuicio de Codelco Chile.

La firme convicción del Consejo de Defensa del Estado respecto de la existencia de delitos, y no sólo de desórdenes administrativos, en el uso de los recursos otorgados por la Ley de Subvención Escolar Preferencial (SEP), se ha materializado con la presentación de 34 querellas por parte de este organismo entre 2009 y 2014, por los delitos de malversación de caudales públicos, aplicación pública diferente, apropiación indebida y falsificación de instrumento público. A pesar de los problemas que estas investigaciones presentan y de una probable necesidad de depuración de las causas, allí donde haya más que desorden administrativo, el CDE no cesará en su deber de persecución de delitos.

Sin embargo, deben hacerse presente las dificultades observadas en este trabajo –y que fueran enunciadas a la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados– que han exigido el estudio riguroso de los informes proporcionados por la Contraloría General de la República, de modo de distinguir caso a caso entre los ilícitos de aquellos en que el Consejo está legitimado para intervenir o simples faltas administrativas. Del mismo modo, la dictación de la Ley 20.550, que cambió los requisitos

para la renovación de la subvención, bajó los montos que se exigían estar ejecutados de 70% a 50% y permitió que un 15% de los recursos pudieran haberse dedicado para otros fines, así como la renovación de las subvenciones implicando una aceptación a la rendición de cuentas, se transformó en un gran escollo para la persecución.

Por esta razón, si bien el Consejo de Defensa del Estado mantiene discrepancias con el Ministerio Público en algunas de estas causas respecto de las que cree que existen antecedentes para que puedan avanzar a estadios procesales más avanzados, no puede sino reconocer que las dificultades en su investigación no han sido, en caso alguno, triviales.

Como corolario, sin embargo, resulta destacable el avance sostenido y la mejora en la coordinación tanto con el Ministerio Público como con la Contraloría General de la República. Respecto del primero, las naturales y a veces enérgicas discrepancias que pueden presentarse en causas puntuales –en que ambos órganos cumplimos una función diferente– no han sido obstáculo para este trabajo. Hay aquí un camino muy interesante y en el cual queda mucho por recorrer.

Otras causas de alta complejidad

Así como la persecución de los delitos involucrados en el uso irregular de fondos SEP desafió al Consejo a desarrollar nuevos métodos de trabajo para hacer frente a las dificultades descritas, en 2014 otras dos causas demandaron al organismo definir equipos capaces de diseñar y elaborar estrategias competentes y efectivas para abordar materias financieras de altísima complejidad técnica: La Polar –que en rigor se inició en 2012– y Cascadas.

Esta última exigió al Consejo una ardua tarea que permitió, finalmente, asegurar la representación exitosa de la Superintendencia de Valores y Seguros. En ella debió enfrentarse una batería de reclamos de ilegalidad que obstaculizaron la tramitación administrativa previa a la imposición de multas –incluso entrañando riesgo de caducidad–, a través del cuestionamiento de la competencia de la Superintendencia y supuestas infracciones al debido proceso.

El Consejo enfrentó simultáneamente los reclamos de seis sancionados, logrando que se acogiera ampliamente su tesis en cuanto a la extemporaneidad de los reclamos, así como que las circunstancias alegadas no guardaban relación con alguna obligación que se imponga, o una prohibición determinada que limite la actividad fiscalizadora y las atribuciones o funciones propias de la Superintendencia de Valores y Seguros, particularmente en los procesos sancionatorios.

Como resultado de las acciones judiciales llevadas a cabo por el Consejo, la Superintendencia de Valores y Seguros pudo concluir el respectivo proceso sancionatorio e impuso multas por un total de \$100.680 millones. Desde este punto de vista, el Consejo cumplió a cabalidad la misión encomendada, en orden a asegurar el correcto funcionamiento de los organismos de la administración del Estado. Actualmente se discuten en tribunales civiles otros once reclamos de los 14 sancionados, a través de los cuales se pretende dejar sin efecto las multas aplicadas.

Desde la perspectiva del trabajo interno, los resultados obtenidos responden también al diseño de un equipo de trabajo compuesto por abogados especializados en temas financieros y tributarios, bajo la supervisión de la Procuraduría Fiscal de Santiago y de un abogado consejero asignado específicamente al caso. Mediante este sistema de trabajo el Consejo de Defensa del Estado logró hacer frente a nueve solicitudes de órdenes de no innovar, presentadas en más de una decena de reclamos de ilegalidad; contestar sendas demandas de reclamos de multas en once procesos en plazos menores a 15 días; y hacerse cargo, como ya se ha dicho, de simultáneos frentes abiertos por las defensas, que iban desde el Tribunal Constitucional, el Consejo para la Transparencia e incluso el Colegio de Abogados en su dimensión de tutela ética.

Ejercicio de la acción de reparación ambiental e indemnización de perjuicios

La Ley 19.300 otorgó al Consejo de Defensa del Estado el ejercicio de la acción de reparación ambiental y la indemnización de perjuicios derivada de dicho daño. Desde entonces, a través de su Unidad de Medio Ambiente, el organismo ha presentado más de 80 demandas de reparación

ambiental, obteniendo sentencias favorables en casi la totalidad de las causas y terminando otras tantas mediante transacciones judiciales.

La entrada en vigencia de la Ley 20.417, que crea la nueva institucionalidad ambiental y, en particular, la Ley 20.600, que crea los Tribunales Ambientales, han abierto un nuevo desafío para el Consejo. Asimismo, la creación del Ministerio del Medio Ambiente y sus respectivas Secretarías Regionales Ministeriales suman un nuevo cliente en la defensa judicial que realiza este Servicio.

En este contexto, el Consejo ha desplegado sus mayores esfuerzos para avanzar en la consolidación de sus competencias en el marco de la nueva institucionalidad ambiental, actuando coordinadamente con cada uno de los organismos que la conforman, logrando ya importantes avances. Por una parte, ha mantenido su forma de trabajo ante tribunales ordinarios de justicia y, paralelamente, ha insertado sus competencias en el marco de la nueva institucionalidad ambiental, actuando particularmente coordinado con el Ministerio de Medio Ambiente y con la Superintendencia, de modo de presentarse adecuadamente ante los tribunales especializados, cuyas resoluciones poseen un alto estándar técnico-jurídico.

De esta forma, el Consejo presentó la primera demanda por daño ambiental ante los nuevos Tribunales Ambientales –“Estado de Chile con Centro de Residuos Orgánicos Colhue”–, juicio que terminó con la primera transacción judicial ante este nuevo órgano, en virtud de la cual la demandada se obligó a reparar materialmente el daño ambiental, bajo el control y la supervigilancia directa del Tribunal Ambiental de Santiago.

Fue también una demanda del Consejo de Defensa del Estado –“Estado de Chile con Servicios Generales Larenas”– la que dio lugar a la primera sentencia por daño ambiental dictada por el tribunal. La sentencia, de relevancia doctrinaria, acogió la tesis sustentada por el Consejo en sus demandas, en particular sobre el alcance de la presunción legal contemplada en el artículo 52 de la Ley 19.300, que incluye no sólo la presunción de culpabilidad, sino también la del nexo causal.

También algunos lamentables episodios de daño ambiental ocurridos ya hace años se resolvieron judicialmente en 2014. Éste es el caso, por ejemplo, del daño por contaminación de suelos por residuos industriales en la comuna de San Bernardo. En fallo unánime, la Corte Suprema estableció la responsabilidad ambiental de la empresa Molimet S.A., como autora material de dicha acumulación, y de la Empresa de Ferrocarriles del Estado, en su calidad de propietaria del predio. Esta sentencia destacó por establecer la responsabilidad solidaria de los propietarios que incurren en omisión culposa, al no adoptar las medidas de vigilancia y los cuidados necesarios para evitar el daño.

También es importante subrayar el caso de contaminación de la bahía de Mejillones, en 2009, tras el derrame de 2.500 litros de hidrocarburo, causa que destacó por ser la primera sentencia favorable dictada por la Corte Suprema en el marco de una demanda tramitada bajo las normas de la Ley de Navegación. En fallo unánime, el máximo tribunal estableció responsabilidad civil por el derrame de sustancias contaminantes en el medio marino, así como la procedencia de la reserva para discutir la especie y el monto de los perjuicios en la etapa de cumplimiento de fallo, en materia de responsabilidad extracontractual. Ello confirmó lo sostenido por el Consejo, en orden a que los propietarios y armadores de las naves causantes de derrames deben responder por el daño ecológico causado.

Por último, tras ocho años de litigación por la destrucción del ecosistema del humedal Río Cruces y Santuario de la Naturaleza Carlos Anwandter, en Valdivia, se acogió la demanda de reparación ambiental presentada por este Consejo en contra de Celco S.A. –hoy Arauco–, a quien se condenó a la reparación del ecosistema afectado y al pago de una indemnización de perjuicios.

En 2014, el Consejo recaudó efectivamente para el Estado de Chile –mediante su ingreso a la Tesorería provincial– los 2.600 millones de pesos obtenidos mediante transacción suscrita entre las partes en relación al monto de indemnización, considerando que el Consejo de Defensa del Estado reservó la discusión sobre el monto para la etapa de cumplimiento de fallo.

En el marco del cumplimiento de la sentencia reparatoria, el Consejo de Defensa del Estado desarrolló –en conjunto con Arauco– un inédito plan participativo, académico, técnico y social que, a través de una alta participación ciudadana, ha logrado el diseño final de cuatro medidas de reparación. Se consensuó, además, el destino de otros 2.600 millones de pesos para proyectos comunitarios en Valdivia.

En este sentido, la Procuraduría Fiscal de esa ciudad desempeñó un importante papel en la concreción de los acuerdos alcanzados. No existen experiencias mundiales de esta índole, en que el principio de soberanía directa se manifiesta de forma tan certera en un asunto de alta complejidad jurídica y científica. Ésta ha resultado ser una experiencia fundamental de aprendizaje para el Consejo, debido a la trascendencia que involucra lograr medidas de reparación afianzadas en la participación ciudadana.

Servicio de mediación por daños en salud

En términos generales, el litigio es la herramienta que el Consejo de Defensa del Estado utiliza para enfrentar los conflictos jurídicos donde el Fisco se ve involucrado. Sin embargo, este organismo tiene un mecanismo distinto que se desarrolla en torno a la colaboración. Me refiero a la mediación por daños en salud, que el 4 de marzo recién pasado cumplió diez años desde su instalación, y que incorpora métodos de resolución participativa para las divergencias que se susciten entre el ciudadano y los servicios públicos ante posibles faltas de servicio.

La mediación ha permitido quebrar la curva ascendente de judicialización del área sanitaria y, a su vez, ha permitido que las personas puedan acceder de manera efectiva a un procedimiento prejudicial, gratuito, rápido y con un menor costo para ambas partes: los usuarios de la red asistencial y los servicios públicos de salud reclamados.

En 2014 se realizaron 1.082 procedimientos de mediación, con un 20,4% de acuerdos, que incorporan soluciones que consideran los intereses de ambas partes, los que no siempre son pecuniarios. Recoger la necesidad de reparación de los ciudadanos es un aporte concreto

de nuestro servicio de mediación. En efecto, más del 50% de dichos acuerdos consistió en el otorgamiento de prestaciones médicas, tanto en el sector público como privado; explicaciones; disculpas de los funcionarios involucrados, otorgadas en audiencia y ratificadas por escrito; compromisos de capacitación de los funcionarios de determinadas áreas; cambios en los protocolos de atención de los establecimientos de salud, entre otras medidas.

La información sobre incidentes de salud por los que se reclama en contra de un establecimiento público –errores de diagnóstico o de procedimiento en atenciones de urgencia, por ejemplo– y las especialidades médicas involucradas en ellos ha sido sistematizada por la Unidad de Mediación del Consejo y compartida con los establecimientos reclamados. En la misma línea, dicha Unidad realizó durante 2014 una serie de reuniones de trabajo con directivos sanitarios, en las cuales se concordó que un aspecto fundamental de la labor realizada es el impacto que ésta tiene en el mejoramiento de la atención de salud, a través de la detección de malas prácticas que finalmente redundan en faltas de servicio.

Hemos participado en un germen de cambio cultural, pues a diez años del establecimiento de la mediación es posible apreciar cómo los hospitales reclamados se han ido involucrando cada vez más en los procesos –no obstante ser voluntaria su participación–, entregando la información sobre las atenciones brindadas y las explicaciones para el reclamante, independientemente de si se llega o no a acuerdo.

Coherente con ello, la implementación de un Modelo de Excelencia de Atención de Público ha logrado un alto nivel de satisfacción usuaria, pues más del 80% de reclamantes y reclamados se declaran “muy satisfechos” o “satisfechos” con el servicio otorgado.

Por el compromiso y profesionalismo de la labor realizada, no puedo dejar pasar esta oportunidad para transmitir mi aprecio y respeto profesional a todos quienes conforman a lo largo del país el equipo de Mediación del Consejo de Defensa del Estado, al cumplir diez años de valiosa trayectoria.

Gestión interna

La modernización institucional es el mayor desafío que el Consejo se ha propuesto para orientar su rol institucional y cumplir con mayor eficiencia las exigencias que le impone la dinámica realidad del país al Estado. Por eso, en este primer año de gestión, se ha procurado apoyar decididamente e impulsar el proceso de modernización y de mejoramiento de gestión que venía desarrollándose desde presidencias anteriores.

Para ello, conocer, de primera fuente y sin intermediarios, la realidad en que se desempeñan los equipos de las 17 procuradurías fiscales fue una de las metas que me propuse concretar en el corto plazo. Cómo se cumple la función, esto es cómo “se hace Consejo” en cada una de las procuradurías, difiere en el norte, centro y sur del país. Por ejemplo, los tamaños de los equipos, así como las áreas de mayor especialidad y, por cierto, aquellas que se requiere reforzar; las características de cada plaza, la enorme experiencia acumulada de abogados procuradores fiscales, abogados y administrativos; las lecciones aprendidas; el ingenio que se exige en las zonas extremas; las necesidades más urgentes; el admirable trabajo en equipo; y –fundamentalmente– los puntos de vista respecto del Consejo a nivel central.

El esfuerzo modernizador que se encuentra desarrollando el Servicio debe asegurar fielmente que en cada propuesta de mejoramiento y cambio sea considerada la perspectiva regional. Con ese objetivo se instruyó al equipo del Programa de Modernización Institucional visitar, en un plazo acotado, la totalidad de las procuradurías fiscales, darles a conocer directamente los rediseños de procesos, resolver las inquietudes y, sobre todo, recoger las particularidades de cada una, como insumo irrenunciable para el éxito del proceso.

Proteger el patrimonio que pertenece a todos permite asegurar el desarrollo de políticas públicas en beneficio de todos los ciudadanos. La fuga de recursos fiscales significa, en concreto, menos recursos para la implementación de programas, subsidios, becas, infraestructura, etc. Esa es la magnitud que el cumplimiento exitoso de la misión del Consejo alcanza. Y así lo entienden sus funcionarios. De esta forma, el Programa

de Modernización Institucional –iniciado en 2012 y financiado mediante un crédito entre la República de Chile y el Banco Interamericano de Desarrollo– persigue mantener y acrecentar sus elevados estándares jurídicos y judiciales.

A diciembre de 2014, este esfuerzo modernizador ya puede exhibir parte importante del camino recorrido. A esa fecha ha sido utilizado alrededor del 40% del presupuesto total, a través de la implementación de proyectos asociados a su Plan Estratégico –instrumento que se ha convertido en un importante mapa de ruta para la institución– y del desarrollo de consultorías especializadas llevadas a cabo en cada uno de sus tres componentes de trabajo. Las iniciativas propuestas han sido socializadas transversalmente y adaptadas a las realidades y características de las unidades, comités y procuradurías en regiones.

Al levantamiento completo de todos nuestros procesos de negocio en la Procuraduría Fiscal de Santiago y a nivel central (que se desarrolla en las demás regiones actualmente) se suman otras tres relevantes consultorías que entregaron sus informes de resultados y propuestas de iniciativas en 2014: el rediseño de procesos de personas, en el ámbito de los recursos humanos; el rediseño del sistema de información gerencial y el modelo de costo de productos estratégicos y servicios. Este último apoyará la toma de decisiones directivas para la racionalización del trabajo de la institución, de modo de conocer el costo real de cada uno de los servicios que presta el Consejo, e identificar aquellos en que el resultado de su acción, en términos de recursos recuperados para el Fisco, es menor a los recursos invertidos con ese fin. Nuestro deber de protección del patrimonio fiscal debe hacerse también hacia adentro intentando que los recursos invertidos no sean mayores que los retornos obtenidos.

De manera paralela, durante 2014 el Subdepartamento de Recursos Humanos trabajó en la elaboración y validación, por parte de las Asociaciones de Funcionarios y de Abogados del Consejo, de una Política de Gestión de Personas, de modo de contar con directrices y lineamientos que orienten la labor en ese ámbito y que considere las instrucciones de la Dirección Nacional del Servicio Civil.

Fortalecer la gestión de los recursos humanos es un objetivo relevante para el Servicio. Resulta prioritario contar con funcionarios con las aptitudes, habilidades y competencias necesarias para enfrentar causas cada vez más complejas, que requieren mayores grados de especialización, o volúmenes progresivamente altos de asuntos que deben ser atendidos eficientemente. Por eso, resulta fundamental disponer de formas de trabajo y equipos preparados para responder a los cambios normativos y del entorno.

Reforma Procesal Civil como objetivo estratégico

Una de las preocupaciones reiteradas por los directivos del Consejo durante el Encuentro Nacional de Trabajo realizado en noviembre, en la ciudad de Puerto Varas, es la perentoria necesidad de prepararse para enfrentar la puesta en marcha de la Reforma Procesal Civil, de modo de evitar un impacto negativo en el resultado y gestión del Consejo.

Con ello en mente, el Consejo organizó un seminario sobre el nuevo Código dirigido a sus abogados procuradores fiscales y abogados de Santiago, que contó con las ponencias de los profesores José Pedro Silva, Raúl Tavolari y Cristián Maturana. Un desafío para este año en el área de Defensa Estatal es propender a un acercamiento del Servicio a la Reforma, que posibilite una participación activa de éste durante la discusión legislativa, en la eventualidad de que ésta se reactive en 2015.

Relación con nuestros clientes como principal preocupación

Implementaremos una política de fortalecimiento de las relaciones con nuestros clientes, coordinación que se estima imperiosa para lograr una gestión eficiente, pero especialmente para prepararnos a cambios tan sustantivos como la Reforma Procesal Civil. Con aquellos que tenemos una relación formal se establecerán mecanismos de seguimiento, evaluando su efectividad y eventuales necesidades de actualización o modificación de su contenido.

Impulsaremos medidas de acercamiento que nos permitan concluir en el establecimiento de vínculos formales con los clientes, esperando

augmentar significativamente el número de convenios o protocolos referidos a defensa y representación en juicios. Entre los objetivos está, especialmente, enriquecer las comunicaciones mediante la designación de interlocutores perfectamente identificados, tanto dentro de nuestra institución como en la orgánica del cliente, e incrementar el acceso a la versión del *software* mejorado el año pasado, que permite a los clientes consultar casi la totalidad de la información registrada en el Sistema de Gestión de Causas, visualizando permanentemente los juicios de su interés. Finalmente, se pondrá especial atención a las necesidades que puedan existir a nivel local, con miras a establecer convenios interregionales.

Resulta relevante en este sentido subrayar nuevamente que estamos a su disposición, no sólo ante la judicialización de conflictos, sino también con carácter preventivo. En el marco del trabajo cotidiano, sea en la contratación pública o en cualquier otro ámbito que entrañe contingencias judiciales, una participación del CDE puede impedir una posterior judicialización o fortalecer la posición del Estado si ello se torna inevitable. En 2014 tuvimos una exitosa experiencia con el Ministerio de Justicia, en el marco de la licitación de los brazaletes electrónicos de la ley 20.603.

En razón de lo anterior, la consultoría para diseñar un modelo de relacionamiento con los clientes del Consejo reviste importancia estratégica, porque es en ellos donde hemos puesto el foco de nuestro proceso modernizador. Cada una de las iniciativas en desarrollo por el Programa, así como otras llevadas adelante paralelamente por unidades y procuradurías, busca justamente fortalecer esta relación, de modo de ejercer de la mejor manera posible su representación ante los tribunales.

Durante diciembre se entrevistó a 40 funcionarios del Consejo y 42 representantes de 27 organismos públicos para el diseño de un modelo de gestión que refuerce una relación integral con usuarios y clientes y considere mecanismos de relación permanentes para el intercambio de información, retroalimentación y evaluación. Concretamente estamos trabajando para representar de la mejor manera a cada uno de ustedes, sin embargo, este proceso necesita de su apoyo. En lo inmediato, por ejemplo,

es imprescindible para nosotros contar con información oportuna y suficiente para la adecuada construcción de nuestras estrategias judiciales que permitan proteger adecuadamente el interés fiscal.

Un ejemplo de buena coordinación es lo logrado con la Superintendencia de Valores y Seguros en el marco del caso Cascadas, que permitió consolidar una relación de trabajo común, basada en la confianza profesional, decisiva a la hora de una evaluación positiva de los resultados.

En el área de la mediación, las reuniones llevadas a cabo con establecimientos públicos de salud que concentran reclamos y cuyo porcentaje de acuerdos de mediación ha disminuido, es otro ejemplo de coordinación y búsqueda de soluciones. Puede mencionarse también el permanente diálogo que la Unidad de Medio Ambiente mantiene con el Consejo de Monumentos Nacionales y con los servicios con competencia ambiental.

Particularmente durante el año pasado, la División de Defensa Estatal, con la asesoría técnica del Subdepartamento de Informática, desarrolló una nueva versión de la aplicación disponible para clientes, que permitió posibilitar el acceso casi total al Sistema de Gestión de Causas, *software* en el cual se registran todos los asuntos judiciales y extrajudiciales en que interviene el Servicio. Hoy es posible para estos clientes visualizar completamente los expedientes de sus causas, así como los documentos adjuntos, se trate de escritos, fallos, oficios u otros: prácticamente la misma información a la que acceden nuestros abogados, con excepción de los acuerdos de comité y cuadernos administrativos.

Tras la firma, en enero de 2014, de una nueva versión del convenio entre el Consejo y el Ministerio de Obras Públicas –nuestro principal cliente institucional, desde el punto de vista del número de causas– se realizaron diversas capacitaciones en el manejo de esta nueva herramienta informática a las principales unidades de ese organismo, como son la Unidad de Apoyo a la Defensa del Interés Fiscal y a las Unidades de Expropiaciones de Concesiones y Obras Portuarias (COOP) y de la Dirección de Obras Hidráulicas (DOH). Pero no sólo con clientes,

sino también con nuestros principales *stakeholders*. Tan sólo hace una semana, este Consejo firmó un importante convenio de cooperación interinstitucional con la Corporación Administrativa del Poder Judicial que posibilitará el intercambio de experiencias, conocimientos y tecnologías entre ambos organismos. La iniciativa –impulsada por el Programa de Modernización Institucional, con la asesoría técnica del Departamento de Informática– permitirá al Consejo acceder a información relevante de las causas que tramita en los diferentes juzgados del país, disponer de los audios de las audiencias en materia laboral y penal y facilitar el acceso a los receptores del Servicio para la tramitación en forma remota de las causas en que participan.

Una segunda fase concretará la interoperabilidad de ambos organismos, mediante el acceso íntegro y directo desde las plataformas del Consejo a los expedientes de sus causas en tribunales, además de la habilitación de un mecanismo de entrega digital de escritos. Ambos elementos significan para el Consejo un importante apoyo logístico a su labor litigiosa.

Esperamos avanzar en esta misma línea con otros interactuantes como la Contraloría General de la República, el Ministerio Público y sin duda con nuestros clientes.

Visión 2015

La certeza que otorga el trabajo realizado con compromiso y rigurosidad permite al Consejo de Defensa del Estado ratificar los resultados obtenidos en 2014 en la defensa de los intereses del Estado en juicio, el cumplimiento de las metas de gestión comprometidas y el avance en el fortalecimiento de sus procesos internos y de sus recursos humanos.

La completa revisión y modernización de sus procesos de negocio es resultado de su propia búsqueda de eficiencia y calidad de servicio. Estamos comprometidos en un proceso permanente de desarrollo organizacional, marcado por el espíritu de superación profesional que

guía las acciones de nuestros funcionarios y que converge en el plan global de modernización en que estamos empeñados.

Por esto, no resulta inadecuado pensar en interesantes y naturales pasos en el fortalecimiento del Consejo y ampliación de su órbita de atribuciones hacia el futuro. Ellas van desde la litigación ante el CIADI hasta otras instancias internacionales relevantes. Actualmente ya se observan cooperaciones importantes del Consejo con la Cancillería, tanto en la participación de tres abogados consejeros en el Consejo Consultivo para la defensa de los intereses de Chile ante La Haya, así como en la causa “Maldonado y otros con Estado de Chile” ante la CIDH, en la que el Consejo de Defensa del Estado fue requerido por el Pleno de la Corte Suprema para participar en la defensa del Estado en su dimensión jurisdiccional, y en la que uno de nuestros consejeros asistirá como agente.

Ello, con la visión que nos hemos trazado como meta al cumplir 120 años y mirando hacia los cien próximos: Ser una institución de excelencia, reconocida por su prestigio profesional, que actúa proactivamente en la defensa judicial de los intereses del Estado y se proyecta como actor relevante en el ámbito jurídico, contribuyendo al fortalecimiento y desarrollo de la institucionalidad jurídica del país.

DOCTRINA

LOS ACTOS DE PIRATERÍA EN LA LEGISLACIÓN PATRIA

Jaime Rodríguez Espoz¹

RESUMEN: *La Convención sobre el Derecho del Mar, celebrada en Jamaica en diciembre de 1982, fue ratificada por Chile y publicada en el Diario Oficial el 16 de noviembre de 1997. A partir desde entonces adquirió la jerarquía de ley de la República con fuerza obligatoria (artículo 7° del Código Civil) y su importancia radica en que contiene una enumeración de los actos de piratería (artículo 101) y así se convierte en un texto complementario del actual artículo 434 del Código Penal que los sanciona y cuya redacción actual se fijó en 1959. Desde luego, el tratado no impone penas, así respeta el principio de la reserva o legalidad, pues se limita a adicionar y aclarar una norma ya incorporada en la legislación penal interna, la que tampoco modifica ni deroga, sino por el contrario, su enunciado se concilia plenamente con el pensamiento de la Comisión Revisora del Código Penal al consagrar este delito y la opinión de la doctrina sobre la materia, de modo que es dable asignarle caracteres interpretativos, sin perjuicio de integrarse con variadas disposiciones legales nacionales, incluidos algunos atentados aéreos, por lo que no se divisa inconveniente para su aplicación como modalidades de los actos de piratería que reprime el Código Penal.*

ABSTRACT: *The United Nations Convention on the Law of the Sea, held in Jamaica in December 1982, was ratified by Chile and published in the Official Gazette on November 16, 1997. From then onwards it acquired*

¹ **JAIME RODRÍGUEZ ESPOZ.** Ex Ministro y actual Abogado Integrante de la Corte Suprema, Ex Gobernador de Los Andes, Diplomado en “Actualización en Instituciones Jurídicas Fundamentales” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Profesor de Derecho Penal de la UNAB y ESCIPOL de la PDI.

the hierarchy of law of the Republic legally binding (Article 7 of the Civil Code). Its importance is that it contains a list of acts of piracy (article 101) and thus becomes a clear text which complements article 434 of the Criminal Code that punishes Piracy and whose current text was set in 1959. The treaty does not impose sanctions and it respects the principle of legality, since it limits itself to add and clarify a provision already incorporated in domestic criminal law. It is possible, therefore, to assign an interpretative character to the Convention, without prejudice to integrate it with various national laws.

PALABRAS CLAVE: *Convención sobre el Derecho del Mar – Código Penal (artículo 434) – Delitos contra el orden internacional – Delitos terroristas – Piratería.*

1.- Evolución.- Esta figura, con “un sabor casi puramente histórico”² “y que en otras legislaciones ha sido eliminada de los delitos que afectan a la propiedad”³ por la dificultad en determinar un concepto exacto y en precisar el bien jurídico lesionado, provocó curiosas indecisiones en la CR, que al comienzo la ubicó entre los atentados contra la seguridad exterior del Estado para, enseguida, cambiarla a aquellas contra las personas, aunque en opinión de Fabres, lo era más bien contra el derecho de gentes (sesión 26), idea que todavía perdura en la cátedra⁴; con posterioridad se acordó crearle un título especial, bajo el epígrafe contra la seguridad pública del Estado, hasta que se incorporó entre los delitos de robo (sesión 144), desechando una ulterior indicación en orden a destinarle un párrafo separado en este título⁵, desde que “no es por lo general sino una especie de robo cometido en el mar, atacando sin que medie un estado regular de guerra” (sesión 164), pero castigó “en todo caso a los piratas”, aunque no conste la perpetración y por el solo

² Etcheberry: “Derecho Penal”, t. III, pág. 347.

³ Garrido: “Derecho Penal”, t. IV, N° 103.1, pág. 223.

⁴ Novoa: “Curso de Derecho Penal Chileno”, t. I, N° 119, pág. 170.

⁵ Rivacoba: “Código Penal – Actas de las sesiones de la CR”, págs. 300 y 301, 507 y 508, y 544 a 546.

hecho de navegar como tal⁶. Así se le dio el carácter de delito de peligro abstracto, que conservó hasta que la ley N° 13.303 de 1959 lo convirtió en delito de lesión o resultado, al sustituir la persona del pirata por los “actos de piratería”, aunque sin señalar sus caracteres ni suministrar criterios para establecerlos.

2.- Su **actual vigencia**.- En los tiempos que corren, debido al incremento del tráfico comercial marítimo que requiere del “buen orden en el mar”, el injusto recobra pleno vigor no sólo dentro del país con los asaltos armados a embarcaciones pesqueras, sino también en el Océano Índico, a las mercantes, en procura de rehenes bajo rescate, muchas veces con repercusiones fatales⁷ que entorpecen la libre navegación, sembrando la inquietud entre las autoridades, navegantes y empresas navieras, de manera que lejos de una simple reminiscencia histórica, su creciente importancia ha originado conferencias planetarias⁸, con acuerdos para extirparla⁹, como una de las limitaciones imprescindibles al refrán de “libertad de los mares”¹⁰ y de paso, entregan una noción común que corrige la imprecisión y falta de especificación de los “actos de piratería”, que se reprocha a nuestro legislador. Además, se le confirió calidad de delito cosmopolita con la correspondiente extraterritorialidad para su persecución (arts. 6°, N° 7°, COT y 308 CDIP), debido a que compromete un número de bienes jurídicos protegidos unánimemente por considerarlos patrimonio ecuménico.

3.- **Concepto**.- Esta ausencia de una noción de la piratería y de una descripción afinada de las conductas que configuran los “actos de

⁶ Rivacoba: op. cit., pág. 545; y Garrido: op. cit., t. IV, N° 103.1, pág. 223.

⁷ Revistas “Mundo Marítimo”, pág. 1; “Mar”, pág. 1; y caso “Tasso Segura y otros”, rit N° 130 – 2006, TOP de Concepción.

⁸ Conferencia contra la piratería marítima celebrada en Roma, en abril de 2012, con participación de Italia, Reino Unido, EE.UU. y Egipto.

⁹ Código de Derecho Internacional Privado o de Bustamante (1934), Convenios de Ginebra (1958) y de Jamaica (1982), Conferencia de Roma (1988) y Convenio sobre Derecho del Mar (1997).

¹⁰ Dougnac: “Actitud internacional ante la piratería...”, N° 1, pág. 1.

piratería”, aparece también en nuestra normativa general y así los citados arts. 6º, N° 7º, COT y 308 CDIP se refieren escuetamente a la “piratería”, en tanto que el art. 641 CC menciona a los “piratas” a propósito de las presas que no pueden adquirirse por la ocupación, mientras que el art. 309 CDIP habla del “abordaje culpable en alta mar... entre naves”. En un plano similar, el art. 114 CP reprime la destinación de “buques al corso” y el 640 CC se remite a una ordenanza del mismo derogada hace bastante tiempo.

Frente a semejante parquedad legislativa, los tratadistas han propuesto diversas definiciones ajustadas al pensamiento de la CR y para Bello “es un robo o depredación ejecutado con violencia en alta mar, sin autoridad legítima. Los piratas son en el mar lo mismo que bandoleros o salteadores en tierra”¹¹. A su vez, Labatut repite que “los piratas son ladrones del mar que salen en buque armado y sin bandera a asaltar otros buques o pueblos costaneros”, línea que sigue gran parte de nuestra literatura¹², a la que suele agregarse el lucro o “animus furandi”¹³.

4.- Tarea interpretativa.- En efecto, el art. 434 sanciona a “los que cometieren actos de piratería”, sin “la descripción de la conducta incriminada a otra norma de similar o inferior rango, sino que la contiene en su propio texto”. En tanto, el TC aduce que “también puede consignar términos que, a través de la función hermenéutica del juez, permitan igualmente obtener la representación cabal de la conducta. El magistrado siempre debe desentrañar el sentido de la norma, recurriendo a operaciones intelectuales que ordinariamente conducen a la utilización de más de un elemento de interpretación”¹⁴, tarea aclaratoria a la que contribuye la indicada historia fidedigna de la ley (art. 19, inc. 2º, CC).

¹¹ Mencionado por Fernández: “Código Penal - Explicado y Concordado”, t. II, pág. 215; y por Verdugo: “Código Penal – Concordado”, t. V, pág. 102.

¹² Labatut: “Derecho Penal”, t. II, N° 470, pág. 205; del Río, aludido por Verdugo: op. cit., t. V, pág. 102; Novoa: op. cit., t. I, N° 119, pág. 170; y Etcheberry: op. cit., t. III, págs. 347 y 348.

¹³ Vodanovic: “Curso de Derecho Civil – Los bienes”, t. III, N° 373, págs. 283 y 284; Dougnac: op. cit., N° 2, pág. 2; y Etcheberry: op. cit., t. IV, pág. 330.

¹⁴ Sentencia pronunciada en requerimiento de inconstitucionalidad del TOP

5.- **Normativa suplementaria.**- Para estos propósitos, el método sistemático de averiguar la voluntad del legislador y los valores que desea proteger (art. 22, inc. 2º, CC), suministra un alcance al “que sin autorización legítima... destinare buques al corso, cualquiera que sea el objeto que se proponga” (art. 114), con ocasión de los delitos contra los principios del Derecho Internacional, que en sus objetivos concuerda con las naves piratas, máxime si se repara que la LSE, entre los ilícitos contra la seguridad interior del Estado, castiga a “los que inciten, induzcan, financien o ayuden a la organización de milicias privadas, grupos de combate u **otras organizaciones semejantes**” (art. 4º, letra d) cuando se llevan a cabo en tiempo de paz (art. 5º, inc. 1º) y que, a mayor abundamiento, califica de verificarse “en tiempo de guerra externa” (inc. 3º). Todavía más adelante inserta entre los injustos “contra el orden público” a “los que, de hecho y por cualquier medio, destruyan, inutilicen, paraliquen, interrumpan o dañen las instalaciones, los medios o elementos... de transporte o de distribución, y los que, en la misma forma, impidan o dificulten el libre acceso” (art. 6º, letra c), o “toda interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga” del transporte (art. 11). Por su parte, tales conductas las reprime la LCA en términos similares a los del art. 4º, letra d, incluyendo el almacenamiento (art. 8º).

A su vez, la LCT ofrece ideas suficientes para dilucidar los actos de piratería cuando recoge la línea del “abordaje culpable en alta mar o en el aire, entre naves o aeronaves de distinto pabellón” (art. 309 CDIP), para tipificar como conductas terroristas “apoderarse o atentar en contra de una nave o aeronave, o realizar actos que pongan en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de sus pasajeros o tripulantes” (art. 2º, N° 2), los incendios en buques o estragos por sumersión o varamiento (N° 1º). Y por su parte, el CC, al reglamentar la ocupación como modo de adquirir el dominio, niega a los particulares su acceso a través de la ocupación de propiedades enemigas por captura bélica (art. 640), que sólo corresponde al Estado triunfante, y ordena que tampoco transfieran a los privados “las presas hechas por bandidos, piratas o insurgentes”, pero cualquiera puede recuperarlas para ponerlas a disposición de su

dueño (art. 641, inc. 1°), en una consagración del proverbio “pirata non mutat dominium”¹⁵, con lo cual recalca la ilicitud de estas actividades.

6.- Pactos externos. - Más allá de las concepciones jurisprudenciales o doctrinarias que procuran superar los vacíos legales, surgen los tratados internacionales ratificados por Chile, que en su origen suelen ser de 2 categorías: **bilaterales**, cuando los acuerdan dos gobiernos sobre temas específicos, como el firmado en Lima con Perú en 1929, que resolvió la cuestión del dominio y soberanía sobre las provincias de Tacna y Arica, como consecuencia de la guerra del Pacífico; y **multilaterales** o colectivos si lo hace un grupo o conjunto de naciones, como el Convenio Andrés Bello, que regula la homologación de grados académicos y títulos profesionales entre ocho países que lo convinieron en 1990, en Madrid (España).

6.1. En cuanto a sus efectos, cualquiera sea su clase, la mayoría de la cátedra proclama **ordinariamente** su igual jerarquía con las leyes nacionales porque la CPR los somete a los mismos trámites de aquéllas (arts. 32, N° 15°, y 54, N° 1°) y al control preventivo obligatorio de constitucionalidad (art. 93, N°s. 1° y 3°), en vista de lo cual pasan a integrar el derecho local¹⁶, al punto que la CGR ha dictaminado que “en caso de conflicto de leyes, deben prevalecer los términos del tratado internacional, acto jurídico colectivo que compromete la responsabilidad del Estado sobre la ley interna, que constituye un acto jurídico unilateral”¹⁷, con lo cual se concilia con el art. 27 CVDT, divulgado en el D. O. de 22 de junio de 1981. Por ej.: la Convención celebrada en La Habana (Cuba) en 1928, donde 21 Estados americanos ratifican el

¹⁵ Rosende: “Derecho Civil – Bienes”, N° 70.4, pág. 44; Vodanovic: op. cit., N° 373, pág. 284; y Dougnac: op. cit., N° 3, pág. 5.

¹⁶ Pacheco: “Teoría del Derecho”, págs. 339 y 340; Gamboa: “Derecho Internacional y Derecho Interno”, págs. 28 y 29; Vargas: “Derecho Internacional Público”, N° 132, págs. 216 y 217; Duncker: “Derecho Internacional Privado”, N° 31, págs. 44 a 46; y Paúl: “Procesos sobre violación de derechos humanos”, N° 5.2, pág. 155.

¹⁷ Dictamen N° 9.353, de 15 de abril de 1991, citado por Tomasello en “Influencia de los tratados en el derecho civil”, N° 2, letra g), pág. 133; y Paúl: op. cit., N° 5.3, pág.155.

Código de Derecho Internacional Privado anexo, más conocido como Código de Bustamante, en homenaje a su autor.

6.2. **Excepciones:** aun cuando no es posible desconocer entre las salvedades de esta alcornia:

6.2.1. Los relativos a los DD. HH. con un rango intermedio, superior a la ley patria, pero inferior a la CPR (art. 5º, inc. 2º), como lo ha declarado reiteradamente el TC¹⁸, reconocimiento que en modo alguno envuelve una apertura indiscriminada a todo el Derecho Internacional, sino que se circunscribe a los compromisos asumidos respecto de determinados derechos esenciales de la naturaleza humana. Verbi gracia, tratados contra la tortura y penas crueles e inhumanas o degradantes: Dec. Supr. de RR. EE. N°s. 808 y 809 de 1988 - Convención sobre prevención y castigo de delitos contra personas protegidas internacionalmente, de 1977 - Convención sobre secuestro internacional de niños, de 1994 - Convención de Ginebra de 1951 sobre delitos de lesa humanidad y genocidio; y

6.2.2. En materia penal hasta no hace mucho, en contraste, se les desconoció como fuente directa, pues se decía que por su naturaleza no crean delitos ni imponen sanciones, a fin de acatar la legalidad o reserva, y sólo se les aceptaba como fuente mediata, secundaria o indirecta, aunque el auge de los llamados delitos de lesa humanidad en el presente han permitido sancionar ilícitos descritos en los tratados internacionales, incluso de jus cogens, con antelación a su tipificación en la ley positiva interna. En todo caso, para mayor exactitud conviene distinguir entre:

6.2.2.1. Los cuerpos **marco**, cuando el Estado parte se compromete a tipificar determinadas acciones nuevas¹⁹, como la Convención sobre los

¹⁸ Sentencia dictada en recurso de inconstitucionalidad N° 2.387-2013, rol TC, considerando 12º.

¹⁹ Politoff et al.: “Lecciones de Derecho Penal Chileno”, t. I, págs. 100 y 101; Mera: “Recepción de los instrumentos internacionales en la legislación penal chilena”, pág. 76; y Paúl: op. cit., N°s. 5.3, pág. 155; y 5.5, págs. 159 y 160.

Derechos del Niño, promulgada en 1990, que obligó a dictar la normativa adecuada a esas pautas; y

6.2.2.2. El texto **complementario**, que adiciona o completa un tipo legal ya ínsito en el derecho nacional que resulta clarificado y a diferencia de los anteriores, lo aproxima bastante a la interpretación auténtica (arts. 3º, inc. 1º y 9º, inc. 2º, CC), con su retorno a la regla general merced a que forman parte del ordenamiento positivo, entonces “el asunto de su persecución en Chile no suscitará problemas”²⁰ e incluso “su infracción puede ser denunciada en casación”²¹ o en nulidad (art. 373, letra b, CPP), lo que refuerza la CVDT al prescribir que “obliga a las partes y debe ser cumplido... de buena fe”, sin que pueda justificarse el incumplimiento invocando una disposición interna (arts. 26, 27 y 29).

7.- Los **tratados complementarios**.- Bajo estos parámetros, el art. 101 de la CDM, publicado en 1997, salva los silencios del art. 434 de 1959, cuyo tenor ni siquiera altera, pues se limita a describir los actos que constituyen piratería, en una enunciación que se compadece con el pensamiento de la CR y de los autores en su combate contra este flagelo. Continúa así la marcada evolución experimentada por la legislación interna, con un claro tinte interpretativo que se desprende de su naturaleza y fines contenidos²² en su enumeración. Tales acciones consisten en:

a) Todo acto ilegal de violencia o detención o todo acto de depredación cometidos con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un vapor o de un aeroplano privados y dirigidos:

i) Contra un navío o una aeronave en alta mar o contra personas o bienes a su bordo;

²⁰ Politoff et al.: op. cit., t. I, págs. 124 y 125.

²¹ Ortúzar: “Las causales del recurso de casación en el fondo en materia penal”, N° 64, pág. 156

²² Ducci: “Interpretación jurídica”, N° 22, págs. 46 y 47.

ii) Contra un bajel o un aparato volador, personas o cosas que se encuentren en un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado;

b) Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de un avión, cuando el que lo realice tenga conocimiento de hechos que den a dichos artefactos el carácter de piratas;

c) Todo acto que tenga por objeto incitar a los actos definidos en el apartado a) o en el segmento b) o facilitarlos intencionalmente.

8.- **Naturaleza jurídica.**- De partida, la CR la tildó de un tipo calificado de robo con violencia o intimidación perpetrado en el mar, cuya conducta central consiste en la depredación o asalto de embarcaciones, valiéndose de navío (art. 826 CCom) armado, “sin que medie un estado regular de guerra”, con lo cual se adecua a la concepción de la CDM y que con frecuencia margina las simples apropiaciones o robos cometidos a bordo (art. 3° LN) por los llamados “ladrones de bahía”, esto es, los individuos que desde tierra sustraen cosas desde los artefactos surtos en algún puerto²³ y las sustracciones en aguas jurisdiccionales.

Es un delito de lesión que sanciona las depredaciones efectivamente cometidas, sin requerirse habitualidad pues basta con un solo atraco; y todavía de consumación anticipada o resultado cortado, ya que se castiga como consumado desde que se encuentra en grado de tentativa (art. 450, inc. 1°), dentro del cual emergen inherentes a su descripción varias agravantes (art. 63, inc. 2°) que corroboran su carácter de robo calificado. **Elementos:**

8.1. Sujeto activo **propio**: a pesar que el art. 434 alude a “los que cometieren”, de la historia fidedigna del precepto, la academia infiere que son los piratas o “ladrones, bandoleros o salteadores del mar” que navegan en grupos organizados de delincuentes armados y sin bandera, y en quienes concurren las agravantes singulares de la pluralidad de malhechores (art. 456 bis, N° 3°) y del armamento que portan (art. 450, inc. 2°), junto con las genéricas del auxilio de gente armada y porte de

²³ Etcheberry: op. cit., t. III, pág. 348.

armas (art. 12, N°s. 11° y 20°), demostrativas de la peligrosidad de estos agresores por el mayor riesgo de daño debido a la capacidad lesiva del auxilio²⁴, aunque quedan subsumidas en la acción.

Pero el art. 101 CDM los explicita no sólo a la tripulación y pasajeros, sino que a otros sujetos que participan voluntariamente en el empleo de la embarcación pirata con conocimiento de esta circunstancia; y la incitación o facilitación de violencia, detención o depredación contra navíos en alta mar, con lo cual no hace otra cosa que darle su real alcance al enunciado preliminar amplio del art. 434, pero igualmente abarca las tres modalidades de coautoría contempladas en el art. 15: **ejecutores** o materiales: tripulantes y pasajeros de los artefactos piratas y otros intervinientes en el asalto, como los polizontes embarcados clandestinamente (N° 1°); **inductores** o instigadores, individuos que a sabiendas utilizan el vapor pirata y quienes incitan a los asaltos (N° 2°); y **cooperadores** o mediatos, que facilitan las actividades ilícitas (N° 3°), por lo que no se divisa inconveniente para su efectiva y total aplicación.

8.2. Sujeto pasivo **propio**: los tripulantes, pasajeros y personas a bordo de bajeles bajo bandera chilena (arts. 13 LN y 274 CDIP) asaltados. La tripulación se halla reglamentada (arts. 48 y sptes. LN y 96 CTra) y los pasajeros deben figurar inscritos en la nómina de tales (arts. 78 y 79 LN), aunque también se torna **indiferente** respecto de cualquier persona natural o jurídica dueña de los bienes depredados desde los artefactos atacados y también las primeras cuando, sin ser los propietarios, sufren la violencia ejercida por los delincuentes.

8.3. **Conductas**: I) todo acto ilegal de violencia o detención contra personas a bordo de vapores en alta mar; II) depredación de los barcos o cosas sitas en ellos; III) uso de navíos piratas; y IV) incitación o favorecimiento de estas actividades.

Atentos a la ubicación de la piratería como robo con violencia o intimidación, encierra tanto la fuerza física como la coacción o presión definidas como “los malos tratamientos de obra” y “las amenazas, ya

²⁴ Cury: “Derecho Penal”, párrafo 33, N° IV f, pág. 537.

para hacer que se entreguen o manifiesten las cosas, ya para impedir la resistencia u oposición... o cualquier otro acto que pueda intimidar o forzar a la manifestación o entrega”, e igualmente, la denominada intimidación ficta o impropia, como alegar orden falsa de autoridad o fingirse tal (art. 349), sea que “tenga lugar antes... para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad” (art. 433, inc. 1°).

Ahora bien, “los malos tratamientos de obra”, en principio, consisten en la fuerza o energía física empleada contra una persona o acometimiento material que ésta padece, o poner las manos sobre ella, ejercidos contra su libertad y seguridad individual, pero que por su poca entidad resultan subsidiarios de los actos ilícitos contra la autodeterminación y, por lo mismo, entendemos que todo castigo físico idóneo para estos fines, aunque no deje marcas en el cuerpo, configura violencia, más aún si se repara en que el art. 439 amplía el concepto a la denominada violencia ficta o impropia y entonces abarca las lesiones leves y menos graves que se provoquen porque los daños que exceden a aquellas califican la conducta²⁵.

Por detención se entiende la privación de libertad física o ambulatoria de una persona durante un tiempo indeterminado²⁶, obligándola a permanecer en un lugar contra su voluntad, lo que puede empeorarse con amarras (arts. 158, N° 4°, y 433, N° 2°).

Depredación es sinónimo de pillaje, devastación, saqueo, despojo, asalto, rapiña, ratería, latrocinio, atraco, desvalijar, en otras palabras, privar a uno de lo que tiene, y que la LCT resume en el vocablo “apoderarse” (art. 2°, N° 2), es decir, coger materialmente una cosa con intención de ejercer de hecho sobre ella los atributos propios del dueño

²⁵ Labatut: op. cit., t. II, N° 469, pág. 204; Etcheberry: op. cit., t. III, pág. 338; y Verdugo: op. cit., t. V, págs. 106 y 107.

²⁶ Eddy Opolo López López, capitán del buque mercante “Leopard”, que fue secuestrado junto con su tripulación por piratas somalíes, el 12 de enero de 2011, en el Océano Índico y liberado el 30 de abril de 2013, previo pago de un elevado rescate (suplemento “Sábado” de “El Mercurio”, de Santiago de Chile, N° 792, de noviembre de 2013, págs. 3 a 10).

(art. 641 CC)²⁷, en la especie, mediante el empleo de procedimientos o fuerza para ingresar a sustraer los bienes situados a bordo y/o apropiarse de los bajeles asaltados o tomar su control, lo que implica sometimiento de la tripulación a los delincuentes, que se traduce en la pérdida de sus facultades de mando y dirección del artefacto, comprometiendo la autoridad y la seguridad de la navegación o vuelo (arts. 65, incs. 1° y 2°, CA, 905 CCom y 50, 51 y 52 LN), al obedecer las órdenes de los hechores y basta con ello, sin que sea necesario que éstos operen directamente los mandos²⁸.

El uso precisa aprovechamiento por parte de quien no interviene directamente en las acciones y representa el desarrollo progresivo del propósito criminal primitivo hasta obtener el fin último perseguido, merced a la obra de otros.

Incitar: mover, estimular, alentar, excitar a otro para realizar los actos mediante consejos o convencimiento.

Facilitar es posibilitar el ejercicio de la piratería, como proporcionar los medios o mantenerla por cualquier otra forma, que en el presente los acerca a la destinación del art. 114, con prescindencia de la anacrónica referencia al corso y, además, se complementa con ilícitos similares contra la seguridad del Estado (art. 4°, letra d, LSE) e infracciones por posesión ilegal de armas (art. 8° LCA) (supra 9.4.2).

8.4. Elementos normativos del tipo: 8.4.1. Acto “ilegal” (art. 101, letra a, inc. 1°, CDM), esto es, “fuera de los casos permitidos por la ley” (arts. 19, N°s. 7°, letras b, c, d y g, y 24°, inc. 3°, CPR y 143 CP) y con fines distintos de aquéllos, exigencia similar a la falta de “autorización legítima” (art. 114).

8.4.2. Contra buques o aeronaves “**privadas**” (art. 101, letra a, inc. 1°): se restringe a los navíos (arts. 831 CCom y 4° y 11 LN) o aviones (arts. 27, 29 y 31 CA) de propiedad particular, cualquiera sea el destino

²⁷ Etcheberry: op. cit., t. III, pág. 288; y Labatut: op. cit., t. II, N° 460, pág. 196.

²⁸ Awner et al: “La llamada piratería aérea del derecho internacional”, págs. 54 y 55.

que se les asigne por sus dueños, así sean regidos primordialmente por los CCom, CA y la LN, exploradores, en misiones científicas individuales o reservadas y los yates de recreo. En la terminología moderna, se excluyen los buques y aeroplanos públicos, como los de guerra, sujetos al CJM (arts. 823, inc. final, CCom, 3° y 30, letra a, CA, 164 y 165 LN y 3° y 5° CJM), hospitales, barcos del Estado en misión científica, cultural o diplomática o sus embarcaciones cisternas²⁹, y en lo que concierne a los atentados contra naves de la Armada aparecen descritos en ese compendio, que por su especialidad desplaza a la figura genérica de la piratería, a saber: pérdida maliciosa de un vapor (art. 384), causarles daño o averías (art. 385), ocasionar culposamente incendio, abordaje, varada, choque o avería grave (arts. 386 y 387), introducir o permitir luces o materiales inflamables en pañoles o almacenes (art. 398), tolerar actos que provoquen incendios (art. 399), practicar alteraciones en los departamentos del bajel (art. 400), no usar los medios disponibles para evitar la pérdida total del artefacto y salvar a la tripulación (art. 388), consignar en planos o proyectos de construcción de buques u obras de la defensa nacional, errores que ocasionen perjuicios o sean peligrosos (art. 397) y/o consentir a otro apartarse de los planos o instrucciones en la construcción o carena de una embarcación (art. 396).

8.4.3. Prevalerse de **navío armado**: es el empleo organizado de barcos que navegan fortificados ilegalmente y sin bandera, sin que medie un estado regular de guerra. Desde luego, la LCA somete al control y supervigilancia de la autoridad militar a “las armas, explosivos, fuegos artificiales, artículos pirotécnicos y otros elementos similares” (art. 1°, inc. 1°) y pormenoriza las distintas clases de este armamento (art. 2°) para reprimir cualquier manejo al margen de su preceptiva (título II). A dicho catálogo se suma el epítome más amplio de armas que ofrece el art. 132 CP, que todavía establece su utilización o porte como agravante especial para estas apropiaciones (art. 450, inc. 2°) y en general para todos los injustos (art. 12, N° 20°), pero las dos quedan absorbidas dentro del tipo específico de la piratería (art. 63, inc. 2°). Y la LSE castiga a los participantes activos e indirectos en la organización de milicias

²⁹ Fontecilla: “Tratado de derecho procesal penal”, t. I, pág. 381; y Cousiño: “Derecho penal chileno”, t. I, N° 46 B, págs. 171 y 172.

privadas, grupos de combate u otras organizaciones semejantes, con el fin de sustituir, atacar o interferir en el desempeño de la fuerza pública, o alzarse contra los Poderes Públicos, o atentar contra ciertas autoridades (art. 4º, letra d) y que agrava “en tiempo de guerra externa” (art. 5º, inc. 3º).

Por lo demás, la nacionalidad chilena de las naves les permite enarbolar el pabellón patrio, previa matrícula e inscripción en el registro pertinente (art. 15 LN) y la misma nacionalidad de la tripulación (arts. 13 y 14 LN), entre las exigencias legales que la habilitan para hacerse a la mar (arts. 22, inc. 2º, y 24, inc. 1º, LN) y sin la cual pasa a convertirse en bastarda.

Su fiscalización corresponde a la policía marítima, dependiente de la Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante Nacional de la Armada de Chile (arts. 5º, 6º, 95 y 97, inc. 1º, LN y 404 CJM).

8.4.4. Cometidos en **alta mar** o lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado (art. 101, letra a, párrafos i e ii): circunstancias inherentes al ilícito, pero a su vez incorporadas en la agravante propia de los robos, asentada en los sitios faltos de vigilancia, oscuros, solitarios “o que por cualquier otra condición favorezca la impunidad” (art. 456 bis, N° 1º) o la “aseguren o proporcionen”, que asimismo consume la genérica del “despoblado” (art. 12, N° 12º), puesto que todas obedecen al aprovechamiento de las ventajas que envuelve, no sólo para garantizar los resultados de la acción criminal ante las nulas probabilidades de auxilio a las víctimas, y la confianza que confiere a los agentes de no ser descubiertos, con la intensificación de la antijuricidad que representa “el mayor estado de indefensión y peligro para las personas atacadas”³⁰, condiciones que también se subsumen en la figura central (art. 63, inc. 2º).

8.4.4.1. En todo caso, exige algunas aclaraciones porque el mar cubre casi los dos tercios del globo terráqueo y desde tiempos inmemoriales ha sido el medio de comunicación por excelencia ofrecido por la naturaleza

³⁰ Cury: op. cit., párrafo 33, N° IV g, págs. 538 y 539; y Politoff et al: op. cit., t. II, pág. 373.

a la humanidad y explotadas varias de sus riquezas, al extremo que para la mayoría de las potencias la navegación marítima es vital y para otras la pesca es la base de su economía. Por eso, la comunidad mundial ha sectorizado su enorme extensión, dejando a la alta mar la vastedad oceánica allende el mar costero que baña la orilla, cuya característica es la ausencia de una jurisdicción determinada (art. 89 CDM). La línea que señala el confin del mar litoral marca el comienzo de la alta mar (art. 58 CDM), que nuestra legislación declara “res communis” (art. 585 CC), vale decir, común a todos los hombres, no apta de dominio y ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiársela³¹. Se asimila con el mar libre, adagio fundado en el interés de la civilización y de la vida de los pueblos, principalmente para su progreso económico, ya que sin esa libertad no sería posible el incremento del comercio –exportación e importación de materias primas y productos elaborados–, fuente indispensable de su subsistencia y desarrollo. Así se transforma en patrimonio de todos los hombres y los obliga a restringir “la libertad de los mares”, en aras del “buen orden en el mar”, para tipificar los ilícitos no sólo en la legislación interna, sino a perseguirlos aunque sean llevados a cabo fuera de sus fronteras³².

8.4.4.1.1. Así impone la división oceánica que distingue el mar territorial, la zona contigua, el mar adyacente y el mar presencial. Al primero se le llama además costero, jurisdiccional o litoral y baña la costa nacional hasta 12 millas marinas medidas desde las respectivas líneas de base o de la marea baja a lo largo del borde (art. 593 CC), contiene el territorio insular, plataforma y subsuelos continentales y aguas interiores y en ellos el Estado ejerce soberanía completa.

La zona contigua o complementaria se prolonga hasta las 24 millas marinas, incluido el mar ribereño, para la prevención y sanción de las infracciones a las leyes patrias y reglamentos, tanto aduaneros como sanitarios (art. 593 CC), bajo control de la policía marítima. El mar adyacente o zona exclusiva económica prosigue hasta las 200 millas marinas a efectos de explorar, explotar, conservar y administrar los

³¹ Vodanovic: op. cit., t. III, N° 128 b, pág. 92; y Rosende: op. cit., N° 25, pág. 15.

³² Politoff et al: op. cit., t. I, pág. 124.

recursos naturales vivos o no del subsuelo marino (art. 596 CC). Y el mar presencial configura un triángulo marino cuyo vértice lo integra la Isla de Pascua, a partir del cual corren sendas paralelas hasta la línea fronteriza con Perú, por el norte; y el Polo Sur, sobre la hipotenusa de las líneas de base que corresponden a las sinuosidades del borde ribereño (art. 2º, Nº 24º, LPA) para participar en las actividades económicas y científicas y otorgar seguridad y protección al patrimonio marítimo³³.

8.4.4.2. Sobre esos cimientos es menester destacar que, con arreglo al proverbio de la territorialidad, “los delitos cometidos dentro del mar territorial o adyacente quedan sometidos a las prescripciones de la ley penal local” (art. 5º), cuya extensión prosigue hasta las 200 “millas marinas contadas desde las líneas de base” (art. 596, inc. 1º, CC) sobre las cuales Chile proclama “jurisdicción y soberanía exclusiva” (Dec. Supr. de RR. EE. Nº 432, de 23 de septiembre de 1954, junto con Perú y Ecuador) y así la ley penal homologa las locuciones “territorial” y “adyacente”, que la preceptiva civil diferencia³⁴.

8.4.4.2.1. En realidad sólo el **mar costero** o litoral configura territorio real o natural sobre el cual el Estado ejerce plena soberanía (12 millas marinas), en tanto que en la zona contigua se tendría únicamente un derecho de policía internacional y fiscal (art. 593, inc. 1º, CC) y la declaración conjunta basada en la protección de la riqueza marina sólo rige para los tres gobiernos pactantes, dado que ha sido rechazada por la casi totalidad de las restantes naciones³⁵.

En síntesis, las depredaciones en estas aguas por naves bastardas quedan circunscritas a la destinación al pillaje o, en su defecto, constituyen

³³ Rodríguez: “El elemento físico del Estado”, Nº 15, págs. 27 y 28; y Martínez: “La ocupación efectiva de nuestro mar – La gran tarea de esta generación”, págs. 233 a 245.

³⁴ Garrido: op. cit., t. I, págs. 132 y 133; Novoa: op. cit., t. I, Nº 110, págs. 155 y 156; y Politoff et al, op. cit., t. I, págs. 100 y 101.

³⁵ Novoa: op. cit., t. I, Nº 110, págs. 156 y 157 (nota al pie).

comunes sustracciones (art. 5°)³⁶. A la inversa, la masa que se alarga más allá de ellas, es la alta mar, que no pertenece a nadie y, por consiguiente, es “un lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado”, con vigilancia acotada en la zona contigua, al igual que el espacio atmosférico que la cubre y, por ende, coincide exactamente con los “sitios faltos de vigilancia policial” (art. 456 bis, N° 1°) o “despoblados” (art. 12, N° 12°), subsumidos en la descripción.

8.4.5. Elementos **subjetivos del tipo**: propósito personal de la tripulación y/o pasajeros (art. 101, letra a). Los móviles o motivos pueden ser muy diversos, “cualquiera que sea el objeto que se proponga”, pero residuales. Si se pretende alterar el orden público o imponer exigencias o arrancar decisiones a la autoridad, la conducta se desplaza hacia los ilícitos previstos en la LSE (arts. 5° a y 5° b) y si se trata del armamento enumerado en el art. 3° LCA, se violenta esta normativa (art. 8°).

9.- **Concursos.- 9.1. Robos complejos** (art. 433): la piratería es una figura calificada de la regla común de los robos con violencia o intimidación simple (art. 436, inc. 1°), dentro de cuyo ámbito se integran los malos tratos de obra propios del injusto y abarca las lesiones leves y menos graves (supra 8.3), aun cuando advertimos que también existen otras conductas complejas que fusionan al robo diferentes resultados ilícitos adjuntos, que igualmente pueden concurrir en la piratería (art. 101, letra a, CDM), en cuyo evento los profesores separan cualquiera de dichos ilícitos agregados de homicidio, violación, castración, mutilaciones o lesiones graves gravísimas (N° 1°) perpetrados a bordo y prefieren esta figura compleja que desplaza a la piratería, “en virtud del principio de la subsidiariedad”, más si se trata de lesiones simplemente graves o retención bajo rescate (N° 2°). Como el tramo inferior es mayor, pero el superior es menor a las penas asignadas a la piratería, debe infligirse la más grave, en razón de la alternatividad³⁷.

Como de todas formas el núcleo central de estos tipos complejos es el robo con violencia o intimidación en las personas, una de cuyas

³⁶ Ricci: “El delito de piratería en el marco de nuestra legislación nacional”, pág. 334.

³⁷ Politoff et al: op. cit., t. II, pág. 373.

manifestaciones es la piratería, la extraterritorialidad no se altera con los injustos que se le fusionaron.

9.2. **Navíos corsarios.**- Antiguamente se consideraba la guerra entre pueblos y esta idea legitimaba todo acto tendiente a la destrucción total del enemigo; hoy la guerra es entre Estados y por lo tanto las normas del Derecho Internacional obligan a respetar no sólo la vida e integridad física de las personas, sino también la propiedad particular (art. 46, Cuarta Convención de La Haya), por lo cual la captura bélica debiera afectar exclusivamente los bienes del Estado adversario y no los privados; entonces deviene el despojo de las especies del derrotado en provecho del vencedor y se llama botín cuando se refiere a las cosas muebles en la guerra terrestre.

Pero estas reglas no rigen para la guerra marítima donde los beligerantes tienen derecho a confiscar como presas las naves mercantes y mercaderías contrarias e incluso neutrales porque el escenario natural es el mar, aunque puede también realizarse en los puertos. Sin embargo, en la actualidad el derecho de presa se ejerce únicamente por los Estados contendientes, a través de sus buques de guerra o cruceros auxiliares, después de abolida la llamada “patente de corso” por la Convención Naval de París de 1856, a la que adhirió nuestro gobierno y que era un permiso oficial conferido a un particular para cooperar en el esfuerzo bélico de la nación, mediante una empresa, con el exclusivo fin de causar pérdidas al comercio con el ataque privado a los barcos mercantes y propiedades del enemigo (art. 640 CC) y al neutral que se relacionaba con éste. El corsario procedía por su exclusiva cuenta y riesgo, sin percibir estipendios del Estado, sino que se le recompensaba este servicio “con la cesión de todo o parte del valor de las presas”. Esta licencia oficial diferenciaba el corso de la piratería, que carecía de ella y por eso se sancionaba al que “sin autorización legítima... destinare buques al corso” (art. 114), debido al riesgo para la seguridad del Estado que involucraban las represalias del hostilizado por actividades clandestinas susceptibles de crear o provocar la guerra, con las probables obligaciones reparatorias³⁸.

³⁸ Fernández: op. cit., t. I, págs. 249 y 250; y Etcheberry: op. cit., t. IV, pág. 111.

A pesar que el corso perdió todo interés pues ha sido abolido de las costumbres de la guerra, el art. 114 no fue derogado, por lo que en el presente puede servir para ilustrar nuevas figuras coexistentes con el mismo objeto y el bien jurídico protegido de la seguridad exterior del Estado, como lo precisa el epígrafe del título I, dado que atentan contra los principios del Derecho Internacional, y otro tanto acontece con el riesgo de desatar o instigar un conflicto armado, también factible como colofón de las actividades piratas, de cuyas desavenencias conoce como tribunal especial de primera instancia el presidente de la Corte Suprema (art. 53, N° 3°, COT), bajo el nombre de “causas de presas”, en las que se discute la legitimidad o no del apresamiento de naves y mercaderías enemigas o neutrales en caso de guerra y las probables indemnizaciones por los perjuicios sufridos con ocasión del apresamiento³⁹.

La conducta de destinar embarcaciones al corso, es decir a desplegar operaciones clandestinas de pillaje o despojo naval, entra de lleno en concurso con la modalidad de la piratería consistente en la incitación y favorecimiento de estas actividades (art. 101 CDM) y con algunas infracciones a la LCA (art. 8°), que corresponde penar por el derecho interno cuando se perpetran dentro del territorio, o de acuerdo a la legislación del captor, que es la regla generalmente adoptada si se verifica fuera del suelo patrio⁴⁰, con la salvedad de la LSE.

La expresión “sin autorización legítima” constituye en sí “actos de piratería” desde el momento que no cuentan con licencia y en ambas acciones parte o la totalidad de las presas obtenidas ceden en favor del hechor, con lo que también afectan el dominio de sus dueños, sean pasajeros, tripulantes, cargadores o armadores, conducta que encuadra exactamente con aquellas previstas en la letra c del art. 101 CDM.

El estado de guerra puede suscitarse por declaración oficial o de hecho (art. 418 CJM) y en esta situación operaba la patente de corso, hoy abrogada, pero ahora la LSE regula ambas hipótesis cuando castiga el

³⁹ Casarino: “Manual de Derecho Procesal Orgánico”, t. I, N° 160, pág.169.

⁴⁰ Novoa: op. cit., t. I, N° 119, pág. 170.

llamado **bandidaje**, al tipificar las conductas contra la seguridad interior del Estado (supra 9.4.2).

9.3. **Delitos terroristas.**- Si se llevan a cabo **dentro del mar territorial**, ordinariamente se someten a la preceptiva genérica del DP local pues dejan de conformar la piratería. A pesar de ello, el apoderamiento “en contra de una nave” o los “actos que pongan en peligro la vida, la integridad corporal o la salud de sus pasajeros o tripulantes” (art. 2º, N° 2, LCT) e incluso los incendios o estragos en buques (N° 1), pueden compararse a los crímenes o simples delitos cometidos a bordo de un barco chileno en alta mar, susceptibles de sujetarse a esta legislación terrorista (art. 6º, N° 4º, COT), de presentarse sus componentes específicos propios, y cuyos perfiles identificadores son:

9.3.1. Sujeto activo **indiferente**: cualquier persona natural.

9.3.2. Sujeto pasivo **propio**: pasajeros y tripulantes de la nave (supra 8.2.).

9.3.3. **Conductas**: 9.3.3.1. El apoderamiento, examinado con ocasión de la depredación (supra 8.3), y el atentado no son extraños a nuestro sistema, por cuanto al ocuparse de los delitos contra el orden público el CP considera los ataques contra la autoridad y detalla ciertas variantes aclaratorias, como acometer con violencia, emplear fuerza o intimidación (art. 261), agresión a mano armada, o poner manos en los individuos (art. 262), de lo cual la teoría extrae verdaderas agresiones a las personas o bienes⁴¹; pero el léxico le asigna una acepción más amplia, no sólo aparejada a la violencia o coacción, puesto que además se exhiba hacia los procedimientos abusivos, desacato grave y acciones contrarias al orden, sin mencionar dichos adjetivos⁴², noción que recoge explícitamente la legislación aérea.

⁴¹ Labatut: op. cit., t. II, N° 356, págs. 96 y 97; y Etcheberry: op. cit., t. IV, págs. 263 y 264.

⁴² Diccionarios de la Lengua Aristas, acepciones 5 y 6, pág. 77; y Enciclopédico Ilustrado Sopena, t. I, significación 3, pág. 357.

9.3.3.2. En relación a los incendios de navíos, la penalidad se gradúa según la gravedad de los daños que el siniestro ocasione a las personas, y distingue si el delincuente pudo preverlos (art. 474, incs. 1° y 2°) o no (inc. 3°); o embarcación en que actualmente hubieren una o más personas, siempre que el culpable haya podido preverlo; o en buques mercantes cargados con explosivos u objetos inflamables (art. 475), sin atender a los resultados ni su previsibilidad, sino al albur que corren las personas⁴³, sanciones que en cada caso pueden aumentarse en 1, 2 ó 3 tramos (art. 3°, inc. 1°).

9.3.3.3. Es útil no perder de vista la investidura de los ofendidos, pues si son jefes de Estado u otra autoridad política, judicial, militar, policial o religiosa (art. 2°, N° 3°, LCT) o dignidades en razón de sus cargos o sus cónyuges y parientes (art. 5° a, incs. 2° y 3°, LSE) cogen extraterritorialidad (art. 27, letra a, LSE), o en el supuesto inicial cuando afectados y malhechores son chilenos y se encuentran a bordo (art. 6°, N° 6°, COT), que no hacen otra cosa que reforzar tal calidad.

Además, el homicidio califica los ilícitos (arts. 3°, inc. 2°, LCT y 5° a, incs. 1° y 2°, LSE) y el secuestro, detención o retención facultan la misma elevación de la penalidad en 1, 2 ó 3 tramos (incs. 1° y 2°), que resulta hiperagravada con ocasión del magnicidio (art. 5° b, inc. 4°, LSE).

9.3.3.4. En contraposición, los estragos en las naves (art. 480) constituyen delitos de lesión y se realizan por medio de sumersión, que equivale a su hundimiento, o por varamiento, que significa encallar, dejarla sobre las piedras o arena; pero de estas acciones sólo el naufragio con riesgo para las personas puede desatarse en alta mar y ser extraterritorial, porque es poco menos que imposible embarrancar en mar abierto, lo que con frecuencia sucede en la costa o en aguas del litoral.

9.3.3.5. Elementos **subjetivos del tipo**: las finalidades tiñen estas acciones (art. 1°) y las separan de otras similares, aquellas consisten en:

⁴³ Bascuñán: “El delito de incendio”, párrafos 4 y 5, págs. 80 a 85.

i) “producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie, sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados, sea por la evidencia de... un plan determinado... contra una categoría o grupo determinado de personas”, ánimo que se presume si se lleva a cabo “mediante artificios explosivos o incendiarios, armas de gran poder destructivo, medios tóxicos, corrosivos o infecciosos u otros que pudieren ocasionar grandes estragos o mediante el envío de cartas, paquetes u objetos análogos de efectos explosivos o tóxicos” (art. 1º), que la LCA prohíbe.

ii) “arrancar resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias”.

De no mediar tales designios, estas acciones bien podrían quedar cubiertas por la normativa común del CP.

9.4. Atentados contra el orden público.- Estos dos recientes postulados se repiten en los arts. 141, inc. 3º, CP y 5º b, inc. 1º, LSE (supra 9.3.3.5. ii), y se traducen en condiciones de diversa índole, para ser cumplidas por la autoridad en la última hipótesis⁴⁴, todo con la intención de alterar el orden público⁴⁵, que se equipara con “acto de violencia destinado a alterar la tranquilidad pública”, lo mismo que “el temor justificado de producir en la población o en una parte de ella” (supra 5), vale decir, “aquel sereno convivir ajeno a todo atentado, libre de peligo, dentro del respeto y de la normalidad que la ley ampara”⁴⁶.

9.4.1. El art. 2º, Nº 2, LCT asemeja las naves y aeronaves con otros medios “de transporte público en servicio”, los que la LSE protege de la destrucción, inutilización, paralización, interrupción o menoscabos, y de los impedimentos o dificultades a su libre acceso, a través de los “delitos contra el orden público” (art. 6º, letra c), cuya penalidad depende de la gravedad de eventuales daños contra las personas (art. 7º, incs. 2º al 5º), como también reprime, entre los ilícitos “contra la normalidad de las

⁴⁴ Garrido: op. cit., t. III, Nº 23.1.8 a, pág. 392.

⁴⁵ Politoff et al: op. cit., t. II, pág. 207.

⁴⁶ Etcheberry: “El derecho penal en la jurisprudencia”, t. III, Nº 471, págs. 438 a 440.

actividades nacionales, toda interrupción o suspensión colectiva, paro o huelgas ilegales del transporte” (art. 11).

Como es fácil deducir, aquí también surgen los ataques que involucran operaciones del transporte, cuyos medios entrañan tanto el terrestre, marítimo y aéreo, con la descripción de conductas parecidas, aunque la LSE resguarda el orden público, noción más amplia y genérica de aquellos fines específicos que exige la LCT, en vista de lo cual la especialidad cede en favor de esta última, dejando como residual la norma de la LSE⁴⁷, cuando los hechos se desarrollan a bordo o en el mar costero.

9.4.2. También, entre las conductas contra la seguridad interior del Estado, sanciona el **bandidaje**, que consiste en incitar, inducir, financiar o ayudar a la organización de milicias privadas, grupos de combate u otras **organizaciones semejantes** y a los que formen parte de ellas en tiempo de paz (art. 4º, letra d, LSE) y que califica si ocurren bajo estado de guerra (art. 5º, inc. 3º), conductas que asimismo encuadran en la LCA cuando se emplee determinado armamento prohibido (arts. 3º y 8º) y en los actos de piratería (art. 101, letra c, CDM) cuando entre las organizaciones semejantes surjan navíos piratas o dedicados al pillaje (art. 114 CP).

9.4.3. Al igual que la piratería, los injustos contra la seguridad del Estado son extraterritoriales (arts. 3º, Nºs. 3º y 4º, CJM y 27, letra a, LSE), lo cual los somete a la legislación nacional aunque se cometan en alta mar, de manera que si la destrucción, inutilización, paralización o deterioro de los buques o aviones se lleva a cabo mediante incendio, estragos u otros medios con daño o peligro para las personas, y para alterar el orden público, por su especialidad, prevalece sobre la piratería, cualesquiera sean los resultados. Lo mismo procede con el bandidaje que prevalece en virtud de la especialidad, dada la peculiar finalidad política que ostenta, por sobre la LCA y la piratería.

⁴⁷ Awner et al: op. cit., págs. 224 y 225.

9.5. Bombas y explosivos.- La LCA castiga a los que poseyeren material de uso bélico, explosivos, bombas y otros artefactos de igual naturaleza, sustancias químicas para ser empleadas en la fabricación de explosivos o de base para la elaboración de misiles o cohetes, bombas, y elementos lacrimógenos y de efectos fisiológicos (arts. 2º letras a, b, c y d, y 9º, inc. 1º), a quienes los fabricaren, transformaren o traficaren (art. 10), a los poseedores o que mantuvieren armas largas con cañones recortados, o cortas que funcionen automáticamente, o artefactos fabricados sobre la base de gases asfixiantes, paralizantes o venenosos, de sustancias corrosivas, o de metales que por la expansión de los gases producen esquirlas, o los implementos destinados a su lanzamiento o activación, bombas o artefactos incendiarios (arts. 3º, incs. 1º a 3º, y 13), o su porte (arts. 11 y 14) o posesión (art. 9º), todas sin autorización o inscripción; y otro tanto hace el CP con el que fuere aprehendido con bombas explosivas o preparativos conocidamente dispuestos para incendiar o causar estragos (art. 481), conductas todas que quedan subsumidas en los hechos punibles reseñados porque el ingrediente de nave armada no discrimina las autorizaciones de su carencia.

9.5.1. A la vez sanciona a los que organizan, pertenecen, financian, dotan, instruyen, incitan o inducen a la creación o funcionamiento de milicias privadas, grupos de combate o partidos militarmente organizadas, armadas con elementos prohibidos (art. 8º, inc. 1º), en términos similares a LSE (supra 9.4.2.), conductas que se enmarcan también en el art. 114.

9.6. Asociación ilícita.- Toda agrupación que tenga por objeto atentarse contra el orden social, las buenas costumbres, las personas o las propiedades, deviene delito por el solo hecho de organizarse (art. 292). Se castiga a las personas naturales en diversas proporciones, según los atentados configuren crímenes o simples delitos contra la propiedad, donde se inscribe la piratería, que por su penalidad es un crimen; y según su grado de intervención, sean jefes, o hayan ejercido mando o provocadores (art. 293, inc. 1º), hubieren tomado parte en sus acciones, o a sabiendas y voluntariamente le suministren instrumentos o medios (art. 294) y quienes sufrirán las penas por los ilícitos cometidos en concurso con la asociación (art. 294 bis, inc. 1º), con prescindencia del axioma de

la consunción. En tanto que impondrá la disolución o cancelación de la personalidad jurídica de la asociación, si la tuviere (inc. 2°).

Pero a la vez reprime las cofradías armadas (arts. 4°, letra d, LSE y 8° LCA), de suerte que el concurso se resuelve en favor de la LSE que desplaza a los restantes tipos y sólo deja como subsidiarias de toda esta preceptiva a las figuras del CP (supras 9.4.2 y 3).

10.- La **piratería aérea**.- Consiste en la coerción armada sobre el piloto y tripulación de un avión (art. 27 CA) para obligarla a desviar el itinerario, o atentados encaminados a imponer condiciones u obtener rescates, sea con fines políticos, debido a fermentos revolucionarios, o móviles de delitos comunes, muchas veces lucrativos, bajo la amenaza de hacerlo caer o de dar muerte a sus ocupantes, si no aceptan ciertas determinaciones o estipulaciones.

Los jurisconsultos discuten su naturaleza, toda vez que el bien jurídico lesionado es la seguridad y vida de las personas y de la aviación y sólo muy excepcionalmente podría amagar la propiedad, como acontece con la piratería marítima⁴⁸, de modo que esta preceptiva interna no le es aplicable, aunque ninguna apropiación es lícita, sea en favor del pirata o del Estado que recibe la aeronave.

10.1. Sea como fuere, la frecuencia adquirida en los tiempos modernos que afecta los intereses globales y exige cooperación universal para su represión⁴⁹, ha movido a la comunidad mundial a restringir la libertad de los mares y del espacio atmosférico con acuerdos tendientes a contener tales ilícitos. Es así como Chile ha suscrito algunos pactos adicionales a la legislación interna sobre navegación aérea que rige desde 1925, por haber sufrido experiencia en este sentido⁵⁰ en un período no exento de alteraciones trascendentes, en especial en el ámbito criminal

⁴⁸ Politoff et al: op. cit., t. II, pág. 374; y Etcheberry: “Derecho Penal”, t. IV, págs. 330 y 331.

⁴⁹ Novoa: op. cit., t. I, N° 119, pág. 170; y Etcheberry: op. cit., t. III, pág. 348.

⁵⁰ Vodanovic: op. cit., t. III, N° 373 a, págs. 284 y 285.

porque muchos tipos fueron derogados por el CA de 1990, y entonces reserva a los convenios internacionales un estatuto subsidiario: cuando pueden complementarse con algunos preceptos del CP y otros contenidos en leyes especiales adquieren esa calidad, pero de no ser así, se convierten en marco, desde que al sacarlos del ordenamiento local obligan de nuevo al Estado a poner en práctica sus normas programáticas⁵¹, de acuerdo con la CVDT.

10.2. En este predicamento aparecen, desde ya, el incendio en “cualquier lugar”, causando la muerte o mutilaciones o lesiones graves gravísimas (art. 475) o simplemente donde “actualmente hubiere una o más personas” (art. 475, N° 1°) (supras 9.3.3.2 y 3), amén de los estragos (art. 480) y las figuras especiales e hiperagravadas consagradas en la LCT y LSE.

10.3. A su turno, el CA describe varias conductas contra los ataques y no hacia el apoderamiento o toma de control del aparato, salvo en cuanto esas maniobras pudieran ser lesivas para sus ocupantes y así sanciona los atentados sin violencia ni intimidación, “en contra de una aeronave en vuelo o en servicio” y los “actos que pongan o puedan poner en peligro la vida, la integridad personal o la salud de sus pasajeros y tripulantes” (art. 194 bis CA). Ello en cumplimiento del CIABA, propagado en el DO de 17 de diciembre de 1974, destinado a la represión de: i) los quebrantamientos a las leyes penales; ii) los actos, sean o no contravenciones, que pongan o puedan poner en peligro la seguridad del avión o de las personas o bienes ubicados en él; iii) que pongan en peligro el buen nombre y la disciplina a bordo; e iv) infracciones o actos ejecutados a bordo de cualquier aparato de los Estados contratantes en vuelo sobre la alta mar u otra zona fuera de su territorio.

10.3.1. En todo caso, el CA distingue las **infracciones** a “las leyes aeronáuticas y a los reglamentos, que no constituyen delito” y “a las instrucciones de general aplicación dictadas por la autoridad aeronáutica” (art. 185, incs. 1° y final), siempre que no medie violencia ni intimidación,

⁵¹ Ribera: “El derecho internacional en la jurisprudencia del TC chileno”, N° 4.4.6, pág. 60.

ni “pongan o puedan poner en peligro la vida, la integridad personal o la salud de sus tripulantes o pasajeros”.

Aquéllas las castiga con sanciones administrativas (art. 20) que abarcan: A) los atentados, en su sentido más amplio de la expresión, los procedimientos abusivos, la desobediencia grave; y B) las acciones “que pongan en peligro el buen orden o la disciplina a bordo” (art. 1º, Nº 1, letra b, CIABA). Así se circunscriben a desobediencias o resistencias a las instrucciones, que pueden consistir en negativa expresa o tácita a acatarlas o en abierta oposición o cuestionamiento de la autoridad del comandante (arts. 65, incs. 3º y 4º, y 66 CA), como rebeldía del pasajero a entregarle las armas que lleva, antes de iniciar el vuelo, aunque disponga de la autorización pertinente para portarlas (art. 72 CA).

Por orden es dable entender la situación de normalidad o tranquilidad gracias al respeto a la autoridad e instrucciones, que elimina alteraciones o perturbaciones⁵².

Disciplina es la “ordenación de deberes que tiende a un fin común y llevada a la práctica bajo la dirección de una autoridad” (reglamento de disciplina de la Armada), en la especie el comandante del avión.

10.4. En contraste, esos mismos actos, sean o no contravenciones, cuando **amaguen** o puedan **amenazar** la **seguridad** de las **personas** adquieren un tinte punible. **Elementos**:

10.4.1. Sujeto activo **indiferente**: dadas las locuciones “los que” (art. 194 bis CA), puede ejecutarlos cualquier persona natural (art. 58, inc. 2º, CPP).

10.4.2. Sujeto pasivo **propio**: tripulantes y pasajeros de la aeronave afectada. La tripulación es el personal que desempeña labores a bordo, sean profesionales con tareas indispensables para la operación, o auxiliares con labores de servicio, atención, cuidado y seguridad de las personas y cosas transportadas (arts. 58 CA y 152 ter A, letras a y b,

⁵² López Bourasseau: “Jurisprudencia constitucional”, pág. 14.

CTra). Pasajeros son los usuarios o individuos que viajan en el aparato (art. 145 CA).

10.4.3. **Conductas:** los actos que pongan o puedan poner en jaque la vida, integridad personal o la salud de los tripulantes o pasajeros (art. 194 bis), de esta manera coincide con el apoderamiento o atentado contra aeronaves o idénticos actos, como los sancionados en la LCT (art. 2º, Nº 2) y la CDM (art. 101, letra a), como también las “infracciones a las leyes penales” (art. 1º, Nº 1, letra a, CIABA).

Se trata de un ilícito de peligro abstracto, por lo que basta con el riesgo de provocar los detrimentos e incluso tan solo la probabilidad que se lleve a cabo el infortunio, verbi gracia, causar estropicios que incapaciten al aparato para volar o lo tornen arriesgado. De no concurrir el trance, derivan en simple contravención administrativa a la preceptiva e instrucciones aeronáuticas (art. 185 CA).

10.4.4. Elementos **normativos del tipo:** i) “en contra de una **aeronave**” privada (art. 101, letra a, inc. 1º, CDM) lo es “todo vehículo apto para el traslado de personas o cosas y destinado a desplazarse en el espacio aéreo, en el que se sustenta por reacción del aire con independencia del suelo” (art. 27 CA);

ii) “en **vuelo** o en **servicio**” (art. 194 bis): se considera “en vuelo desde el momento que comienza a moverse con el objeto de despegar, hasta detenerse una vez finalizado el vuelo” (arts. 28 CA y 152 ter A, letra e, CTra), sea que circule en el espacio atmosférico que cubre el territorio nacional o sobre la alta mar (arts. 2º, inc. 1º, y 5º, inc. 1º, CA y 101, letra a, CDM) o en cielos extraños (art. 6º, Nº 8º, COT), con mayor razón si aterrizan en Chile y afectan el interés nacional (art. 5º, inc. 3º, CA).

El espacio de aire que cubre el territorio real y el mar costero integran el territorio del Estado y queda bajo su jurisdicción exclusiva (art. 1º CA).

En servicio, comprende aquellos actos o labores concretos impuestos por las funciones propias del transporte, pero ajenas al vuelo mismo,

como serían las actividades anteriores al despegue, desde el comienzo del recorrido entre los hangares hasta la pista de despegue, su permanencia en ella durante la carga o acceso de personas y la aplicación de la fuerza motriz (arts. 152 ter A, letra d, CTra y 1º, N° 3, CIABA).

iii) sin violencia ni amenazas (art. 194 bis), en buenas cuentas las mismas rebeldías, resistencias y desobediencias anotadas (supra 10.2.1).

10.5. Por lo que toca a “las infracciones a las leyes penales” perpetradas a bordo, en territorio o cielos nacionales, los aviones, personas y cosas transportadas están sometidos a las leyes chilenas (arts. 1º y 2º CA), al igual que durante la aeronavegación sobre alta mar (arts. 5º CP, 3º LN y 309 CDIP) y el vuelo de aparatos nacionales en cielos no sujetos a la soberanía de nadie (arts. 5º, inc. 1º, CA y 101, letra a – ii, CDM), sin perjuicio que el comandante de la nave puede “desembarcar tripulantes, pasajeros y carga, en una escala intermedia, por motivos que puedan afectar el orden o la seguridad” (art. 68, letra a, CA) y entregar a las autoridades competentes, previa notificación, a cualquier sujeto de quien sospeche fundadamente que haya cometido una grave infracción o delito, con los informes y pruebas de que disponga (art. 9º CIABA).

11.- Empero, también la legislación internacional se preocupa de combatir las agresiones de hecho o coacción y en La Haya se celebró la CRAIA, publicada en el DO de 19 de abril de 1972, que propicia el castigo de la apropiación a bordo de una aeronave en vuelo, mediante violencia, amenaza (art. 296) o cualquier otra forma de intimidación, y ejerce su control, o intente cometer alguno de estos actos y también a su cómplice (art. 1º), complementado por el “abordaje culpable en... el aire entre... aeronaves de distinto pabellón” (art. 309 CDIP) y por el PRAIVA, divulgado en el DO de 9 de septiembre de 1989. Además, los aeroplanos aparecen específicamente aludidos como objeto de los “actos de piratería” diseñados en el art. 101 CDM y entonces también pueden insertarse dentro de las referidas “infracciones a las leyes penales”.

“Se entiende por abordaje aéreo la colisión entre dos o más aeronaves en vuelo” y los daños ocasionados a un avión en movimiento o a personas

o bienes a bordo, provocados por otro aparato en movimiento, aunque no medie choque (art. 161 CA).

Sin embargo, la derogación de la LNA (art. 202 CA) abrogó su art. 58 que tipificaba paralelas conductas y sólo contempla algunas figuras contra la seguridad de la aviación civil (título XIII) ejecutadas por el personal aéreo, como los comandantes, pilotos, personal auxiliar a bordo o en tierra y responsables de la aeronavegación (art. 101, letra a, inc. 1º, CDM); pero también hay otras relativas a impedimentos en las pistas de aterrizaje, a saber:

Elementos:

11.1. Sujetos activo y pasivo: los mismos de los atentados (supras 10.4.1 y 2).

11.2. **Conductas:** a) detenerse o penetrar en la pista de aterrizaje; b) consentir la entrada de animales a un aeródromo (art. 197 CA); y c) colocar obstáculos en las pistas de aterrizaje (art. 198, letra e, CA). Si este hecho “fuere cometido maliciosamente por personal de tierra” (inc. final) o “se causaren daños a la aeronave, cosas transportadas u otros bienes” (art. 199 CA), se aumenta la penalidad. Así pueden conciliarse con un avión que sin hallarse en servicio se encuentre en el aeropuerto o perturbe sus servicios si pone o pueda poner en riesgo la seguridad de sus instalaciones (art. 1º bis, letra b, añadido al CIABA por el PRAIVA).

Los daños abarcan desde aquellos mínimos (art. 495, Nº 21º) hasta la destrucción y tradicionalmente se conocen bajo el nombre de **sabotaje**⁵³, que también sancionan las LCT y LSE.

11.3. Elementos **normativos del tipo ilicitud:** en general se refiere a acciones contrarias al ordenamiento jurídico desde un punto de vista objetivo, sin considerar las motivaciones subjetivas del sujeto activo.

⁵³ Etcheberry: op. cit., t. IV, pág. 330.

A diferencia de la piratería náutica, aquí la violencia admite las más amplias variedades, siempre que cree un clima de peligro potencial e inmediato y puede ejercerse tanto sobre alguien de la tripulación como cualquiera de los pasajeros.

La intimidación o amenaza también puede revestir diversas formas de una acción que implique un albur real o efectivo y sea seria. Por lo que concierne a la intensidad de ambas, basta su capacidad de doblegar la voluntad del comandante, sin tomar en cuenta el sujeto pasivo que la padece.

11.4. Cualquiera otra forma de intimidación: bien puede recaer sobre personas que no se encuentren a bordo, sino en tierra⁵⁴ o amenaza de sabotajes o atentados a las instalaciones o servicios de la navegación aérea que la entorpezcan o la hagan peligrar. Y a este respecto, el adicionado art. 1° bis CIABA enuncia ciertos actos que ilícita e intencionalmente, mediante cualquier artefacto, sustancia o arma, pongan o puedan poner en trance la seguridad del recinto, tales como:

A) Actos de violencia en un aeropuerto contra una persona que preste servicio a la aviación civil internacional y cause o pueda inferir lesiones graves o la muerte; y

B) la destrucción y graves daños en las instalaciones de un aeropuerto que preste servicios a la aviación civil internacional o un aparato que sin hallarse en servicio se encuentre allí o perturbe sus servicios.

11.4.1. A su vez, las reprime la legislación interna, sea como conductas terroristas si concurren las finalidades indicadas en la LCT (arts. 1° y 2°, N° 2) y que se califican cuando se producen muertes o lesiones graves (art. 3°, inc. 2°) (supra 9.3), o contra la seguridad del Estado para alterar el orden institucional (art. 5° a, ley N° 12.927) o el orden público (art. 6°, letra c), que dentro del apoderamiento contiene el control del avión (supras 8.3 y 11) y que igualmente se agrava, de acuerdo con la entidad de los resultados adicionales (art. 7°, inc. 2°).

⁵⁴ Awner et al: op. cit., págs. 46 y 47.

Asimismo, son extraterritoriales en virtud de estar comprendidas en tratados celebrados con otras potencias (art. 6º, Nº 8º, COT).

11.4.1.1. Los incendios y estragos contemplados en el Nº 1 del art. 2º LCT a los barcos “u otro lugar cualquiera” (art. 474, inc. 1º), o sitio “en que actualmente hubiere una o más personas” u “otros lugares análogos a los buques mercantes” (art. 475), es posible extenderlos a las aeronaves comerciales como expresamente lo hacen los tratados, si se tiene presente la idea de “lugar” que evoca “un recinto cerrado, es decir, una porción del espacio comprendida dentro de ciertos límites y protegida por reparos que impiden el acceso libre e indiscriminado” y cuya “entrada debe lograrse a través de ciertas vías especialmente destinadas a ello”⁵⁵, que se concilian con la estructura de los aviones y, por consiguiente, encuentran cabida entre los objetos de tales incendios con las modalidades que describe el CP, como la presencia de la tripulación y/o pasajeros, siempre que obren los fines de la LCT.

11.4.1.2. En lo atinente a los estragos (art. 480), no se vincula a las aeronaves entre los objetos, como ocurre con los buques, se trata de un delito de resultado que exige deterioro en la propiedad ajena⁵⁶ por medios altamente peligrosos distintos del fuego propio del incendio, con una destrucción ruinoso o generalizada, mayor a la residual de los simples daños (arts. 484 y 488), pero la recapitulación se vuelve meramente explicativa cuando alude a “la aplicación de cualquier otro medio de destrucción” muy poderoso, frente a lo cual no vemos inconveniente en incluir estos artefactos siempre que sean propiedad ajena y que se cumplan los fines de la LCT, cuando afecten los aparatos o instalaciones.

11.4.2. Además, cuando las conductas penadas en los arts. 197 y 198 CA provocaren la interrupción o suspensión colectiva de los servicios o actividades aeronáuticos, se sitúan entre los atentados contra el orden público (art. 6º, letras c y d) o contra la normalidad de las actividades nacionales (art. 11, inc. 1º), consagrados en LSE cuando se presentan los

⁵⁵ Garrido: op. cit., t. IV, Nº 108.1, pág. 243; y Etcheberry: op. cit., t. III, pág. 320.

⁵⁶ Labatut: op. cit., t. II, Nº 514, pág. 246; Politoff et al: op. cit., t. II, pág. 280; y Etcheberry: op. cit., t. III, pág. 477.

componentes propios de estos ilícitos (supra 9.4) y entonces prevalecen sobre aquellos del CA.

11.4.3. También existen otros injustos comunes como las acciones violentas a bordo y otras efectuadas al margen de las leyes especiales examinadas, que no pueden encuadrarse en los arts. 194 bis CA porque descartan la violencia o coacción, ni 434, que reprime la piratería en el mar y no en vuelo (supra 8), pero que los entendidos, en armonía con los tratados celebrados sobre la materia, recurren a los tipos ordinarios del CP⁵⁷ y los encuadran en las amenazas (art. 296), secuestro (art. 141) y eventualmente robo con violencia o intimidación (art. 436, inc. 1°).

Sin embargo, el CIABA sujeta a su normativa “las infracciones a las leyes penales” (art. 1°, N° 1, letra a), y así abarca exactamente las mismas contravenciones, que adquieren extraterritorialidad por quedar comprendidas en un tratado celebrado “con otras potencias” (art. 6°, N° 8°, COT). De esta forma cobra fuerza la preceptiva internacional que declara no sólo territorio del Estado a las naves que surcan el mar jurisdiccional y los aparatos que sobrevuelan sus aguas y suelo, sino también cuando lo hacen en la alta mar (arts. 6°, N° 4°, COT, 1°, 2°, inc. 1°, y 5°, inc. 1°, CA y 3° y 29, inc. 1°, LN), lo que reafirman los arts. 5°, N° 1 CIABA y 308 CDIP. En territorio foráneo, por lo general se someten a las leyes locales con las siguientes excepciones:

i) los buques y aviones de guerra y los artefactos públicos (arts. 2°, inc. 2°, CA y 428 CJM);

ii) el apotegma de la bandera (arts. 13 y 14 LN, 32, inc. 1°, CA y 274 CDIP), que conserva la jurisdicción patria sobre los delitos perpetrados por la tripulación, pasajeros y visitantes ocasionales a bordo de naves o aeronaves mercantes o privadas nacionales estacionadas en territorio extraño cuando los ilícitos aparecen tipificados en la legislación interna y “pudieren quedar sin sanción” (arts. 5°, inc. 2°, CA y 3° LN); y

⁵⁷ Politoff et al: op. cit., t. II, págs. 374 y 375.

iii) las aeronaves extranjeras que aterricen en suelo patrio, siempre que los delitos afecten el interés nacional (arts. 2º, inc. 1º, y 5º, inc. 3º, CA).

12.- Delitos contra el Derecho Internacional.- En una nueva coincidencia con el art. 114, que los juristas ubican entre estos atentados, también se declara, entre los mismos y junto a otros ilícitos⁵⁸, a la piratería (art. 308 CDIP), apoyados en el teorema de la universalidad o ubicuidad porque es uno de los casos más típicos de delitos que lesionan los intereses ecuménicos de todo el orbe. Por ello exige cooperación planetaria para su represión y como vulnera el “buen orden en el mar” y se comete fuera del territorio de todo Estado, con frecuencia en alta mar, precisa que de ordinario “su castigo sea realizado mediante extensión territorial de las leyes penales”⁵⁹, de suerte que los hechos “deben ser juzgados por la nación que los capture”⁵⁹ o la víctima si por algún motivo los artefactos estuvieren cubiertos por banderas de diferentes naciones (art. 309 CDIP).

12.1. Esta inteligencia Chile la incluye en la nómina de aquellos ilícitos sometidos por excepción a la jurisdicción nacional, aunque se perpetren fuera de su territorio (arts. 6º CP y 6º, Nº 7º, COT); incluso los hechos delictivos acaecidos a bordo de una nave o aeroplano extranjeros, durante la navegación o vuelo en aguas fuera de la soberanía de los Estados, obliga al capitán a dar cuenta a la autoridad del primer puerto o aeródromo chilenos de arribada, para comunicarlo y entregar a los culpables al cónsul de la respectiva nación, a fin de regresarlos a su país de origen si lo pide el capitán (art. 85 LN), y los ejecutados a bordo de buques y aviones privados chilenos en alta mar se sujetan igual a las leyes nacionales (arts. 5º, inc. 1º, CA y 6º, Nº 4º, COT). Empero, en virtud de la moraleja “non bis in ídem”, es una aplicación supletoria de la legislación foránea, siempre que no haya sido juzgado por los tribunales

⁵⁸ Verdugo: op. cit., t. II, pág. 188; Labatut: op. cit., t. II, Nº 275, págs. 12 y 13; y Etcheberry: op. cit., t. IV, págs. 101 y 102.

⁵⁹ Cousiño: op. cit., t. I, Nº 49, pág. 185; y Novoa: op. cit., t. I, Nº 119, pág. 170.59; y Dougnac: op. cit., Nº 4, pág. 5.

locales donde se cometió el delito (arts. 13, incs. 1° y 2°, CPP y 343 y 358 CDIP)⁶⁰.

12.2. La piratería aérea adquiere igual condición, en virtud de los tratados celebrados con otras potencias (art. 6°, N° 8°, COT), por las mismas razones recién expuestas. Y en la hipótesis que víctimas y delincuentes fueren chilenos, cabría también aplicar la extraterritorialidad de la ley patria (art. 6°, N° 6°, COT). Otro tanto acontece con los injustos verificados a bordo de aviones extranjeros que sobrevuelan espacio aéreo ajeno a nuestra jurisdicción cuando aterrizan en suelo local y aquéllos afectan el interés nacional (art. 5°, inc. 3°, CA). Si el comandante estima que un hecho reviste caracteres delictuales, debe denunciarlos y entregar al responsable a la autoridad aeronáutica o, en su defecto, a la que corresponda (arts. 71, inc. 3°, CA y 175, letra c, CPP).

12.3. El conocimiento de estos delitos efectuados fuera del territorio nacional, de competencia de los tribunales chilenos, corresponderá a los juzgados en lo criminal de Santiago (art. 167 COT), según turno fijado por la Corte de Apelaciones de la capital, pero de los delitos contemplados en el CA conocerá el juzgado de aviación con arreglo al procedimiento establecido en el CJM (arts. 201 CA y 5°, N° 1°, inc. 2°, y 15 A, inc. 1°, CJM).

ABREVIATURAS

Código Penal	CP
Comisión Revisora del CP	CR
Código Civil	CC
Contraloría General de la República	CGR
Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados	CVDT

⁶⁰ Quezada: “Introducción al derecho procesal”, N° 77, pág. 146; y “La competencia”, N° 139, pág. 104.

Diario Oficial	DO
Convención sobre Derecho del Mar	CDM
Decreto Ley N° 2.222 de 1978, sobre Navegación	LN
Código de Derecho Internacional Privado	CDIP
Ley N° 18.314 de 1984, sobre conductas terroristas	LCT
Código Aeronáutico	CA
Código del Trabajo	CT
Ley N° 12.927 de 1975, sobre Seguridad del Estado	LSE
Convención sobre infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves (Tokio)	CIABA
Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (La Haya)	CRAIA
Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos	PRAIVA
Decreto con Fuerza de Ley	DFL
DFL del Interior N° 221 de 1931, sobre navegación aérea	LNA
Ley N° 18.892 de 1989, sobre pesca y acuicultura	LPA
Ley N° 17.798 de 1978, sobre control de armas	LCA
Derechos Humanos	DDHH
Relaciones Exteriores	RR. EE.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI Rodríguez, Fernando: “Derecho Procesal”, tomo I, Editorial Universitaria S. A., Santiago de Chile, 1956.
- ANABALÓN Sanderson, Carlos: “Tratado Práctico de Derecho Procesal Civil Chileno - Código Orgánico de Tribunales”, tomo I, volumen I, segunda edición, Ediciones Seminario, Santiago de Chile, 1970.
- ASTROSA Herrera, Renato: “Derecho Penal Militar”, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1974.
- ASTROSA Sotomayor, Renato: “Jurisdicción Penal Militar”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1973.
- AVSOLOMOVICH Callejas, Alex; LÜHRS Antoncich, Germán; y NOGUERA Gorget, Ernesto: “Nociones de Derecho Procesal”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1965.
- AWNER S., Harry y RIVAS M., Ramón: “La llamada piratería aérea en el Derecho Internacional”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1988.
- BASCUÑÁN Valdés, Antonio: “El delito de incendio”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1974.
- BAVESTRELLO Bontá, Irma: “El mar territorial en el concierto de las naciones”, memoria de prueba, Editorial Tipográfica Salesiana, Concepción, 1957.
- BENADAVA Cattán, Santiago: “Derecho Internacional Público”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976.
- BUSTOS Ramírez, Juan: “Nuevo Sistema de Derecho Penal”, Editorial Trotta, Madrid, España, 2004.
- CASARINO Viterbo, Mario: “Manual de Derecho Procesal - Derecho Procesal Orgánico”, tomo I, sexta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, reimpresión, 2011.

CORPORACIÓN Nacional de Reparación y Reconciliación: “Constitución, tratados y derechos esenciales”, impreso en Hansa Print, Santiago de Chile, 1994.

COUSIÑO Mac Iver, Luis: “Derecho Penal Chileno”, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1975.

CURY Urzúa, Enrique: “Derecho Penal – Parte Especial”, décima edición, Editorial Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 2011.

DOUGNAC Rodríguez, Antonio: “Actitud internacional ante la piratería como precedente modélico en la lucha antiterrorista”, en Revista de Derecho - Derecho, sociedad y cultura, Universidad Central, año I, N° 2, julio-diciembre 1987, segunda parte, Santiago de Chile.

DUCCI Claro, Carlos: “Interpretación Jurídica”, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1977.

DUNCKER Biggs, Federico: “Derecho Internacional Privado”, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1956.

ETCHEBERRY Orthustegui, Alfredo: “Derecho Penal”, 4 tomos, tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2010.

“El derecho penal en la jurisprudencia”, tomo III, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2002.

FERNÁNDEZ, Pedro J.: “Derecho Penal”, 2 tomos, segunda edición, imprenta, litografía y encuadernación Barcelona, Santiago de Chile, 1900.

FONTECILLA Riquelme, Rafael: “Tratado de Derecho Procesal Penal”, tomo I, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1978.

GALTÉ Carré, Jaime: “Manual de Organización y Atribuciones de los Tribunales”, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1965.

GAMBOA Serazzi, Fernando: “Derecho Internacional y Derecho Interno”. En: Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo, N° 2, julio 2000.

GARRIDO Montt, Mario: “Derecho Penal”, tomos I, III y IV, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2010.

GONZÁLEZ Parada y Gastón, Gustavo: “De las circunstancias atenuantes y agravantes”, Editorial Samver, Santiago, 1970.

GRISOLÍA Corbatón, Francisco; POLITOFF Lifschitz, Sergio; y BUSTOS Ramírez, Juan: “Derecho Penal Chileno - Parte Especial”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1971.

GUZMÁN Latorre, Diego y MILLÁN Simpfendörfer, Marta: “Curso de Derecho Internacional Privado”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1973.

HERMOSILLA Arriagada, Germán: “Manual de Derecho Procesal Orgánico”, Editorial PuntoLex, Santiago de Chile, 2006.

HOYOS de la Barrera, María Teresa: “Código Orgánico de Tribunales”, concordancias, segunda edición, Legal Publishing, Santiago de Chile, 2013.

KASSIS Awad, Ricardo: “Líneas de base rectas, para la delimitación del mar territorial”, memoria de prueba, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 1965.

LABATUT Glenda, Gustavo: “Derecho Penal”, 2 tomos, novena edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005.

LÓPEZ Bourasseau, Enrique: “Jurisprudencia Constitucional (1950 – 1979)”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1984.

LÓPEZ Pescio, Edgardo D.: “Nociones Generales de Derecho Procesal - Derecho Procesal Orgánico”, tomo I, Edeval, Valparaíso, 1987.

LLANOS Mansilla, Hugo: “Teoría y práctica del derecho internacional público”, 2 tomos, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1980.

MARTÍNEZ Busch, Jorge: “Ocupación efectiva de nuestro mar – la gran tarea de esta generación”, en Revista de Marina N° 796 – 1990, Valparaíso.

- MERA Figueroa, Jorge A.: “Recepción de los instrumentos internacionales de derechos humanos en la legislación penal chilena”, en “La enseñanza de los derechos humanos”, Edeval, Valparaíso, 1992.
- NOVOA Monreal, Eduardo: “Curso de Derecho Penal Chileno”, 2 tomos, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1960.
- ORTÚZAR Latapiat, Waldo: “Las causales del recurso de casación en el fondo en materia penal”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1958.
- OTERO Lathrop, José A.: “Código Orgánico de Tribunales (anotado): concordancias, jurisprudencia, orígenes”, tomo I, Editores Jurídicos Asociados Ltda., Santiago de Chile, 1970.
- PACHECO Gómez, Máximo: “Teoría del Derecho”, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1984.
- PAÚL Latorre, Adolfo: “Procesos sobre violación de derechos humanos”, Editorial Maye Ltda., Santiago de Chile, 2013.
- PESCIO Vargas, Victorio: “Manual de Derecho Civil”, tomo I, tercera edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1978.
- POLITOFF Lifschitz, Sergio; MATUS Acuña, Jean Pierre; y RAMÍREZ G., María C.: “Lecciones de Derecho Penal Chileno”, 2 tomos, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2012.
- QUEZADA Meléndez, José: “Introducción al derecho procesal”, Editorial Fallos del Mes, Santiago de Chile, 1983.
- “Derecho Procesal Civil Chileno - La Jurisdicción”, Ediar Editores Ltda., Santiago de Chile, 1984.
- “Derecho Procesal Chileno - La competencia”, Editorial Ediar – Cono Sur Ltda., Santiago de Chile, 1985.

REPERTORIO de Legislación y Jurisprudencia: Código Orgánico de Tribunales, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1985.

RIBERA Neumann, Teodoro: “El derecho internacional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en “Los tratados internacionales en la jurisprudencia constitucional”, Universidad de Chile, LOM ediciones Ltda., Santiago de Chile, 2001.

RICCI Burgos, Eduardo: “El delito de piratería en el marco de nuestra legislación nacional: caso de los gatos de San Vicente y la sentencia del Tribunal Constitucional”, en Revista de Marina N° 4 – 2008, Valparaíso.

RIVACOBIA y Rivacoba, Manuel de: “Código Penal – Actas de sesiones de la Comisión Revisora”, Edeval, Valparaíso, 1974.

RIVERA Marfán, Jaime: “La declaración sobre zona marítima de 1952”, memoria de prueba, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1968.

ROCO Roco, Julio: “De los agentes del delito”, memoria de prueba, Sociedad Imprenta y Litografía Universo, Santiago de Chile, 1930.

RODRÍGUEZ Andrade, Claudia: “El elemento físico del Estado”, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 1990.

ROSENDE Subiabre, Hugo: “Derecho Civil - los objetos del derecho - bienes”, redacción de Abraham Kiverstein H., Galcón, Santiago de Chile, 1954.

SOTO González, Laura: “Dominio marítimo del Estado”, memoria de prueba, Editorial Universitaria S. A., Santiago de Chile, 1961.

TOMASELLO Hart, Leslie: “Influencia de los tratados en el derecho civil” y “Necesidad de dividir el mar territorial y el espacio aéreo para efectos jurisdiccionales”, ambos en “Estudios de derecho privado”, Edeval, Valparaíso, 1994.

URRUTIA Salas, Manuel: “Manual de Derecho Procesal”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1949.

VARGAS Carreño, Edmundo: “Derecho Internacional Público”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007.

VERDUGO Marinkovic, Mario: “Código Penal (concordado)”, tomos I, IV y V, Ediciones Encina, Santiago de Chile, 1968.

VILLAR Brito, Waldo del: “Manual de Derecho Penal - Parte General”, tomo I, Edeval, Valparaíso, 1986.

VODANOVIC Haklicka, Antonio: “Curso de Derecho Civil”, tomos I y III, cuarta edición, Editorial Nascimento, Santiago de Chile, 1971.

DOCTRINA

**LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD
EN EL DERECHO COMPARADO
LOS NUEVOS PARADIGMAS DE LA
CONTRATACIÓN MODERNA**

Cristóbal Peña Mardones¹

RESUMEN: *El autor analiza el rol de la autonomía de la voluntad en los desarrollos recientes del derecho de los contratos, concluyendo que la noción de relación obligacional, más que como un tipificado deber de prestación del deudor, es una garantía de resultado a favor del acreedor que considera otros aspectos de la contratación por entero atribuibles al legítimo ejercicio de la libertad contractual, con lo cual se cambia la noción de vínculo obligacional desde una perspectiva unilateral a una bilateral.*

ABSTRACT: *The author analyzes the principle of party autonomy in recent developments of contract law. He concludes that the notion of “relación obligacional” rather than as a standardized obligation to perform by the debtor implies a guaranteed result in favor of the creditor. This perspective considers others aspects of contract law entirely attributable to the exercise of freedom of contract, implying that the notion of obligational link moves from a unilateral to a bilateral perspective.*

PALABRAS CLAVE: *Autonomía de la voluntad – Incumplimiento de los contratos – Libertad contractual – Nuevo derecho de los contratos – Obligaciones contractuales.*

¹ **CRISTÓBAL PEÑA MARDONES.** Abogado de la Procuraduría Fiscal de Talca del Consejo de Defensa del Estado.

1.- INTRODUCCIÓN

El moderno derecho privado patrimonial se encuentra viviendo una era de transformaciones radicales, de una profundidad y extensión sin paralelo en el último siglo.

Así como el nacimiento y expansión de los Estados Nacionales, movimiento que floreció a partir de mediados del siglo XIX y se extendió prácticamente hasta el fin de la Segunda Guerra Mundial, trajo consigo el fenómeno de la codificación del derecho privado patrimonial en los así llamados “derechos nacionales”, desde finales del siglo XX, la generalidad de los ordenamientos jurídicos occidentales, comenzando por los europeos, viven el auge de la globalización de la contratación privada, fenómeno que reclama para sí nuevos paradigmas jurídicos, no necesariamente normativos, que pongan en valor la autonomía de la voluntad de los contratantes y, por tanto, la funcionalidad de sus instituciones a los requerimientos de la contratación moderna.

En los párrafos que siguen examinaremos algunos aspectos del alcance y envergadura que el nuevo derecho de los contratos reconoce a la autonomía de la voluntad de los contratantes y de qué manera la disciplina comparada ha permitido estructurar instituciones comunes que, consonantes con los requerimientos del tráfico jurídico contemporáneo, ponen a disposición de los contratantes instituciones y entidades jurídicas divergentes del derecho nacional tradicional codificado, pero profundamente enraizadas en la tradición jurídica occidental, no exclusivamente continental, sustancialmente funcionales a las necesidades que plantea aquél, lo que ha ameritado su recopilación y estructuración en una serie de cuerpos y ordenamientos que, aun sin contar con una consagración positiva como normas de derecho interno, se han impuesto como las reglas comunes de la contratación privada moderna.

2.- LA EVOLUCIÓN DESDE EL MODELO UNILATERAL AL BILATERAL

Es ampliamente sabido que la fuente común de nuestros ordenamientos jurídicos, el Derecho Romano, no concibió una teoría general de las obligaciones o del negocio jurídico² que contemplara un concepto universal o uniforme del vínculo jurídico o de la contratación en términos generales. Antes bien, el ordenamiento romano se caracterizó precisamente por su pragmatismo y por la concreción de soluciones jurídicas mediante una metodología eminentemente inductiva, a partir de casos de conflictos jurídicos que permitían ir construyendo nociones de orden general.³ Pothier, fuente indiscutida de nuestro Código Civil, a pesar de haber rotulado su obra principal como “Tratado de las Obligaciones”, en realidad lo que hace es analizar los pormenores de la obligación a partir de la noción de contrato, circunscribiendo sus instituciones fundamentalmente a estas bases⁴, que son precisamente las que utiliza Bello, tiñendo así de “contractualismo” las nociones generales del negocio jurídico y las obligaciones.

De hecho, es a Savigny a quien se le debe la concepción de una estructura sistemática de la teoría general del negocio jurídico y de las obligaciones en general, de las que los contratos forman sólo una parte, utilizando como base para ello el concepto básico de relación jurídica⁵, a partir del cual Windscheid, más tarde, homologaría con los derechos reales para construir la noción de derechos patrimoniales.⁶

² MORALES (2012), p. 322.

³ MORALES (2012), p. 322.

⁴ POTHIER (1821), N°151.

⁵ MORALES (2012), p. 325.

⁶ Esta generalización, sin embargo, acusa ciertas debilidades y una de ellas dice relación, precisamente, con la autonomía de la voluntad, pues al hacerse una aplicación extendida de las nociones previamente establecidas principalmente para los contratos, se limita a este ámbito la totalidad de las vinculaciones jurídicas provenientes de la expresión de aquella, aun cuando ocurra que, en un caso en particular, no resulte concretamente predicable de un vínculo contractual.

Es precisamente debido a este hecho, es decir que nuestra codificación data de una época previa a la concepción de una teoría general del negocio jurídico propiamente dicho, que se obtiene como consecuencia una concepción del contrato denominada como “unilateral”, que recoge las nociones del contrato provenientes del material que ofrecía el Derecho Romano, procesado más tarde por los iusnaturalistas que fueron, precisamente, quienes desarrollaron aquellas ideas, eminentemente casuísticas y prácticas para que sirvieran, en definitiva, a los fines de la codificación, que no son otros que la consolidación de un único ordenamiento jurídico de orden nacional⁷, por contraste a la multitud de estatutos forales o estamentales.

Como corolario de lo que se lleva expresado, se obtiene que la concepción de la vinculación obligacional, notablemente marcada por la noción contractual, responde a poderosos motivos históricos que ponen su acento en el carácter unilateral de la misma. En efecto, es bien sabido que en el sistema romano, la base contractual era eminentemente típica⁸ y que, de hecho, la fuerza vinculante de sus convenciones radicaba, precisamente, en la estricta observancia de las formas que imponía la ley, no pocas de ellas religiosas. Todos los restantes pactos, celebrados fuera de las rigurosas formalidades legales, bien porque no respondieran a sus finalidades, bien porque fuesen celebrados por personas que carecían de la calidad de ciudadanos romanos, se reflejaron en las célebres *stipullatio*, que basaban su fuerza vinculante en una importante puesta en valor de la promesa unilateral de desarrollar una determinada prestación a favor de otro. Los iusnaturalistas volverán sobre este punto⁹ al revitalizar el modelo de la relación obligatoria unilateral y su fuerza vinculante, en el sentido que el sujeto puede conferir a otro el derecho a exigirle una determinada prestación, o crédito, en términos generales.¹⁰ Se trataba, con todo, de un “pacto nudo” en términos romanos, esto es, de una

⁷ Proceso que entre nosotros, así como en la mayoría de los ordenamientos codificados, culmina con la dictación del C. Civil.

⁸ MORALES (2012), p. 322.

⁹ Por todos, Grotio en *Le droit de la guerre et de la paix*.

¹⁰ GROTIUS, p. 398.

convención carente de formalidades que hallaba dificultades en radicar la fuerza vinculante de esta limitación auto-impuesta por la autonomía de la voluntad del contratante, para comprometer una determinada conducta que constituirá la prestación debida.

Serán nuevamente los iusnaturalistas quienes llenarán este vacío, recurriendo a dos nociones ajenas (a lo menos en los términos en que actualmente se conciben) al Derecho Romano, a saber, las del objeto y la causa de la obligación en las que radicará la fuerza vinculante de la obligación, conceptos que se encuentran, en el moderno derecho de los contratos, en profunda crisis como se referirá enseguida.

Aun cuando la noción de la obligación proveniente del modelo unilateral ofrece ciertas ventajas irrefutables, como las nociones de extinción de la obligación o de la circulación del crédito¹¹, lo cierto es que representa una limitación al ejercicio amplio de la autonomía de la voluntad, al constreñirla fundamentalmente a nociones de orden contractual, por una parte, y por otra, presenta debilidades relevantes en el propio ámbito de la responsabilidad contractual, en concreto, en lo que toca a las nociones de incumplimiento del contrato y de los remedios para superar esta crisis en el universo de relaciones negociales.¹²

Dado que la problemática que viene de describirse afecta a la casi totalidad de los ordenamientos jurídicos de la familia del *civil law*, herederos del proceso de la codificación, la solución comparada, recogida en los ordenamientos codificados más modernos¹³, se cristalizará en la noción bilateral de la obligación en general y del contrato en particular que emplean instrumentos como la Convención de Viena de Compraventa de Mercaderías (CISG) y los instrumentos creados a partir de la base que ésta presenta.

¹¹ MORALES (2012), p. 322.

¹² MORALES (2006), p. 47.

¹³ Paradigmáticamente, el BGB y el Código Suizo de las obligaciones.

Este modelo bilateral, en síntesis, sin abandonar del todo la institucionalidad que proviene de las nociones unilaterales precedentes, pone el acento en el elemento sinalagmático del contrato, y más allá de la promesa de la prestación, atenderá a la satisfacción que se garantiza al acreedor de ésta quien, a su vez, cifra una esperanza legítima de obtener la misma.¹⁴ Permitirá este modelo, pues, armonizar las nociones contractuales con nuevas reglas, consonantes con la libertad contractual, afines con la funcionalidad que buscan los contratantes, ya que atenderá especialmente a la finalidad buscada por los mismos y la manera en que el deudor asegura al acreedor la prestación debida, y a la vez, por los mismos motivos, amplía la noción de incumplimiento a un nuevo espectro omnicomprendivo que, a su turno, modula los remedios que el ordenamiento establece para la crisis contractual¹⁵ atendiendo las causales que llevaron a ésta.

Con todo, esta nueva noción del contrato en particular y de las obligaciones en general, pone en tela de juicio relevantes instituciones tradicionales, fundamentalmente el objeto y la causa, cuestionando profundamente su utilidad y trascendencia, como analizaremos seguidamente, ampliando con ello el rol que juega la libertad contractual.

3.- LA CRISIS DE LAS TESIS TRADICIONALES. CAUSA Y OBJETO

Tal y como se indicó más arriba, tanto la causa como el objeto corresponden a instituciones concebidas por los iusnaturalistas para que ocuparan el lugar de las “vestiduras” del “pacto desnudo” del derecho romano, a partir del cual beberían éstos su fuerza vinculante.

El nuevo derecho de los contratos, sin embargo, reclama un espacio para la autonomía de los contratantes de una amplitud tal que termina por cuestionar la utilidad de las nociones en análisis al preguntarse si no sería posible lograr, con una concepción más sencilla del contrato, donde la voluntad de las partes tenga un rol central, el mismo objeto que tan

¹⁴ MORALES (2012), p. 357.

¹⁵ Noción que proviene de los *Restatement* estadounidenses.

trabajosamente se le atribuye a estas nociones a las que, con todo, ha de reconocérseles el fundamental rol que jugaron en el derecho tradicional de las obligaciones codificado.

3.1.- El objeto

En lo que toca a la noción del objeto, el cambio de paradigma, más que eliminarla, busca darle una nueva fisonomía, pasando de la noción de objeto real impresa desde el Derecho Romano, hacia una concepción más amplia del objeto ideal, predicable de la representación de los contratantes en relación con su contraparte.

Esta nueva concepción del objeto y de su rol al interior del contrato tiene un efecto especialmente relevante en lo relativo a la incidencia que posee, en la validez del vínculo contractual, la imposibilidad inicial del objeto, al extremo de ser posible sostener que allí donde la teoría clásica ve una causal de anulación del contrato en base a la antigua máxima: “*Ad impossibilium nulla obligatio est*”, que ha sido calificado, sin más, como un simple lugar común¹⁶, la nueva teoría de los contratos no sólo deja de lado la ineficacia del contrato, sino que presenta una serie de casos en que puede atribuir una “*culpa in contrahendo*” para eventos en que la imposibilidad del objeto se pueda atribuir a la conducta del deudor o, cuando menos, su conocimiento de la misma.¹⁷ En realidad, lo que ocurre en estos casos es que se bloquea a las partes la posibilidad de demandar la nulidad de la obligación pues lo que existe es, verdaderamente, una hipótesis de incumplimiento en el contexto de un contrato que sí es válido, aun cuando se prescinda en él de la noción tradicional de objeto¹⁸, y así lo demostraban ya, por lo demás, algunos textos romanos, citados por Zimmermann.

¹⁶ MORALES (2012), p. 346.

¹⁷ Esta noción, propia de las tesis bilaterales del contrato, dio origen a una modificación reciente del BGB, concretamente de sus apartados 306 y 307 que precisamente, en línea con lo que se viene examinando, dejan de lado la ineficacia y reglamentan casos de *culpa in contrahendo*.

¹⁸ CORRAL (2015).

En realidad, la solución de la declaración de ineficacia por imposibilidad inicial del objeto se originó en los escolásticos quienes, al vincular los conceptos romanos con los principios aristotélico-tomistas, radican la problemática en un vicio de la voluntad que sí permitía la anulación del negocio, y de esta fuente pasa a Pothier¹⁹, de donde se transmite al fenómeno codificador. Finalmente, estas tesis son dejadas de lado por el moderno Derecho de los Contratos, como lo demuestran, a lo menos de forma implícita, los artículos 30 y 46 de la CISG al contemplar, como un caso de incumplimiento, la falta de entrega de la cosa vendida, con plena independencia de la causa que lo origina. Con mayor claridad, aún recogen los Principios Europeos de Contratación Moderna (PECL).²⁰

En suma, la respuesta frente a la imposibilidad inicial del objeto parece radicar por completo en la concepción que se tenga de éste, la que, a su vez, se vincula directamente con los modernos conceptos comparados de la autonomía de la voluntad.

3.2.- La causa

No es sensiblemente diversa la situación que se verifica con el tradicional concepto de causa, que nuestro ordenamiento civil define y reglamenta y que nuestra jurisprudencia incluso ha identificado con la causa final del orden ontológico.²¹

En el nuevo derecho de los contratos, la concepción de causa se ha ido debilitando progresivamente²², al punto de desaparecer del todo de un buen número de ordenamientos modernos que no la han creído necesaria²³, de manera que la pervivencia o no del concepto resulta

¹⁹ POTHIER, N°136.

²⁰ *“A contract is not invalid merely because at the time it was concluded performance of the obligation assumed was impossible, or because a party was not entitled to dispose of the assets to which the contract relates”* (art. 4:102).

²¹ Por todos: C. de Temuco, 3 de marzo de 1980. R. t. 78, sec. 2ª, p. 1.

²² GUZMÁN (2005), p. 357.

²³ Fundamentalmente, el BGB.

ser un tópicos obligado en el nuevo derecho de los contratos.²⁴ Dicho en otros términos, dado que el moderno derecho de los contratos unificados de Europa (UNIDROIT, PECL) no recurren a la teoría de la causa en el negocio jurídico y que éste ni tan siquiera constituye un requisito uniforme dentro de los ordenamientos europeos, resulta lícito cuestionar la utilidad de aquél y la factibilidad que su lugar sea ocupado por otro elemento, más propio al libre ejercicio de la autonomía contractual.

Tal como se dijo, el origen de la noción de causa es preciso buscarla en Roma en las *stipullatio*, que sí prestaban un valioso servicio a la voluntad de los contratantes al permitirles introducir una serie de pactos que el riguroso sistema contractual propiamente dicho impedía. A pesar de ello, el Derecho Romano, consonante con su carácter eminentemente práctico, no concibió una noción general de la causa, salvo contadas excepciones²⁵, de manera que hubo que esperar hasta la escolástica, con sus nociones de justificación para la obligatoriedad de la *stipullatio*, para arribar a la noción de causa.²⁶ Este fue el motivo, además, de que se ampliara notablemente la incidencia de este concepto a la generalidad de los negocios jurídicos, perfilando con ellos la causa onerosa y la causa gratuita, a pesar de quitarle espacio a la autonomía contractual, camino que, sin embargo, no todos los fenómenos codificadores siguieron²⁷.

Analizada la exigencia del actual derecho de los contratos, parece, si no imprescindible, por lo menos necesario reconocer que, hoy por hoy, la noción de causa debe desvincularse del ámbito de los contratos típicos formalmente limitativos de la libertad contractual y

²⁴ La noción de causa no es privativa del *civil law*. En el ámbito del *common law* se conoce el concepto de las así llamadas *considerations* que juegan un rol análogo a la causa pero que al igual que ésta presenta vacíos de importancia, particularmente en las prestaciones liberales cuya justificación excede largamente el marco conceptual que éstas ofrecen.

²⁵ La más notable de ellas es la conocidísima "*Condictio causa data, causa non secuta*".

²⁶ ZIMMERMANN (1996), p. 552.

²⁷ Los autores de raigambre germánica prescindieron del concepto, sustituyéndolo por la noción de seriedad del propósito negocial que se transmite más tarde a su legislación.

radicar su utilidad, más bien, en el control de licitud de negocios o contratos unilaterales que atienden fundamentalmente a una situación jurídica previa, como la fianza²⁸. Fuera de estos casos, la noción en comento parece prestar utilidad únicamente para revelar situaciones que revierten, en definitiva, en atribuciones patrimoniales sin causa, solucionables en sede de enriquecimiento injusto.²⁹ Más allá de esto, característicamente la noción de causa se ha utilizado para resolver situaciones de simulación o de conversión del acto jurídico, las que, en realidad, son posibles de resolver a partir de la voluntad de las partes, analizando precisamente lo que fue deseado por los contratantes, dejando de lado, claro está, casos de ilicitud manifiesta.

Con todo, sí parece ser necesario aún reservar un espacio a la noción de causa en el ámbito del control de licitud, particularmente cuando se trata de finalidades que los contratantes han perseguido más allá de las figuras contractuales típicas que ofrece la ley y que se vinculan, precisamente, con la noción bilateral del contrato al haber estrecha relación con el resultado esperado por el contratante.³⁰ Otro tanto ocurre con la así llamada “función caracterizadora de la causa”, pues ella permitirá individualizar cuál es la finalidad perseguida por las partes y así arrimar su voluntad a algún acto típico (o no), a fin de aplicar a su respecto las normas imperativas que el ordenamiento contemple y llenar los vacíos que el pacto pueda registrar, lo que permitirá, a su vez, llevar a cabo un control de licitud del negocio, particularmente del atípico, teniendo muy presente, eso sí, que existe una presunción de existencia y de validez de la causa que avala al contrato³¹. Son éstos los roles prevalentes reservados a la noción de causa que, como queda explicado, ve muy reducido su radio de acción hasta casi desaparecer,

²⁸ DIEZ-PICAZO (1970), N°170.

²⁹ MORALES (1988), p. 49.

³⁰ MORALES (2012), p. 372.

³¹ MORALES (2012), p. 377.

como de hecho lo propone el nuevo derecho de los contratos y ocurre, en la práctica, en más de un ordenamiento jurídico contemporáneo³².

4.- HACIA EL NUEVO MODELO DE VINCULACIÓN CONTRACTUAL

A partir de los elementos consignados en los apartados anteriores, se ha conceptualizado al negocio jurídico en el nuevo derecho de los contratos como la *“Declaración o acuerdo de voluntades, con los que los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de especial tutela, sea en base a dicha declaración de voluntad, sea completado por otros hechos o actos”*³³.

Puede percibirse acá que el nuevo concepto que se propone se acerca notoriamente a las nociones de contratación que provienen del *common law*, en cuanto éstas han concebido al contrato, desde antiguo, como una promesa de garantía, siguiendo de cerca los modelos romanos y ampliando la noción en términos tales de permitir alcanzar un concepto unitario del incumplimiento, ya separado de la culpa y del abanico de remedios o acciones que se ponen a disposición del contratante diligente, que se modularán, ahora sí, según la presencia o no de imputabilidad culpable en la falta de cumplimiento³⁴ que incide en la garantía o promesa de resultado que caracteriza esta nueva forma de concebir la vinculación negocial.

El nuevo modelo, además, permite superar la limitación que, para la tesis tradicional, representaba dejar de considerar la posición del acreedor o de terceros frente a la crisis en la relación contractual, poniendo ahora sí

³² *“Lo que importa, ciertamente, es saber el carácter jurídico o valor que para el Derecho tiene aquello que en cada caso el hombre pretende conseguir, ejercitando la autonomía de la voluntad. Mas la pregunta hecha no puede contestarse afirmativamente, mientras se mantenga la actual nomenclatura legal. Hay que seguir refiriéndose a la causa del contrato y del negocio jurídico, y la interrogante queda reducida a recordarnos ese significado de la causa, práctico y sencillo, antes señalado”* (CASTRO, 1967, 214).

³³ CASTRO (1967), 248.

³⁴ CORRAL (2015).

a su disposición el amplio abanico de remedios que responde a la noción de fianza del resultado que subyace a la nueva noción³⁵, lo que explica que haya vinculación contractual aun en casos en que torna imposible el deber de prestación que radica, por ejemplo, en la imposibilidad inicial del objeto, ya analizado. Adicionalmente, esta noción traerá como consecuencias que determinados estados de la realidad circunstantes a la contratación formen parte del contenido genérico del nexo contractual, como una suerte de presuposición garantizada y, de particular relevancia, el hecho de establecerse una clara reasignación de funciones a la pretensión de cumplimiento del contratante diligente (cubriendo, por ejemplo, las hipótesis de reparación de la cosa entregada o de cumplimiento por el equivalente) y muy especialmente de la indemnización, que producto del fin de protección que se le asigna al contrato, deja de ser estrictamente reparatoria y pasa a adquirir un carácter satisfactivo de los intereses del acreedor garantizados por el contrato.³⁶

Es por esto que se ha sostenido que: *“El negocio jurídico debe ser entendido (...) no simplemente como un mecanismo de creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas, aunque también le cabe ese cometido, sino como algo más complejo y de más amplio alcance: como un medio para organizar los particulares sus propios intereses desde una perspectiva eminentemente práctica”*³⁷.

En este nuevo contexto, que pone especial valor, como se consignó previamente, en la autonomía de la voluntad de los contratantes, surge la necesidad de conceptualizar sistemas de remedios que discriminen entre el contrato típico y el negocio jurídico (atípico), ello por cuanto mientras será más propio del primero la satisfacción en naturaleza a la que responden los conceptos de cumplimiento e indemnización, la naturaleza del segundo resultará más acorde con remedios conceptualizados de acuerdo a la anomalía que presente el negocio en particular y que conduzcan más bien a alternativas vinculadas con el concepto clásico

³⁵ MORALES (2012), p. 382.

³⁶ CISG Art. 46 II.

³⁷ MORALES (2006), p. 325.

de la *in integrum restitutio*, cuando ello sea lógicamente posible y sin perjuicio del amplio rango de selección que resulte de privilegiar, en esto también, la libertad contractual. Con todo, resulta posible sostener, en la actualidad, que las nociones de negocio jurídico separadas de las de contrato, aun para estos efectos, son más propias de lo que en nuestros ordenamientos se conoce como propio del ámbito de la responsabilidad precontractual o de *culpa in contrahendo*, advirtiendo en ello, eso sí, que mucha de dicha elaboración en nuestro ordenamiento, como ocurre en otros de análoga inspiración, responde más bien a construcciones doctrinales no enteramente recogidas aún por el legislador³⁸.

5.- INCUMPLIMIENTOS Y REMEDIOS. NUEVOS PARADIGMAS

Otra consecuencia de enorme relevancia que proviene de la nueva manera de conceptualizar el negocio jurídico, como ya se anunció, radica en el concepto de incumplimiento y la forma en que el ordenamiento ofrece remedios al contratante diligente afectado por esta crisis contractual.

En efecto, una de las principales virtudes del nuevo derecho de contratos consiste en ofrecer un sistema único de responsabilidad contractual (SURC) que informa a la totalidad del sistema de remedios del incumplimiento³⁹.

En este punto resulta preciso recordar que el derecho codificado concibió diversos sistemas de responsabilidad contractual, ya que mezcló las nociones generales provenientes de la introducción de construcciones racionalistas en el derecho de contratos, con los remedios específicos que, para cada caso, ofrecía el Derecho Romano, lo que conduce a un escenario de soluciones múltiples y de difícil generalización.

En contraste, el moderno derecho de los contratos, de los que la CISG es un paradigma, ofrece modelos que, si bien son concebidos

³⁸ MORALES (2006), p. 19-22.

³⁹ MORALES (2006), p. 19-22.

para la compraventa, resultan generalizables para otras vinculaciones contractuales y es esa precisamente su vocación⁴⁰.

Este nuevo modelo de incumplimientos, propio de las nociones de garantía de satisfacción del interés del contratante, proviene de la ya referida doctrina del nuevo derecho de los contratos que privilegia, además del deber de prestación, el estado o situaciones presupuestas al contrato que garantizan al acreedor y, por lo mismo, se caracteriza por tres rasgos fundamentales: su amplitud, la neutralidad en el título de imputación del incumplimiento y, como corolario de ambos, por la satisfacción del interés del acreedor como objetivo último⁴¹.

La amplitud del concepto de incumplimiento, por una parte, implica que cubre todas las hipótesis de falta de concreción del objetivo contractual, inclusive las *ab initio*, con lo que desaparece la institución de los saneamientos que consagran los ordenamientos clásicos, los que pasan a quedar englobados en estas nociones amplias de incumplimiento que se diferencia únicamente por el sistema remedial que atenderá las necesidades del contratante defraudado⁴². Es por esto que los PECL han podido definir el incumplimiento como: “(...) *cualquier falta de ejecución de cualquier obligación del contrato, tanto si es excusable como si no lo es, e incluye el cumplimiento retrasado, el cumplimiento defectuoso y la infracción de los deberes de cooperación para alcanzar la plena efectividad del contrato*”⁴³. Los Draft Common Frame of Reference (DCFR) son aún más explícitos y amplios, al cubrir todo tipo de obligaciones, no solamente las contractuales⁴⁴.

⁴⁰ MORALES (2012), p. 389.

⁴¹ CORRAL (2015).

⁴² MORALES (2012), p. 391.

⁴³ PECL, art. 1:301.

⁴⁴ “*Non-performance of an obligation is any failure to perform the obligation, whether or not excused, and includes delayed performance as any other performance which is not in accordance with the terms regulating the obligation*” (art. III.1-01).

De acuerdo a la segunda característica del incumplimiento, esto es la neutralidad, no se establece ningún requisito genérico de imputabilidad a culpa o dolo, ello por cuanto la ponderación de estos componentes se tendrá presente a la hora de regular la determinación del remedio, con lo que desaparece además la mora. De ello se sigue, a su turno, una importante consecuencia: los efectos del incumplimiento no pueden ya ser considerados, de manera alguna, una sanción al deudor y ni siquiera una indemnización de daños con función resarcitoria sino que únicamente la satisfacción del acreedor afectado por el incumplimiento que será más o menos intensa dependiendo de la imputabilidad. Se ha cuestionado que esa noción neutra del incumplimiento pueda ser extendida a las así llamadas obligaciones de medios⁴⁵, pero lo cierto es que, en estos casos, la diligencia debida en el desarrollo de la obligación es el resultado esperado, de manera que resulta posible, en este escenario, englobar la imputabilidad culpable o dolosa a una noción amplia de incumplimiento, aun cuando se trate de una obligación cuya garantía no cubre el resultado sino que los medios empleados para alcanzarlo, propio de conceptos amplios de obligación que ponen en valor la autonomía de la voluntad para todas las fuentes de las obligaciones, como ocurre paradigmáticamente con el modelo que actualmente representa el BGB⁴⁶, pues existe siempre una insatisfacción del interés del acreedor.

Como consecuencia de lo que se lleva dicho en torno a las nociones de incumplimiento, tanto el concepto de remedios para éste como el sistema en torno al cual se estructuran, reflejan un cambio de importancia. Desde luego, viene al caso observar que el nuevo derecho de contratos prefiere el concepto de remedios antes del de indemnizaciones, entendiendo aquél como una medida de protección que ofrece el ordenamiento jurídico a un sujeto que sufre una lesión en un interés digno de protección jurídica⁴⁷. El elenco de remedios también se ve modificado, al ampliarse los medios que persiguen tal fin. Se cuenta dentro de este abanico, desde luego, las soluciones tradicionales de cumplimiento forzado y de indemnización

⁴⁵ Por todos, BARROS (2009), p. 175.

⁴⁶ CORRAL (2015).

⁴⁷ MORALES (2011), p. 402.

en un sentido estricto, pero se le agregan nuevas alternativas remediales, como la suspensión del cumplimiento propio, la resolución y la reducción del precio, estas tres últimas susceptibles de ser utilizadas aun en sede extrajudicial, con la agilización de los procesos que ello necesariamente importa⁴⁸. Aun cuando de todos estos remedios es posible predicar una unidad en sus funciones, no es menos cierto que permiten establecer una clasificación de importancia, a saber, entre aquellos que se dirigen a dar satisfacción al acreedor mediante el cumplimiento del contrato, y nos referiremos a las soluciones tradicionales ya mencionadas, frente a las cuales surgen aquellas que actúan más bien sobre la relación obligatoria y que engloban las tres restantes⁴⁹.

En lo que toca al primer grupo de respuestas de cara al incumplimiento, esto es, los que tradicionalmente concibe el ordenamiento, es necesario señalar que se abre paso un nuevo tipo de solución, más cercana a la nueva forma de concebir el negocio jurídico como garantía de resultado y que consiste en la operación de reemplazo solventado por el deudor, remedio que revela la naturaleza de dicho nuevo concepto. Este remedio resulta ser sustancial y cualitativamente superior a los restantes, particularmente si se considera que toma en cuenta el interés del acreedor que difícilmente se verá satisfecho con el cumplimiento forzado del contratante reticente a cumplir con su obligación que ya fue negligente en el desarrollo de ésta, quebrantando la confianza depositada por el contratante.

La operación de reemplazo actúa, en primer término, como un medio para satisfacer *in natura* el interés del acreedor⁵⁰, con el importante agregado de permitir, además, una indemnización por la diferencia de precio y jugará, asimismo, un rol preponderante en el límite a la pretensión de cumplimiento, dando una respuesta razonablemente unida a la expectativa del contratante de hasta dónde debe llegar la obligación

⁴⁸ MORALES (2012), p. 398.

⁴⁹ MORALES (2012), p. 399.

⁵⁰ MORALES (2012), p. 404.

de indemnizar en dinero la defraudación de ésta por la conducta del contratante desidioso o negligente⁵¹.

Dentro de la propia pretensión de cumplimiento tienen cabida, además, nuevas soluciones que, entre nosotros, se acercan al derecho de consumo, tales como la reparación del producto o su sustitución⁵², las que responden al fenómeno de ensanche del contenido de la pretensión de cumplimiento y a la protección del derecho del acreedor a obtener una prestación equivalente *in natura*, funcional a su interés garantizado por su co-contratante y que se verá limitado, además, por los casos de ilicitud o imposibilidad de ejecución del contrato o por los casos en que el cumplimiento causaría al deudor un esfuerzo o gasto no razonable.⁵³

Por último, la resolución y las indemnizaciones de perjuicios se ven profundamente modificadas, también, con motivo de los nuevos conceptos de incumplimiento y de remedios que derivan del nuevo derecho de los contratos.

Por de pronto, en este nuevo contexto debe entenderse la resolución como un remedio más del incumplimiento, concebido éste además de manera amplia, como se dijo más arriba, sin que a su respecto sea necesaria una noción de imputabilidad culpable o dolosa ya que la resolución se basará en el mero hecho del incumplimiento, contrapesado con un principio de conservación del contrato que impide dar a este remedio el carácter de generalizado y que obligará, pues, a determinar qué incumplimientos son resolutorios⁵⁴. En este punto, la Convención de Viena añade, como requisitos para dar el carácter de resolutorio al incumplimiento, el que tenga el carácter de sustancial (incumplimiento grave) o que constituya un retraso culpable del deudor que ha sido debidamente notificado por el acreedor (arts. 49 y 64). Los PECL

⁵¹ MORALES (2012), p. 406.

⁵² Arts. 19 y 20, Ley N° 19.496.

⁵³ “*It could have made a reasonable substitute transaction without significant effort or expense*” (PECL art. 9:101 y art. 9:102).

⁵⁴ MORALES (2006), p. 44.

recogen estas nociones que deben añadirse al incumplimiento, con alguna modificación en torno al plazo.⁵⁵

Resta, finalmente, referir el papel que le queda reservado a la indemnización como remedio ante el incumplimiento contractual. Desde luego, su concurrencia con la resolución del vínculo queda explicada por el hecho que, aun en este evento, pervive la obligación del deudor de satisfacer su obligación de garantía⁵⁶, regulado, como contrapartida, por las nociones de enriquecimiento incausado a fin de evitar una indemnización injustificada.

Quedó explicado más arriba, además, que no resulta posible concederle a la indemnización el carácter de punitiva, a lo que se suma ahora la necesidad de diferenciar el papel de remedio que juega en este contexto con el rol que cumple en el ámbito de la responsabilidad aquiliana, donde las finalidades serán manifiestamente diversas, a lo menos en lo que toca a la reparación del daño material en esta sede.

En seguida, la noción de indemnización de perjuicios en la responsabilidad por incumplimiento contractual se vincula con el interés protegido y la envergadura y alcance de éste se relacionará, a su vez, con los términos del contrato. En este sentido, las nuevas entidades en análisis permiten diferenciar entre un interés positivo del contratante, referido, a su turno, a dos ámbitos, a saber, la ventaja que obtendrá del intercambio comercial propiamente dicho (adquirir o enajenar en condiciones más o menos ventajosas) y aquél provecho que para el contratante reportará la prestación contratada, que es el que tiene relación más estrecha con la finalidad garantizada por el contrato. En paralelo a ello, existe también un interés denominado “negativo” que dice relación con la pretensión jurídicamente amparable de mantener el *status quo* del contratante, evitando, por una parte, un daño en la situación patrimonial en que se encontraba éste en relación con el negocio acometido y, por otra, en los bienes y derechos que conforman el patrimonio del contratante, ámbito que se vinculará más directamente con la responsabilidad

⁵⁵ Art. 9:301.

⁵⁶ MORALES (2010), p. 186.

extracontractual⁵⁷ y que justificará una nueva inteligencia del así llamado “*cúmulo de responsabilidades*”, análisis imprescindible pero que excede, sin embargo, a los fines de estas líneas.

Esta sencilla clasificación de los intereses indemnizables permite sostener que no resulta posible identificar directamente incumplimiento con daño indemnizable, ni siquiera en sede de daño moral, consideración que se considera hoy superada.⁵⁸ Por lo mismo, no es posible tasar el valor del incumplimiento a partir del valor de la prestación no realizada, por cuanto puede ocurrir que, en definitiva, la resolución reporte un beneficio al propio acreedor que es preciso compensar para evitar un enriquecimiento incausado.

En definitiva, es el fin de protección del contrato el que determina el interés protegido, aquél que resulta perjudicado con motivo del incumplimiento de la obligación y que da pie a exigir una indemnización, en términos tales que: “*El deudor que ha lesionado el interés del acreedor, responde frente a él no sin más, por todas las consecuencias imaginables de su conducta contraria al contrato, sino sólo por las pérdidas que se irroguen a los intereses del acreedor protegidos por medio del contrato*”⁵⁹.

Alrededor de esta última noción se debate actualmente el derecho comparado, ya que es un hecho que la manera en que se determina cuáles son los intereses protegidos por el contrato no es igual en los distintos sistemas jurídicos, como por ejemplo ocurre con el concepto de previsibilidad del daño. Puede haber una línea común en torno a la obligación de indemnizar siempre el daño cuando éste resulta previsible para el contratante incumplido, pero surge acá la duda de la manera en que se determinará esta previsibilidad, cuyo estándar se definirá en torno a la diligencia que se pueda exigir al deudor por el contrato⁶⁰. No debe

⁵⁷ MORALES (2010), p. 87.

⁵⁸ MORALES (2010), p. 93.

⁵⁹ RABEL (1957), p. 496.

⁶⁰ MORALES (2012), p. 422.

olvidarse que la noción de incumplimiento en el moderno derecho de los contratos es neutra, y que la imputación subjetiva al deudor deriva más bien en la regulación del remedio indemnizatorio, bien porque éste dejó de hacer lo que debía para ejecutar la prestación, bien porque existiendo una causa externa impeditiva, el deudor dejó de hacer lo que estaba a su alcance para remover el obstáculo.

Viena, en todo caso, hace uso de criterios de previsibilidad, como los de diferencias de posición entre los contratantes, a los que añade la infracción de la exigencia de conducta en que, a falta de pacto expreso, establecerá la diligencia debida a partir de la confianza suscitada por el deudor en el acreedor y que el ordenamiento ha protegido mediante el contrato⁶¹.

6.- ALGUNAS CONCLUSIONES

Frente a la interrogante inicialmente planteada acerca del papel que le correspondía jugar a la autonomía de la voluntad en el derecho comparado, ha resultado posible, en este breve bosquejo, dar respuesta a la pregunta investigativa constatando que esta disciplina ha permitido construir un verdadero nuevo derecho de los contratos, cuyas normas y principios son exorbitantes y no pocas veces contradictorios a los que imperan en el ámbito del tradicional derecho nacional codificado.

De hecho, existen motivos poderosos, aun históricos, para concluir que el nuevo derecho de los contratos (y los ordenamientos jurídicos dictados a partir de sus principios) resulta notablemente más consonante con la concesión de un amplio radio de acción a la libertad contractual que las normas tradicionales, pues la tipificación de las formas de contratación, amén de responder a herencias normativas no siempre enteramente equitativas y lógicas, constriñe la respuesta a situaciones de crisis contractuales a remedios no del todo funcionales a la autonomía contractual que inspiró la vinculación original.

⁶¹ Art. 79 I CISG.

El nuevo derecho de los contratos reconoce un punto de inicio sencillo, pero de insospechadas repercusiones, al definir la noción de relación obligacional, más que como un tipificado deber de prestación del deudor, como de una garantía de resultado a favor del acreedor que considera otros aspectos circunstanciales a la contratación y por entero atribuibles al legítimo ejercicio de la libertad contractual. Este sólo hecho, que cambia la noción de vínculo obligacional de una perspectiva unilateral a una bilateral, acarrea profundas repercusiones en ámbitos tan sensibles como lo son los que dicen relación con la imposibilidad inicial del negocio, con el profundo cuestionamiento a los conceptos tradicionales de objeto y causa, con la motivación jurídica final que justifica la obligatoriedad del pacto y, en definitiva, con las nuevas instituciones que guían las nociones de incumplimiento contractual y del amplio abanico de remedios puestos a disposición de los contratantes.

Las nociones y principios del nuevo derecho de los contratos, ocupación central del moderno derecho comparado, tampoco ponen del lado del todo al tradicional derecho continental codificado, por el contrario, tiene la particular virtud de preservar el valor de muchas de sus entidades, armonizándolas con el requerimiento de un amplio reconocimiento a la libertad contractual que el moderno derecho de los negocios demanda.

BIBLIOGRAFÍA

BARROS Bourie, Enrique (2009). *“Criterios de atribución de riesgos en materia contractual. Un contrapunto con la responsabilidad extracontractual”*.

CASTRO, Federico (1967). *“El negocio jurídico”*.

CORRAL Talciani, Hernán (2015). Apuntes de clases. Inéditos.

MORALES Moreno, Antonio-Manuel (2012). *Claves de la modernización del derecho de contratos*. Consejo General del Notariado.

MORALES Moreno, Antonio-Manuel (2010). *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*.

MORALES Moreno, Antonio-Manuel (2006). *El propósito práctico y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro*.

GUZMÁN Brito, Alejandro (2005). *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del Derecho europeo e iberoamericano*.

POTHIER, Robert-Joseph (1821). *Traité des obligations*.

ZIMMERMANN, Reinhard (1996). *The law of obligations, Roman Foundation of the Civilian Tradition*.

DOCTRINA

**EL PRECEDENTE EN EL PROYECTO DE
CÓDIGO PROCESAL CIVIL: ROL UNIFICADOR
DE LA CORTE SUPREMA A TRAVÉS DEL
RECURSO EXTRAORDINARIO**

Marcelo Andrés Acuña Silva ¹

***RESUMEN:** El autor explora la uniformidad de la jurisprudencia como una externalidad positiva de la labor jurisdiccional, precisando sus antecedentes en la legislación nacional, sus ventajas específicas y su regulación en el proyecto de Código Procesal Civil sometido al conocimiento del Congreso Nacional.*

***ABSTRACT:** The author explores the uniformity of jurisprudence as a positive externality of judicial work, specifying its background in national legislation, its specific advantages and its regulation in the Draft of the Civil Procedural Code currently under consideration of the Parliament.*

***PALABRAS CLAVE:** Proyecto de Código Procesal Civil – Recurso extraordinario – Uniformidad de la jurisprudencia.*

¹ **MARCELO ANDRÉS ACUÑA SILVA.** Abogado, Universidad de Concepción. Magíster en Derecho, mención Derecho Penal, Universidad de Chile. Diplomado en Derecho Procesal Penal, Universidad del Desarrollo. Alumno del programa de Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

I.- Cuestiones previas

Norberto Bobbio tenía razón, ya que con el tiempo van contando “más los afectos que los conceptos”², y nos parece que es justamente aquello lo que hoy sucede con quienes, frente a la proyectada eliminación de la casación en el proyecto de Código Procesal Civil³ (actualmente en el Senado), que la sustituye por el denominado recurso extraordinario⁴ (aun cuando se ha eliminado por la Cámara de Diputados el recurso extraordinario al enviarse al Senado, se trabajará con el proyecto original que lo incluía), han opuesto (con ciertos matices) tenaz resistencia a dicho cambio⁵ ⁶, sin detenerse en aquello que, en prospectiva y desde la mirada de quienes día a día recurrimos al foro, se presentaría como un logro evidente: “la necesidad de que los tribunales resuelvan bajo criterios comunes, previsibles e igualitarios, los asuntos semejantes en

² SQUELLA, Agustín. *Norberto Bobbio: un hombre fiero y justo* (Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica Chile S.A., 2005), p. 12.

³ Boletín 8197-07. Cámara de Diputados de Chile. Proyecto de Código Procesal Civil [visible en internet: http://www.diputados.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8596&prmBL=8197-07].

⁴ Artículos 405 y sgts. del proyecto.

⁵ Entre otros, véase a DELGADO CASTRO, Jordi. *La historia de la casación civil española: una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de la doctrina*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII* (2009), pp. 345-367; TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. *La eliminación de la casación civil: una marcha contra los tiempos*. Charla impartida en la Universidad del Desarrollo el 14 de junio de 2013 [visible en internet: <http://derecho-scl.udd.cl/files/2013/06/La-eliminación-de-la-casación-civil.pdf>]; NIEVA FENOLL, Jordi. *El recurso de casación* (Santiago de Chile, Abeledo Perrot - Legal Publishing, 2010); DE LA OLIVA, Andrés. *Casación, Oralidad y Nuevo Proceso Civil: tres conferencias chilenas* (Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009).

⁶ Aludimos aquí, principalmente, al recurso de casación en el fondo, ya que la casación en la forma es sustituida en el proyecto por el recurso de apelación (art. 379 y sgts). Se indica en el mensaje del proyecto que “se elimina el recurso de casación en la forma cuyas causales de nulidad se funden en la regulación del nuevo recurso de apelación que pierde su tradicional condición de recurso de mérito, para asumir, simultáneamente, la condición de recurso de nulidad”. Boletín 8197-07, cit. (nº2).

lo relevante”⁷. Y no es casual que esto sea un comentario de pasillo en las largas esperas antes de los alegatos en nuestras Cortes, ya que, como señalaba el poeta griego Arquíloco, “muchas cosas sabe el zorro, pero el erizo sabe una sola, y grande”⁸. En el mensaje del proyecto se indica que con el recurso extraordinario se “fortalece el rol de la Corte Suprema como máximo tribunal de la república encargado de preservar los derechos fundamentales y de dar coherencia y unidad a los criterios de decisión de los tribunales del país”⁹ ¹⁰, cuestión esta última que será el quid de esta micrología, denunciando desde ya, como bien refiere la profesora Accatino y a modo de propuesta inicial, el hecho de que el proyecto no “aborda directamente la cuestión del reconocimiento de fuerza vinculante a los precedentes de la Corte Suprema. Una suerte de pudor frente al riesgo sacrílego de tocar un dogma constitutivo de nuestra identidad jurídica hace que se prefiera, en esta materia, esconder la cabeza como según el viejo (y por lo visto falso) dicho haría el avestruz”¹¹, con todas las implicancias que ello trae aparejado en el efecto relativo de las sentencias bajo nuestro apodíctico artículo 3 del Código Civil, y que según nuestro parecer, se nos presenta, en su tradicional tratamiento doctrinario, como el título de un conocido artículo: la dogmática como

⁷ COUSO, Jaime. *El uso de precedentes en el derecho penal y la misión de los tribunales superiores de uniformación de la jurisprudencia: el caso chileno* en COUSO, Jaime y MERA, Jorge. *Precedentes y Justicia Penal* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2011), pp. 289 y sgts. pp. 323-324.

⁸ DWORKIN, Ronald. *Justicia para Erizos* (traducido por Horacio Pons, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2014), p. 15.

⁹ Boletín 8197-07, cit. (Nº2), pp. 23-24.

¹⁰ El artículo 405 del proyecto señala que el objeto de este recurso es solicitar a la Corte Suprema “que se avoque al conocimiento del asunto por estimarse afectado un interés general”. A su vez, el artículo 409 precisa lo que debe entenderse por interés general, indicando en su letra b), que uno de los casos en que dicho interés concurre es aquel en que la Corte Suprema “considere pertinente fijar, uniformar, aclarar o modificar una doctrina jurisprudencial”. Boletín 8197-07, cit. (nº2), p. 150.

¹¹ ACCATINO SCAGLIOTTIE, Daniela. *El miedo a los precedentes judiciales y la estrategia del avestruz*. Instituto Chileno de Derecho Procesal [visible en internet: <http://www.ichdp.cl/el-miedo-a-los-precedentes-judiciales-y-la-estrategia-del-avestruz/>].

trauma¹². Aparece entonces aquí un dilema crucial que nos enfrenta, como diría Camille¹³, a nuestra tradición familiar romano-germánica¹⁴, y que nos pretende dejar, al menos en parte y en lo que al precedente judicial se refiere, dentro de la familia del common law¹⁵. En este punto las preguntas borbotean: ¿es compatible el precedente judicial con nuestra práctica jurisprudencial?, ¿es necesario sustituir la casación por el recurso extraordinario?, ¿podrá cumplir el recurso extraordinario con un rol uniformador de la jurisprudencia?, ¿cuáles son las ventajas y desventajas del precedente?, ¿qué se entiende entre nosotros por precedente?, ¿existen raíces comunes?, entre otras¹⁶. En las siguientes

¹² PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *La dogmática como Trauma*, en VAN WEEZEL, Alex (Editor). *Humanizar y Renovar el Derecho Penal: estudios en memoria de Enrique Cury* (Santiago de Chile, Legal Publishing-Thomson Reuters, 2013), pp. 467-494.

¹³ CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, René David. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos* (11ª edición, traducción de Jorge Sánchez Cordero, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro Mexicano de Derecho Uniforme, 2010), pp. 13 y sgts.

¹⁴ “La familia romano-germánica que congrega a los países cuyo sistema de derecho se formó sobre la base del sistema de derecho romano”. En CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, René David, cit. (nº 12), p. 14.

¹⁵ “La familia del common law es la segunda familia de derechos: comprende el derecho de Inglaterra y los derechos que se moldearon sobre el derecho inglés”. *Ibid.*, p. 15.

¹⁶ Es importante considerar que en el Anteproyecto de Código Procesal Civil del año 2006, la materia se regulaba en los artículos 365 y 366 a través del recurso de nulidad, aunque con una estructura totalmente disímil a la regulación de los proyectos posteriores, con dos causales genéricas y varias específicas, con un claro sesgo del estilo recursivo que encontramos en el Código Procesal Penal. Anteproyecto de Código Procesal Civil en *Revista de Estudios de la Justicia* 8 (2006), pp. 137-138. Por su parte, en el proyecto de Código Procesal Civil del año 2009 se establecía una regulación, a nuestro juicio, mucho más directa sobre aquello que se pretendía a través del recurso extraordinario (aunque sin referirse al valor probatorio del precedente), señalándose en el artículo 353: “*Objeto del Recurso*. El recurso extraordinario tiene por objeto que la Corte Suprema unifique la jurisprudencia con ocasión de una sentencia notoriamente injusta para el recurrente. Se interpondrá directamente ante la Corte Suprema y lo fallado por ella será irrecurrible. El recurso además tendrá por objeto revocar la sentencia impugnada si se han vulnerado sustancialmente garantías constitucionales”. El artículo 354 señala: “*Unificación de la Jurisprudencia*. La función de la Corte Suprema es preservar la coherencia y unidad de los criterios de decisión en los tribunales del país en virtud del recurso

líneas trataremos de responder a estas interrogantes, y las premisas serán los errores de nuestra casación, ya que se ha olvidado que en ella la "... ley ha partido no sólo de la imposibilidad, sino también del error teórico y práctico que entrañaría concebir que la casación perfecta es aquélla de la que no se descarta ninguna materia ni ninguna sentencia de segunda instancia. Además de ser ésa una casación completamente irrealizable en nuestra sociedad, no es necesario ni conveniente porque no responde a criterios razonables de justicia, que cada caso litigioso, con los derechos e intereses legítimos de unos justiciables aún en juego, pueda transitar por tres grados de enjuiciamiento jurisdiccional, siquiera el último de esos enjuiciamientos sea el limitado y peculiar de la casación. No pertenece a nuestra tradición histórica ni constituye exigencia constitucional alguna que la función nomofiláctica de la casación se proyecte sobre cualesquiera sentencias ni sobre cualesquiera cuestiones y materias"¹⁷.

II.- De los orígenes de la casación y el precedente. La casación en Chile

No puede comprenderse el alcance de la reforma que el proyecto de Código Procesal Civil propone, sin mirar al pasado, ya que "no es bueno limitarse a mostrar el polvo, que al final del camino queda pegado a las ropas: sólo sería prueba de haberlo transitado. Pero si se pretende mostrar el curso, también sería peligroso guía quien invite a recorrerlo sin advertencia alguna, con despreocupada soberbia de experto, pues demostrará no conocer las dificultades"¹⁸.

extraordinario. En consecuencia, ejercerá su función de unificación cuando: a) La sentencia recurrida se oponga a la jurisprudencia uniforme, b) La jurisprudencia previa fuere contradictoria entre sí, c) No existiere jurisprudencia sobre la materia, d) Nuevos contextos históricos, sociales o culturales justifiquen variar la tendencia jurisprudencial. Boletín 6567-07. Cámara de Diputados de Chile. Proyecto de Código Procesal Civil, p. 93 [visible en internet: http://www.diputados.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=6958&prmBL=6567-07].

¹⁷ Exposición de motivos de la Ley 1/2000, de 7 de enero. Ley de Enjuiciamiento Civil Española en Boletín Oficial del Estado Español. Legislación Consolidada, pp. 120-121 [visible en internet: <http://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-323-consolidado.pdf>].

¹⁸ ZAFFARONI, Ernesto Raúl. *En torno de la cuestión penal* (Buenos Aires, Editorial B

Ya en nuestros derroteros, las razones históricas por las cuales se llega a la casación o al precedente (que van de la mano de la distinción entre derecho continental y common law¹⁹) son, gráficamente expuestas, una cabeza de Jano. En efecto, tratándose de la casación, y aun cuando se suelen señalar como antecedentes indirectos la novela CXIX de Justiniano, una novela de Teodosio el joven del 439, la Constitución General de Clotario I, las capitulares de Pepino el breve (755 y 756)²⁰, la restitutio in integrum²¹ y la supplicatio²², y especialmente la querella nullitatis²³, resulta indiscutible que su origen se encuentra en Francia²⁴. En efecto, antes de la revolución francesa se podía apelar ante el parlamento, aunque el Consejo del Rey fue el organismo que regulaba la unidad de la jurisprudencia, debiendo a su vez este último también desmembrarse, dada la gran cantidad de casos que debía conocer, naciendo así el Gran Consejo con el mismo rol antes señalado, el cual luego es dividido entre el Consejo de Estado y el Conseil des parties, siendo este último un verdadero tribunal de casación, aunque con un grave inconveniente: sus sentencias no eran motivadas²⁵ (junto al hecho de seguir siendo un

de F Montevideo-Buenos Aires, 2005), p. 1.

- ¹⁹ En la clasificación de familias de derechos que propone Camille, encontramos tanto una referencia a la antigua familia de los derechos socialistas que se originó en la URSS, como a otros sistemas, en los cuales incluye: a) los sistemas de derecho islámico, hindú y judío, b) sistemas del lejano Oriente y c) África Negra y Madagascar. CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, René David, cit. (nº 12), pp. 17-20.
- ²⁰ PAILLAS, Enrique. *El Recurso de casación en materia civil* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008), p. 15.
- ²¹ LATORRE FLORIDO, Cecilia Paz. *El recurso de casación civil: antecedentes históricos y perfil actual*, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* 12 (2004), p. 1.
- ²² DELGADO CASTRO, Jordi. *La historia de la casación civil española*, cit. (Nº 4), p. 347.
- ²³ LATORRE FLORIDO, Cecilia Paz, cit. (nº 20), p. 2.
- ²⁴ Por todos, GONZÁLEZ, Francisco. *Compatibilidad del Recurso extraordinario con nuestro ordenamiento jurídico en Reforma Procesal Civil, II Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, 7 y 8 de noviembre de 2013 (Santiago de Chile, Oficina de Publicaciones, Cámara de Diputados de Chile, 2014), p. 32.
- ²⁵ PAILLAS, Enrique, cit. (nº 19), pp. 16-17.

órgano vinculado al Rey). Esto último es precisamente lo que generó un enorme recelo en el actuar de los tribunales del antiguo régimen, ya que se transformaron en “órganos impredecibles”²⁶ y que decidían, cual Pantagruel en su encuentro con el juez Bridoye al estilo de Rabelais²⁷. Así nace la casación en Francia, como reacción frente a la arbitrariedad judicial, y se manifestó en la mencionada “desconfianza que inspiraban los jueces del antiguo régimen y la confianza en la autosuficiencia de los códigos”²⁸. En términos más precisos, tres son los factores que permiten el surgimiento de la casación²⁹: a) el ya mencionado contexto histórico, donde aparecen como puntos cúlmines la ley especial de 27 de noviembre de 1790 y el decreto de instalación del Tribunal de Cassation³⁰, b) la ley como el centro de atención de las ideas libertarias (unido a la codificación³¹) y c) la férrea convicción en la necesidad de la separación de poderes. Tenemos así una casación que surge como contrapartida a los

²⁶ RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger. *El precedente constitucional en el Perú. Entre el poder de la historia y la razón de los derechos*, en CARPIO MARCOS, Edgar y GRÁNDEZ CASTRO, Pedro, *Estudios al precedente Constitucional* (Lima, Palestra Editores S.A.C., 2007).

²⁷ “Una vez que he visto, revisto, leído, releído, papeleado y hojeado las demandas, comparencias, exhortos, alegatos, (...) coloco sobre el extremo de la mesa de mi despacho todo el montón de papeles del demandante y le tiro los dados (...). Una vez hecho esto, pongo sobre el otro extremo de la mesa los papeles del demandado (...), al mismo tiempo que tiro también los dados. (...) La sentencia es dictada a favor de aquel que primero consiguió el número más favorable en el dado judicial, tribunalicio y pretorial”. RABELAIS, Francois. *Gargantua and Pantagruel* (United States of America, Barnes Noble Books, 2005), p. 392.

²⁸ ACCATINO, Daniela. *El precedente judicial en la cultura jurídica chilena*, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (sobre la cultura jurídica chilena), 20 (2002), pp. 559-582, p. 564.

²⁹ DELGADO CASTRO, Jordi. *La historia de la casación civil española*, cit. (nº 4), pp. 348-350.

³⁰ VILLANUEVA HARO, Benito. *Aspectos históricos, teóricos, procesales, comparativos y propuestas al nuevo pensamiento procesal sobre el recurso de Casación en Derecho y Cambio Social*, 32 (2013), p. 8.

³¹ BRAVO-HURTADO, Pablo. *Hacia los precedentes en Chile: Reforma Procesal Civil y Fuentes del Derecho*, en *Revista Chilena de Derecho* 40 (2013), 2, p. 555.

abusos del poder judicial³², y actualmente puede ser vinculada a “lograr que la Corte aprecie la disconformidad de la sentencia impugnada con el ordenamiento jurídico, debiendo pronunciarse sobre la legalidad y no sobre el fondo del asunto, al existir reenvío a los jueces de la instancia”³³, siendo, por lo demás, “el origen, contexto y función de la teoría de las fuentes formales del derecho en la tradición del civil law”³⁴, y que ejercerá una influencia decisiva en nuestro modelo de casación³⁵, aunque con el matiz español frente a la falta de reenvío^{36 37}.

Por su parte, en esta cabeza de Jano, la historia del precedente (entendido, al menos preliminarmente, como una serie de “líneas argumentales más significativas de los jueces o tribunales jerárquicamente superiores sobre la base de un conjunto de reglas y principios”³⁸ y que deben ser seguidos por los jueces inferiores o por el mismo tribunal, según los casos) resulta diametralmente opuesta, como se explicará, y se encuentra inmersa dentro del sistema del common law, es decir, de aquel sistema en donde (con Inglaterra y Estados Unidos, este último

³² OLGUÍN ROMERO, Nicolás. *El Recurso extraordinario, ¿una buena reforma?*, en *Revista de Estudios Jurídicos, Democracia y Justicia* 1(2012), pp. 79-94, p. 80.

³³ ROMERO SEGUEL, Alejandro. *El Recurso de Casación en el Fondo Civil (propuestas para la generación de precedentes judiciales)* (Santiago de Chile, Legal Publishing-Thomson Reuters, 2013), p. 5.

³⁴ BRAVO-HURTADO, Pablo. *Hacia los precedentes en Chile*, cit. (nº 30), p. 556.

³⁵ PAILLAS, Enrique, cit. (nº 19), pp. 16-17.

³⁶ OLGUÍN ROMERO, Nicolás, cit. (nº 31), p. 81. También ROMERO SEGUEL, Alejandro. *El Recurso*, cit. (nº 32), p. 13.

³⁷ Algunos destacan el aspecto tridimensional de las funciones del recurso de casación, que estaría conformado por la tutela nomofiláctica (*ius constitutionis*), la tutela del litigante (*ius litigatoris*) y la tutela ordenadora del derecho jurisprudencial. VILLANUEVA HARO, Benito, cit. (nº29), p. 2.

³⁸ Monroy Gálvez, Juan. Apuntes sobre la doctrina del precedente y su influencia en el civil law, en *Revista Hechos de la Justicia* 4 (2006), p. 9 [visible en internet: <http://blog.pucp.edu.pe/media/2841/20110702-Monroy%20-%20precedentes.pdf>].

sin Louisiana, como referencias históricas³⁹) *judge made law* (lo que los transforma, en palabras de Blackstone, en “*depository of the laws; the living oracles, who must decide in all cases of doubt, and who are bound by an oath to decide according to the law of the land*”⁴⁰), y que funciona en base a lo que Goodhart denominaba “*the doctrine of the individual binding precedent*”⁴¹, considerando la importancia en su creación de las resoluciones *in point*, lo que demuestra que aquí el enunciado general es simple: no hay derecho sin juez⁴². Ahora bien, el desarrollo antagónico del precedente en el common law se funda en que aquí, como indican Merryman y Pérez-Perdomo, no estamos frente a aristócratas conservadores, como sí sucedió en Francia, sino frente a aliados que representaban una *progressive force*⁴³ y que buscaban el mismo fin: terminar con el feudalismo⁴⁴. Las raíces más profundas de esto se encuentran en las políticas unificadoras empleadas por Enrique II y Eduardo I, tanto frente a los barones que reclamaban parte de la soberanía, como frente a la variopinta trama de sistemas jurídicos y tribunales existentes en la época, logrando imponerse así lo que hoy conocemos como common law, en donde Enrique II se dio cuenta que la clave para el éxito de cualquier sistema jurídico está ligado no tanto

³⁹ Junto a ellos pueden mencionarse, como señala Abelardo Torr , las demás partes del Reino Unido, exceptuando a Escocia, todas las colonias y ex colonias inglesas, Canadá (salvo Quebec), Terranova, Gibraltar, Malta, Chipre, Australia, Nueva Zelanda, India (excepto Ceilán), Islas Mauricio y Seychelles, Pakistán y Malasia, entre otros. TORR , Abelardo. *Introducción al Derecho* (14  edición, Buenos Aires, Lexis-Nexis, Abeledo-Perrot, 2003), p. 402.

⁴⁰ BLACKSTONE, William. *Commentaries on the law of England. Book the first* (Oxford, Clarendon Press, 1765-1769), p. 69 [visible en internet: http://www.gutenberg.org/files/30802/30802-h/30802-h.htm#Page_63].

⁴¹ GOODHART, Arthur. *Precedent in English and Continental Law*, en *Law Quarterly Review* 40 (1934), p. 41.

⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, Jueces y control de la Administración* (3  edición, Madrid, Civitas, 1997), p. 128.

⁴³ MERRYMAN, John Henry y PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil law tradition. An introduction to the legal Systems in Europe and Latin America* (3  edición, Standford, Standford University Press, 2007), p.17.

⁴⁴ MERRYMAN, John Henry y PÉREZ-PERDOMO, Rogelio, cit. (n  42), pp. 17 y sgts.

al derecho que reposa en las leyes de los libros (statute books), como en el significado práctico a través del cual el derecho se aplica⁴⁵. De esta forma aparece auto-evidente la razón de no requerirse en el common law una concepción distinta de la separación de poderes, ni ser necesario un movimiento codificador, ni menos aún establecer la casación ni una teoría de las fuentes del derecho⁴⁶.

En cuanto a los orígenes de nuestro recurso de casación, el antecedente más remoto lo encontramos en el recurso de nulidad de las leyes marianas de 1837⁴⁷, aunque referido al recurso de casación en la forma, ya que respecto de la casación en el fondo, su origen se encuentra en el artículo 107 de la ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875⁴⁸, culminando este proceso con el Código de Procedimiento Civil, en donde, si bien con influencia francesa, nuestra casación encontró como guía la “añeja y técnicamente deficiente ley de enjuiciamiento civil española de 1855”⁴⁹. El objeto de la casación, según se señalara en la época, era “contener a todos los tribunales i jueces en la estricta observancia de la lei, e impedir toda falsa aplicación de esta i su errónea interpretación, a la vez que uniformar la jurisprudencia”⁵⁰. Esto último es importante porque corresponde justamente a aquello que se le cuestiona, ya que resulta nemine discrepante la afirmación en orden a que “la CS no ha cumplido con la función de uniformar la jurisprudencia,

⁴⁵ ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law* (Madrid, Editorial Civitas S.A., 1995), pp. 19-20.

⁴⁶ BRAVO-HURTADO, Pablo. *Hacia los precedentes en Chile*, cit. (nº 30), pp. 558-559.

⁴⁷ DELGADO CASTRO, Jordi. *La historia de la casación civil española*, cit. (nº 4), p. 362.

⁴⁸ OLGUÍN ROMERO, Nicolás, cit. (nº 31), p. 81.

⁴⁹ NÚÑEZ OJEDA, Raúl. *Crónica sobre la reforma del sistema procesal civil chileno (fundamentos, historia, principios)*, en *Revista de Estudios de la justicia* 6 (2005), pp. 175-189, p. 175.

⁵⁰ TORO MELO, David y ECHEVERRÍA I REYES, Aníbal. *Código de Procedimiento civil. Anotado*, citado por SILVA PRADO, José. *Recurso Extraordinario y Precedente*. Instituto Chileno de Derecho Procesal [visible en internet: <http://www.ichdp.cl/recurso-extraordinario-y-precedente/>].

como corresponde a un tribunal de casación”⁵¹, y de ahí la importancia del debate sobre su sustitución por un recurso extraordinario como el que propone el proyecto de Código Procesal Civil. En este punto, es necesario recordar que el proyecto de Código de Procedimiento Civil, elaborado por José Bernardo Lira, contemplaba como causal del recurso de casación en el fondo la infracción de la doctrina legal (infracción de la jurisprudencia), lo que fue rechazado al considerarse que ello implicaría otorgar al poder judicial facultades propias de otro poder del Estado (legislativo)⁵². Ahora bien, como una forma de salvar dicha situación (en parte provocada por la preferencia del legislador por el *ius litigatoris*)⁵³ se pensó en tres medidas⁵⁴: 1) la competencia del pleno de la Corte Suprema para resolver el recurso, 2) el haber eliminado el reenvío, y 3) la publicación de las sentencias. En este contexto, ninguna de las medidas referidas dio los resultados esperados, lo que llevó a una reforma sustancial a través de la ley 19.374, de 18 de febrero de 1995, para así obtener la “unidad de la jurisprudencia”⁵⁵. Principalmente se amplió el ámbito de aplicación del recurso (eliminando la cuantía de 15 UTM), además de establecerse el conocimiento por el pleno de ciertas materias, otorgándose a los ministros la facultad de rechazar inmediatamente un recurso si presentaba manifiesta falta de fundamento, y refiriéndose en el artículo 772 del Código de Procedimiento Civil, a errores de derecho⁵⁶, cuya terminología resultaba mucho más amplia que la “indicación expresa de la ley o leyes que se suponen infringidas”⁵⁷. A lo dicho se suma el funcionamiento ordinario y extraordinario de la Corte Suprema en salas especializadas, así como la modificación al artículo 780 del

⁵¹ COUSO, Jaime y MERA, Jorge, cit. (nº 6), p. 13.

⁵² ROMERO SEGUEL, Alejandro. *La jurisprudencia de los tribunales como fuente del derecho* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004), pp. 72-73.

⁵³ *Ibid.*, p. 74.

⁵⁴ ROMERO SEGUEL, Alejandro. *El Recurso*, cit. (nº 32), p. 12.

⁵⁵ ROMERO SEGUEL, Alejandro. *El Recurso*, cit. (nº 32), p. 17.

⁵⁶ OLGUÍN ROMERO, Nicolás, cit. (nº 31), pp. 82-83.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 82.

Código de Procedimiento Civil⁵⁸. Es ésta entonces la estructura judicial actual de nuestra Corte Suprema y aquello a lo que se enfrenta el recurso extraordinario, reiterando aquí algo que señalamos al inicio: “un examen de nuestra jurisprudencia en materia de casación en el fondo pone en evidencia que el fin político encargado a nuestro tribunal de casación, no se está cumpliendo en relación a las otras fuentes del derecho”⁵⁹. Por su parte, como lo importante aquí es si el precedente puede ser incorporado en base al rol uniformador atribuido al recurso extraordinario en el proyecto de Código Procesal Civil, resulta insoslayable referirnos tanto al sistema jurídico del cual procede, como al contenido y alcances del precedente.

III.- La metodología del precedente⁶⁰

Si hablamos del precedente y de su inserción en nuestro sistema continental como parte de lo que Fletcher cataloga como un diálogo entre las tradiciones continental y common law y de lo cual surgiría una fructífera comunidad intelectual⁶¹, es necesario realizar algunas

⁵⁸ ROMERO SEGUEL, Alejandro. *El Recurso*, cit. (nº 32), pp. 17 y 18.

⁵⁹ ROMERO SEGUEL, Alejandro, AGUIRREZABAL GRUNSTEIN, MAITE y BARAONA GONZÁLEZ, Jaime. *Revisión Crítica de la causal fundante del recurso de casación en el fondo en materia civil*, en *Revista Ius et Praxis* 1 (2008), p. 228.

⁶⁰ Como bibliografía complementaria sobre el precedente véase a SILTALA, Raimo. *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law* (Oxford, Hart Publishing, 2000); DUXBURY, Neil. *The Nature and authority of Precedent* (New York, Cambridge University Press, 2008); GERHARDT, Michael J. *The power of Precedent* (New York, Oxford University Press, 2008); BRANTING, L. Karl. *Reasoning with rules and precedents. A computational model of legal analysis* (U.S.A., Springer-Science Business media, B.V., 2000); SPAETH, Harold y SEGAL, Jeffrey. *Majority rule or minority will. Adherence to precedent on the U.S. Supreme Court* (New York, Cambridge University Press, 2001); BRENNER, Saul y SPAETH, Harold. *Stare Decisis. The alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992* (New York, Cambridge University Press, 2001).

⁶¹ FLETCHER, George. *Criminal Theory as an International Discipline*, en Eser/Fletcher (Editores). *Rechtsfertigung und Entschuldigung, Justification and Excuse (Comparative Perspectives)* (Freiburg, Max-Planck-Institut, 1988), II, pp. 1591-1621, p. 1621. También, PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del common law* (Granada, Editorial Comares, 2002), p. 3.

referencias a las principales características de su sistema de origen, es decir, del common law, y a su vez, contraponer sus reglas (o tal vez no tanto, según diría Fletcher) con las de su antagonista a priori, esto es, el sistema del civil law.

Cuando hablamos de common law, que por cierto “constituye la base del sistema legal del Reino Unido (excepto Escocia), la República de Irlanda, los Estados Unidos (salvo Luisiana y Puerto Rico), Canadá (excepto Quebec), Australia, Nueva Zelanda, Sudáfrica, India, Singapur y Hong Kong, entre otros”⁶², nos encontramos frente a un término de textura abierta⁶³, ya que con él se alude al menos a cuatro significados⁶⁴: 1) a la totalidad del derecho angloamericano, 2) a los precedentes judiciales, 3) a los precedentes aplicados por los common law courts y sus símiles modernos frente a los tribunales de equity, y 4) al antiguo derecho inglés. Pese a lo dicho, nos parece que la mejor definición es la que resalta el tratarse de un “derecho consuetudinario jurisprudencial, que se impuso desde mediados del siglo XIII frente al *county custom* local y, de ese modo, se convirtió en el derecho vigente para todos los súbditos de la corona inglesa... common law es entonces *judge made law* en base a costumbres y usos tradicionales”⁶⁵. Su contrapartida es el sistema continental (predominantemente legislado), que rige en Europa continental, Escocia, en el Estado de Louisiana, Quebec, México, Centro y Sudamérica, Sri Lanka, China, Japón, Hawai, Filipinas, entre otros⁶⁶, y en donde “la principal fuente del derecho es la legislación”⁶⁷. En el common

⁶² LONDOÑO S., Néstor Raúl. *La obligatoriedad de los principios del derecho en el Common Law de los Estados Unidos*, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 36 (2007), 106, pp. 55-68, p. 58.

⁶³ HART, Herbert L.A. *El Concepto de Derecho* (Traducción de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963), pp. 152-153.

⁶⁴ TORRÉ, Abelardo, cit (nº 38), p. 400. ITURRALDE SESMA, Victoria, *El precedente en el Common Law*, cit. (nº 44), pp. 14-16.

⁶⁵ AMBOS, Kai. *Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal. Aspectos del Derecho Alemán y Comparado* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007), p. 54.

⁶⁶ TORRÉ, Abelardo, cit (nº 38), p. 398.

⁶⁷ TORRÉ, Abelardo, cit (nº 38), p. 397.

law⁶⁸, al concebir el derecho como aquel creado por los mismos jueces, el precedente se transforma así en la principal fuente del derecho⁶⁹, en donde “bajo ciertas condiciones el precedente obliga, y en cambio, en el civil law, la jurisprudencia tiene poder persuasivo, pero en general no es reconocida como fuente del derecho...”⁷⁰. Más específicamente, la doctrina clave en el common law es el *stare decisis et quieta non movere*, en la cual, estando a lo decidido, se debe entonces respetar el precedente⁷¹, entendiendo por este último el que “la regla derivada de una decisión judicial debe, en la misma jurisdicción, gobernar otros casos, en los cuales los hechos y problemas jurídicos sean sustancialmente similares a aquellos que dieron lugar a la primera decisión”⁷². Ahora bien, el precedente, que emanando de “las jurisdicciones superiores obliga a aquellas que están subordinadas”⁷³, puede ser vertical (ascendente o descendente), horizontal o autoprecedente (en sentido estricto y del órgano)⁷⁴, y evidencia dos elementos principales: 1) aquello que obliga

⁶⁸ En cuanto a la naturaleza del common law existen dos teorías: 1) la teoría declarativa del derecho, en donde se parte de la base que éste existe con independencia de lo resuelto por el juez, y cuyo clásico exponente es Blackstone, y 2) la teoría constitutiva, en donde cada vez que los jueces resuelven un caso concreto, crean las normas que conforman el common law. ITURRALDE SESMA, Victoria, *El precedente en el Common Law*, cit. (44), pp. 25 y sgts.

⁶⁹ HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena. ¿Precedente Constitucional en el Sistema de Fuentes del Derecho Chileno?, en ARANCIBIA MATTAR, Jaime, MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y ROMERO SEGUEL, Alejandro (Coordinadores). *Precedente, Cosa Juzgada y Equivalentes jurisdiccionales en la litigación pública* (Santiago de Chile, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, 2013), pp. 388 y 8.

⁷⁰ LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio César. *Naturaleza y Dimensiones del Stare Decisis*, en *Revista Chilena de Derecho* 33 (2006), 1, pp. 109-124, p. 112.

⁷¹ LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio César, cit. (nº 69), p. 109.

⁷² MUÑOZ NEIRA, Orlando. *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos* (Colombia, Legis, 2008), p. 17. También, FIERRO-MÉNDEZ, Heliodoro. *Sistema Procesal Penal de EE.UU. Guía elemental para su comprensión* (Bogotá, Editorial Ibáñez, 2006), p. 35.

⁷³ GARAPÓN, Antoine y PAPADOPOULUS, Loannis. *Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura Jurídica francesa y common law* (traducción de Viviana Díaz Perilla, Colombia, Legis, 2008), p. 36.

⁷⁴ IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan. *La fuerza vinculante del precedente judicial*, en *Isegoría* 35 (2006), pp. 193-205, p. 195.

del fallo, y que se conoce como *ratio decidendi* (Inglaterra) o *Holding* (Estados Unidos), es decir, “la proposición o proposiciones de derecho necesarias para disponer del caso conforme a los hechos”⁷⁵, en oposición al *obiter dicta*, el que, con carácter general y abstracto y casi siempre puramente teórico⁷⁶, corresponde a las “observaciones incidentales del juez, las motivaciones pedagógicas de la decisión... que no obligan a las jurisdicciones subordinadas, pero tienen un valor de persuasión importante”⁷⁷, y 2) la función que desarrolla la jerarquía judicial, ya que debe seguirse aquello que resuelva un tribunal anterior superior, y a su vez, los tribunales de apelación deben seguir sus propios precedentes⁷⁸, lo que incluso era aplicable a la *House of Lords* (cuyas funciones hoy son asumidas por la *Supreme Court of the United Kingdom*), cuestión que se mantuvo hasta el *practice statement* de 1966, leído por Lord Gardiner, y desde cuyo momento la *House of Lords* podía evadir sus propios precedentes⁷⁹ ⁸⁰. En este contexto es necesario precisar, en lo que nos interesa, una característica propia del common law que la diferencia del civil law, que consiste en que en el primero, al hablar de precedente, se alude a “un único fallo previo que ha alcanzado una potencia tal de sentar pauta para los casos posteriores sobre cierta materia. En el civil law, como lo ven desde fuera, también se toman en cuenta las decisiones judiciales previas, pero no cada una por sí sola... ellos dicen que tenemos, en

⁷⁵ WHITTAKER, Simon. *El precedente en el Derecho Inglés. Una visión desde la ciudadela*, en *Revista Chilena de Derecho* 35 (2008), 1, pp. 49-50.

⁷⁶ BERNAL PULIDO, Carlos. *El precedente en Colombia*, en *Revista Derecho del Estado* 21 (2008), p. 91.

⁷⁷ GARAPON, Antoine y PAPADOPOULUS, Ioannis, cit. (n° 72), p. 36.

⁷⁸ WHITTAKER, Simon, cit. (74), p. 51.

⁷⁹ LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio César, cit. (n° 69), p. 115.

⁸⁰ Para determinar la *ratio decidendi* es posible recurrir a varios test: 1) test de Wambaugh, 2) test de Goodhart, y 3) tesis de Oliphant. Su contenido particular puede verse en ITURRALDE SESMA, Victoria, *El precedente en el Common Law*, cit. (n° 44), pp. 83-89.

reemplazo, un sistema de jurisprudencia constante”⁸¹ ⁸². En otro aspecto existe una importante y clásica distinción de los precedentes según su graduable fuerza normativa⁸³, la cual fue realizada por MacCormick y Summers⁸⁴, en base a los siguientes parámetros: 1) vinculación formal: aquí, si no se respeta el precedente, la decisión se torna ilegal, con lo cual puede ser revocada vía apelación (formal bindingness, “a judgment not respecting a precedents bindingness is not lawful and so is subset to reversal on appeal”⁸⁵), distinguiéndose entre un formal bindingness not subject to overruling (subdistinguiéndose entre strictly binding y defeasibly binding) y un formal bindingness that is subject to overruling or modification. Como refiere Couso, encontramos aquí, verbigracia, “la vinculación de los tribunales alemanes a las decisiones del Tribunal Constitucional Federal Alemán (BVerfG), e incluso, según parte de la doctrina, la vinculación de los tribunales españoles a las decisiones del Tribunal Constitucional hispano”⁸⁶; 2) precedente que tiene fuerza, pero sin vinculación formal: la decisión contraria al precedente resulta lícita, sin embargo, al ser objeto de críticas puede ser revocada (not formally binding but having force, en donde “ judgment not respecting a precedents force, though lawful, is subject to criticism on this ground, and may be subject to reversal on this ground”⁸⁷). Aquí nuevamente se

⁸¹ BRAVO-HURTADO, Pablo. *Hacia los precedentes en Chile*, cit. (nº 30), p. 559.

⁸² Sobre la jurisprudencia constante resulta interesante considerar lo señalado por la Supreme Court of Louisiana en *Johnson v. St. Paul Mercury Insurance Company* de 1970 [visible en internet: <http://law.justia.com/cases/louisiana/supreme-court/1970/256-la-289-0.html>].

⁸³ COUSO, Jaime. *El uso de precedentes en materia penal: retórica y realidad en perspectiva comparada*, en COUSO, Jaime y MERA, Jorge. *Precedentes y Justicia Penal* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2011), p. 49. También BRAVO-HURTADO, Pablo, cit. (nº 30), pp. 560-563.

⁸⁴ MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert. *Interpreting Precedents. A Comparative Study* (Aldershot, Dartmouth Publishing, 1997), pp. 554 y sgts. [visible en internet: <http://www.amazon.com/Interpreting-Precedents-Comparative-Applied-Philosophy/dp/1855216868>].

⁸⁵ *Ibíd.*, p. 554.

⁸⁶ COUSO, Jaime. *El uso de precedentes*, cit. (nº 82), p. 50.

⁸⁷ MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert, cit. (83), pp. 554-555.

distingue entre defensible force y outweighable force. Quedarían aquí comprendidos tanto la ständige Rechtsprechung del Tribunal Federal Alemán (BGH), como la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, tanto en materia civil como social⁸⁸; 3) el precedente que sirve de apoyo adicional, sin vinculación formal ni fuerza, en donde, si bien la decisión que no se apoya en este tipo de precedente es legal, no estará tan justificada como si se apoyara en él (not formally binding and not having force, but providing further support: aquí “a judgment Licking this is still lawful and my still be justified, but not as well justified as it would be if the precedent were invoked, for example, to show that the decision being reached armonices with the precedent”⁸⁹). Encontramos en este ítem, por ejemplo, la fuerza que se atribuye en Reino Unido a otros precedentes del Commonwealth⁹⁰; y 4) el precedente que sólo tiene valor ilustrativo o de otro tipo (mere illustrativeness or other value). También es necesario resaltar que los precedentes tienen un carácter flexible⁹¹, ya que un tribunal puede apartarse del precedente, ya sea a través de los defectos ab origine, del overruling⁹² (siendo este último “una especie de derogación judicial”⁹³, en donde encontramos overruling anticipatory, retroactivo y prospectivo⁹⁴), del distinguishing, harmonizing, criticizing y el questioning⁹⁵.

Finalmente, una institución vinculada a la temática y con larga tradición en Estados Unidos es el Certiorari, el cual se relaciona a la forma como nuestro proyecto de Código Procesal Civil otorga a la Corte

⁸⁸ COUSO, Jaime. *El uso de precedentes*, cit. (nº 82), p. 51.

⁸⁹ MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert, cit. (nº 83), p. 555.

⁹⁰ COUSO, Jaime. *El uso de precedentes*, cit. (nº 82), p. 53.

⁹¹ ITURRALDE, Victoria. *Precedente Judicial*, en *Eunomia. Revista en cultura de la legalidad* 4 (2013), p. 198.

⁹² Monroy Gálvez, Juan, cit. (nº 37), p. 21.

⁹³ LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio César, cit. (nº 69), p. 115.

⁹⁴ Monroy Gálvez, Juan, cit. (nº 37), pp. 22-25.

⁹⁵ Monroy Gálvez, Juan, cit. (nº 37), p. 27.

Suprema el conocimiento del recurso extraordinario, en base al interés general que debe concurrir como requisito de su interposición (art. 409). Pues bien, el Certiorari puede explicarse de forma muy sencilla en retrospectiva, ya que en Estados Unidos “La Corte Suprema, en un primer momento, había sido un tribunal de apelaciones de las decisiones que en primera instancia dictaban las cortes de distrito. Para solucionar la congestión, en 1891 el Congreso creó las cortes de apelaciones de circuito, pero el número de casos siguió en incremento. Por esta razón, en 1925 el Congreso aprobó la Ley de Cercioración (Certiorari Act), que le dio a la Corte Suprema el poder discrecional de elegir los casos que deseara escuchar. El artífice de esta gran reforma fue el juez y presidente de la Corte William Howard Taft”⁹⁶.

IV.- Ventajas del recurso extraordinario y de la jurisprudencia uniforme

En este punto, lo primero que debe señalarse es que el dilema no tiene que ser el del todo o nada⁹⁷, entre optar o por la ley o por el precedente⁹⁸, sino que debemos ser capaces de presentar una concepción dialógica de los mismos, lo que incluso ha sucedido en países con reconocida tradición de common law, como Estados Unidos, donde, al día de hoy (y dejando fuera al estado de Louisiana) en relación al statute law, puede señalarse que “la existencia de una regulación federal detallada y de similares regulaciones en cada uno de los Estados, permite afirmar hoy en día la vigencia del principio de legalidad en una forma más cercana a la conocida en el derecho continental”⁹⁹. Tiene razón Lemieux cuando indica que “Bien que chaque État réponde à un droit qui lui est propre, il arrive que «divers

⁹⁶ MUÑOZ NEIRA, Orlando, cit. (n° 71), p. 91.

⁹⁷ ACCATINO, Daniela. *El precedente judicial*, cit. (n° 27), p. 579.

⁹⁸ GARAPÓN, Antoine y PAPADOPOULUS, Loannis, cit. (n° 72), pp. 34 y sgts.

⁹⁹ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General* (segunda edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005), I, p. 94. Véase también a ITURRALDE SESMA, Victoria, *El precedente en el Common Law*, cit. (n° 44), pp. 190 y sgts, y TORRÉ, Abelardo, cit (n° 38), pp. 409-410.

droits soient appliqués concurremment à l'intérieur d'un même État»¹⁰⁰, sin que ello sea un problema, ya que en nuestros días "...en los sistemas de civil law se hace verdaderamente un amplio uso de la jurisprudencia, mientras que en los sistemas del common law se hace un amplio uso de la ley escrita, y áreas enteras de estos ordenamientos...son en realidad codificadas"¹⁰¹. La cuestión entonces es cómo lograr este diálogo, respondiendo con ello a la pregunta planteada por Bell: "Is there really such a contrast in rules and practice among the different legal systems?"¹⁰². Nos parece que aquí el recurso extraordinario es la primera llave de esta unión. En efecto, lo primero que debe resaltarse es que nuestra tendencia legislativa sigue la senda del recurso extraordinario y la unificación, lo cual resulta evidente si se piensa tanto en la reforma procesal penal (recurso de nulidad, artículo 376, inc. 3 del CPP) como en la reforma laboral (recurso de unificación de jurisprudencia, artículos 483 y sgts. del C.T.)¹⁰³. En este contexto, una mirada de derecho comparado resulta útil¹⁰⁴: en Francia tenemos la Cour de Cassation, compuesta de 197 jueces, que conoce del Pourvoi en cassation por infracciones de derecho; en España, el Tribunal Supremo compuesto por 80 jueces conoce del recurso de casación, también como tribunal principalmente de derecho; en Italia, la Corte Suprema di Cassazione, con 394 jueces por planta, cuyo principal recurso es el Ricorso per Cassazione que conoce cuestiones procesales y de error de derecho; en Alemania conoce del recurso de revisión la Bundesgerichtshof, con 127 jueces, siendo sus materias el

¹⁰⁰ LEMIEUX, Charlotte. *Jurisprudence et sécurité juridique une perspective civiliste*, en *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 29 (1998-1999), p. 225.

¹⁰¹ TARUFFO, Michelle. *Precedente y Jurisprudencia*, en *Revista jurídica Precedente* (2007), p. 87. [visible en internet: http://www.icesi.edu.co/precedente/precedente_edicion_2007.php].

¹⁰² BELL, John. *Comparing Precedent*, en *Cornell Law Review* 82 (1997), p. 1247.

¹⁰³ BRAVO-HURTADO, Pablo. *Hacia los precedentes en Chile*, cit. (nº 30), p. 565. También, OLGUÍN ROMERO, Nicolás, cit. (nº 31), pp. 86-87.

¹⁰⁴ En este punto usaremos el estudio realizado por la Universidad de Temuco sobre la temática. BRAVO HURTADO, Pablo (Jefe de Proyecto). *Recursos en el Derecho Comparado. Estudios para la reforma procesal civil en Chile*. Universidad Católica de Temuco, pp. 77 y sgts. [visible en internet: <http://catalogo.bcn.cl/ipac20/ipac.js?p?profile=bcn&index=BIB&term=251993>].

control de la aplicación del derecho y ciertas cuestiones procesales, y en Estados Unidos la U.S. Supreme Court, con 9 miembros, que conoce como principal recurso el *Writ of Certiorari*. Así entonces, en este panorama comparado, nuestra Corte Suprema, con 21 miembros y salas especializadas, parece un híbrido si se le compara con los sistemas español, Italiano y alemán, acercándose más, al menos en número, a lo que sucede en Estados Unidos, y la verdad es que un poco de esto, unido a nuestra opción legislativa por el *ius litigatoris* “en desmedro del *ius constitutionis*”¹⁰⁵, ha llevado a que nuestra Corte Suprema “no haya sido capaz de proteger el ordenamiento jurídico”¹⁰⁶, transformándola así en una “verdadera instancia, perdiendo toda posibilidad de ser realmente una Corte de Casación que tiene por objeto uniformar el derecho interno”¹⁰⁷, existiendo “poco control sobre la continuidad y sobre la uniformidad de la propia jurisprudencia, que produce a menudo precedentes ambiguos, contradictorios y destinados a durar muy poco”¹⁰⁸. Si bien debe reconocerse que la Corte Suprema ha realizado algunos esfuerzos en aras de la uniformidad, uno de los causales ha sido recurrir al artículo 782 del Código de Procedimiento Civil y señalar, como manifiesta falta de fundamento, el ser contrario un recurso a la jurisprudencia de la sala¹⁰⁹, ello no ha sido suficiente y la misma Corte ha transformado la casación en el fondo en un “instrumento que privilegia el culto a la ley por encima de la solución racional y justa de las contiendas

¹⁰⁵ ROMERO SEGUEL, Alejandro. *La jurisprudencia*, cit. (n° 51), p. 74.

¹⁰⁶ SILVA PRADO, José, cit. (n° 49), p. 3.

¹⁰⁷ La Corte Suprema ante la nueva justicia civil: un paso necesario en Temas Públicos. Libertad y Desarrollo, 1119 (2013), pp. 7-8 [visible en internet: <http://www.lyd.com/estudios/temas-publicos/page/14/>].

¹⁰⁸ TARUFFO, Michele. *El Vértice Ambiguo. Ensayos sobre la Casación Civil* (traducción de Juan Monroy Palacios y Juan Monroy Gálvez, Lima, Palestra Editores, 2005), p. 165.

¹⁰⁹ ROMERO SEGUEL, Alejandro, AGUIRREZABAL GRUNSTEIN, MAITE y BARAONA GONZÁLEZ, Jaime, cit. (n° 58), p. 248. Debe señalarse también que la Corte Suprema, incluso en el actual estado de cosas, puede definitivamente hacer más, y un ejemplo de esto es la forma de interpretar la referencia que el artículo 772 N° 1 del CPP hace al “error de derecho”, que puede entenderse como infracción a todo tipo de normas jurídicas, lo que incluiría el respeto por su propia jurisprudencia. Ídem.

judiciales¹¹⁰. Por cierto, este contexto ha llevado a que la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema sólo tenga un valor que, si tomamos la referida escala creada por MacCormick, Neil y Summers, quedaría, como señala Bravo-Hurtado, entre las reglas 3 y 4, ya que si el juez estima débil su posición adjuntará algún fallo de un tribunal superior que siga su línea para legitimar su decisión, en cambio, si encuentra buenos fundamentos legales citará alguna jurisprudencia como cuestión meramente ilustrativa^{111 112}. Contribuyen a este desalentador panorama las cargas de trabajo de nuestro máximo tribunal, el cual en el periodo “2005-2012 ha ingresado un promedio anual de 3.574 recursos de casación, ese sólo hecho hace imposible cumplir con esa vocación general, pues... hace que necesariamente se pierda la mirada unificadora...”¹¹³. En este punto, que se enlaza con los anteriores, el recurso extraordinario incorporado en el proyecto de Nuevo Código Procesal Penal¹¹⁴ opta por uno de los dos

¹¹⁰ ¿Recurso Extraordinario o Recurso de Casación?, en Ideas y Propuestas. Fundación Jaime Guzmán 131 (2013), p. 5 [visible en internet: <http://www.jaimeguzman.cl/wp-content/uploads/I-y-P-nº131.pdf>].

¹¹¹ BRAVO-HURTADO, Pablo. *Hacia los precedentes en Chile*, cit. (nº 30), p. 562.

¹¹² La profesora Accatino ha señalado que nuestros jueces utilizan la técnica argumentativa de la jurisprudencia básicamente de la siguiente forma: a) como argumentos a favor, b) aluden simplemente a lo que establece la jurisprudencia, c) desligan el caso de su Factum y d) tiende a ser argumento de autoridad. ACCATINO, Daniela. *El precedente judicial*, cit. (nº 27), pp. 573-574.

¹¹³ SILVA PRADO, José, cit. (nº 49), p. 3.

¹¹⁴ La Corte Suprema se ha opuesto al recurso extraordinario señalando que: “Respecto de este recurso el Tribunal Pleno advierte su inconveniencia, toda vez que limitaría las atribuciones que por esencia le son propias, puesto que solamente podrá conocer asuntos a través del recurso extraordinario bajo la exigencia de un concepto genérico y vago, como resulta ser el de ‘interés general’. Se estima conveniente que la procedencia del recurso por ‘infracción de ley’ se incorpore expresamente. En relación a la discrecionalidad en la selección de los asuntos que va a conocer, se hace presente que en la actualidad el máximo tribunal cuenta ya con dicha atribución a través de la facultad de rechazar la casación de fondo por manifiesta falta de fundamento. En definitiva, la Corte Suprema se inclina por mantener la casación en términos similares a la regulación actual, consagrándose la obligación de uniformar la jurisprudencia y exigiéndose una cuantía mínima de 2750 unidades tributarias mensuales aproximadas (equivalente a 5000 unidades de fomento) para interponer el recurso. De esta forma, se propone una casación sin distinción entre lo procesal y lo sustantivo, por infracción de ley y sin causales.

criterios de mejora existentes en derecho comparado: disminuir la cantidad de casos que la Corte debe conocer (filtros de acceso)¹¹⁵. La opción del proyecto se plasma en el artículo 409, al hablar del “interés general”, que en una de sus causales (letra b)) corresponde a los casos en que la Corte considere pertinente fijar, uniformar, aclarar o modificar una doctrina jurisprudencial, lo que no es muy disímil a lo que encontramos, verbigracia, en España a través del “interés casacional”, o en Alemania con la significación fundamental de la cuestión de derecho o la necesaria intervención de la Corte para el perfeccionamiento del derecho o el aseguramiento de una jurisprudencia unificada¹¹⁶, o en Italia con la inadmisibilidad si el fallo se ajusta a la jurisprudencia¹¹⁷. Al respecto debe indicarse que este “interés general”, como bien resalta Delgado Castro¹¹⁸, incluye las funciones clásicas de la casación, en donde no sólo encontramos la finalidad de uniformar la jurisprudencia (letra b) del artículo 409), sino también la correcta aplicación de la ley que ahora se incorpora en la letra a) del artículo 409, en cuanto infracción de un derecho o garantía fundamental, y esto dado que “muchas de las garantías recogidas en la legalidad ordinaria también tienen su correlativo en el derecho constitucional”¹¹⁹. De esta forma, incluso para aquellos que tienen nostalgia de la casación, su bosón de higgs se mantiene en el

Corte Suprema, *Informe Proyecto de Ley que Establece un Nuevo Código Procesal Civil (Oficio No 24-2013)*, Poder Judicial, Santiago de Chile, 2013, en Redacción de Sesiones, sesión 133, Cámara de Diputados, p. 309-310 [visible en internet: <http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=9847%20&prmTIPO=TEXTOSesion>].

¹¹⁵ El otro criterio consiste en aumentar la capacidad de la Corte para conocer de los casos. BRAVO-HURTADO, Pablo. *Recurso Extraordinario y Cortes de Casación en Europa*. Reforma Procesal Civil [visible en internet: <http://www.reformaprocesalcivil.cl/recurso-extraordinario-y-cortes-de-casacion-en-europa/>].

¹¹⁶ PÉREZ RAGONE, Álvaro J. y ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos. *Código Procesal Civil alemán (ZPO). Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo* (traducción de Álvaro Pérez Ragone y Juan Ortiz Pradillo, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2006), p. 291.

¹¹⁷ BRAVO-HURTADO, Pablo. *Recurso Extraordinario*, cit. (nº 114).

¹¹⁸ DELGADO CASTRO, Jordi. *El Recurso Extraordinario en el proyecto de Código Procesal Civil*, en *Revista Ius et Praxis* 2 (2012), pp. 138-139.

¹¹⁹ *Ibíd.*, p. 139.

recurso extraordinario. Surge entonces una nueva interrogante: ¿cuál es el obstáculo para otorgar fuerza vinculante a la jurisprudencia de la Corte Suprema?. La respuesta tradicional a esta pregunta se encuentra en los orígenes de nuestro Código Civil, ya que su artículo 3 inc. 2 señala que “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino en las causas en que actualmente se pronunciaren”. Este es el origen del problema. En base a esto, si bien nadie duda que la jurisprudencia es fuente indirecta¹²⁰ y material del derecho¹²¹, no ha sido establecida normativamente como fuente formal (aunque es posible reconocerle una dimensión normativa¹²²), lo que concuerda con la historia del artículo 3 (dentro del movimiento codificador europeo), cuyo origen encontramos en el artículo 8 del proyecto de 1853 y luego en el proyecto inédito, ya en su actual ubicación (aunque con dos erróneas referencias al art. 2 del Código Civil francés y 8 del Código Civil luisiano que bien explica el profesor Guzmán Brito¹²³), basado seguramente en el artículo 12 del Allgemeines burgerliches Gesetzbuch austriaco de 1811¹²⁴, y en donde puede señalarse como motivo de su instauración “el abolir una práctica extendida entre los parlamentos o altas cortes de justicia del Antiguo Régimen, consistente en emitir los denominados arrets de régleme... con valor erga omnes... su finalidad era suplir el silencio de las coutumes o de la legislación real”¹²⁵, con lo cual, en una primera lectura, su interpretación parece llevar a la conclusión de negar a la jurisprudencia su carácter de fuente de derecho, sobre todo si se considera que en el primer proyecto de Código Civil de Bello, su artículo 11 expresamente otorgaba valor al

¹²⁰ GARCÍA-BERRÍO HERNÁNDEZ, Teresa. *La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación*, en *Foro*, Nueva Época 4 (2006), p. 141.

¹²¹ COUSO, Jaime. *El uso de precedentes*, cit. (nº82), p. 83.

¹²² *Ibíd.*, p. 84.

¹²³ GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Las reglas del Código Civil de Chile sobre interpretación de las leyes* (Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2007), p. 23.

¹²⁴ *Ibíd.*, p. 51.

¹²⁵ *Ibíd.*, p. 50.

precedente¹²⁶. Ahora bien, hemos llegado a un punto de inflexión donde “la tensión se produce básicamente con el principio constitucional de igualdad ante la ley, que prohíbe la discriminación arbitraria (art. 19, N° 2, CPE)”¹²⁷, unido esto a consideraciones de igualdad en la protección en el ejercicio de los derechos¹²⁸, de “certeza jurídica y racionalidad esperada de las decisiones jurisdiccionales”¹²⁹, y es precisamente por ello que el dogma emanado del artículo 3 del Código Civil debe someterse a una revisión profunda, ya que es evidente que no puede soslayarse el que la sentencia se comporta como un “hecho jurídico en la producción de precedentes judiciales. En cambio, el denominado efecto relativo es una proyección del efecto de cosa juzgada, que actúa como un mandato imperativo surgido de la decisión de un conflicto entre partes”¹³⁰. Nos parece entonces que en caso alguno el artículo 3 del Código Civil es un impedimento para reconocer el precedente obligatorio que debería emanar de la jurisprudencia de la Corte Suprema al alero del recurso extraordinario, y esto porque el precedente que se generará apunta a las razones por las cuales se adopta una u otra decisión y no sólo a la parte decisoria misma¹³¹. Por lo demás, y como ya anunciamos, el principio de igualdad impone atender al precedente obligatorio¹³² pues “el Código Civil no agota el ordenamiento jurídico, debiendo compatibilizar tales normas en consonancia con los postulados de nuestra carta fundamental...

¹²⁶ ROMERO SEGUEL, Alejandro. *La jurisprudencia*, cit. (n° 51), p. 54.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 52.

¹²⁸ STREETER PRIETO, Jorge. *El razonamiento Jurídico*, en *Interpretación, integración y razonamientos jurídicos. Conferencias y ponencias presentadas en el Congreso realizado en Santiago y Viña del Mar entre el 23 y 25 de mayo de 1991* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992), p. 114.

¹²⁹ HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena, cit. (n° 68), pp. 12-13.

¹³⁰ ROMERO SEGUEL, Alejandro. *El Recurso*, cit. (n° 32), p. 135.

¹³¹ En este sentido, STREETER PRIETO, Jorge, cit. (n° 127), pp. 113-114.

¹³² FIGUEROA G., Rodolfo. *Igualdad y Discriminación*, en GONZÁLEZ, Felipe y VIVEROS, Felipe (Editores). *Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público* (Cuadernos de Análisis jurídicos), (Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 2000), pp. 37 y sgts.

en la dimensión de la igualdad ante la ley”¹³³. En este escenario, creemos que la lectura que debe darse al inciso 2 del artículo 413 del proyecto, al señalar que la Corte Suprema, al acoger el recurso extraordinario, deberá indicar, en una de las alternativas, “la manera en la cual deberá ser interpretada o aplicada una determinada norma o principio jurídico” es la misma que aquella entregada por el voto de minoría en acuerdo del pleno N° 1450-2002, en relación al alcance del artículo 376 inc. 3 del Código Procesal Penal, esto es, el que los pronunciamientos de la sala de la Corte Suprema (y del pleno en su caso), en lo específico, son obligatorios para los tribunales inferiores, ya que es precisamente la finalidad unificatoria de la jurisprudencia aquello que se persigue¹³⁴, y con ello, por vía de consecuencia, se derogaría definitivamente, en forma tácita, el artículo 3 del Código Civil, el que, según nuestro parecer, ya está tácitamente derogado para efectos penales¹³⁵. Por cierto, a esto se unen evidentes ventajas, por ejemplo: a) se favorece la igualdad ante la justicia, dado que “conferir efectos vinculantes generales a las interpretaciones del ordenamiento jurídico efectuadas por los tribunales puede favorecer la aplicación uniforme del mismo y, a la postre, la igualdad de los justiciables, al propiciar que casos sustancialmente iguales sean resueltos de la misma manera¹³⁶”; b) se incrementa la certeza jurídica y la predictibilidad¹³⁷ de la decisión¹³⁸; c) se reduce la arbitrariedad al

¹³³ HEISE BURGOS, Gustavo. *Reflexiones en torno a la jurisprudencia y el precedente judicial en la cultura jurídica chilena*. Ponencia. Trigésimo Séptimas Jornadas Chilenas de Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 8 y 9 de noviembre de 2007 [visible en internet: <http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias.htm>].

¹³⁴ ACCATINO, Daniela. *El precedente judicial*, cit. (n° 27), pp. 577-579.

¹³⁵ En la misma línea, COUSO, Jaime y MERA, Jorge. *Precedentes y Justicia Penal*, cit. (N° 6), p. 19.

¹³⁶ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. *Creación judicial del Derecho a través del recurso de casación en interés de la ley*, en *Revista para el análisis del Derecho* 1 (2013), p. 10 [visible en internet: <http://www.indret.com/pdf/955.pdf>]. También, ITURRALDE, Victoria. *Precedente Judicial*, cit. (n° 89), pp. 199-200.

¹³⁷ En este punto véase a MARINONI, Luiz Guilherme. *El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica*, en *Revista Ius et Praxis* 1 (2012), pp. 252 y sgts.

¹³⁸ COUSO Jaime. *El uso de precedentes*, cit. (n° 82), p. 72.

estrecharse el margen de discrecionalidad de los tribunales¹³⁹; d) se fortalece la imparcialidad y la objetividad, ya que “si un tribunal sabe que su decisión sienta jurisprudencia vinculante, tenderá a distanciarse de las particularidades del caso para ver los problemas que éste plantea desde una perspectiva más general”¹⁴⁰; e) se reafirma la confianza porque, como señala Corso, “Si una institución ha resuelto la cuestión de una manera determinada en el pasado, entonces se crea una expectativa de que la misma actitud se repetirá en el futuro: una expectativa basada en que la gente organiza su vida y disfruta de algún tipo de control sobre su situación. Así que hay buenas razones para que una institución siga su misma orientación, incluso si esto resulta errado”¹⁴¹; f) se favorece la economía procesal, ya que el curso natural de las cosas (el conocer las soluciones de ciertos casos) debería reducir la litigiosidad¹⁴², lo que podría considerarse como “razones utilitarias de política pública”¹⁴³. Por otra parte, los argumentos usualmente señalados como contrarios a los precedentes, y con ello al rol uniformador de la Corte Suprema como consecuencia, no logran desvirtuar lo dicho. En efecto, algunos indican que el precedente afectaría la independencia interna de los jueces, pero lo cierto es que “la independencia de los jueces es una garantía de las partes... y no un privilegio judicial”¹⁴⁴. Otros señalan que se vulneraría el derecho al recurso establecido en el artículo 8.2 letra h) de la Convención Americana, sin embargo, de ser ello aceptado, se desnaturalizaría la labor de la Corte Suprema, afectando también la economía procesal, y esto, cuando, a fin de cuentas, el derecho al recurso se cumple fortaleciendo la segunda instancia, que es justamente lo que

¹³⁹ DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, cit. (n° 135), p. 10.

¹⁴⁰ FERRERES COMELLA, citado por DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, cit. (n° 135), p. 11.

¹⁴¹ CORSO, Lucía. *Precedente, Fonti del Diritto e teorie dell'interpretazione Giudiziale*, en *Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna* 4 (2014), p. 9.

¹⁴² DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, cit. (n° 135), p. 12.

¹⁴³ COUSO, Jaime. *El uso de precedentes*, cit. (n° 82), p. 73.

¹⁴⁴ COUSO, Jaime y MERA, Jorge. *Precedentes y Justicia Penal*, cit. (N° 6), p. 14.

hace el proyecto¹⁴⁵. También se indica que se afectaría el derecho de los jueces a fallar según sus convicciones, lo cual olvida que a lo que deben ajustarse es a la ley “cuyo sentido correcto lo fija el máximo tribunal”¹⁴⁶. Se ha indicado por otros que con el precedente el derecho se petrificaría y las mismas doctrinas emanadas de la jurisprudencia se tornarían rígidas, sin embargo, dicha afirmación olvida que en el mismo common law “el derecho se percibe como *work in progress*, un incesante proceso de desarrollo, producción y modificación de reglas jurídicas”¹⁴⁷, existiendo la posibilidad cierta de flexibilización de los precedentes¹⁴⁸. De esta forma, más allá de si la jurisprudencia es o no fuente formal del derecho, cuestión que a nuestro parecer no tiene importancia, si, como en Alemania, se le niega el carácter de fuente, pero se le confiere efecto vinculante¹⁴⁹, con una segunda instancia fortalecida, nuestra Corte Suprema puede y debe sentar las bases de una aplicación uniforme del derecho a través de precedentes judiciales sólidos que permitan, de una vez por todas, una igual, racional y eficiente aplicación jurisprudencial del derecho. Y en este entendido, el recurso extraordinario, que el proyecto de Código Procesal Civil promueve, es un buen comienzo¹⁵⁰.

¹⁴⁵ GONZÁLEZ, Francisco, cit. (nº 23), pp. 33-34.

¹⁴⁶ COUSO, Jaime y MERA, Jorge. *Precedentes y Justicia Penal*, cit. (Nº 6), p. 15.

¹⁴⁷ AHUMADA RUIZ, María Ángeles. *Stare Decisis y Creación Judicial del Derecho (Constitucional)*, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 67 (2003), pp. 351-365, p. 354.

¹⁴⁸ ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el Common Law*, cit. (nº 44), pp. 67-81 y 158-168.

¹⁴⁹ COUSO, Jaime y MERA, Jorge. *Precedentes y Justicia Penal*, cit. (Nº 6), p. 18. Vinculado a la temática de la jurisprudencia como fuente del derecho y a la aplicación retroactiva o irretroactiva de la misma encontramos a OLIVER CALDERÓN, Guillermo. *Retroactividad e Irretroactividad de las leyes penales* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007), pp. 227 y sgts.

¹⁵⁰ Debemos señalar que instituciones como, verbigracia, la *Vorlagepflicht* alemana podrían ser incorporadas a objeto de enriquecer el proyecto, aunque su análisis amerita un artículo propio.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO SCAGLIOTTIE, Daniela: *El miedo a los precedentes judiciales y la estrategia del avestruz*. Instituto Chileno de Derecho Procesal. 2012 [visible en internet: <http://www.ichdp.cl/el-miedo-a-los-precedentes-judiciales-y-la-estrategia-del-avestruz/>].
- ACCATINO, Daniela: *El precedente judicial en la cultura jurídica chilena*, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (sobre la cultura jurídica chilena), 20 (2002), pp. 559-582.
- AHUMADA RUIZ, María Ángeles: *Stare Decisis y Creación Judicial del Derecho (Constitucional)*, en *Revista Española de Derecho Constitucional* 67 (2003), pp. 351-365.
- AMBOS, Kai: *Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal. Aspectos de Derecho Alemán y Comparado* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2007).
- BELL, John: *Comparing Precedent*, en *Cornell Law Review* 82 (1997), pp. 1243-1278.
- BERNAL PULIDO, Carlos: *El precedente en Colombia*, en *Revista Derecho del Estado* 21 (2008), pp. 81-94.
- BLACKSTONE, William: *Commentaries on the law of England*. Book the first (Oxford, Clarendon Press, 1765-1769), p. 69 [visible en Internet: http://www.gutenberg.org/files/30802/30802-h/30802-h.htm#Page_63].
- BRANTING, L. Karl: *Reasoning with rules and precedents. A computational modelo of legal análisis* (U.S.A., Springer-Science Business media, B.V., 2000).
- BRAVO-HURTADO, Pablo: *Hacia los precedentes en Chile: Reforma Procesal Civil y Fuentes del Derecho*, en *Revista Chilena de Derecho* 40 (2013), 2, pp. 549-576.
- BRAVO-HURTADO, Pablo (Jefe de Proyecto): *Recursos en el Derecho Comparado. Estudios para la reforma procesal civil en Chile*. Universidad Católica de Temuco, pp. 77 y sgts. [visible en Internet: <http://catalogo.bcn.cl/ipac20/ipac.jsp?profile=bcn&index=BIB&term=251993>].

BRAVO-HURTADO, Pablo: *Recurso Extraordinario y Cortes de Casación en Europa*. Reforma Procesal Civil, 2014 [visible en Internet: <http://www.reformaprocesalcivil.cl/recurso-extraordinario-y-cortes-de-casacion-en-europa/>].

BRENNER, Saul y SPAETH, Harold: *Stare Indecisis. The alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992* (New York, Cambridge University Press, 2001).

CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, René David: *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos* (11ª edición, traducción de Jorge Sánchez Cordero, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Centro Mexicano de Derecho Uniforme, 2010).

COUSO, Jaime y MERA, Jorge: *Precedentes y Justicia Penal* (Santiago de Chile, Ediciones Universidad Diego Portales, 2011).

DE LA OLIVA, Andrés: *Casación, Oralidad y Nuevo Proceso Civil: tres conferencias chilenas* (Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2009).

DELGADO CASTRO, Jordi: *La historia de la casación civil española: una experiencia que aconseja no avanzar en el modelo de unificación de la doctrina*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXIII (2009), pp. 345-367.

DELGADO CASTRO, Jordi: *El Recurso Extraordinario en el proyecto de Código Procesal Civil*, en: *Revista Ius et Praxis* 2, Universidad de Talca (2012), pp. 125-146.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel: *Creación judicial del Derecho a través del recurso de casación en interés de la ley*, en *Revista para el análisis del Derecho I* (2013), pp. 1-37 [visible en Internet: <http://www.indret.com/pdf/955.pdf>].

DUXBURY, Neil: *The Nature and authority of Precedent* (New York, Cambridge University Press, 2008).

DWORKIN, Ronald: *Justicia para Erizos* (Traducido por Horacio Pons, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2014).

- FIGUEROA G., Rodolfo: *Igualdad y Discriminación*, en GONZÁLEZ, Felipe y VIVEROS, Felipe (Editores). *Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público* (Cuadernos de Análisis jurídicos), Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 2000, pp. 9-64.
- FLETCHER, George: *Criminal Theory as an International Discipline* en Eser/Fletcher (Editores). *Rechtsfertigung und Entschuldigung, Justification and Excuse (Comparative Perspectives)* (Freiburg, Max-Planck-Institut, 1988), II, pp. 1591-1621.
- GARAPÓN, Antoine y PAPADOPOULUS, Loannis: *Juzgar en Estados Unidos y en Francia. Cultura Jurídica francesa y common law* (Traducción de Viviana Díaz Perilla, Colombia, Legis, 2008).
- GARCÍA-BERRÍO HERNÁNDEZ, Teresa: *La controversia sobre el precedente judicial: un clásico del derecho en constante renovación*, en *Foro, Nueva Época* 4 (2006), pp. 127-152.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *Democracia, Jueces y control de la Administración* (3ª edición, Madrid, Civitas, 1997).
- GERHARDT, Michael J.: *The power of Precedent* New York: Oxford University Press, 2008.
- GONZÁLEZ, Francisco: *Compatibilidad del Recurso extraordinario con nuestro ordenamiento jurídico*, en *Reforma Procesal Civil, II Jornadas Nacionales de Derecho Procesal*, 7 y 8 de noviembre de 2013 (Santiago de Chile, Oficina de Publicaciones, Cámara de diputados de Chile, 2014).
- GOODHART, Arthur: *Precedent in English and Continental Law*, en *Law Quarterly Review* 40 (1934).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro: *Las reglas del Código Civil de Chile sobre interpretación de las leyes* (Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2007).
- HART, Herbert Lionel Adolphus: *El Concepto de Derecho* (traducción de Genaro Carrió), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963, pp. 152-153.

HEISE BURGOS, Gustavo: *Reflexiones en torno a la jurisprudencia y el precedente judicial en la cultura jurídica chilena*. Ponencia. Trigésimo Séptimas Jornadas Chilenas de Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 8 y 9 de noviembre de 2007 [visible en Internet: <http://www.jornadasderechopublico.ucv.cl/ponencias.htm>].

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena: ¿Precedente Constitucional en el Sistema de Fuentes del Derecho Chileno?, en ARANCIBIA MATTAR, Jaime, MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio y ROMERO SEGUEL, Alejandro (Coordinadores). *Precedente, Cosa Juzgada y Equivalentes jurisdiccionales en la litigación pública* (Santiago de Chile, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, 2013), pp. 3-88.

IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan: *La fuerza vinculante del precedente judicial*, en *Isegoría* 35 (2006), pp. 193-205

ITURRALDE SESMA, Victoria: *El precedente en el Common Law* (Madrid, Editorial Civitas S.A., 1995), pp. 19-20.

LATORRE FLORIDO, Cecilia Paz: *El recurso de casación civil: antecedentes históricos y perfil actual*, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* 12 (2004), pp. 97-114.

LEGARRE, Santiago y RIVERA, Julio César: *Naturaleza y Dimensiones del Stare Decisis*, en *Revista Chilena de Derecho* 33 (2006), 1, pp. 109-124.

LEMIEUX, Charlotte: *Jurisprudence et sécurité juridique une perspective civiliste*, en *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 29 (1998-1999), pp. 223-243.

LONDOÑO S., Néstor Raúl: *La obligatoriedad de los principios del derecho en el Common Law de los Estados Unidos*, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 36 (2007), 106, pp. 55-68.

MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert: *Interpreting Precedents. A Comparative Study* (Aldershot, Dartmouth Publishing, 1997), pp. 554 y sgts. [visible en Internet: <http://www.amazon.com/Interpreting-Precedents-Comparative-Applied-Philosophy/dp/1855216868>].

- MARINONI, Luiz Guilherme: *El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica*, en *Revista Ius et Praxis* 1 (2012), pp. 249-266.
- MERRYMAN, John Henry y PÉREZ-PERDOMO, Rogelio: *The Civil law tradition. An introduction to the legal Systems in Europe and Latin America* (3ª edición, Stanford, Stanford University Press, 2007).
- MONROY GÁLVEZ, Juan: Apuntes sobre la doctrina del precedente y su influencia en el civil law, en *Revista Hechos de la Justicia* 4 (2006), p. 9 [visible en Internet: <http://blog.pucp.edu.pe/media/2841/20110702-Monroy%20-%20precedentes.pdf>].
- MUÑOZ NEIRA, Orlando: *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos* (Colombia, Legis, 2008), p. 17. También FIERRO-MÉNDEZ, Heliodoro. *Sistema Procesal Penal de EE.UU. Guía elemental para su comprensión* (Bogotá, Editorial Ibáñez, 2006).
- NIEVA FENOLL, Jordi: *El recurso de casación* (Santiago de Chile, Abeledo Perrot - Legal Publishing, 2010).
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl: *Crónica sobre la reforma del sistema procesal civil chileno (fundamentos, historia, principios)*, en *Revista de Estudios de la justicia* 6 (2005), pp. 175-189.
- OLGUÍN ROMERO, Nicolás: *El Recurso extraordinario, ¿una buena reforma?*, en *Revista de Estudios Jurídicos, Democracia y Justicia* 1 (2012), pp. 79-94.
- PAILLAS, Enrique: *El Recurso de casación en materia civil* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008).
- PÉREZ RAGONE, Álvaro J. y ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos: *Código Procesal Civil alemán (ZPO). Traducción con un estudio introductorio al proceso civil alemán contemporáneo* (traducción de Álvaro Pérez Ragone y Juan Ortiz Pradillo), Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2006.
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio: *La dogmática como Trauma*, en VAN WEEZEL, Alex (Editor). *Humanizar y Renovar el Derecho Penal: estudios en memoria de Enrique Cury*, Santiago de Chile, Legal Publishing-Thomson Reuters, 2013.

- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia: *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General* (Segunda Edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005), I.
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio: *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del common law*, Granada, Editorial Comares, 2002.
- RABELAIS, Francois: *Gargantua and Pantagruel* (United State of America, Barnes Noble Books, 2005).
- RODRÍGUEZ SANTANDER, Roger: *El precedente constitucional en el Perú. Entre el poder de la historia y la razón de los derechos*, en CARPIO MARCOS, Edgar y GRANDEZ CASTRO, Pedro, *Estudios al precedente Constitucional* (Lima, Palestra Editores S.A.C., 2007).
- ROMERO SEGUEL, Alejandro: *El Recurso de Casación en el Fondo Civil (propuestas para la generación de precedentes judiciales)*. Santiago, Chile: Legal Publishing-Thomson Reuters, 2013.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro: *La jurisprudencia de los tribunales como fuente del derecho*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- ROMERO SEGUEL, Alejandro, AGUIRREZABAL GRUNSTEIN, MAITE y BARAONA GONZÁLEZ, Jaime: *Revisión Crítica de la causal fundante del recurso de casación en el fondo en materia civil*, en *Revista Ius et Praxis* 1 (2008), pp. 225-259.
- SILTALA, Raimo: *A Theory of Precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law* (Oxford, Hart Publishing, 2000).
- SPAETH, Harold y SEGAL, Jeffrey: *Majority rule or minority will. Adherence to precedent on the U.S. Supreme Court* (New York, Cambridge University Press, 2001).
- SQUELLA, Agustín: *Norberto Bobbio: un hombre fiero y justo*. Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica Chile S.A., 2005.

- STREETER PRIETO, Jorge: *El razonamiento Jurídico*, en *Interpretación, integración y razonamientos jurídicos. Conferencias y ponencias presentadas en el Congreso realizado en Santiago y Viña del Mar entre el 23 y 25 de mayo de 1991*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1992.
- TARUFFO, Michelle: *Precedente y Jurisprudencia*, en *Revista jurídica Precedente* (2007), pp. 87-101 [visible en Internet: http://www.icesi.edu.co/precedente/precedente_edicion_2007.65.php].
- TARUFFO, Michele: *El Vértice Ambiguo. Ensayos sobre la Casación Civil* (Traducción de Juan Monroy Palacios y Juan Monroy Gálvez, Lima, Palestra Editores, 2005).
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl: *La eliminación de la casación civil: una marcha contra los tiempos*. Charla impartida en la Universidad del Desarrollo el 14 de junio de 2013 [visible en internet: <http://derecho-scl.udd.cl/files/2013/06/La-eliminación-de-la-casación-civil.pdf>].
- TORO MELO, David y ECHEVERRÍA y REYES, Anibal: *Código de Procedimiento civil. Anotado*, citado por Silva Prado, José. *Recurso Extraordinario y Precedente*. Instituto Chileno de Derecho Procesal, 1902 [visible en Internet: <http://www.ichdp.cl/recurso-extraordinario-y-precedente/>].
- TORRÉ, Abelardo: *Introducción al Derecho*. 14ª edición, Buenos Aires, Lexis-Nexis, Abeledo-Perrot, 2003.
- VILLANUEVA HARO, Benito: *Aspectos históricos, teóricos, procesales, comparativos y propuestas al nuevo pensamiento procesal sobre el recurso de Casación*, en *Derecho y Cambio Social* 32 (2013).
- WHITTAKER, Simon: *El precedente en el Derecho Inglés. Una visión desde la ciudadela*, en *Revista Chilena de Derecho* 35 (2008), 1, pp. 37-83.
- ZAFFARONI, Ernesto Raúl: *En torno de la cuestión penal*, Buenos Aires, Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005).

DOCTRINA

**LA POTESTAD FISCALIZADORA Y
SANCIONATORIA DE LA SUPERINTENDENCIA
DEL MEDIO AMBIENTE EN CHILE**

María Isabel Mallea Álvarez¹

***RESUMEN:** El Derecho constituye una técnica social específica que procura inducir a los hombres a comportarse de una determinada manera y que puede incluso utilizar la amenaza de una sanción para el caso que no se cumplan los preceptos previamente determinados. En este ámbito cobra relevancia la intervención de la Administración que ha desarrollado la denominada “disciplina ambiental” a través de tres líneas de intervención, a saber: el control ambiental, la potestad sancionatoria y la reparación de los daños al medio ambiente. En este contexto se analizan las atribuciones de la Superintendencia del Medio Ambiente en el marco de la nueva institucionalidad ambiental en Chile, a partir de la modificación de la Ley 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente.*

***ABSTRACT:** Law is a specific social technique that seeks to lead men to behave in a certain way and you can even use the threat of a sanction in case certain provisions are not met. In this context, it becomes relevant the intervention of the Administration through the so-called “environmental discipline” which considers three lines of action, namely: environmental*

¹ **MARÍA ISABEL MALLEA ÁLVAREZ.** Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Post Título en “Dirección y Gestión Ambiental. Aspectos Jurídicos y Empresariales”, Universidad de Barcelona, Post Título en “Derecho de Minería y de Aguas”, Universidad Finis Terrae, candidata a Magíster en “Derecho de Minería y de Aguas”, Universidad Finis Terrae, Jefa de la Oficina RMS de la Superintendencia del Medio Ambiente, maria.mallea@sma.gob.cl.

control, sanctionary power and repairment of environmental damage. This article analyses the powers of the Superintendence of the Environment following the amendment of Law 19.300.

PALABRAS CLAVE: *Disciplina ambiental - Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente - Potestad fiscalizadora medioambiental - Potestad sancionatoria medioambiental - Superintendencia del Medio Ambiente.*

1.- INTRODUCCIÓN

El origen de la Superintendencia se encuentra en el largo debate doctrinario centrado en el modelo institucional ambiental chileno y su especial carencia en temas de fiscalización/sanción. “*La sociedad chilena percibe amplios espacios de falta de ‘enforcement’ (aplicación efectiva) de nuestra legislación ambiental*”, insuficiencia que había sido también detectada por la evaluación del desempeño ambiental del país (entre los años 1990 y 2004) realizada por la OCDE, que dio fruto a la siguiente recomendación: “*desarrollar y fortalecer aún más los marcos normativos (normas, entre otros) para mejorar la salud ambiental y cumplir los compromisos internacionales de Chile; examinar formas de fortalecer la capacidad de cumplimiento y fiscalización, incluso mediante reformas institucionales, como por ejemplo el establecimiento de un órgano de inspección ambiental*”, y que se resumió así en el mensaje de la Ley 20.417: “*nuestro modelo de fiscalización es altamente ineficiente. Es necesario contar con una autoridad que unifique los criterios, procedimientos e incentivos de las normativas ambientales*”².

En efecto, la superposición de competencias, la ineficiencia en la utilización de recursos humanos y materiales, y el modelo coordinador no han resultado suficientes para garantizar efectivamente el cumplimiento

² TAPIA, Claudio. “*Incentivos al cumplimiento ambiental: análisis crítico a la autodenuncia ambiental*”, Santiago de Chile, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2014, p. 8 y 9.

de la legislación ambiental³. En la Ley 19.300, de Bases Generales del Medio Ambiente⁴, existían dos mecanismos de fiscalización y sanción, uno correspondía a los Planes de Prevención y Descontaminación y otro, a las Resoluciones de Calificación Ambiental, en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. En cuanto a los planes, correspondía a las municipalidades y a los otros organismos competentes del Estado requerir al juez la aplicación de sanciones a los responsables que no cumplieren con el respectivo plan. Las sanciones a las fuentes emisoras que no cumplieran con las normas de emisión correspondientes eran desde una multa de hasta 1.000 UTM hasta la clausura definitiva. En tanto, si se trataba de resoluciones de calificación ambiental (RCA), la fiscalización recaía en los órganos de la administración del Estado con competencia ambiental que conformaban el denominado “Comité Operativo de Fiscalización” (COF), órgano que debía, en caso de constatar un incumplimiento a una RCA, solicitar a la Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA)⁵ la aplicación de sanciones, desde una amonestación, multa de hasta 500 UTM o la revocación de la RCA, dependiendo de la gravedad de la infracción⁶, es decir, en este caso, las competencias quedaban acotadas estrictamente a los proyectos sometidos al SEIA. Cabe destacar que el COF carecía de un sustento legal, y más bien obedecía a una modalidad de gestión, para optimizar la coordinación en la fiscalización.

Dichos mecanismos resultaron ineficaces y el modelo coordinador radicado en la Comisión Nacional del Medio Ambiente no constituía garantía de una fiscalización efectiva en materia ambiental, así como de constatar la configuración del daño ambiental. De esta forma, desde hacía más de una década que se venía discutiendo la necesidad de superar

³ ASTORGA, Eduardo. *“Derecho Ambiental Chileno. Parte General”*, Santiago de Chile, Legal Publishing, Tercera Edición Actualizada, 2014.

⁴ Publicada en el Diario Oficial de 09 de marzo de 1994.

⁵ Las Coremas estaban presididas por el Intendente Regional y conformadas por SEREMIS, Gobernadores Provinciales, Consejeros Regionales y el Director Regional de CONAMA que actuaba como Secretario.

⁶ Aplica dictamen de la Contraloría General de la República N°981, de 13 de enero de 2003.

el modelo coordinador, pero no había una postura unívoca respecto al modelo orgánico a seguir, ya sea desde una Agencia de Fiscalización, una Superintendencia o una figura como la Fiscalía Nacional Económica. Finalmente, se decidió que un modelo idóneo para hacerse cargo seriamente tanto de la fiscalización como de la aplicación de sanciones, era el de una Superintendencia del Medio Ambiente.

No obstante, el tema era complejo de definir, por lo cual para que la propuesta fuese realmente seria y prolija, se debían revisar en profundidad los modelos comparados similares a los que se pretendía implementar, en particular el alemán y el norteamericano, los que intentan establecer mecanismos de coordinación pública tanto en la gestión ex ante como ex post (Ej: Directiva Europea sobre control integrado de la contaminación, así como la implementación de ventanillas únicas), sin que esto signifique un desperfilamiento de la autoridad ambiental central⁷.

2.- LA SUPERINTENDENCIA DEL MEDIO AMBIENTE

2.1.- Naturaleza y funciones en el ámbito de la fiscalización

En los regímenes de policía, la fiscalización se presenta como un mecanismo necesario para asegurar que los particulares ajusten sus actuaciones a la legalidad. De aquí que, si bien la potestad sancionadora sea excepcional (...), las competencias fiscalizadoras y de inspección suponen un ejercicio continuo por parte de la Administración del Estado⁸.

El artículo 2° de la Ley 20.417⁹ creó la Superintendencia de Medio Ambiente (SMA) y estableció su ley orgánica (LOSMA). La SMA constituye un servicio público funcionalmente descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio del

⁷ ASTORGA, Eduardo, op. cit.

⁸ BERMÚDEZ, Jorge. *“Fundamentos de Derecho Ambiental”*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, segunda edición, 2015.

⁹ Modifica la Ley 19.300, publicada en el Diario Oficial el 26 de enero de 2010.

Medio Ambiente. Constituye una entidad fiscalizadora en los términos del Decreto Ley N°3.551, de 1981. Su domicilio será la ciudad de Santiago, sin perjuicio de las oficinas regionales que pueda establecer el Superintendente en otras ciudades del país.

El objeto de la SMA se expresa en su artículo 2°: *ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Prevención y/o de Descontaminación Ambiental, del contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión y de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley.*

De esta manera, la SMA ostenta facultades de fiscalización exclusivas sobre los instrumentos a que se refiere el artículo anterior, lo que se traduce en ejecución de labores de inspección, control, medición y análisis. Lo esencial de la fiscalización radica en que su objetivo es la verificación del cumplimiento de la normativa o condiciones de operación.

El artículo 28 de la LOSMA señala un conjunto de potestades de inspección, con el objeto de hacer efectiva la función fiscalizadora, entre ellas, poder de ingreso a inmuebles, establecimientos o recintos e inspección material, tomar muestras, levantar actas y dejar testimonio, solicitar el auxilio de la fuerza pública cuando haya oposición a la fiscalización, citar a declarar a los representantes, asesores y dependientes del sujeto fiscalizado, y proceder a la ejecución de toda otra actividad tendiente a hacer constar el estado y circunstancias de la actividad fiscalizada. Por su parte, los sujetos fiscalizados tienen el deber de colaborar y de entregar información. Cabe destacar que el personal habilitado como fiscalizador de la SMA tiene el carácter de ministro de fe.

Al dictarse la LOSMA, el legislador pretendió evitar la duplicidad de competencias en el ejercicio de las potestades de fiscalización, y de esta manera estableció, por una parte, una potestad directa de la SMA, y por otra, la ubicó en una posición de dirección de la fiscalización que

tengan a cargo otros órganos de la administración del Estado (arts. 2º, 3º letras a), b), n) y t) y art. 16 LOSMA).

La SMA ejerce sus funciones desarrollando, en forma anual, programas y subprogramas de fiscalización de los diversos instrumentos de gestión ambiental ya señalados, ya sea fiscalizando de manera directa (programa), en forma sectorial (subprogramas a cargo de los organismos sectoriales con competencia ambiental) o privada (terceros autorizados). Dicha programación puede estar sujeta a modificaciones derivadas de la presentación de denuncias, ya sea de la comunidad como de autoridades y organismos sectoriales, lo que podría conllevar la planificación de actividades de fiscalización adicionales a las previamente determinadas.

Cabe tener presente que la SMA ejerce la rectoría técnica y por ende los organismos sectoriales competentes deben adoptar y respetar los criterios que la SMA establezca sobre la forma de ejecutar las actuaciones de fiscalización, y están obligados a comunicarle las infracciones de que tomen conocimiento. En este rol, la SMA imparte directrices a los organismos sectoriales, informando las acciones de fiscalización, medición y análisis que deberán asumir, los plazos y oportunidades para su realización y las demás condiciones que considere pertinentes, de manera de evitar la duplicidad de funciones.

Respecto de la SMA, los organismos sectoriales conservan sus competencias y potestades de fiscalización en todas aquellas materias e instrumentos que no son de competencia de la Superintendencia, y por el contrario, deben inhibirse frente al ejercicio de la potestad sancionatoria de la SMA.

Por otra parte, la SMA acredita y certifica a organismos externos que podrán desarrollar labores de fiscalización y otorgar certificados de cumplimiento, y administra un sistema de evaluación y certificación de conformidad, acreditando y certificando a personas naturales o jurídicas para que certifiquen el cumplimiento de la normativa ambiental o de las condiciones de una RCA por parte de un fiscalizado¹⁰.

¹⁰ ASTORGA, Eduardo, op. cit.

2.2.- Potestades de la Superintendencia

La SMA cuenta con potestades normativas, informativas, consultivas e interpretativas y sancionatorias. Las potestades normativas se refieren a la facultad de impartir directrices técnicas, normas e instrucciones de carácter general. Las potestades informativas consideran la capacidad para requerir información a los fiscalizados y organismos sectoriales; en cuanto a sus facultades consultivas e interpretativas, le corresponde proporcionar información y absolver consultas del Ministerio de Medio Ambiente y de los organismos sectoriales, y finalmente, sus potestades sancionatorias le permiten instruir procedimientos de sanción y aplicar las sanciones correspondientes de conformidad a la ley.

2.3.- Potestad sancionatoria. Instrucción del procedimiento

De acuerdo al artículo 35 de la LOSMA, las infracciones de las cuales puede tomar conocimiento e instruir el respectivo proceso sancionatorio son incumplimientos de RCA, ejecución de actividades sin contar con RCA (elusión al SEIA), transgresión de instrucciones y normas dictadas por la SMA, incumplimiento de normas de emisión, de medidas contenidas en planes de prevención y/o descontaminación, planes de recuperación o conservación de especies, planes de manejo, requerimientos de información, medidas provisionales ordenadas en procedimientos sancionatorios, así como, de manera residual, incumplimiento de toda norma ambiental que no tenga una sanción establecida en forma específica.

Las infracciones se clasifican en gravísimas, graves y leves. Constituyen infracciones gravísimas, causar daño no susceptible de reparación, afectación grave a la salud de la población, proporcionar información falsa u ocultamiento de la misma, impedir la ejecución de labores de fiscalización, desarrollar una actividad sin contar con RCA cuando procede que dicha actividad sea sometida al SEIA mediante un Estudio de Impacto Ambiental, o reiteración de infracciones graves.

Son infracciones graves cuando se verifique alternativamente daño ambiental susceptible de reparación, riesgo significativo a la salud,

afectación negativa de planes, ejecución de una actividad sin contar con una RCA cuando debe someterse al SEIA mediante una Declaración de Impacto Ambiental, incumplimiento de medidas previstas en la RCA para eliminar o minimizar efectos adversos significativos, no acatamiento de instrucciones y medidas urgentes, negativa a entregar información relevante y persistente reiteración de infracciones leves dentro de áreas silvestres protegidas.

Finalmente, las infracciones leves tienen un carácter residual, dado que se configuran en todas las demás situaciones de incumplimiento legal.

2.3.1.- Separación de funciones de fiscalización e instrucción del procedimiento administrativo sancionador

Las funciones de fiscalización y de instrucción del procedimiento administrativo sancionador deben quedar a cargo de unidades distintas (...). Esta separación de funciones tiene su fundamento en el principio de imparcialidad (...), que obliga a la administración del Estado a conducir los procedimientos administrativos con objetividad. La separación de funciones implica, entonces, que una vez recibida la información obtenida producto de las labores de fiscalización, ésta podrá derivar en un procedimiento administrativo sancionador, siempre que pudiera estimarse que es constitutiva de infracción¹¹.

2.3.2.- Etapas del procedimiento

Al igual que el procedimiento administrativo general, el sancionador consta de las etapas de iniciación, instrucción y finalización.

- a) *Iniciación.*** El procedimiento se puede iniciar de oficio, a solicitud de un organismo sectorial o por denuncia.
- b) *Instrucción.*** Corresponde a la etapa destinada al conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deberá pronunciarse

¹¹ BERMÚDEZ, Jorge, op. cit.

o no la sanción administrativa. Esta etapa debe ser llevada a cabo por un funcionario de la SMA que recibe el nombre de instructor, y se inicia con la formulación de cargos, debiendo ser notificada por carta certificada al presunto infractor, notificación que producirá como efecto la interrupción del plazo de prescripción de la infracción (art. 37 LOSMA). En dicha formulación se efectúa una descripción clara y precisa de los hechos que se estimen constitutivos de infracción y la fecha de su verificación, la norma, las medidas o condiciones eventualmente infringidas, la disposición que establece la infracción y la sanción asignada. No obstante, este contenido debe estimarse de manera provisoria, dado que las pericias, inspecciones y demás medios de prueba pueden llevar a modificarlo mediante la reformulación o ampliación de cargos.

El presunto infractor tiene un plazo de quince días para formular sus descargos, oportunidad en que hará valer sus defensas y argumentaciones jurídicas, así como podrá proponer medidas o diligencias probatorias, debiendo dar lugar a ellas si resultan pertinentes o conducentes. No obstante, el instructor no puede atenerse únicamente al contenido del descargo, debiendo ordenar la realización de las pericias e inspecciones que sean pertinentes y la recepción de los demás medios probatorios que procedan (art. 50 LOSMA), debiendo comunicarse a los interesados el inicio de las actuaciones con la debida antelación, consignando lugar, fecha y hora en que se practicarán.

Los hechos investigados y las responsabilidades de los infractores podrán acreditarse mediante cualquier medio de prueba, debiendo apreciarse su valoración conforme a las reglas de la sana crítica. El art. 51 inciso 2° de la LOSMA da el valor de presunción legal a las pruebas derivadas de fiscalizaciones.

Cumplidos los trámites anteriores, el instructor dispone de un plazo de cinco días para proponer la absolución o la aplicación de la sanción que corresponda a los cargos formulados. El dictamen deberá contener: - la individualización de él o los infractores; - la relación de los hechos investigados; - la forma en que se ha llegado a comprobarlos; - la propuesta al Superintendente de absolución o sanción que a su juicio

corresponda aplicar. El dictamen constituye un acto de mero trámite dentro del procedimiento administrativo, de carácter inimpugnable, salvo que causare indefensión.

c) Finalización. El procedimiento finaliza con la resolución que determina la inexistencia de la infracción, y en consecuencia absuelve de los cargos, o bien con la resolución que señala la sanción aplicable por la infracción cometida. Conforme al art. 7 inciso 3°, el Superintendente tendrá la atribución privativa e indelegable de aplicar las sanciones establecidas en la presente ley. En este sentido, el Superintendente podrá o no seguir la propuesta de sanción que hubiere señalado el instructor del procedimiento, en la medida que se respeten los parámetros para la ponderación y cuantificación de sanciones. No obstante, su competencia se enmarca en los hechos identificados en la instrucción.

La resolución con la que finaliza el procedimiento, sea sancionando o absolviendo, deberá dictarse en el plazo de diez días y debe ser una resolución fundada (art. 54 inciso 2° LOSMA)¹². La resolución sancionadora produce ejecutoriedad, lo que implica que podrá ser llevada a efecto por la propia administración del Estado, y en caso de aplicar sanciones pecuniarias, goza de mérito ejecutivo.

En contra de las resoluciones de la SMA procede el recurso de reposición dentro del plazo de cinco días hábiles contado desde el día siguiente a la notificación, y el plazo para resolver es de 30 días hábiles. Respecto de la resolución que resuelve la reposición procede el recurso de reclamación ante el Tribunal Ambiental (art. 17 N°7 Ley 20.600).

2.3.3.- Medidas provisionales

El art. 48 de la LOSMA permite adoptar diferentes medidas provisionales (cautelares) con el objeto de evitar un daño al medio

¹² Sentencia del Segundo Tribunal Ambiental, Rol 6-2013, considerando 36. “Es imperativo que la motivación deba cumplir con los requisitos de publicidad, inteligibilidad y autosuficiencia, siendo estos de vital importancia en las decisiones que tanto la autoridad administrativa como la judicial adopten en materia medio ambiental (...)”.

ambiente o a la salud de las personas, elemento que se denomina como peligro en la demora (*periculum in mora*), en cuya virtud se pretende evitar un daño mayor, producto de la tardanza en la actuación administrativa. Las medidas que señala la LOSMA son: a) Medidas de corrección, seguridad o control que impidan la continuidad en la producción del riesgo o del daño; b) Sellado de aparatos o equipos; c) Clausura temporal, parcial o total de las instalaciones; d) Detención del funcionamiento de las instalaciones; e) Suspensión temporal de la resolución de calificación ambiental; f) Ordenar programas de monitoreo y análisis específicos de cargo del infractor.

Las medidas provisionales deberán ser adoptadas siempre en relación con un procedimiento administrativo sancionador de manera anterior a su iniciación o durante la tramitación del mismo. En el primer caso, la SMA estará obligada a iniciar el procedimiento administrativo sancionador en un plazo de quince días y estas medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en la iniciación del procedimiento¹³.

Las medidas provisionales son esencialmente transitorias y tendrán una duración de hasta 30 días corridos, sin perjuicio de su renovación, cumpliendo las mismas condiciones de su imposición. Su adopción responde a la precaución o principio precautorio.

Cabe destacar que cuando se trate de la adopción de las medidas de los literales c), d) y e), éstas deben ser autorizadas previamente por el Tribunal Ambiental competente, que será el del lugar en que las medidas vayan a ser ejecutadas (art. 17 N°4 Ley 20.600). La autorización debe obtenerse por la vía más expedita posible, incluyendo la telefónica, de alguno de los ministros del tribunal, siguiendo una regla de turno. La misma regla debe aplicarse en caso que la SMA pretenda ejercer las atribuciones que le confiere el art. 3 letras g) y h) de la LOSMA, esto es, suspender las autorizaciones de funcionamiento de la RCA o adoptar otras medidas urgentes y transitorias para el resguardo del medio ambiente. Se debe tener presente que estas medidas suspensivas o de

¹³ BERMÚDEZ, Jorge, op. cit.

otra naturaleza no han sido establecidas como medidas provisionales, sino como poderes de suspensión que la SMA puede adoptar fuera de un procedimiento administrativo.

2.3.4.- Sanciones y reglas de ponderación

Las sanciones administrativas son, desde luego, medidas características de intervención administrativa tradicionalmente adscritas a la actividad de policía administrativa, con todas las resonancias propias de este concepto, y, cuando su finalidad se orienta a la protección del medio ambiente, tienden a encuadrarse en el rótulo o sistema de lo que se ha dado en llamar la disciplina ambiental¹⁴.

La LOSMA innovó significativamente en materia de sanciones, dándole a éstas un carácter de mayor realismo y proporcionalidad, estableciendo un moderno sistema inspirado en su capacidad disuasoria y preventiva¹⁵.

Las sanciones aplicables a las infracciones gravísimas corresponden a la revocación de la RCA y la clausura, ambas previa consulta al Tribunal Ambiental, y multa de hasta 10.000 Unidades Tributarias Anuales (UTA), equivalentes a un monto aproximado de 9 millones de dólares.

Las sanciones que proceden respecto a infracciones graves corresponden a la revocación de la RCA y la clausura, previa consulta al Tribunal Ambiental, y multa de hasta 5.000 Unidades Tributarias Anuales (UTA), equivalentes a un monto aproximado de 4,5 millones de dólares.

Las sanciones por infracciones leves corresponden a amonestación por escrito y aplicación de multa de hasta 1.000 UTA, equivalentes a USD\$ 900.000.

¹⁴ ESTEVE, José. “Derecho del Medio Ambiente”, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., segunda edición, 2008.

¹⁵ ASTORGA, Eduardo, op. cit.

Una vez determinada la clase de infracción administrativa ambiental de que se trate y las posibles sanciones aplicables, deberán considerarse las reglas de ponderación de las mismas (...). El art. 40 de la LOSMA denomina a las reglas de ponderación como “circunstancias”, lo que quiere graficar el conjunto de supuestos de hecho que deberán considerarse y ponderarse al momento de determinar la sanción específica, aplicable al caso concreto¹⁶.

Los criterios para definir la cuantía de la sanción son, al igual que la legislación comparada (Ley de Costas española, Tratado de Libre Comercio con Canadá, entre otros), la magnitud del daño o peligro, el número de personas afectadas, el beneficio económico que le haya reportado la infracción, la intencionalidad y el grado de participación, la conducta previa del infractor, así como su capacidad económica, el cumplimiento de un programa de evaluación y certificación, el detrimento o vulneración de áreas silvestres protegidas, así como cualquier otro criterio que sea fundado¹⁷.

En particular, se destacan los siguientes criterios o reglas de determinación de la sanción: a) Importancia del daño causado: se refiere al perjuicio o menoscabo que implican los hechos que constituyen la infracción, para lo cual se deberá considerar la existencia o no de un daño, su naturaleza y cuantía; b) Importancia del peligro ocasionado: corresponde a una situación previa, en que una actividad tiene la capacidad de generar un daño, sin que se hubiere llegado a producir, y en que se sanciona la posibilidad de haberlo producido; c) El número de personas cuya salud pudo afectarse: afectación grave de la salud y riesgo significativo para la salud de la población, lo que da cuenta de la incorporación de un criterio que no es estrictamente ambiental; d) El beneficio económico obtenido con motivo de la infracción: parte de la utilidad que tuvo su origen en el ahorro que implicó la comisión de la infracción. La aplicación de la sanción debe tener como objetivo eliminar todo beneficio, ya sea el que se obtiene de dilatar o evitar los costos, o el obtenido de una ventaja competitiva ilegal o de ingresos

¹⁶ BERMÚDEZ, Jorge, op. cit.

¹⁷ ASTORGA, Eduardo, op. cit.

ilegales. “La solución dada por algunas leyes que regulan las sanciones en determinados sectores ambientales es la de elevar el importe de la sanción por encima del beneficio. Así, (...) la *Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación*, establece expresamente que cuando la cuantía de la multa resulte inferior al beneficio obtenido por la comisión de la infracción, la sanción será aumentada, como mínimo, hasta el doble del importe en que se haya beneficiado el infractor”¹⁸; e) Capacidad económica del infractor: los rangos del quantum en materia ambiental oscilan entre 1 a 10.000 UTA, por lo que se deben aplicar los principios de igualdad y no discriminación (las normas jurídicas deben ser iguales para quienes se encuentren en las mismas circunstancias, de modo de no gravar patrimonios distintos con multas de igual cuantía).

2.4.- Autodenuncia y programa de cumplimiento

La LOSMA establece en sus arts. 41 y 42 los denominados “Instrumentos de Incentivo al Cumplimiento”, los que son desarrollados en el Decreto Supremo N°30/12 del Ministerio de Medio Ambiente¹⁹, en adelante el Reglamento, que “Aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación”. Los instrumentos que considera la LOSMA son la autodenuncia y el programa de cumplimiento.

Ambos instrumentos constituyen “medidas que proveen de elaborados mecanismos de interacción entre los regulados y la administración, que tienen por leitmotiv el establecimiento de vías alternativas a la simple aplicación de una sanción (...), con el objeto de que el regulado se ajuste a motu proprio a la normativa ambiental”²⁰.

a) Autodenuncia. Se define como la “comunicación escrita efectuada por un infractor en las oficinas de la Superintendencia, sobre el hecho de estar cometiendo, por sí, cualquier infracción de competencia

¹⁸ ESTEVE, José, op. cit.

¹⁹ Diario Oficial, 11 de febrero de 2013.

²⁰ TAPIA, Claudio, op. cit., pág. 11.

de aquélla” (art. 2° letra a) del Reglamento). A lo anterior se ha agregado que “la autodenuncia es un instrumento de incentivo al cumplimiento de la normativa ambiental, en virtud del cual el infractor puede conseguir la exención o reducción de la multa aplicable a tal infracción, si cumple con los requisitos legales establecidos en la LOSMA”²¹.

La LOSMA establece un interesante mecanismo de autodenuncia y rebaja de penas, que procede como una eximente de responsabilidad, tratándose de la primera vez en la medida que se verifique un programa de cumplimiento. Del mismo modo corresponden rebajas de 75% y 50% cuando se trate de la segunda y tercera vez respectivamente, correspondiendo también en estos casos la verificación de un programa de cumplimiento. Este mecanismo está condicionado a que la SMA no haya iniciado una investigación y a que se le proporcione la información precisa y veraz al término inmediato del incumplimiento²².

La autodenuncia debe contener al menos los siguientes requisitos: a) Descripción precisa, verídica y comprobable de los hechos, actos u omisiones que constituyen la infracción en que se ha incurrido, así como sus efectos negativos; b) Medidas adoptadas para reducir o eliminar los efectos negativos generados por el incumplimiento. Se destaca que se debe proporcionar información precisa y veraz y se debe poner fin inmediato a la infracción. Ej.: paralización de faenas.

Conforme al art. 13 del Reglamento, una vez efectuada la autodenuncia, el infractor debe presentar el respectivo programa de cumplimiento dentro del plazo de 10 días²³ contados desde la notificación de la formulación de cargos. El efecto que produce la autodenuncia en un procedimiento administrativo sancionatorio es su suspensión en caso de aprobarse el programa de cumplimiento; no obstante, en caso

²¹ Bermúdez Soto, Jorge, op. cit.

²² ASTORGA, Eduardo, op. cit.

²³ Los plazos establecidos en la LOSMA son de lunes a viernes, de acuerdo a lo establecido en su art. 62.

de incumplirse las obligaciones contraídas en el programa, se procede al reinicio del procedimiento en el estado en que se encuentre. Por el contrario, si se ejecuta íntegramente el programa, se reiniciará la tramitación del procedimiento administrativo sancionatorio, para el solo efecto que el Fiscal instructor del mismo emita un dictamen en que proponga la absolución o sanción que a su juicio corresponda, y se dicte la respectiva resolución que considere la exención o rebaja de la multa.

b) Programa de Cumplimiento. Consiste en un *“plan de acciones y metas presentado por el infractor, para que dentro de un plazo fijado por la Superintendencia, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique”* (art. 42 LOSMA y art. 2° letra g) del Reglamento).

Su presentación por parte del infractor se debe realizar dentro de los 10 días de iniciado el procedimiento de sanción y debe considerar al menos los siguientes contenidos: a) Descripción de los hechos, actos u omisiones que constituyen la infracción en que se ha incurrido, así como de sus efectos; b) Plan de acciones y metas que se implementarán para cumplir con la normativa ambiental, incluyendo las medidas adoptadas para reducir o eliminar los efectos negativos generados por el incumplimiento; c) Plan de seguimiento, con un cronograma de acciones y metas, indicadores de cumplimiento y remisión de reportes periódicos sobre el grado de implementación; y d) Información técnica y de costos estimados que permita acreditar su eficacia y seriedad.

Son causales de exclusión para presentarlo, la existencia de programas de gradualidad de cumplimiento de normativa, sanciones previas o programas de cumplimiento previos, salvo en infracciones leves. Los efectos de la aprobación es que ésta suspende el proceso sancionatorio y se mantiene la interrupción del plazo de prescripción. El incumplimiento del programa motiva el reinicio de procedimiento y el cumplimiento del programa pone término al proceso sancionatorio²⁴.

²⁴ ASTORGA, Eduardo, op. cit.

La SMA está facultada para solicitar fundadamente a los organismos sectoriales con competencia ambiental, los informes que estime necesarios para resolver, y para aprobar el programa deberá atenerse a criterios de integridad, eficacia y verificabilidad. Así, deberá considerar que las acciones y metas se hagan cargo de todas y cada una de las infracciones cometidas y de sus efectos, que aseguren el cumplimiento de la normativa infringida y contengan, reduzcan o eliminen los efectos de los hechos que constituyen la infracción, y contemplen mecanismos que permitan acreditar su cumplimiento (arts. 8° y 9° del Reglamento).

En ningún caso se aprobarán programas de cumplimiento por medio de los cuales el infractor intente eludir su responsabilidad, aprovecharse de su infracción o que sean manifiestamente dilatorios.

En caso que el pronunciamiento de la SMA sea favorable, la resolución que se dicte establecerá los plazos dentro de los cuales deberá ejecutarse el programa y ordenará la suspensión del procedimiento administrativo sancionatorio. Si el pronunciamiento, por el contrario, es desfavorable, se proseguirá con el procedimiento sancionatorio.

El programa de cumplimiento es fiscalizado por la SMA, y en caso de incumplirse, se procede al reinicio del procedimiento sancionatorio en el estado en que se encuentre, y se podrá aplicar hasta el doble de la multa que corresponda a la infracción original, dentro del rango de 1 a 10.000 UTA (art. 38 letra b) de la LOSMA). En la determinación de la sanción se considerará el grado de cumplimiento del programa, conforme al art. 40 letra g) de la LOSMA.

Corresponde al infractor presentar un informe final de cumplimiento, una vez implementadas las acciones y cumplido el plazo fijado en la resolución que aprobó el programa, en el que se debe acreditar la ejecución de las acciones dentro del plazo, así como el cumplimiento de sus metas.

Una vez cumplido el programa dentro de los plazos determinados y de acuerdo a las metas fijadas en él, el procedimiento administrativo se da

por concluido, y la SMA, una vez constatada su ejecución satisfactoria, dicta la resolución que pone término al procedimiento sancionatorio.

2.5.- Planes de reparación

El Plan de Reparación del Daño Ambiental se ha definido como *“el documento que contiene los objetivos y medidas de reparación del daño ambiental causado, presentado por el infractor conforme a lo previsto en el presente Reglamento, avalado por un estudio técnico ambiental”*.

La LOSMA admite que el infractor, una vez dictada la resolución que aplica la respectiva sanción y en que, además, se declara la existencia de daño ambiental, presente voluntariamente un plan de reparación ambiental. Dicho plan debe ser elaborado y ejecutado a su costo (arts. 17 y 18 del reglamento) y estar avalado por un estudio técnico ambiental, cuya presentación debe ser hasta antes de notificada la demanda por daño ambiental, el cual produce como principal efecto, la preclusión de la acción de responsabilidad por el daño ambiental.

El plan de reparación propuesto deberá contener como mínimo, entre otros, lo siguiente: a) Nombre o razón social y domicilio del proponente, así como de su representante; b) Descripción del daño ambiental causado; c) Descripción del lugar donde se implementará cada una de las medidas propuestas; d) Descripción de los objetivos generales y específicos; e) Descripción de las medidas de reparación y de sus potenciales efectos asociados a la implementación de las mismas; f) Cronograma de plazos; g) Programa de seguimiento de las medidas propuestas y de las variables ambientales relevantes; h) Descripción de la forma de cumplimiento de la normativa ambiental; i) Los permisos o pronunciamientos de carácter sectorial que se requieran; j) Un estudio técnico ambiental que lo avale.

El plan, una vez presentado, debe ser remitido al Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) para su visación técnica, siendo su opinión vinculante para la SMA, a quien corresponde su aprobación. En consecuencia, la SMA no podría rechazar el plan previamente aceptado por el SEA, con lo que la facultad de aprobar el plan de reparación es reglada. El seguimiento o fiscalización del cumplimiento del plan de

reparación corresponde a la SMA, la que puede exigir que se someta a un procedimiento de evaluación y certificación de conformidad. El infractor responsable del plan de reparación debe informar a la SMA acerca de su ejecución en la forma y plazos establecidos (art. 28 del Reglamento).

La presentación de un plan de reparación genera los siguientes efectos: a) Suspensivos. Desde la aprobación del plan de reparación, el plazo de prescripción para ejercer la acción por el daño ambiental se suspende. La suspensión es prevista por el art. 43 inc. 4° de la LOSMA, que dispone: *“Desde la aprobación del plan de reparación (...) y mientras éste se ejecute, el plazo de prescripción para ejercer la acción por daño ambiental se suspenderá”*; b) Extintivos. De ser ejecutado satisfactoriamente, el plan de reparación extingue la acción por el daño ambiental (...) ²⁵, dictando la SMA una resolución en que constata dicho cumplimiento.

Cabe hacer presente que el plan de reparación no constituye un programa de cumplimiento, toda vez que el procedimiento sancionatorio debe estar concluido para que al infractor le nazca la oportunidad de presentarlo, a diferencia de los dos instrumentos anteriores, que se presentan una vez iniciado el procedimiento y para efectos de suspenderlo y obtener finalmente una rebaja de la sanción o la absolución (art. 53 LOC). Además, tiene una lógica distinta: obtener la reparación del daño ambiental vía administrativa y así impedir ser objeto de una acción judicial.

3.- Conclusiones

- 1.- El sistema de fiscalización existente en Chile, de acuerdo a la Ley 19.300, era altamente ineficiente, con superposición de competencias y basado en un modelo coordinador que no garantizaba el cumplimiento de la legislación ambiental.
- 2.- Por medio de la Ley 20.417 (LOSMA) se crea la Superintendencia del Medio Ambiente como un servicio público funcionalmente

²⁵ BERMÚDEZ, Jorge, op. cit.

descentralizado, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene como objeto ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Prevención y/o de Descontaminación Ambiental, del contenido de las Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión y de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley.

- 3.- La SMA ostenta facultades de fiscalización exclusivas sobre los instrumentos indicados, que se traducen en ejecución de labores de inspección, control, medición y análisis.
- 4.- La SMA ejerce sus funciones desarrollando, en forma anual, programas y subprogramas de fiscalización de los diversos instrumentos de gestión ambiental ya señalados, ya sea fiscalizando de manera directa (programa), en forma sectorial (subprogramas a cargo de los organismos sectoriales con competencia ambiental) o privada (terceros autorizados).
- 5.- Las infracciones de las cuales puede tomar conocimiento e instruir el respectivo proceso sancionatorio son incumplimientos de RCA, ejecución de actividades sin contar con RCA (elusión al SEIA), transgresión de instrucciones y normas dictadas por la SMA, incumplimiento de normas de emisión, de medidas contenidas en planes de prevención y/o descontaminación, planes de recuperación o conservación de especies, planes de manejo, requerimientos de información, medidas provisionales ordenadas en procedimientos sancionatorios, así como, de manera residual, incumplimiento de toda norma ambiental que no tenga una sanción establecida en forma específica.
- 6.- Las infracciones se clasifican en gravísimas, graves y leves.
- 7.- Las funciones de fiscalización y de instrucción del procedimiento administrativo sancionador quedan a cargo de unidades distintas, lo que se fundamenta en el principio de imparcialidad.

- 8.- El procedimiento sancionador consta de las etapas de iniciación, instrucción y finalización. El procedimiento finaliza con la resolución que determina la inexistencia de la infracción, o con la resolución que señala la sanción aplicable; en dicho caso, radica en el Superintendente la atribución privativa e indelegable de aplicar las sanciones establecidas en la LOSMA.
- 9.- En contra de las resoluciones que dicte la SMA procede el recurso de reposición y respecto de la resolución que resuelve la reposición procede el recurso de reclamación ante el Tribunal Ambiental.
- 10.- La SMA puede adoptar medidas provisionales (cautelares) con el objeto de evitar un daño al medio ambiente o a la salud de las personas, ya sea de manera previa al inicio del procedimiento o durante su tramitación.
- 11.- Las sanciones aplicables corresponden a revocación de la RCA, clausura, multa de hasta 10.000 UTA y amonestación por escrito.
- 12.- Entre las reglas de ponderación de la sanción, la LOSMA considera la importancia del daño causado, la importancia del peligro ocasionado, el número de personas cuya salud pudo afectarse, el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción y la capacidad económica del infractor.
- 13.- La LOSMA contempla instrumentos de incentivo al cumplimiento, constituidos por la autodenuncia y el programa de cumplimiento. La autodenuncia opera como una eximente de responsabilidad y rebaja de penas, en la medida que se verifique un programa de cumplimiento; el programa, a su vez, comprende un plan de acciones y metas presentado por el infractor, para que dentro de un plazo fijado por la SMA, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental.
- 14.- La LOSMA admite que el infractor, una vez dictada la resolución que aplica la respectiva sanción y en que, además, se declara la existencia de daño ambiental, presente voluntariamente un plan de reparación

ambiental. De ser aprobado y ejecutado satisfactoriamente, el plan de reparación extingue la acción por daño ambiental.

BIBLIOGRAFÍA

ASTORGA JORQUERA, Eduardo: “Derecho Ambiental Chileno. Parte General”, Tercera edición actualizada, Legal Publishing, 2014, Santiago, Chile.

BERMÚDEZ SOTO, Jorge: “Fundamentos de Derecho Ambiental”, Segunda edición, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2015, Valparaíso, Chile.

ESTEVE PARDO, José: “Derecho del Medio Ambiente”, Segunda Edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2008, Madrid, España.

TAPIA ALVIAL, Claudio Sebastián: “Incentivos al cumplimiento ambiental: análisis crítico a la autodenuncia ambiental”, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2014, Santiago, Chile.

Chile, Ley N°19.300, Ley de Bases Generales del Medio Ambiente, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 09 de marzo de 1994.

Chile, Ley N°20.417, Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 26 de enero de 2010.

Chile, Decreto N°30 del Ministerio de Medio Ambiente, “Aprueba Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación”, Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 11 de febrero de 2013.

Contraloría General de la República, Dictamen N°981, de 13 de enero de 2003.

JURISPRUDENCIA

DERECHO ADMINISTRATIVO

Corte Suprema

Jaque Figueroa, Berta Isabel con Fisco de Chile

15 de octubre de 2014

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

DOCTRINA: *Iniciado el análisis del recurso es posible advertir que éste enfrenta un obstáculo insalvable que impide que pueda prosperar, pues se construye sobre la base de supuestos fácticos esenciales que no han sido establecidos por los sentenciadores, esto es, la existencia de los perjuicios demandados por los actores y que serían una consecuencia de la falta de servicio ocurrida al no disponer la autoridad la inmediata intervención del personal de las Fuerzas Armadas para proteger a las víctimas de los saqueos, robos, vandalismo y destrucción ocurridos. En este aspecto es posible verificar que a través del arbitrio se pretende que sea esta Corte la que, una vez constatados los yerros jurídicos denunciados, establezca tales circunstancias condenando al Fisco a pagar su resarcimiento, cuestión improcedente puesto que la labor de este tribunal de casación consiste en revisar la legalidad de una sentencia, esto es, su conformidad con la ley, pero sólo en cuanto ella ha sido aplicada a los hechos asentados. En efecto, las sentencias se construyen estableciendo hechos sobre la base de la prueba rendida, la que debe ser analizada por el tribunal de la instancia de acuerdo a las normas que le indican los parámetros de valoración. A los hechos así establecidos se debe aplicar la ley para de ese modo dictar la sentencia, y es justamente esa labor de aplicación de la ley la que puede ser revisada por un tribunal de casación. La finalidad de revisar los hechos es ajena*

al recurso de nulidad sustancial. La única forma en que los supuestos fácticos podrían ser revisados por la Corte de Casación sería mediante la denuncia y comprobación de infracción de disposiciones reguladoras de la prueba, reglas que determinan parámetros fijos de apreciación de su mérito, cuya vulneración no ha sido denunciada en el presente caso (considerandos 6° y 7°, sentencia de la Corte Suprema).

Santiago, quince de octubre de dos mil catorce.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que en estos autos Rol N° 21.580-2014 se ha ordenado dar cuenta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 782 del Código de Procedimiento Civil, del recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandante en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción que rechazó una casación formal y confirmó la de primera instancia que rechazó la demanda de indemnización de perjuicios deducida por Berta Isabel Jaque Figueroa y otras trece personas naturales y jurídicas en contra del Fisco de Chile.

Segundo: Que el recurso denuncia la infracción del artículo 2° N°3 letra a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; de los artículos 1° incisos 2° y 4°; 5° inciso 2°; 6° inciso 1°; 7°; 19 N°1 inciso 1° y 38 inciso 2°, todos de la Constitución Política de la República; de los artículos 3 y 42 de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; de los artículos 1°, 3° letras a) y g) y 20 de la Ley N° 16.282 sobre disposiciones para sismos o catástrofes; del artículo 9 incisos 5° y 6° de la Ley N° 10.336 sobre organización y atribuciones de la Contraloría General de la República y, finalmente, la vulneración del espíritu general de la legislación y equidad natural en lo relativo al principio de responsabilidad del Estado y el rechazo a la impunidad.

Arguye que en el escenario presente tras el terremoto del 27 de febrero de 2010 era indudable la urgencia y necesidad de ordenar la inmediata salida a las calles del personal de las Fuerzas Armadas, pues desde el punto de vista de los medios humanos podían aportar en la

restauración y control del orden público protegiendo a las víctimas de los saqueos, robos, vandalismo y destrucción ocurridos, en tanto disponían en la provincia de Concepción de 1436 integrantes del Ejército, 1926 de la Marina y 200 de la Aviación.

Añade que en ese contexto, vale decir, con el personal disponible y con saqueos públicos y notorios, no se advierten las razones o fundamentos para que las autoridades, al dictar el Decreto Supremo N° 150 de 27 de febrero del año 2010 y declarar a la Región del Bío-Bío como afectada por la catástrofe del sismo conforme a la Ley N° 16.282, no hayan dispuesto la intervención inmediata y directa de las FF.AA., siendo inexplicablemente excluidas, violando con ello los mandatos constitucionales y legales del artículo 1° incisos 2° y 4° de la Constitución Política de la República. A su turno, explica que también se vulnera el artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental y el artículo 2 N° 3 letra a) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en cuanto disponen que toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en él hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aunque tal violación hubiere sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales.

Añade que la omisión en convocar a las FF.AA. en el Decreto N° 150 de catástrofe para el control del orden público es inexplicable, porque los artículos 1° y 5° de la Ley N° 18.575 y la Ley N° 16.282 así lo permitan y exijan. En efecto, asevera que el artículo 1° de la citada Ley de Bases dispone que las FF.AA. forman parte de la Administración del Estado, en tanto que el referido artículo 5° impone a las autoridades de la Administración Estatal velar por la eficiente e idónea administración de los medios públicos para cumplir con la función pública encomendada, que no es otra, en este caso, que el control del orden público por medio de las FF.AA. para la cautela de la persona y de sus derechos.

Además, explica que la intervención de las FF.AA. en un escenario de catástrofe como el vivido, para los fines mencionados, era y es perfectamente legal y legítima, conforme a la Ley N° 16.282 de Catástrofes, puesto que su artículo 3° faculta al Presidente de la República para dictar normas de excepción a las leyes orgánicas de los

servicios públicos, para disponer del personal de las FF.AA. y, conforme al artículo 20, para ordenar que los Ministros de Interior y Defensa pueden elaborar un plan para la protección civil, el que contemplaba la participación de las FF.AA.

Indica que dicha omisión se ve agravada en cuanto se viola el carácter vinculante de un dictamen de la Contraloría General de la República, transgrediendo con ello el artículo 9 incisos 5° y 6° de la Ley N° 10.336. Cita el dictamen N° 42822 del año 2008, que ratifica lo preceptuado en la Ley N° 16.282 y que fuera dictado a petición del Ministro de Defensa y expone que sus términos son claros y categóricos en cuanto a la intervención de las FF.AA. en casos de catástrofes, pese a lo cual no fue cumplido, quebrantando así el artículo 9 incisos 5 y 6 de la citada ley, en tanto previenen que los informes del Contralor serán obligatorios para los funcionarios correspondientes, desobedecimiento del dictamen que condujo a la exclusión de las FF.AA. de intervenir oportunamente en el control del orden público, derivando ello en falta de servicio como causal de imputación de responsabilidad de la actuación estatal.

Finalmente asevera que las Fuerzas Armadas contaban con una dotación suficiente para actuar en la provincia de Concepción a propósito de los hechos de que se trata y que la convocatoria tardía de las mismas, realizada el 1 de marzo de 2010, permitió los saqueos ocurridos.

Tercero: Que en cuanto a la forma en que estas infracciones han influido en lo dispositivo del fallo, argumenta que de no haberse incurrido en ellas los sentenciadores habrían concluido que la inicial mantención en sus cuarteles de las FF.AA. es constitutiva de falta de servicio.

Cuarto: Que para resolver acerca del recurso deducido es menester consignar que el fundamento de hecho de la demanda dice relación con que las máximas autoridades de la Nación no dispusieron la inmediata intervención del personal de las Fuerzas Armadas en la conjura de los efectos del terremoto y, además, con la tardía dictación del Decreto N° 153 que declaró el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, por el que fueron convocados dichos funcionarios para la restauración del orden y de la seguridad pública sólo a contar del

1 de marzo siguiente, con lo que dichas autoridades incurrieron en una injustificable falta de servicio que se tradujo en que los actores, todos pequeños comerciantes de San Pedro de la Paz, sufrieron perjuicios como consecuencia de los robos, asaltos, saqueos y destrucción cometidos en sus locales comerciales debido a la referida ausencia de actividad estatal.

Quinto: Que al decidir los sentenciadores rechazaron la demanda basados en que dada la situación de anormalidad imperante tras el terremoto de 27 de febrero de 2010 no puede estimarse deficiente o tardía la actuación administrativa del demandado, por lo que no existió en la especie falta de servicio. A ello añadieron que no existe relación causal entre la supuesta tardía decisión que se imputa al Estado y la ocurrencia de los saqueos ocurridos en la provincia de Concepción.

Asimismo dejaron expresamente asentado que no es posible establecer, de manera categórica e indubitada, que la inmediata intervención del personal de las Fuerzas Armadas habría evitado necesariamente los actos de saqueo y destrucción de que se trata, toda vez que el número de sus efectivos no era suficiente para controlar cada situación de hecho en la provincia de Concepción.

A lo dicho cabe añadir que en parte alguna de los fallos citados los sentenciadores dan por establecido como hecho de la causa la existencia de los daños en que los actores fundan su demanda. En efecto, si bien la determinación cuestionada tuvo por demostrado que se verificaron saqueos tras el sismo de que se trata, los falladores concluyeron que ellos se produjeron en la provincia de Concepción, esto es, en un entorno geográfico amplísimo y sin hacer referencia de ninguna clase a los concretos daños que, como consecuencia de tales eventos, habrían padecido los actores.

Sexto: Que iniciado el análisis del recurso es posible advertir que éste enfrenta un obstáculo insalvable que impide que pueda prosperar, pues se construye sobre la base de supuestos fácticos esenciales que no han sido establecidos por los sentenciadores, esto es, la existencia de los perjuicios demandados por los actores y que serían una consecuencia de la falta de servicio ocurrida al no disponer la autoridad la inmediata

intervención del personal de las Fuerzas Armadas para proteger a las víctimas de los saqueos, robos, vandalismo y destrucción ocurridos. En este aspecto es posible verificar que a través del arbitrio se pretende que sea esta Corte la que, una vez constatados los yerros jurídicos denunciados, establezca tales circunstancias condenando al Fisco a pagar su resarcimiento, cuestión improcedente puesto que la labor de este tribunal de casación consiste en revisar la legalidad de una sentencia, esto es, su conformidad con la ley, pero sólo en cuanto ella ha sido aplicada a los hechos asentados.

Séptimo: Que, en efecto, las sentencias se construyen estableciendo hechos sobre la base de la prueba rendida, la que debe ser analizada por el tribunal de la instancia de acuerdo a las normas que le indican los parámetros de valoración. A los hechos así establecidos se debe aplicar la ley para de ese modo dictar la sentencia, y es justamente esa labor de aplicación de la ley la que puede ser revisada por un tribunal de casación. La finalidad de revisar los hechos es ajena al recurso de nulidad sustancial. La única forma en que los supuestos fácticos podrían ser revisados por la Corte de Casación sería mediante la denuncia y comprobación de infracción de disposiciones reguladoras de la prueba, reglas que determinan parámetros fijos de apreciación de su mérito, cuya vulneración no ha sido denunciada en el presente caso.

Octavo: Que por último y en cuanto atañe a los fundamentos del recurso en examen consistentes en que las Fuerzas Armadas contaban con una dotación suficiente para actuar en la provincia de Concepción a propósito de los hechos de que se trata y que la convocatoria tardía de las mismas, realizada el 1 de marzo de 2010, permitió los saqueos ocurridos, cabe señalar que el arbitrio en estudio se construye en esta parte en contra de los hechos del proceso establecidos por los sentenciadores del mérito e intenta variarlos, proponiendo otros que, a juicio de la recurrente, estarían probados, particularmente los referidos más arriba, pues los falladores han declarado expresamente que el número de efectivos con que contaban las Fuerzas Armadas no era suficiente para controlar cada situación de hecho en la provincia de Concepción y que no existe relación causal entre la supuesta tardía decisión que se imputa al Estado y la ocurrencia de los saqueos ocurridos en la provincia de Concepción.

Dicha finalidad, por cierto, es ajena a un recurso de esta especie destinado a invalidar una sentencia en los casos expresamente establecidos por la ley, esto es, en la casación se analiza la legalidad de una sentencia, lo que significa que se realiza un escrutinio respecto de la aplicación correcta de la ley y el derecho, pero a los hechos como soberanamente los han dado por probados o asentados los magistrados a cargo de la instancia, supuestos fácticos que no puede modificar esta Corte, a menos que se haya denunciado y comprobado la efectiva infracción de normas reguladoras del valor legal de la prueba, lo que, como ya se dijo, no sucedió en la especie.

Noveno: Que en estas condiciones no cabe sino concluir que el recurso en estudio adolece de manifiesta falta de fundamento, por lo que no puede prosperar.

De conformidad, asimismo, con lo que disponen los artículos 764, 767 y 782 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal de la presentación de fojas 388 en contra de la sentencia de veintisiete de mayo del año dos mil catorce, escrita a fojas 382.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Carreño.

Rol N° 21580-2014.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Rubén Ballesteros C., Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. Rosa Egnem S., y el Abogado Integrante Sr. Ricardo Peralta V. No firman, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, el Ministro señor Carreño y la Ministro señora Egnem por estar ambos con feriado legal. Santiago, 15 de octubre de 2014.

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

JURISPRUDENCIA

DERECHO ADMINISTRATIVO

Corte Suprema

Fisco de Chile con Dörr Zegers, María Teresa y otros

30 de octubre de 2014

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

DOCTRINA: *En la especie, el Fisco de Chile interpuso un recurso de casación en el fondo contra la sentencia de la Corte de Apelaciones que confirmó el fallo de primer grado que rechazó la demanda de cobro de pesos impetrada respecto de la sanción administrativa por infracción a la Ley de Mercado de Valores, en el denominado caso “Chispas”. La Corte Suprema acoge el recurso de nulidad substancial deducido, con un voto de disidencia, y condena a la sucesión del Sr. Luis Fernando Mackenna a pagar la multa impuesta al causante por la Superintendencia de Valores y Seguros por el denominado Caso Chispas. Señala la Corte Suprema que los efectos del acto administrativo que impuso la multa al Sr. Mackenna se radicaron en su patrimonio al momento en que fue notificado de la misma, de modo que la cuestión jurídica de autos no pasa por estimar que la multa se extinguió con la muerte de aquél y que, en caso contrario, implicaría desconocer el carácter personalísimo de las penas y la intransmisibilidad de las mismas, sino que reside exclusivamente en un problema de mero endeudamiento, esto es, se traduce en una discusión en torno a la existencia y vigencia del crédito cuyo pago reclama el actor. Así, encontrándose los efectos de la resolución administrativa que impuso la multa radicados en el patrimonio del Sr. Mackenna desde el momento que la misma le fue notificada –en otras palabras, la deuda ya formaba parte de su pasivo a la fecha de su fallecimiento, acaecido el*

1° de abril de 2005–, dicha obligación se transmitió a su sucesión y, en cuanto tal, constituye una deuda hereditaria, en los términos del ordinal segundo del artículo 959 del Código Civil, de manera que el recurrente puede perseguir su cumplimiento en sus asignatarios.

Santiago, treinta de octubre de dos mil catorce.

Vistos:

Que en estos autos Rol N° 1079-2014 sobre juicio ordinario de cobro de pesos, caratulados **“Fisco de Chile con Dörr Zegers, María Teresa y otros”**, la parte demandante dedujo recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago que confirma el fallo de primer grado que rechazó la demanda de lo principal de fojas 1.

A fs. 797 se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que, en primer lugar, el recurso de casación denuncia que la sentencia impugnada infringió, por falta de aplicación, los artículos 1° inciso 1°, 2° inciso 1°, 3° inciso 3°, 45 inciso 2° y 51 de la Ley N° 19.880; así como los artículos 30 inciso 3° y 34 inciso 2° del Decreto Ley N° 3.538 y los artículos 951, 1097 y 1354 del Código Civil.

Explica que el citado artículo 1° inciso 1° prevé un orden de aplicación de las normas que rigen los procedimientos administrativos, que el fallo no respetó. Así, en primer lugar, se rigen por las disposiciones de las leyes especiales que los establecen y luego por las de ese texto legal, en carácter de supletorias, pese a lo cual dicha prelación no fue considerada ya que omitieron analizar el artículo 3° inciso final de la referida ley, que debió aplicarse supletoriamente en lo relativo a la exigibilidad de la multa. Afirma que la única excepción a la inmediata exigibilidad de un acto administrativo, como lo es la Resolución materia de autos, está constituida por “una orden de suspensión”, siempre que esté dada por “autoridad administrativa” o “por el juez”, mas no por el legislador a través de una

norma general. Aduce que en la especie, empero, no ha mediado “orden de suspensión” alguna dispuesta por una autoridad administrativa o judicial respecto de la multa de que se trata, de modo que la obligación de pagar tal multa se hizo exigible –es decir, se incorporó al pasivo del patrimonio del administrado y debió ser cumplida por él– a contar de su entrada en vigencia, la que de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 45 y el inciso 2° del artículo 51, ambos de la Ley N° 19.880, se produjo desde su notificación por carta certificada el 25 de noviembre de 1997. Expone que en estas condiciones, vale decir, desde el ingreso de la obligación de que se trata al patrimonio del administrado, ella es exigible y por lo mismo es transmisible a sus herederos según las reglas generales sobre sucesión contenidas en los artículos 951, 1097 y 1354 del Código Civil.

Acerca del artículo 51 de la Ley N° 19.880, señala que éste ratifica la idea de que la Administración puede cobrar multas desde que son dictadas y notificadas al infractor, sin que en la especie se verifique ninguna de las excepciones que la misma norma contempla, por lo que causó inmediata ejecutoriedad. En consecuencia, sostiene que esta norma ha sido vulnerada al desconocer el carácter exigible y ejecutoriado de la multa impuesta.

Manifiesta que tal predicamento es ratificado por el artículo 30 inciso 3° del Decreto Ley N° 3.538, que prescribe que los intereses por la mora en el pago de la multa se devengan desde el décimo primer día de notificada la resolución que la impone, lo que se debe a que la multa es exigible inmediatamente, así como también lo refrenda el inciso 2° del artículo 34 del mismo cuerpo legal, pues la exigibilidad es independiente de los recursos que se puedan ejercer.

Destaca que el *ius puniendi* administrativo es diferente al *ius puniendi* penal y pone de relieve que la multa administrativa es preventiva y se orienta a la intangibilidad del sistema financiero y del ordenamiento económico, ostentando un carácter netamente patrimonial, de lo que se sigue que no se la puede sustituir por cárcel.

Añade que también yerra la sentencia recurrida al sostener que la multa administrativa es “*intuitu personae* o personalísima”, pues

ella fue impuesta por haber incurrido el autor en infracciones legales y, además y especialmente, porque obtuvo provecho pecuniario con motivo de tal contravención, la que reclamada fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 8 de julio de 2004, por lo que ambas decisiones son anteriores al fallecimiento del causante, acaecido el 1 de abril de 2005, de lo que deduce que la obligación de pagar la multa nació con anterioridad a su defunción, y que, por lo mismo, se transmitió a sus herederos. Señala que la circunstancia de que la sentencia de la Corte de Apelaciones se hallare impugnada no privó de eficacia a la resolución sancionatoria, tanto porque la interposición de los recursos de casación no suspende el cumplimiento del fallo, como porque la sentencia de esta Corte Suprema que los desestimó no creó nuevos derechos ni innovó en la situación existente.

Segundo: Que en un segundo capítulo acusa que se ha producido la contravención formal de los artículos 20 y 93 N° 1 del Código Penal; 27 y 28 del Decreto Ley N° 3.538; y 55 inciso 2° de la Ley N° 18.045, en relación con el artículo 19 del Código Civil, en cuanto ellas obligaban a los sentenciadores a excluir las multas administrativas del ámbito de aplicación del Derecho Penal, en particular del artículo 93 N° 1 del Código Punitivo.

Expone que del artículo 20 del último cuerpo legal citado se desprende que las multas que impone la autoridad administrativa no constituyen sanciones penales y que el espíritu del legislador, claramente manifestado en ella, ha sido el excluirlas del ámbito de aplicación propio de las normas que conforman el Derecho Penal en su conjunto.

Agrega que las sanciones administrativas atienden a un fin de política pública, como es el de producir un efecto disuasivo, distinto al que inspira a la sanción penal. La facultad sancionatoria de la Superintendencia de Valores y Seguros pretende resguardar la fe pública e impedir transgresiones que puedan afectar al debido funcionamiento de las sociedades anónimas, lo que explica por qué puede ejercer tales potestades incluso respecto de personas jurídicas, como expresamente lo reconocen los artículos 27 y 28 del Decreto Ley N° 3.538 y el 55 de la

Ley N° 18.045, los que ratifican que el principio de la personalidad de la pena no tiene aplicación en la materia.

Asimismo, indica que al cometer esta infracción la sentencia vulneró también los elementos de interpretación gramatical y lógico del artículo 19 del Código Civil.

Tercero: Que en un tercer acápite explica que se ha verificado una falsa aplicación de los artículos 20 y 93 N° 1 del Código Penal y 151 de la Ley N° 18.834, en relación con el artículo 19 del Código Civil, y que además ha sido contravenido formalmente el artículo 51 de la Ley N° 19.880.

Alega que los artículos 20 y 93 N° 1 del Código Penal no debieron ser aplicados al caso de autos, puesto que se refieren sólo a la extinción de la responsabilidad penal y en caso alguno a la responsabilidad y multas administrativas, las que se rigen por las normas de inmediata exigibilidad y ejecutoriedad, y por tanto, de inmediata transmisibilidad, y la de autos es una multa de esta última clase.

De acuerdo al artículo 51 de la Ley N° 19.880 la Resolución que impuso la multa causó inmediata ejecutoriedad, por lo que con error de derecho la sentencia acudió a una norma inaplicable en la especie, el artículo 93 N° 1 del Código Penal, pese a que existe en el citado estatuto una norma específica y de empleo preferente.

Afirma que también se aplicó falsamente el artículo 151 de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, el que no guarda relación alguna con la materia de autos. Y, añade, si lo que el fallo quiso fue utilizar el artículo 157 de ese texto legal también es inaplicable porque sólo se refiere a la extinción de la responsabilidad administrativa del funcionario y en caso alguno a la de terceros ajenos a la Administración, como ocurre en autos.

Asimismo, asevera que al cometer esta infracción la sentencia vulneró igualmente los elementos de interpretación gramatical y lógico del artículo 19 del Código Civil.

Cuarto: Que al referirse a la influencia que tales vicios habrían tenido en lo dispositivo del fallo el recurrente explica que de haberse interpretado y aplicado correctamente las normas citadas el fallo habría arribado a la conclusión de que la Resolución que aplicó la multa se hizo exigible y causó ejecutoriedad al momento de dictarse y notificarse, y que la responsabilidad administrativa no se extinguió por el hecho del fallecimiento, transmitiéndola el autor a sus herederos, de modo que habría revocado la sentencia de primer grado y acogido su demanda.

Quinto: Que para iniciar el análisis del recurso es necesario dejar constancia de que el actor fundó su demanda expresando que la Superintendencia de Valores y Seguros aplicó, en un procedimiento administrativo por infracción a la Ley de Mercado de Valores, en el denominado caso “Chispas”, diversas multas, entre ellas una a Luis Fernando Mackenna Echaurren por 400.000 Unidades de Fomento mediante Resolución N° 351, de 21 de noviembre de 1997, en contra de la que dicho sancionado dedujo reclamación ante el Quinto Juzgado Civil de Santiago, la que fue desechada por sentencia de 7 de julio de 2005, en que esta Corte rechazó los recursos de casación en la forma y en el fondo opuestos, dictándose el cúmplase respectivo el 22 de julio de 2005. A continuación, expresa que el Sr. Mackenna falleció el 1 de abril de 2005 y que para exigir el cobro del crédito su parte solicitó la notificación judicial de la sucesión del administrado, que está conformada por los demandados, para que aceptara o repudiara la herencia, acción que fue acogida produciéndose, en definitiva, la aceptación el 3 de marzo de 2008. En consecuencia, aduce que el Fisco es titular de un crédito por la suma de \$24.651.282.284, que corresponde a la multa más los recargos legales.

Al contestar la parte demandada pidió el rechazo de la acción intentada, con costas, basada en que la multa cuyo cobro se persigue se extinguió con el fallecimiento del sancionado y que aun de estimar que la pena administrativa es trasmisible a sus herederos la acción de cobro se extinguió por la prescripción extintiva de dos años establecida en el artículo 33, inciso segundo, del Decreto Ley N° 3.538.

Expone –la parte demandada– que con la reclamación deducida por su causante se suspendió la exigibilidad y ejecutoriedad de la multa en tanto no se dictara sentencia firme, conforme a lo prevenido en el artículo 31 del Decreto Ley N° 3.538, y que encontrándose pendientes los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos en contra del fallo de segundo grado falleció Luis Fernando Mackenna Echaurren, dictándose por esta Corte tres meses después de esa muerte fallo por el que rechazó los indicados recursos de nulidad. Precisa enseguida que sólo desde el momento en que fue dictado el cúmplase la sentencia quedó firme y ejecutoriada y dado que conforme al artículo 30 inciso final del citado Decreto Ley la multa debe pagarse dentro de quinto día de ejecutoriado el fallo, ella sólo se hizo exigible el 28 de julio de 2005. Añade que el 5 de febrero de 2008 sus representados aceptaron con beneficio de inventario la herencia de Luis Fernando Mackenna Echaurren.

Arguye dicha parte que en nuestro ordenamiento jurídico las sanciones administrativas son por su naturaleza personalísimas e intransmisibles, y salvo norma legal expresa en contrario no pasan a los herederos, destacando que en la especie no existe una norma como esa. Invoca como aplicable en la especie el principio del Derecho Penal de la personalidad de la pena, por el que ésta sólo puede imponerse y ejecutarse en la persona que ha participado en el hecho punible.

Sexto: Que enseguida resulta pertinente consignar que los sentenciadores dieron por establecidos como hechos de la causa los siguientes:

- 1.- Por Resolución Exenta N° 351, de 21 de noviembre de 1997, la Superintendencia de Valores y Seguros aplicó a Luis Fernando Mackenna Echaurren una multa de 400.000 Unidades de Fomento.
- 2.- De ella el administrado reclamó conforme al artículo 30 del Decreto Ley N° 3.538, que se tramitó ante el Quinto Juzgado Civil de Santiago bajo el rol N° 4641-1997.
- 3.- Por sentencia de 16 de julio de 2002 se acogió la pretensión recién indicada, en primera instancia.

- 4.- Luego, el 8 de julio de 2004, la Corte de Apelaciones de Santiago dejó sin efecto dicho dictamen y confirmó la citada Resolución N° 351.
- 5.- Deducidos recursos de casación en la forma y en el fondo respecto de esta decisión, el 07 de julio de 2005 esta Corte Suprema los rechazó.
- 6.- El 22 de julio de 2005 el tribunal de primer grado dictó el cúmplase respectivo.
- 7.- Luis Fernando Mackenna Echaurren falleció el 01 de abril de 2005.
- 8.- A fin de instar a sus sucesores a aceptar o repudiar la herencia y de acuerdo con lo establecido en el artículo 1232 del Código Civil, el Fisco inició una gestión voluntaria ante el Noveno Juzgado Civil de Santiago, rol 150-2005, en la que por sentencia de 21 de diciembre de 2005 se accedió a lo solicitado, decisión confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 18 de mayo de 2006, siendo luego rechazado por esta Corte, el 30 de enero de 2008, el recurso de casación en el fondo interpuesto en su contra.
- 9.- El 03 de marzo de 2008 la sucesión de Luis Fernando Mackenna Echaurren aceptó la herencia, sucesión que se encuentra conformada por su cónyuge María Teresa Dörr Zegers y por sus hijos Juan Francisco, María Teresa, Luis Fernando, Pablo, Felipe, Diego, Josefina y María Ignacia, todos Mackenna Dörr.

Séptimo: Que para desestimar la demanda de autos los sentenciadores tuvieron presente, en lo fundamental, que los actos administrativos sancionatorios son personalísimos, característica que emana de la finalidad represiva de la sanción, y que el artículo 20 del Código Penal excluye del ámbito penal las sanciones administrativas, circunscribiendo las multas dispuestas en dicho Código a su propio estatuto, lo que no impide aplicar el principio de personalidad de la sanción ínsito en el artículo 93 N°1 del cuerpo legal referido. A ello añaden que no existe una disposición legal expresa que resuelva la transmisibilidad de las multas administrativas, pero que el carácter personal de las mismas les permite concluir que es un principio general del ius puniendi estatal

que la responsabilidad administrativa se extingue con la muerte del infractor. Asimismo, sostuvieron que multas como la de la especie no gozan de ejecutoriedad desde su dictación y notificación, toda vez que es posible reclamar judicialmente de su aplicación, suspendiéndose en ese evento el plazo para el pago de la misma, tal como ocurrió en la especie. Finalizan sus razonamientos exponiendo que al no encontrarse ejecutoriada la sentencia y producida la muerte del infractor se extinguió la responsabilidad administrativa, por lo que resulta imposible el cobro de la multa.

Octavo: Que como puede apreciarse, la aplicación de los distintos preceptos citados y que es calificada como jurídicamente errada en el recurso en análisis, sintetizada en los motivos precedentes, puede ser reconducida básicamente a la aplicación, por la vía analógica, de la muerte como causal de extinción de la sanción penal al ámbito de la sanción administrativa, en este caso, la multa impuesta a Luis Fernando Mackenna Echaurren.

En efecto, los jueces recurrieron a distintos textos normativos para justificar su decisión, partiendo de la premisa de que no existe una norma que indique en forma clara y precisa los efectos de la muerte del administrado en relación con la sanción administrativa, estableciendo que existe una relación de semejanza entre dicha sanción y la pena en materia penal, derivada de su común origen, concluyendo así que la muerte también extingue la sanción administrativa.

Por lo anterior, más que analizar uno a uno los errores denunciados, pues ellos convergen desde distintas perspectivas, en la aplicación analógica que se ha explicado precedentemente, el estudio se concentrará en dicho planteamiento interpretativo.

Noveno: Que así, para resolver adecuadamente el asunto como ha quedado planteado, conviene dejar en claro que la decisión a través de la cual se manifiesta la potestad sancionatoria de la Administración es, no cabe duda, un acto administrativo.

Por otra parte, como bien es sabido, nuestro país carece de una normativa general sobre el ámbito sancionatorio administrativo, respondiendo la legislación, más bien, a un carácter sectorial.

Además, existe cierto consenso jurídico en cuanto a que la sanción penal y la sanción administrativa constituyen manifestaciones del ejercicio de un único poder estatal sancionatorio, el denominado *ius puniendi* estatal.

Sin embargo, dicha carencia legislativa y el común origen de ambas sanciones no autorizan para aplicar de manera automática las normas y principios propios del derecho penal al derecho administrativo sancionador, sino que tal aplicación debe efectuarse dentro de los márgenes del procedimiento administrativo en general y del sancionatorio en particular, sin perder de vista el contexto que tuvo en vista el legislador para optar por una u otra sanción, tal como lo reconoce el propio Tribunal Constitucional: “Aun cuando las sanciones administrativas y las penas difieren en algunos aspectos, ambas pertenecen a una misma actividad sancionatoria del Estado –el llamado *ius puniendi*– y están, con matices, sujetas al estatuto constitucional establecido en el numeral tercero del artículo 19” (sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 480, de 27 de julio de 2006).

En efecto, no son pocos los casos y los ámbitos en los que el legislador recurre a la potestad sancionadora de la Administración para garantizar, de un modo más eficaz, los intereses sociales que en dichos ámbitos se encuentran en juego, lo que en caso alguno implica afirmar que, por ello, la Administración queda libre del control jurisdiccional en su obrar material y jurídico.

Por tanto, el recurso a los principios del derecho penal no debe llevar a la desnaturalización de la potestad administrativa sancionatoria, de tal manera que con ello se desconozca la intención y fines que el legislador tuvo en consideración al momento de recurrir a ella para dotar de eficacia a las instituciones jurídicas que establece con ocasión de la regulación de las distintas materias.

El matiz que se debe efectuar en la aplicación de los principios del derecho penal a la sanción administrativa –al que se aludió anteriormente– y que, en definitiva, deriva en una diferenciación entre ambos tipos de sanciones, también ha sido destacado por esta Corte, en sentencia de 25 de abril de 2010, dictada en autos Rol N° 2.968-2010, a propósito de la extrapolación de exigencia de tipicidad que rige para la descripción de los ilícitos penales a los ilícitos administrativos, a saber: “la naturaleza de las contravenciones administrativas, en las que confluyen componentes técnicos, dinámicos y sujetos a variabilidad en el tiempo, hace imposible su síntesis descriptiva en un precepto general como lo es una Ley, de modo que el principio de tipicidad al traspasarse al ámbito sancionatorio de la Administración admite ciertos grados de atenuación... (Así) debe entenderse que la predeterminación de los comportamientos que configuran infracciones administrativas se satisface con la exigencia que en la ley se describa el núcleo esencial de las conductas censurables, pudiendo éstas precisarse y complementarse en aspectos no sustanciales por normas emanadas de una autoridad distinta a la legislativa, como es el Ejecutivo, por vía de decretos y reglamentos, en ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución que le compete”. En otras palabras, ello no quiere decir que la exigencia de legalidad (en cuanto tipicidad) no rige en materia de ilícitos administrativos, sino que en este último ámbito se permite una mayor amplitud en la configuración normativa de las conductas infractoras, lo que se explica y justifica por los diferentes aspectos y fines que determinaron la elección que hizo el legislador al optar por sancionar administrativamente y no penalmente un determinado comportamiento.

Así también se manifiesta en el establecimiento o determinación de la responsabilidad por la infracción de un ilícito penal y uno administrativo, pues existe una diferencia fundamental entre la responsabilidad penal y la administrativa, la que radica en que la primera se hace efectiva con la sentencia condenatoria ejecutoriada dictada por un órgano jurisdiccional, lo que constituye la máxima manifestación de la presunción de inocencia y también del carácter de ultima ratio del derecho penal; en cambio, la segunda se materializa con el acto administrativo dictado por aquel órgano administrativo al que el ordenamiento jurídico reconoce y autoriza para ejercer un poder punitivo y coercitivo de modo directo,

como un instrumento concreto y eficaz para la satisfacción del interés general y la protección de ciertos bienes jurídicos que en determinados casos deben prevalecer sobre intereses particulares o privados, lo que en ningún caso es óbice para el control que de su ejercicio puedan hacer los tribunales de justicia, según ya se indicó.

De ahí que resulte inoficioso continuar con la tramitación de un proceso penal si se ha producido la muerte del imputado, pues su objeto es –precisamente– establecer su responsabilidad, lo que reconoce expresamente el artículo 93 del Código Penal, al disponer que dicha responsabilidad se extingue por el fallecimiento de aquél; en cambio, el objeto del proceso contencioso administrativo es determinar si la actuación de la Administración se encuentra ajustada a la legalidad, lo que implica analizar no solo el cumplimiento de la mera ritualidad que imponen las normas de tramitación del respectivo procedimiento administrativo, sino la plena vigencia de las garantías que se derivan del numeral tercero del artículo 19 de la Constitución Política del Estado.

En otras palabras, de la identidad ontológica entre la sanción penal y administrativa no se sigue la correlativa identidad de régimen jurídico, pues ello implicaría aceptar todas las consecuencias jurídicas del primero en el segundo (Nieto, Alejandro, *Derecho Administrativo sancionador*, cuarta edición, Madrid, Tecnos, 2005, pp. 161 y ss), lo que llevaría a desconocer las normas y principios de este último, como forma de lograr una artificial armonía que de dicha identidad se derivaría.

Ejemplo de la falta de identidad de regímenes jurídicos es, precisamente, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues ésta sólo se incorporó en nuestra legislación con la dictación de la Ley N° 20.393, en el año 2009, en circunstancias que la posibilidad de sancionar administrativamente a aquéllas estaba contemplada en la versión original del Decreto Ley N° 3.538, dictado en 1980, y de ello no se podría afirmar seriamente que de la ausencia de legislación penal en materia de responsabilidad de personas jurídicas hubiera derivado en la imposibilidad de hacer efectiva la responsabilidad administrativa de aquéllas.

Otro tanto ocurre con la responsabilidad solidaria que se establece, cuando se trata de la multa aplicada a una sociedad o a sus directores o liquidadores, respecto de los directores o liquidadores que concurrieron con su voto favorable a los acuerdos que motivaron la sanción, en los términos del artículo 32 del Decreto Ley N° 3.538. Esta solidaridad no existe en materia de responsabilidad penal de las personas naturales.

Esa falta de identidad de regímenes jurídicos también se reconoce, como señala el profesor Novoa (Novoa, Eduardo, *Curso de Derecho Penal chileno*, tomo I. Tercera edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 39-40), en los casos en que las disposiciones legales que establecen sanciones administrativas, se exprese que la aplicación de ésta deja a salvo la imposición de penas criminales, como sucede –por ejemplo– con los incisos tercero y cuarto del artículo 162 del Código Tributario, que señalan –respectivamente– que: “Si la infracción (por ejemplo, aquellas establecidas en los numerales 4, 5, 8, 12 y 14 del artículo 97 del citado código) pudiere ser sancionada con multa y pena privativa de libertad, el Director podrá, discrecionalmente, interponer la respectiva denuncia o querrela o enviar los antecedentes al Director Regional para que persiga la aplicación de la multa que correspondiere a través del procedimiento administrativo previsto en el artículo anterior” y “La circunstancia de haberse iniciado el procedimiento por denuncia administrativa señalado en el artículo anterior, no será impedimento para que, en los casos de infracciones sancionadas con multa y pena corporal, se interponga querrela o denuncia. En tal caso, el Juez Tributario y Aduanero se declarará incompetente para seguir conociendo el asunto en cuanto se haga constar en el proceso respectivo el hecho de haberse acogido a tramitación la querrela o efectuado la denuncia”; con el inciso final del artículo 174 del Código Sanitario, que dispone que “Lo anterior (el mérito ejecutivo de las resoluciones que establezcan infracciones y determinen multa, y la posibilidad de sancionar también con clausura u otras medidas similares) es sin perjuicio de hacer efectivas las responsabilidades que establezcan otros cuerpos legales respecto de los hechos”; y con el inciso tercero del artículo 58 e incisos segundo y tercero del artículo 63, ambos de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores, que previenen que “Cuando en el ejercicio de sus funciones, los funcionarios de la Superintendencia tomen conocimiento de hechos que pudieran ser

constitutivos de los delitos señalados en los artículos 59 y 60 de esta ley, salvo en lo referente a la conducta ministerial de sus subalternos, el plazo de 24 horas a que se refiere el artículo 176 del Código Procesal Penal, solo se contará desde que la Superintendencia haya efectuado la investigación correspondiente que le permita confirmar la existencia de tales hechos y de sus circunstancias, todo sin perjuicio de las sanciones administrativas que pudiere aplicar por esas mismas situaciones” y “Los administradores que sabiendo o debiendo saber el estado de insolvencia en que se encuentran las empresas por ellos administradas, acordaren, decidieren o permitieren que éstas incurran en hechos contrarios a lo establecido en el inciso anterior, serán sancionados con el máximo de las penas señaladas en el artículo 467 del Código Penal. Estas penas se aumentarán en un grado si las empresas consumaren su oferta y recibieren efectivamente dinero por los valores que en forma indebida hubieren ofertado públicamente”...“Lo dispuesto en los incisos anteriores es sin perjuicio de las responsabilidades civiles y sanciones administrativas que procedieren en conformidad a la ley”.

Reflejo de lo anterior es –precisamente– el artículo 20 del Código Penal, en cuanto prescribe que: “No se reputan penas, la restricción o privación de libertad de los detenidos o sometidos a prisión preventiva u otras medidas cautelares personales, la separación de los empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones o por el tribunal durante el proceso o para instruirlo, ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinaria o atribuciones gubernativas”.

De este precepto es posible concluir que a una multa impuesta por una autoridad administrativa, como ocurrió en la especie, no corresponde aplicar, de manera categórica y automática, el estatuto jurídico de las sanciones penales, sino que cuando se pretenda hacer aplicación de dicho estatuto se deben tener en cuenta aquellos aspectos del derecho administrativo sancionador que le confieren a esta rama una fisonomía propia y que justifican su regulación autónoma en relación con el derecho penal. Precisamente el artículo en análisis, en palabras del profesor Novoa, permite separar el derecho penal y el derecho penal administrativo, en otras palabras, el derecho administrativo sancionador, en cuanto éste

persigue fines ligados al interés general de toda la colectividad (Novoa, op. cit., pp. 37 y 40).

Décimo: Que conforme a lo anterior, el alcance de las normas sancionatorias contenidas en el Decreto Ley N° 3.538 debe determinarse, de modo armónico, con los principios y normas contenidas en la Ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, pues –como se indicó– la sanción administrativa se expresa en un acto administrativo.

Así, de acuerdo al inciso final del artículo 3 de la Ley N° 19.880, los actos administrativos “gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigencia, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional”.

A su vez, el inciso primero del artículo 51 del mismo cuerpo legal estatuye que: “Los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo causan inmediata ejecutoriedad, salvo en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior”.

Por su parte, los incisos segundo y tercero del artículo 30 del Decreto Ley N° 3.538 disponen, respectivamente, que:

“El afectado podrá reclamar de la aplicación de la multa o de su monto ante el juez de letras en lo civil que corresponda, dentro del plazo de diez días indicado en el inciso anterior, previa consignación del 25% del monto total de la multa, en la Tesorería General de la República. La consignación no podrá ser superior al equivalente a 500 unidades de fomento o a 1.000 unidades de fomento, si la multa se aplicare a una persona natural o a una persona jurídica, respectivamente, salvo que se trate de infracciones reiteradas o de aquellas del Título XXI de la ley N° 18.045 en cuyo caso se deberá consignar el 25%”.

“Deducida oportunamente la reclamación, se suspenderá el plazo establecido para el pago de la multa, sin perjuicio que los intereses a que se refiere el artículo 34 se devenguen desde el undécimo día de notificada la resolución de la Superintendencia que aplicó la multa. En todo caso, la notificación de la demanda deberá practicarse por cédula conforme a lo dispuesto en el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, dentro de los diez días hábiles siguientes de vencido el plazo para su interposición”.

Finalmente, el inciso segundo del artículo 34 del citado Decreto Ley señala: “Si la multa no fuere procedente y, no obstante, hubiese sido enterada en arcas fiscales, la Superintendencia o el Juzgado respectivo, según corresponda, deberá ordenar se devuelva debidamente reajustada en la forma que señalan los artículos 57 y 58 del Código Tributario”.

Undécimo: Que de las normas citadas precedentemente, en especial de los artículos 3 y 51 de la Ley N° 19.880, aparece con total claridad la distinción entre “ejecutoriedad” y “ejecutividad” de los actos administrativos.

Así, conforme a la idea de ejecutoriedad, aquellos se insertan directamente en el ordenamiento jurídico, esto es, sus efectos y las situaciones jurídicas que crea nacen de inmediato, es decir, sin necesidad de recurrir a otra autoridad –judicial o de otra índole– para que lo vise y con ello se perfeccionen, con lo que si a través del acto se imponen obligaciones, éstas nacen precisamente con dicho acto y no en una etapa posterior.

De forma coetánea a lo explicado precedentemente, se ubica la ejecutividad, concepto que dice relación con la eficacia de los actos administrativos, esto es, con el momento a partir del cual se desarrollan los efectos que aquellos han creado y que corresponde, en términos generales, con el de su notificación. Es decir, en principio, los efectos del acto administrativo se producen desde su notificación, a menos que el propio acto o la ley establezcan una suspensión o un momento posterior de inicio de los mismos.

La distinción anterior es compartida por la doctrina comparada. En este sentido, Jean Rivero señala que “el acto administrativo modifica unilateralmente las situaciones jurídicas, siendo ello una manifestación del imperio público. Así, el acto administrativo se beneficia de la presunción de legalidad, antes de toda verificación por el juez, de lo que se siguen las siguientes consecuencias:

i) La afirmación de una situación jurídica nueva es creada inmediatamente: el particular en quien recae la decisión se encuentra, desde el momento que se dicta, titular del derecho o deudor de la obligación; acreedor o deudor; obligado a hacer o no hacer; investido de un estatuto nuevo, etc”. A continuación, el mismo autor expresa que “ii) El particular puede hacer caer la presunción de legalidad, reclamando la ilegalidad del acto ante el juez (...) iii) Pero el recurso ante el juez no es suspensivo, sino que el acto administrativo produce plenos efectos hasta que el juez declare la ilegalidad y, por otra parte, corresponde al particular probar la ilegalidad del acto.

Este privilegio hace que la autoridad del acto que se le otorga al acto, los efectos del mismo, se produzcan en forma previa a cualquier verificación anterior por el juez” (Rivero, Jean, *Droit Administrative*, tercera edición, París, Dalloz, 1965, pp. 88-89. Traducción libre).

Lo expuesto no es una mera construcción jurídica, sino que es lo que establecen, de un modo general, los artículos 3 y 51 de la Ley N° 19.880 – el epígrafe del capítulo III de dicha ley reza “Publicidad y ejecutividad de los actos administrativos”–, pero ello también es recogido y reconocido por la normativa que el legislador ha dictado en aquellos ámbitos en que ha dotado a la Administración de potestades fiscalizadoras y sancionatorias, como ocurre con el artículo 172 del Código Sanitario, el cual previene que: “Las sentencias que dicte la autoridad sanitaria podrán cumplirse no obstante encontrarse pendiente la reclamación a que se refiere el artículo anterior, sin perjuicio de lo que por sentencia definitiva ejecutoriada o que cause ejecutoria resuelva la justicia ordinaria al pronunciarse sobre aquélla”, y, por cierto, con los incisos segundo y tercero del artículo 30 del Decreto Ley N° 3.538.

En consecuencia, todos los actos administrativos –incluidos los sancionatorios, por cierto– producen sus efectos de manera inmediata, sus consecuencias jurídicas y materiales se radican en el patrimonio del administrado desde el momento mismo de su notificación, y, una vez notificado, la Administración puede exigir su cumplimiento, incluso antes de que la persona sancionada reclame de la legalidad del acto, salvo que la ley o el juez suspendan dicha exigibilidad –es decir, su eficacia, en términos de ejecutividad–, pero tal suspensión no dice relación con que los efectos del acto no se producen –esto es, no afecta su ejecutoriedad–, sino que, por el contrario, ellos se encuentran plenamente incorporados en el patrimonio del deudor desde su notificación y permanecen en tanto el juez que conozca de la reclamación no declare la ilegalidad del acto respectivo.

Duodécimo: Que de esta manera el acto administrativo que aplicó la multa al Sr. Mackenna produjo sus efectos de manera inmediata, esto es, en el acto de su notificación aquél pasó a ser deudor de la multa y tal obligación se incorporó a su patrimonio, de lo que se sigue que el cumplimiento de la obligación allí contenida podía –y aún puede– serle exigido a contar del día de su notificación, a menos que la ley disponga la suspensión de la exigibilidad de aquella.

En efecto, ello queda confirmado por el derecho que asiste al sancionado para reclamar judicialmente de la aplicación de la multa o de su monto, pues en ese evento sólo se suspende el plazo establecido para el pago de la misma, al tenor de lo prevenido en el artículo 30 del Decreto Ley N° 3.538, sin que esa suspensión afecte la ejecutividad o eficacia del acto sancionatorio; dicha convicción es reforzada por la circunstancia que la norma citada estatuye que en el caso que se reclame de la imposición de la multa los intereses que se adeuden se devengarán a contar del undécimo día siguiente a la notificación de la resolución que la impuso, vale decir, ellos corren aun cuando se encuentre pendiente la decisión de la mentada acción judicial, lo que demuestra que la ejecutoriedad del acto no está supeditada ni depende de la sentencia que a propósito de ella se pronuncie.

Por lo demás, mientras en el ámbito penal la muerte del imputado extingue su responsabilidad penal, el fallecimiento del administrado que reclamó de la sanción no tiene los mismos efectos extintivos de dicho

ámbito de responsabilidad, pues el acto administrativo que aplicó la multa produjo efectos en el patrimonio de aquél a la fecha de su notificación, según se indicó, quedando suspendida con el reclamo la exigibilidad inmediata de aquella.

Así, para sostener el planteamiento de los jueces recurridos, y a fin de mantener la coherencia del mismo con el sistema sancionatorio que rige en materia penal o la identidad de regímenes jurídicos, habría que desconocer que la multa fue impuesta por resolución de la autoridad fiscalizadora y, por el contrario, se debería construir la ficción de que aquella sólo se impondría con la sentencia de término que rechace el reclamo, en circunstancias que la pretensión procesal contencioso administrativa que justifica tal impugnación está destinada, precisamente, a cuestionar la legalidad de la actuación administrativa con miras a dejar sin efecto la resolución que aplicó la multa respectiva. Si fuera así, el administrado estaría relevado de la carga de sostener los hechos fundantes de su reclamo y sería la Administración la encargada de defender su actuación, lo que resulta insostenible desde la perspectiva de la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos.

En esta misma línea, al aplicar el artículo 93 N° 1 del Código Penal a las multas administrativas, igualmente la muerte del infractor no extinguiría aquellas, pues los efectos del acto administrativo se produjeron desde su notificación, quedando impedida la Administración de exigir su cumplimiento inmediato atendida la suspensión efectuada por la ley, suspensión que cesa al desecharse el reclamo y dictarse el cúmplase respectivo.

Décimo tercero: Que, en consecuencia, resulta claro que los efectos del acto administrativo que impuso la multa al Sr. Mackenna se radicaron en su patrimonio al momento en que fue notificado de la misma, de modo que la cuestión jurídica de autos no pasa por estimar que la multa se extinguió con la muerte de aquél y que, en caso contrario, implicaría desconocer el carácter personalísimo de las penas y la intransmisibilidad de las mismas, sino que reside exclusivamente en un problema de mero endeudamiento, esto es, se traduce en una discusión en torno a la existencia y vigencia del crédito cuyo pago reclama el actor.

De ahí que, ejecutoriada la sentencia que desechó el reclamo contra la resolución que impuso la multa, recobra plena vigencia el artículo 51 de la Ley N° 19.980 y el administrado debe pagar la multa, tal como lo ordena el inciso final del artículo 30 del Decreto Ley N° 3.538 y, en caso de negativa de éste a cumplir, la Administración puede y debe hacer efectivo el cumplimiento de la sanción administrativa, en los términos que dispone el artículo 31 del citado Decreto Ley.

Así, encontrándose los efectos de la resolución administrativa que impuso la multa radicados en el patrimonio del Sr. Mackenna desde el momento que la misma le fue notificada –en otras palabras, la deuda ya formaba parte de su pasivo a la fecha de su fallecimiento, acaecido el 1° de abril de 2005– por lo que dicha obligación se transmitió a su sucesión y, en cuanto tal, constituye una deuda hereditaria, en los términos del ordinal segundo del artículo 959 del Código Civil, de manera que el recurrente puede perseguir su cumplimiento en sus asignatarios, en conformidad a lo establecido en los artículos 951, 1097 y 1354 del mismo Código en relación con los artículos 30 y 31 del Decreto Ley N° 3.538 o por la vía ordinaria, conclusión que no es alterada por la circunstancia que al momento del fallecimiento se encontraban pendientes ante esta Corte la decisión de los recursos que en su oportunidad el Sr. Mackenna impetró en contra de las sentencias que desestimaron su reclamo, pues –como ya se indicó– tal reclamo tiene como efecto únicamente inhibir la potestad de la Administración para compeler el cumplimiento inmediato de la sanción, pero en caso alguno aquél impide el nacimiento de los efectos de la resolución que impuso la multa, los que, según se indicó, se radicaron en el patrimonio del administrado desde el momento mismo de la notificación de aquella.

Décimo cuarto: Que por consiguiente, los jueces al resolver del modo que lo hicieron, esto es, al decidir que la multa administrativa se extinguió por el fallecimiento del administrado sancionado y que la deuda no se transmitió a sus herederos, incurrieron en un error de derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, pues aplicaron equivocadamente el artículo 93 número 1° del Código Penal y con ello desconocieron lo dispuesto en los artículos 20 del Código Penal, 3 y 51 de la Ley N° 19.880, artículo 30 del Decreto Ley N° 3.538, 951,

959, 1097 y 1354 del Código Civil, lo que los llevó a que desestimaran la demanda de cobro de pesos intentada en autos, por lo que corresponde acoger el recurso de casación en el fondo y dictar la correspondiente sentencia de reemplazo que lo enmiende.

De conformidad asimismo con lo que disponen los artículos 764, 767 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 733 en contra de la sentencia definitiva confirmatoria de diecinueve de noviembre del año dos mil trece, escrita a fojas 727, la que por consiguiente es nula y se la reemplaza por la que se dicta a continuación sin nueva vista, pero separadamente.

Acordada **con el voto en contra** de los Ministros Sr. Ballesteros y Sr. Carreño, quienes estuvieron por rechazar el recurso de nulidad en examen por estimar que los jueces de la instancia no han incurrido en error de derecho al declarar la extinción de la responsabilidad administrativa de una persona natural derivada de la muerte del actor durante la tramitación del proceso judicial de reclamación de aplicación de la multa impuesta por la Superintendencia de Valores y Seguros, por las siguientes consideraciones:

A.- Que resulta preciso acudir en primer lugar a una razón de texto, constituida por el inciso primero del artículo 31 del Decreto Ley N° 3.538, que crea la Superintendencia de Valores y Seguros, en cuanto prescribe que: “Si la multa no fuere pagada y hubiere quedado exigible por haber transcurrido el plazo para reclamar de ella o por existir sentencia ejecutoriada rechazando el reclamo, la Superintendencia podrá demandar ejecutivamente al infractor ante el juzgado de letras de turno en lo civil de Santiago, acompañando copia de la resolución que aplicó la sanción o de la sentencia ejecutoriada en su caso, las que tendrán por sí solas mérito ejecutivo. Lo anterior es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil”.

Del tenor de la citada disposición se desprende con claridad que la multa impuesta por la Administración al infractor no se torna exigible por la sola dictación de la resolución respectiva, pues requiere,

además, que transcurra el plazo para reclamar de ella, sin hacerlo, o que deducida dicha acción ella haya sido rechazada por sentencia definitiva ejecutoriada. En la especie, sin embargo, no concurre ninguno de los supuestos referidos precedentemente, pues el sancionado reclamó de la multa y, a la fecha de su fallecimiento, no se había dictado sentencia de término ejecutoriada.

B.- Que establecido lo anterior resulta necesario destacar que la de autos es una sanción aplicada por un órgano de la Administración del Estado en ejercicio del llamado Derecho Administrativo Sancionador, en el que se ejercita la potestad sancionadora con que cuenta el poder público y que ha sido definida como “el poder jurídico con que cuenta la Administración del Estado, de carácter permanente, expresamente atribuido por la ley, en virtud del cual se le habilita para perseguir al sujeto imputado de aquellas conductas activas u omisivas, que se estima son constitutivas de infracción administrativa e imponerle una retribución negativa o sanción por las mismas” (Jorge Bermúdez Soto, “Derecho Administrativo General”, Abeledo Perrot – Thomson Reuters, segunda edición actualizada, 2011, página 273).

Asimismo se ha destacado que constituyen elementos de la mencionada potestad la tipificación previa de una infracción y de una sanción administrativa, además de la realización de un procedimiento administrativo sancionador, habiéndose definido la citada sanción, en un sentido estricto, como “aquella que ha sido tipificada como tal por el ordenamiento jurídico y que se aplica, opera o se atribuye por la Administración una vez que se ha cometido una infracción administrativa” (op. cit., página 276).

También se ha dicho a su respecto que: “Por sanción entendemos aquí un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa” (Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, “Curso de Derecho Administrativo”, Volumen II, Thomson Civitas, novena edición, 2004, página 163).

C.- Que el ejercicio de esta potestad ha sido reconocido mayoritariamente como parte del ius puniendi estatal o como una expresión del mismo, en cuanto éste se encuentra constituido por dos vertientes, una penal y otra administrativa, y sobre el particular se ha afirmado que “no parece haber base alguna para distinguir por su naturaleza estas sanciones administrativas de las penas propiamente dichas. Con frecuencia, la gravedad de aquéllas excede a la de éstas (es incluso lo normal respecto de las multas) [...] Sólo razones de política criminal explican las opciones varias, y a menudo contradictorias, del legislador en favor de una u otra de esas dos vías represivas” (Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, op. cit., página 166).

En este sentido también se ha escrito que: “No es inútil repetir la discusión, todavía recurrente en Chile, aunque ya del todo arrumbada en otras partes, sobre la naturaleza jurídica de las sanciones administrativas.

Unos dicen que el art. 20 del Código Penal nos estaría comunicando que entre las sanciones administrativas y las penas penales existen diferencias ‘cualitativas’ que no permiten asimilarlas, al haber introducido el legislador nacional un criterio de distinción ‘sustancial’ entre el ilícito administrativo y el ilícito criminal.

Otros, más propensos a ver las cosas como son, a despecho de sus denominaciones, recordamos que nuestro Código nunca ha dicho que las sanciones administrativas ‘no son penas’, sino únicamente que ‘no se reputan tales’, lo que revela que en el fondo sí lo son; que no existen –en verdad– diferencias ontológicas o sustanciales entre ambas manifestaciones del poder represivo estatal” (Iván Aróstica Maldonado, “Sanciones administrativas y prescripción”, en “Sanciones administrativas y derechos fundamentales: regulación y nuevo intervencionismo”, Conferencias Santo Tomás de Aquino 2005).

D.- Que sobre esta materia esta Corte ha sostenido reiteradamente y por largos años un predicamento semejante, identificando a las dos citadas ramas del Derecho (Penal y Administrativo Sancionador) como emanaciones de un mismo poder del Estado, cual es el de sancionar a sus ciudadanos y que se ha dado en llamar ius puniendi estatal.

En este mismo sentido el Tribunal Constitucional ha sostenido una postura semejante en diversos fallos, exponiendo, por ejemplo, en la causa rol N° 244-1996 que: “9°. Que, los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado”. Asimismo ha manifestado en su fallo rol N° 480-2006 que: “Séptimo: Que la aplicación de las garantías constitucionales del Derecho Penal al Derecho Administrativo sancionador tiene una larga tradición en el derecho chileno, pues ya hace cuarenta años, la Corte Suprema interpretó que la voz ‘condenados’ del artículo 11 de la Constitución de 1925 era aplicable a quienes sufrían sanciones administrativas. En efecto la Corte Suprema en fallo de 31 de marzo de 1966 señalaba que ‘...existe en verdad jurisprudencia ya establecida por esta Corte en el sentido de que el vocablo ‘condenado’ de que se sirve el artículo 11 de la Constitución Política, no significa por sí solo una condena por delito penal porque de diversos artículos del Código Civil y del de Procedimiento Civil aparece que las expresiones ‘condenar’, ‘condenarse’ y otras análogas, se emplean en el sentido amplio comprensivo del hecho de imponerse a una persona una pena o sanción, sea de carácter penal, civil o administrativo, cualquiera que sea la causa que la haga procedente, por lo que no se comprende por qué la palabra ‘condenado’, sin otro calificativo puede limitarse en su alcance a la condena por delito penal, máxime cuando el precepto de que se trata se refiere al hecho sobre que recae el juicio y ese hecho puede revestir diversa naturaleza’. (considerando 9°). En igual sentido se pronunció la misma Corte en fallo de inaplicabilidad de 12 de julio de 1966, agregando además que: ‘Como se ha dicho, el mencionado precepto comprende la condenación de una persona por cualquier hecho al que la ley sanciona con una pena, y la multa... es una pena pecuniaria, y esta calidad punitiva no se desnaturaliza por el hecho de que la sanción sea aplicada administrativamente’ (considerando 7°). De ese modo, hace ya cuarenta años nuestra Corte Suprema hacía aplicables al derecho administrativo sancionador las garantías constitucionales propias del derecho penal”.

E.- Que una consecuencia de lo dicho precedentemente reside, como es evidente, en que a una y otra rama del Derecho han de

aplicarse semejantes principios, en particular aquellos que dimanen del ordenamiento jurídico penal.

Entre tales principios se ha de considerar, pues no se divisa razón alguna para no proceder de esa manera, aquel que se refiere a la responsabilidad personal del inculpado en la comisión del hecho ilícito de que se trata y, de consiguiente, a su extinción. En este sentido no cabe duda de que la culpabilidad aplicada a este ámbito específico del derecho supone que la sanción sólo puede ser aplicada a quien ha resultado ser personalmente responsable de la comisión de la conducta reprochada, de lo que se sigue, siempre conforme a los principios del orden penal, que la muerte del culpable supone la extinción de su responsabilidad.

Como consecuencia de semejante aserto la resolución del asunto de que se trata ha de descansar, al menos en este extremo, en la normativa contenida en el Código Penal, particularmente en su artículo 93, en cuanto estatuye que la responsabilidad penal se extingue por la muerte del responsable, siempre en cuanto a las penas personales, y respecto de las pecuniarias cuando a su fallecimiento no se hubiere dictado sentencia ejecutoriada.

Llegados a este punto resulta pertinente destacar que sobre esta norma se ha dicho: “Tal como ya se ha explicado, esta causal se encuentra fundada en el carácter personalísimo del derecho punitivo y en la consiguiente imposibilidad de determinar o hacer efectiva la responsabilidad penal del difunto.

[...]

En primer lugar –como también se ha destacado con anterioridad–, la muerte sólo puede extinguir verdaderamente la responsabilidad penal cuando ésta ha sido declarada por sentencia firme. En caso de que así no sea, constituye únicamente un impedimento para la determinación de su existencia, haciendo imposible la continuación del proceso destinado a ello.

[...]

d) Respecto de las penas pecuniarias, la disposición pretende implícitamente hacer una distinción, declarando que, a su respecto, la responsabilidad no se extingue sino cuando al fallecimiento del reo ‘no hubiere recaído sentencia ejecutoria’. Es curioso que la doctrina nacional no se haya preguntado qué es lo que en este caso resulta eliminado, pues así como no puede serlo una responsabilidad que no se ha declarado, tampoco una pena que jurídicamente aún no se ha impuesto.

[...]

Por lo que se refiere a la supervivencia de las penas pecuniarias aplicadas en una ‘sentencia ejecutoria’, es preciso hacerla objeto del más severo reparo. La multa y el comiso son penas penales, no restitución o indemnización de los perjuicios causados por el delito. No constituyen, por consiguiente, unas formas de restablecer la situación jurídica precedente, sino un mal irrogado al autor por su hecho, que, a causa de ello, sólo él debe padecer. Nada dice en contra de este argumento el que desde el punto de vista fáctico sea materialmente posible hacer efectiva la sanción aun después de la muerte del reo, exigiendo el cumplimiento de sus herederos. Pues el fundamento del carácter personalísimo del derecho penal no radica en la imposibilidad mayor o menor de transferir a terceros el sufrimiento en que consiste el castigo –algo que más bien jamás puede evitarse por completo–, sino en la injusticia que significa hacer recaer directamente las consecuencias de la culpabilidad por el injusto en quien no participa de ella. Por tales motivos, la subsistencia de la sanción pecuniaria más allá del fallecimiento del reo debe ser impugnada, con toda razón, como ‘un efecto tardío de la codicia fiscal’ y como ‘la infracción más grosera del principio de la alta personalidad de la pena’” (Enrique Cury Urzúa, “Derecho Penal. Parte General”, Ediciones UC).

F.- Que de lo hasta aquí razonado y expuesto se desprende con toda claridad que, siendo la responsabilidad por el hecho ilícito personalísima, el señalado principio de personalidad de la pena debe ser estrictamente respetado y aplicado en la materia de que se trata y, por consiguiente, ha de concluirse que la responsabilidad del infractor de autos, Luis Fernando Mackenna Echaurren, se extinguió con su fallecimiento. Así las cosas, y

por no haber mediado sentencia definitiva ejecutoriada a esa fecha, no cabe sino establecer que en ese mismo momento también se puso fin a cualquier eventual pena pecuniaria que pudiese afectarle.

Siendo así las cosas, la evidente y forzosa consecuencia de semejante concatenación de eventos consiste en que la multa en referencia no ha podido transmitirse a los herederos del imputado Sr. Mackenna, pues al encontrarse pendiente la decisión jurisdiccional relativa a su procedencia a la fecha de su muerte la misma no había ingresado a su patrimonio y, por ende, no formaba parte de la universalidad que constituía su sucesión.

G.- Que no obsta a lo aquí manifestado la circunstancia de que la Ley N° 19.880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, estatuya que los actos administrativos gozan de exigibilidad “desde su entrada en vigencia” (artículo 3, inciso octavo) y que “los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo causan inmediata ejecutoriedad” (artículo 51, inciso primero), toda vez que las sanciones administrativas han de sujetarse, como ya se dijo, a las garantías y principios propios del Derecho Penal, de manera que su exigibilidad no puede producirse sino cuando se encuentre ejecutoriada la sentencia que rechace la reclamación deducida en contra de la resolución que las impone, puesto que materializarlas antes significaría pugnar contra tales principios y, además, privar de todo efecto práctico a un ulterior fallo favorable, máxime si en la especie la multa fue efectivamente reclamada.

H.- Que refrendan, además, las conclusiones apuntadas más arriba lo aseverado en los Informes en Derecho aparejados a los autos.

En efecto, de aquel suscrito por don Ramiro Mendoza Zúñiga e intitulado “Acerca del Principio General de Intransmisibilidad de las multas, en particular, cuando ellas no se encuentran ejecutoriadas”; del segundo, emanado de don Carlos Peña González y llamado “Transmisibilidad de una sanción administrativa” y, finalmente, del que lleva por título “Extinción de la responsabilidad penal administrativa” y procede de doña Olga Feliú de Ortúzar, es posible colegir que los indicados profesores arguyen en el mismo sentido expuesto precedentemente pues,

en resumen, sostienen que sí, como en la especie, la sentencia que impuso la multa aún no se encontraba ejecutoriada al momento en que falleció el infractor dicha sanción no pudo transmitirse a su sucesión debido a la extinción de la responsabilidad penal del mismo.

I.- Que como se advierte de los antecedentes hasta aquí reproducidos existen sólidas razones para estimar que una multa como la aplicada al Sr. Mackenna corresponde a una sanción que, por su naturaleza y por el ámbito del Derecho a cuyo cobijo fue dictada, debe entenderse sometida a ciertos principios, características y garantías, entre ellos aquel en cuya virtud la responsabilidad del administrado se extingue por su fallecimiento, siendo aplicable a la situación en examen lo establecido en el artículo 93 del Código Penal, en cuanto preceptúa, para los efectos del presente recurso, que la responsabilidad de que se trata efectivamente cesa, en lo que atañe a sanciones pecuniarias, si a la fecha de la defunción del infractor no ha sido dictada sentencia definitiva ejecutoriada en el proceso en que se reclame, como ocurrió en la especie, de la legalidad de la aplicación de dicha sanción. En consecuencia, habiendo fallecido el Sr. Mackenna antes del pronunciamiento de dicha resolución jurisdiccional, forzoso es concluir que, no hallándose ejecutoriada el fallo respectivo, su responsabilidad se extinguió y con ella la multa impuesta, la que por consiguiente no puede cobrarse a sus herederos, pues no les ha sido transmitida.

J.- Que, por lo mismo, no hay falta de aplicación del artículo 51 de la Ley N° 19.880 puesto que el artículo 30 del Decreto Ley N° 3.538 contempló expresamente el derecho a reclamar judicialmente de la aplicación de la multa, agregando que se suspenderá el plazo para el pago de la misma, por lo que al no encontrarse ejecutoriada la sentencia y ante la muerte del infractor se extinguió la responsabilidad administrativa.

K.- Que descartada la tesis del actor consistente en que la multa se hizo exigible con su sola dictación y notificación al infractor, no se pueden estimar transgredidas tampoco aquellas otras normas que el recurrente estima vulneradas como consecuencia, precisamente, de no haber sido respetada dicha exigibilidad y, por ende, el recurso de casación en examen tampoco puede prosperar en cuanto por él se denuncia el

quebrantamiento de los artículos 1, 2, 3 y 45 de la Ley N° 19.880; 34 del Decreto Ley N° 3.538 y 951, 1097 y 1354 del Código Civil.

Semejante determinación se ha de adoptar, además, en lo que atañe a la acusada violación de los artículos 20 y 93 del Código Penal, en la parte en que se los estima inaplicables a la extinción de la responsabilidad administrativa, por considerarla de inmediata exigibilidad, ni en cuanto concierne a las normas que menciona de la Ley N° 18.834, ni a la acusada transgresión del artículo 19 del Código Civil, pues ningún yerro se ha verificado respecto de la interpretación de la normativa que rige la situación en examen.

Del mismo modo tampoco se pueden entender incumplidas las disposiciones contenidas en los artículos 20 y 93 del Código Penal, 27 y 28 del Decreto Ley N° 3.538 y 55 de la Ley N° 18.045 pues, como ha quedado dicho más arriba, la sanción aplicada al Sr. Mackenna, pese a la ficción del citado artículo 20, constituye una pena y, al contrario de lo argüido por el recurrente, está sometida a normas que integran el Derecho Penal, como el artículo 93 referido, y a principios que inspiran dicha rama de nuestro ordenamiento jurídico, como la de la personalidad de la pena.

L.- Que sin perjuicio de lo hasta aquí razonado, y sólo para mayor claridad, se estima del caso subrayar que la circunstancia de que excepcionalmente en algunos casos la potestad administrativa sancionadora pueda ejercerse respecto de personas jurídicas o de varias personas conjuntamente no altera las motivaciones anteriores. Por el contrario, ratifica que la regla general es el carácter personalísimo de la sanción administrativa y que para que la autoridad administrativa actúe en los términos indicados requiere de una mención expresa en la normativa especial que amplíe dicha regla.

M.- Que, por último y sólo a mayor abundamiento, parece necesario poner de relieve que si bien el artículo 20 del Código Penal señala que no se reputan penas “las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas”, esa declaración está vinculada

con el artículo 1° para el sólo efecto de establecer que la pena pecuniaria contemplada en el Derecho Administrativo no otorga al ilícito el carácter de delito penal, por lo que tampoco queda comprendida en la clasificación efectuada por el artículo 3° del mismo cuerpo de leyes.

La Ministra Sra. Sandoval deja constancia de su cambio de criterio en relación a lo resuelto en los autos sobre admisibilidad Rol N°1855-2013, fundado en un nuevo estudio de las normas aplicables al caso *sub judice*, que le ha formado convicción en cuanto a que la sanción administrativa no se extingue con la muerte del administrado, según se ha reflexionado en los motivos del fallo de casación que antecede.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro señor Carreño.

Rol N° 1079-2014.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Rubén Ballesteros C., Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. María Eugenia Sandoval G., y Sra. Gloria Ana Chevesich R. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Ballesteros por estar con permiso y la Ministro señora Chevesich por estar en comisión de servicios. Santiago, 30 de octubre de 2014.

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

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

Santiago, treinta de octubre de dos mil catorce.

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

Vistos:

De la sentencia de primer grado se eliminan sus motivos séptimo a décimo octavo.

Además, de la sentencia anulada se mantienen los fundamentos primero a tercero.

Asimismo, de la sentencia de casación que antecede se reproducen sus fundamentos noveno a undécimo.

Y se tiene en su lugar y además presente:

I. En cuanto a la extinción de la multa por muerte del administrado:

Primero: Que la Ley N° 19.880, en particular sus artículos 3 y 51, establece que los actos administrativos producen sus efectos de inmediato, esto es, crean el derecho, imponen la obligación, invisten un estatuto nuevo desde su entrada en vigencia, por cuanto aquellos gozan de presunción de legalidad, a menos que la ley u otra autoridad –judicial o administrativa– dispongan la suspensión de su exigibilidad por parte de la Administración, y no de sus efectos pues éstos ya se produjeron.

Así, desde esta perspectiva, la impugnación de la legalidad del acto que realiza un particular no suspende la vigencia de los efectos del acto reclamado, sino que en estos casos sólo inhibe la posibilidad de compeler su cumplimiento por parte de la Administración.

La regla descrita precedentemente no es distinta en el ámbito del derecho administrativo sancionador. En efecto, así lo establece el artículo 174 del Código Sanitario; el artículo 7 de la Ley N° 18.902 que

creó la Superintendencia de Servicios Sanitarios –precepto que dispone que la reclamación de la resolución que aplica la sanción de caducidad no la suspende, salvo que el juez resuelva lo contrario–; el artículo 19 de la Ley N° 18.410 que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles –el cual establece que las multas serán siempre reclamables y “no serán exigibles mientras no esté vencido el plazo para interponer la reclamación, o ésta no haya sido resuelta”–; el inciso segundo del artículo 56 de la Ley N° 20.417 que creó la Superintendencia de Medio Ambiente –que previene que las multas serán siempre reclamables y que éstas “no serán exigibles mientras no esté vencido el plazo para interponer la reclamación, o ésta no haya sido resuelta”–; y, por cierto, el inciso tercero del artículo 30 del Decreto Ley N° 3.538.

Todos estos preceptos constituyen una aplicación de lo dispuesto en los artículos 3 y 51 de la Ley N° 19.880 y, en consecuencia, confirman que los efectos del acto administrativo sancionador se producen inmediatamente y el reclamo, en su caso, sólo suspende la facultad que tiene la Administración para exigir su cumplimiento, de modo que desechada la reclamación por sentencia ejecutoriada aquella puede exigir el cumplimiento de su resolución, si el administrado no lo ha realizado voluntariamente.

Segundo: Que de esta manera, la resolución que impuso la multa al Sr. Mackenna produjo efectos inmediatos, esto es, le confirió la calidad de deudor para con el Fisco y la obligación de pago que de dicha resolución se derivó se incorporó en su patrimonio en el acto de la notificación.

Asimismo, el reclamo que en su oportunidad dedujo en contra de la referida resolución administrativa que lo sancionó sólo suspendió el cumplimiento de la misma, pero no sus efectos, razón por la cual se convirtió en deudor del Fisco desde el momento mismo de la notificación de la resolución respectiva.

Tercero: Que según se ha venido razonando, la muerte del Sr. Mackenna no tuvo el alcance de extinguir la obligación cuyo cobro se persigue, dado que la misma se incorporó en su patrimonio desde el momento que se le notificó la resolución correspondiente

y, en consecuencia, dicha obligación, al igual que las demás deudas hereditarias, se transmitió a sus herederos, de modo que el Fisco puede exigir a éstos el pago de la multa en cuestión.

Por tanto, no se puede ni se debe recurrir a los principios que inspiran las bases del sistema de responsabilidad penal y que se alzan como la fuente y el límite para el ejercicio del ius puniendi estatal, para decidir un asunto de carácter meramente patrimonial como el de autos.

Cuarto: Que por consiguiente, esta alegación será desestimada.

II. En cuanto a la excepción de prescripción:

Quinto: Que la prescripción constituye una institución de amplia y reconocida aceptación en el derecho, cuya justificación última radica en la necesidad de dotar de certeza jurídica a las relaciones sociales. Dentro de este contexto se inserta el artículo 2497 del Código Civil, precepto que dispone que las normas sobre prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado.

Así, tratándose de la prescripción extintiva, para nuestro Código Civil bastaría el mero transcurso del tiempo establecido en la ley y la inactividad del acreedor durante dicho lapso para que opere como modo de extinguir una obligación, plazo que se cuenta desde que ésta se hizo exigible. Es, por lo demás, lo que se desprende del artículo 2514 del referido Código.

Ahora bien, si antes del vencimiento del plazo previsto en la ley el acreedor decide hacer efectivo su crédito o el deudor reconoce la deuda, dicho plazo se interrumpe, conforme lo dispone el artículo 2518 del mencionado Código.

Sexto: Que el inciso final del artículo 30 del Decreto Ley N° 3538 dispone que: “El pago de la multa más los reajustes e intereses a que se refiere el artículo 34 deberán efectuarse dentro de quinto día de ejecutoriado el fallo”.

Por su parte, el artículo 31 del texto legal referido previene que: “Si la multa no fuere pagada y hubiere quedado exigible por haber transcurrido el plazo para reclamar de ella o por existir sentencia ejecutoriada rechazando el reclamo, la Superintendencia podrá demandar ejecutivamente al infractor ante el juzgado de letras de turno en lo civil de Santiago, acompañando copia de la resolución que aplicó la sanción o de la sentencia ejecutoriada en su caso, las que tendrán por sí solas mérito ejecutivo. Lo anterior es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil.

En este juicio, el demandado no podrá oponer otras excepciones que la de prescripción, la de no empecerle el título y la de pago. En este último caso deberá ser siempre condenado en costas, a menos que probare haber ingresado en tiempo a la Superintendencia los comprobantes de pago de la multa”.

A su vez, el inciso final del artículo 33 del mismo Decreto Ley establece que: “La acción de cobro de una multa prescribe en el plazo de dos años contados desde que se hizo exigible, conforme a lo establecido en los artículos 30 y 31 de este decreto ley”.

Finalmente, el artículo 2497 del Código Civil ordena 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”.

Séptimo: Que de lo expuesto en los motivos precedentes y en las disposiciones legales citadas se desprende que son aplicables, a la prescripción regulada en el inciso final del artículo 33 del Decreto Ley N° 3.538, las normas sobre prescripción extintiva previstas en los artículos 2514 y siguientes del Código Civil.

Octavo: Que así y según consta de los antecedentes de autos, el reclamo que en su oportunidad dedujo el Sr. Mackenna en contra de la resolución que lo sancionó con multa resultó finalmente desechado por sentencia de esta Corte y quedó ejecutoriada con fecha 22 de julio de

2005, de manera que al tenor de lo prevenido en los artículos citados en el motivo sexto, el plazo de dos años para el cobro de la multa comenzó a correr el día 28 de julio del mismo año.

Noveno: Que lo expuesto en el motivo que antecede resulta suficiente para desestimar tanto las alegaciones del Fisco en orden a que el plazo se computaría desde que la sucesión dio cuenta de la aceptación de la herencia y que el plazo aplicable en autos sería el previsto en el artículo 2515 del Código Civil, por cuanto la referida acción de cobro prescribe –como ordinaria– en cinco años, y a que el plazo de prescripción de la acción de cobro prevista en el inciso segundo del artículo 33 del Decreto Ley N° 3.538 se referiría a la acción ejecutiva; como aquellas que formularon los demandados frente a los planteamientos del Fisco en cuanto a que la acción de cobro prevista en el inciso segundo del artículo 33 del Decreto Ley N° 3.538 es una acción especial de corto tiempo con mérito ejecutivo y que la sobrevivencia de dos años que establece el artículo 2515 del Código Civil sólo se aplica a las acciones ejecutivas de largo tiempo; agregando que la sobrevivencia de la acción ejecutiva no es aplicable a aquellas que emanan de la potestad sancionatoria del Estado.

En efecto, el inciso segundo del artículo 33 del Decreto Ley N° 3.538 no distingue entre la acción ejecutiva como la ordinaria, de modo que el Estado, dentro de dicho plazo, podía perseguir el cobro a través de un juicio ordinario o de uno ejecutivo.

Ello también permite descartar la referencia que los demandados realizan en cuanto a que la regla de prescripción en materia de acciones de cobro de multas administrativas es de 6 meses, en virtud de lo dispuesto en el artículo 97 del Código Penal, y que sería aplicable de modo supletorio a la acción ordinaria de cobro, pues tal plazo dice relación con el término dentro del cual la Administración debe hacer efectiva la responsabilidad del administrado y, en cambio, en estos autos ha quedado claro que el plazo que el legislador estableció en el inciso segundo del artículo 33 del Decreto Ley N° 3.538 es aplicable a la acción de cobro que impetere el Fisco, sea por la vía ordinaria, sea por la vía ejecutiva.

En consecuencia, sólo resta por determinar si la gestión voluntaria de notificación a la sucesión del Sr. Mackenna, contemplada en el artículo 1232 del mismo Código, tuvo efectos interruptivos y, en su caso, cuál es el alcance de dichos efectos.

Décimo: Que atento a lo razonado en el motivo séptimo, la prescripción regulada en el inciso final del artículo 33 del Decreto Ley N° 3.538 se interrumpe civilmente en conformidad a lo dispuesto en el artículo 2518 del Código Civil, esto es, por “demanda judicial”.

Undécimo: Que el actor sostiene que la gestión voluntaria destinada a notificar a los herederos de Luis Fernando Mackenna Echaurren que inició con ocasión del fallecimiento de éste, a fin de que manifestaran su voluntad en orden a aceptar o repudiar la herencia, en los términos del artículo 1232 del Código Civil, provocó la interrupción de la prescripción del plazo para el cobro de la multa; en cambio, la parte demandada aduce –en síntesis– que tal gestión no es idónea para dicho fin, desde que la prescripción sólo se interrumpiría por demanda judicial según lo dispone el artículo 2518 del mismo Código, que en su oportunidad el Fisco no la impetró con tal objetivo, a diferencia de la gestión de declaración de la herencia yacente, que sí le habrían permitido al Fisco obtener el pago de la multa, si ese era su real interés.

Salta a la vista que las partes coinciden en cuanto a que la prescripción prevista en el inciso final del artículo 33 del Decreto Ley N° 3.538 puede interrumpirse civilmente, por lo que la cuestión se centra en determinar la calificación jurídica de la referida gestión voluntaria, esto es, si puede considerarse como idónea para interrumpir la prescripción y, en caso afirmativo, cuál es el alcance de los efectos interruptivos que produjo.

Duodécimo: Que la interrupción de la prescripción es un hecho o acto jurídico emanado del deudor o del acreedor en virtud del cual se pierde el tiempo corrido de prescripción hasta ese momento, siempre que dicho hecho tenga lugar antes del vencimiento del plazo respectivo (Domínguez Águila, R., *La prescripción extintiva. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 226 y ss).

De este modo, constituyendo el incumplimiento del deudor un presupuesto de la prescripción y la inactividad del acreedor su fundamento, cualquier acto de aquél o éste con miras a reconocer la deuda o exigir su cumplimiento, respectivamente, producirá la interrupción –natural o civil– de la prescripción.

Esta idea es precisamente la que subyace en el artículo 2518 del Código Civil, precepto que dispone que la interrupción civil de la prescripción se produce por “demanda judicial”.

Así, aun cuando se discutió tanto por la doctrina como la jurisprudencia sobre el alcance del término al cual se ha hecho referencia, lo cierto es que actualmente, a partir de los fundamentos de la prescripción y la interrupción, es posible sostener una interpretación amplia de dicha expresión, esto es, comprensiva de gestiones judiciales y extrajudiciales de las que se desprenda no sólo una intención informativa de la existencia de la deuda, sino la voluntad del acreedor de obtener su pago (Domínguez Águila, R., *La prescripción extintiva. Doctrina y jurisprudencia*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, pp. 239 y ss).

De ello se sigue que los requerimientos de orden judicial no se encuentran limitados a aquellas actuaciones que cumplan formalmente con los requisitos del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, como sucede por ejemplo con la notificación judicial del protesto de un cheque, por lo que quedarían comprendidos en ellos las gestiones judiciales de naturaleza tanto contenciosas como voluntarias, en la medida que ellas estén orientadas a obtener el cumplimiento de la prestación adeudada. En este sentido, esta Corte, refiriéndose a la gestión voluntaria del artículo 1232, ha resuelto que puede estimarse como suficiente demanda, para tal fin, cualquier requerimiento judicial al asignatario para que acepte o repudie (sentencia de 25 de abril de 1938, citada por Somarriva, Manuel, *Las obligaciones y los contratos ante la jurisprudencia*, segunda edición actualizada por Ramón Domínguez Benavente, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1984, p. 108).

Décimo tercero: Que en este orden de ideas, es posible sostener que la gestión voluntaria destinada a notificar a los herederos de Luis

Fernando Mackenna Echaurren y que dio origen a los autos Rol V-150-2005, seguidos ante el Noveno Juzgado Civil de Santiago, tuvo la virtud de interrumpir el plazo de prescripción para exigir el pago de la multa impuesta al Sr. Mackenna, el cual ya se encontraba corriendo. En efecto, el Código Civil no establece un término para que los asignatarios puedan aceptar o repudiar su asignación, opción que conservan mientras mantengan su derecho sobre la misma, de modo que la ausencia de plazo podría ser utilizada abusivamente por aquellos a fin de mantener la situación de incertidumbre de manera indefinida, perjudicando con ello especialmente a los acreedores del causante, por lo que el legislador, atento a tal situación, estableció en el artículo 1232 el mecanismo destinado a evitar que se prolongue en el tiempo la indecisión de los asignatarios, considerando también que, como se desprende de los artículos 951, 1097 y 1304 del mismo Código, para demandar a una persona, como heredero, por las deudas del causante, debe determinarse que tiene la calidad de tal y, además, como lo previene del artículo 1225 del Código citado, que acepte la herencia, que es precisamente lo que el Fisco buscaba con tal trámite.

Asimismo, ello no es contradictorio, como sostiene la demandada, con que si el actor realmente pretendía el pago de la multa debió solicitar la declaración de herencia yacente, pues frente a la gestión de notificación que se analiza los herederos podían repudiar la herencia o aceptarla con beneficio de inventario. Por el contrario, si notificados los herederos éstos repudiaban expresamente la herencia o se hacía efectivo el apercibimiento del artículo 1233 del Código Civil, la herencia pasaría, a falta de herederos y en último término, al Fisco, y, para el caso que aceptaran con beneficio de inventario, como efectivamente ocurrió, su responsabilidad por las deudas hereditarias como ésta cuyo cobro se discute en estos autos se encontraría limitada en los términos que establece el artículo 1247 del mismo Código.

En otras palabras, de la decisión del actor en orden a recurrir a la gestión prevista en el artículo 1232 del Código Civil y no a la declaración de herencia yacente, no se puede concluir que la intención de aquel no era obtener el pago de la multa, pues más allá de lo discutible que pueda resultar la idoneidad de la misma como estrategia procesal, lo cierto es que, como se indicó, para que a una persona, como heredero,

pueda exigírsele el cumplimiento de las deudas del causante es necesario no sólo que se determine su calidad de tal, sino también que acepte la herencia, que es lo que el Fisco buscaba con la gestión analizada.

Por lo demás, así también queda de manifiesto con la oposición que formuló la parte demandada cuando fue notificada en la referida gestión voluntaria, la cual se orientó a cuestionar el título en el cual el Fisco fundaba la calidad de interesado para solicitar la realización de tal gestión, título que no era otro que la resolución que impuso la multa y de la que ahora pretende su cobro, tal como se desprende de la simple lectura de la sentencia de 30 de enero de 2008, dictada en autos Rol N° 3396-2006.

Décimo cuarto: Que, en consecuencia, la gestión voluntaria de que se valió el Fisco para obtener la aceptación de la herencia por parte de la sucesión de Luis Fernando Mackenna Echaurren, lo que efectivamente ocurrió el día 3 de marzo de 2008, tuvo la virtud de interrumpir la prescripción en los términos previstos en el inciso final del artículo 2518 del Código Civil desde el momento que la misma fue notificada a los herederos, hecho acaecido el 18 de noviembre de 2005, como consta a fojas 138.

Ahora bien, conviene dejar en claro que dicho efecto interruptivo se extendió durante toda la tramitación de la gestión voluntaria y hasta su término, que en el presente caso acaeció con la dictación de la sentencia de esta Corte que desestimó el recurso de casación en el fondo de fecha 30 de enero de 2008, de tal manera que a esta última data se perdió todo el tiempo transcurrido hasta ese momento respecto de todos los herederos y comenzó a correr un nuevo plazo para ellos, de la misma naturaleza e iguales características que aquella que fue interrumpida, esto es, de su misma duración (Domínguez, op. cit., pp. 295 y ss), que en el presente caso no es otro que el de dos años que contempla el inciso final del artículo 33 del Decreto Ley N° 3.538.

Ahora bien, dicho término no se encontraba agotado a la fecha de interposición de la demanda –esto es, el día 23 de octubre de 2008–, ni tampoco al momento en que fueron notificados de la misma, según consta a fojas 9, 11 y 17, actuación procesal que trajo como consecuencia la

interrupción del nuevo plazo de prescripción que había comenzado a correr desde que se desestimó el recurso de casación a que se aludió en el párrafo anterior, de modo que al contestar los demandados, lo que sucedió el 20 de enero de 2009, la acción se encontraba plenamente vigente.

Décimo quinto: Que conforme se ha razonado precedentemente, la excepción de prescripción será desestimada.

Por estas consideraciones y atendido lo dispuesto en los artículos 186 y 227 del Código de Procedimiento Civil, **se revoca** la sentencia apelada de treinta de diciembre de dos mil once, escrita a fojas 653, y en su lugar se declara que **se acoge** la demanda de fojas 1, con costas, debiendo los demandados concurrir en proporción a sus cuotas hereditarias, según lo dispuesto en el artículo 1354 del Código Civil, al pago de la multa y de los intereses devengados en conformidad al artículo 34 del Decreto Ley N° 3.538.

Acordada **con el voto en contra** de los Ministros Sr. Ballesteros y Sr. Carreño, quienes estuvieron por confirmar la sentencia en alzada en virtud de las consideraciones por ellos vertidas en su voto contenido en el fallo de casación precedente.

Regístrese y devuélvase, con sus agregados.

Redacción a cargo del Ministro señor Carreño.

Rol N° 1079-2014.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Rubén Ballesteros C., Sr. Héctor Carreño S., Sr. Pedro Pierry A., Sra. María Eugenia Sandoval G., y Sra. Gloria Ana Chevesich R. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Ballesteros por estar con permiso y la Ministro señora Chevesich por estar en comisión de servicios. Santiago, 30 de octubre de 2014.

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

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

Comentario editorial: 1. El Presidente del Consejo de Defensa del Estado, señor Juan Ignacio Piña Rochefort, en su última cuenta pública, destaca que “luego de obtener sentencias desfavorables en primera y segunda instancia, la Corte Suprema falló favorablemente al interés fiscal en la causa seguida contra un sancionado por la Superintendencia de Valores y Seguros por infracción a la Ley de Mercado de Valores en el llamado caso Chispas, a cuya sucesión demandó en 2008 por 400 mil Unidades de Fomento, valor de la multa impuesta. El máximo tribunal reconoció la tesis del Consejo, sustentada en que la resolución que impuso la multa es un acto administrativo que causó inmediata ejecutoriedad, de manera que esa obligación se incorporó al patrimonio del infractor desde el momento de su notificación, por lo cual, tras su fallecimiento, se transmitió a sus herederos. Esta sentencia permitió obtener una importante modificación de la jurisprudencia existente hasta la fecha, relativa a la transmisibilidad de las multas impuestas por la autoridad administrativa”.

La sentencia referida de la Corte Suprema, de fecha 30 de octubre de 2014, fue pronunciada en los autos caratulados “Fisco de Chile con Dörr Zegers, María Teresa y otros”, rol ingreso corte N° 1.079-2014. En ella se acogió el recurso de casación en el fondo del Consejo de Defensa del Estado y se declaró, en fallo dividido, que la sucesión del Sr. Luis Fernando Mackenna Echaurren se encuentra obligada a pagar la multa que le fuere impuesta al causante por la Superintendencia de Valores y Seguros en el denominado “Caso Chispas”. La sentencia profundiza acerca de las semejanzas y diferencias entre las sanciones penales y administrativas para concluir que estas últimas causan inmediata ejecutoriedad, de manera que sus efectos nacen de inmediato y se radican en el patrimonio del administrado desde el momento de su notificación y, por lo tanto, se transmiten a sus herederos.

El fallo de mayoría considera que la obligación del pago de la multa, aplicada el 21 de noviembre de 1997 por la Superintendencia de Valores y Seguros, no se extingue con su muerte y, por lo tanto, se puede demandar

a sus herederos para el cobro. Indica al efecto que: “El acto administrativo que aplicó la multa al señor Mackenna produjo sus efectos de manera inmediata, esto es, en el acto de su notificación aquél pasó a ser deudor de la multa y tal obligación se incorporó a su patrimonio, de lo que se sigue que el cumplimiento de la obligación allí contenida podía –y aún puede– serle exigido a contar del día de su notificación, a menos que la ley disponga la suspensión de la exigibilidad de aquella. En efecto, ello queda confirmado por el derecho que asiste al sancionado para reclamar judicialmente de la aplicación de la multa o de su monto, pues en ese evento sólo se suspende el plazo establecido para el pago de la misma (...), sin que esa suspensión afecte la ejecutividad o eficacia del acto sancionatorio; dicha convicción es reforzada por la circunstancia que la norma citada estatuye que en el caso que se reclame de la imposición de la multa los intereses que se adeuden se devengarán a contar del undécimo día siguiente a la notificación de la resolución que la impuso, vale decir, ellos corren aun cuando se encuentre pendiente la decisión de la mentada acción judicial, lo que demuestra que la ejecutoriedad del acto no está supeditada ni depende de la sentencia que a propósito de ella se pronuncie”.

El fallo agrega que aunque la muerte del imputado “extingue su responsabilidad penal”, no tiene los mismos efectos en lo que se refiere a la sanción monetaria, “pues el acto administrativo que aplicó la multa produjo efectos en el patrimonio de aquél a la fecha de su notificación (...), en caso contrario, implicaría desconocer el carácter personalísimo de las penas y la intransmisibilidad de las mismas, sino que reside exclusivamente en un problema de mero endeudamiento, esto es, se traduce en una discusión en torno a la existencia y vigencia del crédito cuyo pago reclama el actor”.

A continuación se indica que como la deuda ya formaba parte de su pasivo a la fecha de su muerte, ocurrida el 1° de abril de 2005, “dicha obligación se transmitió a su sucesión y, en cuanto tal, constituye una deuda hereditaria (...) conclusión que no es alterada por la circunstancia que al momento del fallecimiento se encontraban pendientes ante esta Corte la decisión de los recursos que en su oportunidad el señor Mackenna impetró en contra de las sentencias que desestimaron su reclamo, pues –como ya se indicó– tal reclamo tiene como efecto únicamente inhibir la

potestad de la Administración para compeler el cumplimiento inmediato de la sanción, pero en caso alguno aquél impide el nacimiento de los efectos de la resolución que impuso la multa, los que, según se indicó, se radicaron en el patrimonio del administrado desde el momento mismo de la notificación de aquella”.

La sentencia se adoptó con los votos en contra de los ministros Ballesteros y Carreño, quienes destacan que: “(...) la culpabilidad aplicada a este ámbito específico del derecho supone que la sanción sólo puede ser aplicada a quien ha resultado ser personalmente responsable de la comisión de la conducta reprochada, de lo que se sigue, siempre conforme a los principios del orden penal, que la muerte del culpable supone la extinción de su responsabilidad. Como consecuencia de semejante aserto, la resolución del asunto de que se trata ha de descansar, al menos en este extremo, en la normativa contenida en el Código Penal, particularmente en su artículo 93, en cuanto estatuye que la responsabilidad penal se extingue por la muerte del responsable, siempre en cuanto a las penas personales, y respecto de las pecuniarias cuando a su fallecimiento no se hubiere dictado sentencia ejecutoriada”.

2. Sobre este fallo destaca el profesor de Derecho Administrativo Sr. Raúl Letelier, en comentario publicado en el Informativo N° 343, Diario Constitucional, de 6 de noviembre de 2014, lo siguiente:

“(...) así como la sentencia Aedo con Fisco de Chile (Rol 852-2000) es el actual leading case en materia de nulidad de derecho público y en la cual se asentó la prescriptibilidad de las acciones patrimoniales derivadas de ella, o la sentencia Seguel con Fisco de Chile (Rol 371-2008) lo es también en tanto consolida la aplicación de la falta de servicio a toda la responsabilidad estatal, todo hace pensar que la sentencia dada en el caso Mackenna (Fisco de Chile con Dörr Zegers, Rol 1079-2014) lo será para las sanciones administrativas (...)

La sentencia que comentamos, sin embargo, ha venido a girar –muy acertadamente a mi entender– completamente la perspectiva. Así, aun cuando la Corte asume la existencia de una carencia legislativa en regular las sanciones administrativas concluye que “dicha carencia legislativa y

el común origen de ambas sanciones no autorizan para aplicar de manera automática las normas y principios propios del derecho penal al derecho administrativo sancionador, sino que tal aplicación debe efectuarse dentro de los márgenes del procedimiento administrativo en general y del sancionatorio en particular, sin perder de vista el contexto que tuvo en vista el legislador para optar por una u otra sanción», y todo ello “para garantizar, de un modo más eficaz, los intereses sociales que en dichos ámbitos se encuentran en juego, lo que en caso alguno implica afirmar que, por ello, la Administración queda libre del control jurisdiccional en su obrar material y jurídico” (...).

La sentencia hace muy bien en resolver como lo hizo. Refiriéndose a los actos administrativos, sostiene la sentencia que “conforme a la idea de ejecutoriedad aquellos se insertan directamente en el ordenamiento jurídico, esto es, sus efectos y las situaciones jurídicas que crea nacen de inmediato, es decir, sin necesidad de recurrir a otra autoridad –judicial o de otra índole– para que lo vise y con ello se perfeccionen, con lo que si a través del acto se imponen obligaciones, éstas nacen precisamente con dicho acto y no en una etapa posterior” (...) “En consecuencia, todos los actos administrativos –incluidos los sancionatorios, por cierto– producen sus efectos de manera inmediata, sus consecuencias jurídicas y materiales se radican en el patrimonio del administrado desde el momento mismo de su notificación, y, una vez notificado, la Administración puede exigir su cumplimiento, incluso antes de que la persona sancionada reclame de la legalidad del acto, salvo que la ley o el juez suspendan dicha exigibilidad –es decir, su eficacia, en términos de ejecutividad–, pero tal suspensión no dice relación con que los efectos del acto no se producen –esto es, no afecta su ejecutoriedad–, sino que, por el contrario, ellos se encuentran plenamente incorporados en el patrimonio del deudor desde su notificación y permanecen en tanto el juez que conozca de la reclamación no declare la ilegalidad del acto respectivo”.

Esta decisión viene a resolver un conflicto que amenazaba con distorsionar toda la lógica de control inter-poderes dispuesta en nuestra Constitución. En efecto, el acto administrativo no es, en caso alguno, una especie de decisión «de primera instancia» como lo sería una sentencia penal apelable. En nuestra materia, el control contencioso-administrativo

es un control de un acto que ya existe en el sistema jurídico y no uno que espera una visación de la autoridad judicial. La ejecutoriedad –y esto es lo más relevante– se verifica en cada poder del Estado y se explica por la aptitud que cada uno de ellos tiene –precisamente por ser poder– de producir normas jurídicas. En esto, la sentencia referida viene a clarificar un punto de confusión en la propia doctrina administrativista”.

3. Debemos considerar, además, como señala el profesor de Derecho Civil Sr. Hernán Corral, en su columna “Transmisibilidad de la responsabilidad administrativa e interrupción de la prescripción”, publicada en el diario electrónico “El Mercurio Legal”, con fecha 19 de noviembre de 2014, que “la cuestión de la transmisibilidad no es el único punto de interés del caso en lo que concierne a obligaciones y contratos. Una vez casada la sentencia que establecía la intransmisibilidad de la multa a los herederos, el máximo tribunal debió dictar sentencia de reemplazo y hacerse cargo de la segunda excepción interpuesta por los demandados, consistente en la prescripción de la deuda por haber transcurrido el plazo especial de 2 años previsto en el art. 33 del D.L. 3.538. Aclarado que el plazo se aplica tanto al cobro por vía ejecutiva como por vía ordinaria, la Corte rechaza la excepción al estimar que la prescripción fue interrumpida por la gestión judicial prevista en el art. 1232 del Código Civil que permite a cualquier interesado pedir al juez que requiera a todo asignatario mortis causa que declare en el plazo de 40 días si acepta o repudia su asignación. El Fisco pidió esta gestión, la que fue acogida por el tribunal civil por sentencia de 21 de diciembre de 2005, confirmada luego por la Corte de Apelaciones y siendo rechazado el recurso de casación interpuesto en contra del fallo de esta última, el 30 de enero de 2008.

Según la sentencia de reemplazo, sólo en esta fecha comenzó a correr un nuevo término de prescripción de dos años por lo que a la fecha de notificación de la demanda de cobro a los herederos (que habían aceptado ya la herencia con beneficio de inventario), esto es, el 20 de enero de 2009, la acción estaba aún vigente.

La Corte rechaza la alegación de los demandados en el sentido de que esta gestión voluntaria no sería idónea para interrumpir la prescripción

porque no manifestaría una voluntad del Fisco de pedir el cumplimiento de la deuda hereditaria, dado que tenía a su disposición para ello la declaración de herencia yacente, cosa que no pidió. Según la sentencia, “de la decisión del actor en orden a recurrir a la gestión prevista en el artículo 1232 del Código Civil y no a la declaración de herencia yacente, no se puede concluir que la intención de aquél no era obtener el pago de la multa, pues más allá de lo discutible que pueda resultar la idoneidad de la misma como estrategia procesal, lo cierto es que [...] para que a una persona, como heredero, pueda exigírsele el cumplimiento de las deudas del causante es necesario no sólo que se determine su calidad de tal, sino también que acepte la herencia, que es lo que el Fisco buscaba con la gestión analizada” (cons. 13º de sentencia de reemplazo).

Con ello la Corte Suprema no hace más que confirmar una tendencia jurisprudencial ya bastante consolidada en cuanto a interpretar la expresión “demanda judicial” del art. 2518 inc. 3º del Código Civil, de manera amplia y a incluir en ella cualquier recurso o gestión intentada por el acreedor ante los tribunales por el cual pretenda, directa o indirectamente, que se dé cumplimiento a su crédito”.

JURISPRUDENCIA

DERECHO ADMINISTRATIVO

Corte Suprema

Autopista del Maipo Sociedad Concesionaria S.A. con MOP

5 de noviembre de 2014

RECURSO PLANTEADO: *Recurso de queja.*

DOCTRINA: *La Corte Suprema rechaza el recurso de queja interpuesto por la concesionaria en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones que había acogido el recurso de queja del CDE, rechazando la demanda interpuesta en contra del Fisco. La sentencia concluye que no hubo falta o abuso de los jueces recurridos al señalar que la norma que resolvía el conflicto –paralización de obras en una obra concesionada– era el artículo 22 N° 2 de la Ley de Concesiones que establece que “las obras se efectuarán a entero riesgo del concesionario” y no el artículo 22 N° 3 –que se refiere a incumplimiento del Fisco– como pretendía la concesionaria y que fuera aceptado por la Comisión Arbitral en su sentencia.*

Santiago, cinco de noviembre de dos mil catorce.

Vistos y teniendo presente:

Primero: Que en estos autos Rol N° 22.387-2014, Andrés Cuevas Ossandón, en representación de “Autopistas del Maipo Sociedad Concesionaria S.A.”, a fojas 40, recurre de queja en contra de los Ministros de la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago señor Carlos Gajardo Galdames y señora Dora Mondaca Rosales, quienes

por sentencia de 31 de julio de 2014 acogieron el recurso de queja, a su vez deducido por el Fisco de Chile, en contra de la Comisión Arbitral integrada por los Señores Claudio Illanes Ríos, Jorge Quiroz Contreras y Emilio Pfeffer Urquiaga, dejando sin efecto la sentencia dictada por dicha Comisión, con fecha 16 de diciembre de 2013, rechazando, en su lugar, la demanda deducida por Autopista del Maipo Sociedad Concesionaria S.A. en contra del Fisco de Chile, con costas.

Segundo: Funda su recurso manifestando que el tribunal recurrido anuló una sentencia dictada por la Comisión Arbitral antes referida, a pesar de que, conforme lo dispone el artículo 36 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, dicha Comisión adopta sus decisiones en calidad de tribunal de arbitradores, esto es, conforme lo que la prudencia y equidad le indiquen, de modo que pueden no estar sujetos a la obligación de dar cumplimiento a un texto legal aplicable a la materia. Con ese criterio, señala, la Comisión Arbitral acogió la demanda deducida por el quejoso, sin embargo, la sala de la Corte de Apelaciones recurrida, habría estimado que dicha Comisión habría incurrido en falta o abuso, por dos razones, primero, no haber aplicado la Comisión Arbitral el artículo 22 N° 2 de la Ley de Concesiones y segundo, no haber ponderado la prueba testimonial y documental rendida en el proceso.

Respecto a la primera circunstancia, señala que a su vez, la sala recurrida de la Corte de Apelaciones de Santiago, incurre en falta y abuso, por un lado, desde que como se señaló, la Comisión Arbitral no falla conforme a derecho sino que como arbitrador, de modo que no está obligado a aplicar la ley, y por otro lado, dicha sala no consideró que la Comisión Arbitral estableció circunstancias de hecho que no hacían aplicable el ya mencionado artículo 22 n° 2, siendo procedente la norma establecida en el artículo 22 n° 3 de la Ley de Concesiones.

Respecto a la segunda circunstancia que el tribunal recurrido indica como falta y abuso de la Comisión Arbitral, estima que no se configura, sino que al contrario, la propia Corte de Apelaciones comete la falta acusada, al rechazar la demanda sin realizar ponderación de las pruebas rendidas.

Tercero: Que solicitado el informe de rigor, éste no fue evacuado dentro de plazo, por lo que se prescindió del mismo. Sin perjuicio de ello, se acompañó a fojas 70, ordenándose agregar a fojas 73, oportunidad en que los recurridos, señalan que las razones de su actuar, se contienen en la propia sentencia atacada, y añaden que la calidad de árbitro arbitrador, no autoriza a fallar contra texto expreso, sin la necesaria fundamentación, lo que no ocurrió en autos, agregando que en la especie, se realizó la ponderación de la prueba rendida en autos, estimando que no concurren las faltas que se les atribuyen.

Cuarto: Que el recurso de queja se encuentra regulado en el Título XVI párrafo primero del Código Orgánico de Tribunales sobre jurisdicción y facultades disciplinarias, cuyo artículo 545 lo hace procedente sólo cuando en la resolución que lo motiva se haya incurrido en faltas o abusos graves, constituidos por errores u omisiones manifiestos e igualmente graves.

Quinto: Que como se observa del motivo quinto de la sentencia atacada, el tribunal reclamado consideró que la falta y abuso grave cometido por la Comisión Arbitral, consiste en haber fallado sin dar aplicación a un texto legal cuya interpretación genera dudas, y aun en el caso que en su calidad de arbitradores pudieran no estar sujetos a la obligación de dar cumplimiento a una norma legal aplicable, se hacía necesario razonar y motivar la decisión que los llevó no aplicar la regla, argumentos que no existen en la sentencia. Señala en el razonamiento décimo, que dejar de aplicar la normativa, sin señalar los motivos que lo justifican, prescindiendo de las alegaciones y pruebas, deben ser consideradas faltas graves.

Sexto: Que asimismo, del mérito de lo expuesto en el considerando undécimo de la sentencia recurrida, se advierte que el tribunal ha fundamentado su decisión en la aplicación del mencionado artículo 22 N° 2, precepto que señala que: “Las obras se efectuarán a entero riesgo del concesionario, incumbiéndole hacer frente a cuantos desembolsos fueren precisos hasta su total terminación, ya procedan del caso fortuito, fuerza mayor, o de cualquier otra causa”. Como no hay caso fortuito o fuerza mayor queda la expresión “cualquier otra causa”, la que, según

sostienen los recurridos “Considerando los términos tan amplios de esta norma, no es posible divisar de qué manera pudiera fijársele límites y qué hechos pudieran no estar comprendidas en ella”. Agregan, que no tiene cabida la norma a que se refiere el N° 3 del artículo 22.

Séptimo: Que, en consecuencia, al fallar los jueces como lo hicieron, acogiendo el recurso de queja deducido por el Fisco de Chile, en contra de la Comisión Arbitral integrada por los Señores Claudio Illanes Ríos, Jorge Quiroz Contreras y Emilio Pfeffer Urquiaga, dejando sin efecto la sentencia dictada por dicha comisión, con fecha 16 de diciembre de 2013, rechazando, en su lugar, la demanda deducida por Autopista del Maipo Sociedad Concesionaria S.A. en contra del Fisco de Chile, con costas, no han incurrido en falta o abuso grave, por lo que el recurso en examen será desestimado.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, **se rechaza** el recurso de queja deducido en lo principal de fojas 21.

Acordada una vez desechada la indicación previa de la Ministro Sra. Sandoval, quien estuvo por declarar inadmisibile el recurso de queja deducido a fojas 40 por cuanto, conforme a lo dispuesto en el artículo 63 N° 1 letra c) del Código Orgánico de Tribunales, las Cortes de Apelaciones conocen en única instancia de los recursos de queja que se deduzcan en contra de jueces árbitros, de lo que se sigue que el legislador tuvo en mente que las resoluciones que dichos tribunales pronuncien no sean susceptibles de revisión, de manera que resulta del todo improcedente aceptar a tramitación el presente recurso.

Acordado con el **voto en contra** del Abogado Integrante señor Prieto, quien estuvo por acoger el recurso de queja, invalidando la sentencia dictada por los ministros recurridos y manteniendo el fallo dictado por la Comisión Arbitral por las siguientes consideraciones:

1° Que Autopista del Maipo Sociedad Concesionaria S.A. fundamenta su demanda en la responsabilidad que le cabe al MOP en conformidad al artículo 22 n°3 de la ley de concesiones que establece

“3°.- Cuando el retraso en el cumplimiento de los plazos parciales o del total fuere imputable al Fisco, el concesionario gozará de un aumento igual al período del entorpecimiento o paralización, sin perjuicio de las compensaciones que procedan”. La demanda fue por varios conceptos, cuya evaluación total la estima en 1.604.086 unidades de fomento, y cuyas causas, según la concesionaria, son imputables al Fisco. Por su parte, el MOP solicitó que la demanda de incumplimiento de contrato debía ser desestimada por cuanto es la actora la que incumplió sus propias obligaciones contractuales.

2° Que la interlocutoria de prueba, como asimismo la numerosa prueba rendida por las partes y del análisis que de ellas hace la Comisión Arbitral, llevó a esta última a acoger algunas peticiones por estimar que eran imputables al Fisco y a desechar otras, fijando una indemnización total de 400.734 unidades de fomento. Los miembros de la Comisión Arbitral no estimaron aplicable la norma del artículo 22 N° 2 sino la del N° 3 de dicho precepto como dicen en su informe. Que sin perjuicio del carácter de arbitradores que tienen los miembros de la referida Comisión, lo que les permite fallar de acuerdo a la prudencia y equidad, en este caso lo hicieron dando aplicación a una norma que estimaban del todo pertinente y dando razón por qué no se estaba en el caso previsto del N° 2 del artículo 22 de la ley de concesiones. De esta manera la Comisión Arbitral falló de acuerdo a lo que estimó prudente y de equidad y aplicando la ley de acuerdo a la interpretación que de ella hicieron al tenor de los hechos y de las probanzas rendidas.

3° Que los Ministros de la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago acogieron el recurso de queja deducido por el Fisco de Chile en contra de la sentencia de la Comisión Arbitral, y rechazaron la demanda deducida por Autopistas del Maipo Sociedad Concesionaria S.A. en contra del Ministerio de Obras Públicas, fundado en que la mencionada Comisión debió aplicar la norma del N° 2 del artículo 22 de la ley de concesiones. Arguyen en el considerando Décimo primero que la norma referida no tiene límites, ya que el concesionario asume todos los riesgos, ya procedan del caso fortuito, fuerza mayor o cualquier otra causa. Descartado el caso fortuito y la fuerza mayor entran a determinar el alcance de la expresión “cualquier otra causa”,

concluyendo que dado lo literal del término es comprensiva de cualquier hecho o circunstancia que acontezca, prescindiendo del que origina lo uno o la otra. Sin embargo, no es posible sostener con tal interpretación que la concesionaria debe asumir el riesgo del incumplimiento del propio Fisco, que es su contraparte. El incumplimiento del Fisco está previsto en el N° 3 del artículo 22 y es la disposición que invoca la concesionaria en su demanda y que aplica la Comisión Arbitral en su fallo. Dicha Comisión accedió a otorgar indemnizaciones en favor de la concesionaria en aquellos casos que estimó que los hechos eran imputables al Fisco, haciendo un análisis razonado para cada ítem, tanto para su rechazo como para su acogimiento y determinación de las cantidades; actuando dentro de la esfera de competencia que le otorga el artículo 36 de la Ley de Concesiones.

De esta manera, los ministros de la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, al acoger el recurso de queja en contra de los miembros de la Comisión Arbitral, dejando sin efecto la sentencia de fecha 16 de diciembre de 2013 y en su lugar declarando que se rechaza la demanda de Autopistas del Maipo Sociedad Concesionaria S.A. han cometido faltas y abusos graves, debiendo dejarse sin efecto lo actuado por los jueces recurridos, rechazando el recurso de queja que fuera interpuesto por el Fisco en contra de la sentencia de la Comisión Arbitral.

Sin perjuicio de lo resuelto y en uso de las atribuciones que detenta esta Corte, se procederá a **actuar de oficio** por las siguientes consideraciones:

1. Que como se advierte de la causa Rol 22.387-14 de la Corte de Apelaciones de Santiago, en la que incide el recurso de queja deducido en contra de la sentencia dictada por la Comisión Arbitral del Contrato de Concesión de Obra Pública, en el libelo que contiene dicha impugnación, que rola a fojas 21, se formuló como petición concreta por parte del Consejo de Defensa del Estado, que se deje sin efecto la sentencia de la Comisión Arbitral, y que en su lugar se rechace en todas sus partes la demanda, sin hacer referencia a las costas de la causa.

2. Que el fallo recurrido en estos autos, que acogió la queja del Fisco de Chile, rechazó la demanda de estos antecedentes, accediendo a la pretensión referida en el motivo anterior, pero se pronunció, condenando en costas al quejoso de estos autos.

3. Que de este modo, se observa que el tribunal recurrido se ha extendido a puntos no puestos bajo su consideración, alterando el principio de congruencia que preside nuestra institucionalidad procesal, atentando de este modo, contra el artículo 160 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo al cual las sentencias se pronunciarán conforme al mérito del proceso y no podrán extenderse a puntos que no hayan sido sometidos expresamente a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio, incurriendo los sentenciadores recurridos en una falta, que debe enmendarse por esta vía.

Por estas consideraciones, actuando esta Corte de oficio, en uso de la facultad que le confieren los artículos 83 y 84 inciso final del Código de Procedimiento Civil, y 545 del Código Orgánico de Tribunales, por haberse incurrido en un error de procedimiento, **se deja sin efecto** la sentencia recurrida, en la parte referida a la condena en costas, declarándose que se exime de ellas.

Acordado contra el voto de la Ministro señora Sandoval, quien fue de opinión de no actuar de oficio para hacer lugar al recurso de queja, atendidas las razones expuestas en su indicación previa.

Agréguese copia de la presente resolución a los autos traídos a la vista, hecho, devuélvanse ellos al tribunal de origen con su agregada.

Regístrese, comuníquese y archívese.

Redacción a cargo del Abogado Integrante Sr. Prieto

Nº 22.387-2014.-

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Rubén Ballesteros C., Sr. Pedro Pierry A., Sra. María

Eugenia Sandoval G., y los Abogados Integrantes Sr. Jorge Lagos G., y Sr. Alfredo Prieto B. No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Abogado Integrante señor Lagos por estar ausente. Santiago, 05 de noviembre de 2014.

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

En Santiago, a cinco de noviembre de dos mil catorce, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

JURISPRUDENCIA

DERECHO CIVIL

Corte Suprema

**Labrador S.A. con Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras
Públicas, Fisco de Chile y Consejo de Defensa del Estado**

25 de noviembre de 2014

RECURSO PLANTEADO: *Reclamación administrativa.*

DOCTRINA: *Los sentenciadores rechazan la acción considerando al efecto que la regla general en materia de caminos es considerar que todos ellos son bienes del Estado, desde que por excepción, sólo los caminos construidos a expensas de personas particulares en tierras que les pertenecen no son bienes nacionales de uso público y que le corresponde al demandante la carga de probar que el camino materia de la litis es privado, lo que no se efectuó.*

El artículo 26 del Decreto con Fuerza de Ley N° 850 de 1997, del Ministerio de Obras Públicas permite que la autoridad administrativa presuma como público un camino si se comprueba que aquél está o ha estado abierto al uso público, evento en el que la Dirección de Vialidad deberá ordenar su reapertura o ensanche, si es que el mismo ha sido cerrado o intervenido. Así, el presupuesto fáctico que sirve de base para construir la presunción lo constituye la circunstancia de haber sido entregado al uso de la comunidad. Es por ello que al configurarse el uso público de un camino se faculta a la autoridad administrativa a ordenar su reapertura o ensanche, en el sentido de mantener el statu quo del mismo, sin perjuicio de las acciones dominicales que le correspondan al particular afectado. Lo anterior implica la consagración de una

presunción simplemente legal, que como es sabido, envuelve en la práctica la inversión del onus probandi, de manera que dándose los presupuestos de la presunción del artículo 26 del cuerpo legal en examen, atribuye al particular la carga de probar ante los tribunales que el camino en cuestión le pertenece, lo que guarda plena coherencia con el sentido del precepto legal mencionado, que tiene su fundamento en la potestad del Estado de intervenir en aquellos bienes que por su función se entienden de uso público, correspondiéndole garantizar que efectivamente tengan dicho destino.

Santiago, veinticinco de noviembre de dos mil catorce.

Vistos:

En estos autos Rol N° 22.830 2014, provenientes del 22° Juzgado Civil de Santiago, caratulados “Labrador S.A. con Dirección de Vialidad y otro” sobre reclamación administrativa en contra de la Resolución N° 8338 de 25 de julio de 2004, dictada por la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas, la parte demandante dedujo recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que, con fecha 18 de junio de este año, revocó la sentencia de primera instancia y su complementaria, rechazando las excepciones de ineptitud del libelo, corrección del procedimiento e incompetencia, y pronunciándose sobre el fondo, rechazó con costas la demanda de autos.

Se trajeron los autos en relación.

Considerando:

Primero: Que en el arbitrio deducido se denuncia la infracción del artículo 24 del Decreto con Fuerza de Ley N° 850 en relación con lo dispuesto en el artículo 26 del referido cuerpo legal y lo establecido en los artículos 589 y 592 del Código Civil, señalando al efecto, luego de exponer en general las normas cuya conculcación se denuncia, que la sentencia de segundo grado yerra al rechazar la reclamación formulada, no obstante reconocer expresamente la propiedad de la demandada respecto del inmueble en cuyo interior se encuentra el camino materia de autos.

En efecto, según señala, de la definición de camino público que entrega el artículo 24 del cuerpo legal en referencia se extraen las dos exigencias copulativas para determinar el carácter de público de un camino; por un lado, que se trate de vías de comunicación terrestres destinadas al libre tráfico situadas fuera del límite urbano y segundo, que se trate de fajas que sean bienes nacionales de uso público.

En la especie, se ha establecido en autos, según expresa, que las fajas de terreno que la componen forman parte de un terreno privado, de modo que no puede existir un camino público si las fajas por las que corren son de dominio privado.

De este modo acusa una contradicción entre la conclusión a que arriban los sentenciadores con la definición legal citada de camino público.

Agrega que no es obstáculo a lo anterior la circunstancia que el camino no nazca al interior del predio de la demandante, situación que no modifica a su entender la calidad de camino privado.

Explica que no justifica la conclusión de la sentencia recurrida, el hecho de que su parte no haya podido acreditar haber construido el camino a sus expensas, pues el artículo 592 del Código Civil regula dicho caso, como tampoco la circunstancia de que el Estado haya efectuado labores de mantención del mismo.

Añade finalmente, que la presunción establecida por el artículo 24 del DFL N° 850, que indica que “todo camino que esté o hubiere estado en uso público se presumirá público (...)”, corresponde a una presunción simplemente legal, que admite prueba en contrario, la que se encontraría desvirtuada en autos, con los documentos acompañados por el recurrente.

Segundo: Que al explicar la forma en que los errores de derecho denunciados han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, señala que de no haberse incurrido en ellos los sentenciadores de segundo grado necesariamente habrían acogido la demanda.

Tercero: Que para una acertada inteligencia de las materias a las que se extiende el recurso, se hace necesario referir que la presente causa se inició mediante demanda en juicio sumario de reclamación en contra de la Resolución N° 8338/2004 emanada de la Dirección de Vialidad, la que pide se deje sin efecto.

La resolución reclamada dispone en contra de la reclamante las siguientes medidas:

- 1) La apertura, despeje total y puesta en perfecto estado de comunicación y servicialidad del camino materia de autos.
- 2) El retiro del portón metálico dispuesto por la Sociedad demandante, y
- 3) Una multa de veinte unidades tributarias mensuales.

Dicha resolución, tiene su sustento en la consideración de cuatro circunstancias respecto al camino de marras, a saber: Que dicha vía se encuentra cerrada y existe población en su interior que se ve perjudicada por ello; Que la misma tiene el carácter de pública, al haber estado abierto al uso público en forma habitual y continuada desde principios del siglo pasado; Que la mantención del camino se efectúa mediante el Programa de Administración Directa de la Dirección de Vialidad de la IV Región; y que dicho camino consta en los planos del Instituto Geográfico Militar del año 1954.

Cuarto: Que la sentencia impugnada, en lo que interesa al recurso, tuvo por establecidos los siguientes hechos:

- 1) Que la demandante es dueña del inmueble denominado Estancia El Arrayán y El Dadín, en el cual se emplaza el camino materia de autos, conocido como “El Arrayán El Guairabo”.
- 2) Que el mismo camino no nace en el portón de ingreso al inmueble en referencia, sino mucho antes, en la Ruta 41, a la altura del kilómetro 27.

- 3) Que no se acreditó que dicho camino haya sido construido a expensas de la demandante.
- 4) Que dicha vía se encuentra abierta al público en forma habitual y continuada desde a lo menos cien años atrás.

Quinto: Que sobre la base de lo anterior, según se expresa en el motivo décimo quinto del fallo en examen, los sentenciadores rechazan la acción considerando al efecto que la regla general en materia de caminos es considerar que todos ellos son bienes del Estado, desde que por excepción, sólo los caminos construidos a expensas de personas particulares en tierras que les pertenecen no son bienes nacionales de uso público y que le corresponde al demandante la carga de probar que el camino materia de la litis es privado, lo que no se efectuó.

Sexto: Que de la lectura del recurso se advierte que la recurrente lo ha estructurado en base a dos fundamentos, a saber: por un lado reprocha a los sentenciadores la errada interpretación de los artículos 24 del DFL N° 850, 589 y 592 del Código Civil, los que llevan a concluir que los caminos públicos son aquellas vías cuyas fajas correspondan a bienes nacionales de uso público, que a su vez corresponden a aquellos bienes cuyo dominio pertenece a la nación toda, de modo que los caminos construidos a expensas de particulares en tierras que les pertenecen, no son bienes nacionales de uso público, que es lo que sucedería en autos.

Por otro lado, al referirse al artículo 26 del DFL N° 28, indica que la presunción legal de la calidad de público de un camino, por el hecho de estar o haber estado en uso público, debe ser descartada, por haber sido desvirtuada con la prueba que indica.

Séptimo: Que en lo que dice relación con el primer fundamento del recurso en análisis, cabe señalar que nuestro ordenamiento jurídico distingue entre caminos públicos y privados, siendo los primeros de ellos, aquellos que conforme a las reglas establecidas en los artículos 589 y 592 del Código Civil, tienen tal carácter, pues su uso pertenece a la nación toda, lo que significa que su goce es general o común, cuestión que como se observa, obedece a una cuestión teleológica, por cuanto es su destino

lo que configura tal carácter (Miguel Marienhoff, “Tratado de Derecho Administrativo. Tomo V”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 41).

Octavo: Que esta distinción entre caminos públicos y privados, se despliega en nuestra legislación como un asunto de interés público, por cuanto sólo son caminos privados conforme lo dispone el artículo 592 del Código Civil, aquellos construidos a expensas de particulares en tierras que les pertenecen, de modo que la existencia de dicha categoría de caminos se circunscribe sólo a la referida hipótesis legal, lo que encuentra plena coherencia con la importancia que las vías tienen en la concretización del bien común y la garantía de la libertad personal, específicamente en lo relativo a la libertad de tránsito y desplazamiento, lo que justifica el interés del Estado en su regulación.

Por lo mismo, nuestro sistema contempla la existencia de caminos públicos propiamente tales, que son aquellos emplazados en fajas que correspondan a bienes nacionales de uso público, y también de aquellos situados en terrenos privados, que tienen el carácter de uso público por afectación directa mediante acto administrativo, o se presumen legalmente como públicos en razón a su destino y uso.

Noveno: Que en efecto, el artículo 26 del Decreto con Fuerza de Ley N° 850 de 1997, del Ministerio de Obras Públicas, en su inciso 1° dispone que: «Todo camino que esté o hubiere estado en uso público se presumirá público en todo el ancho que tenga o haya tenido y la Dirección de Vialidad ordenará y hará cumplir su reapertura o ensanche, en caso de haber sido cerrado o modificado, cualquiera que sea el tiempo durante el cual el camino haya permanecido total o parcialmente sustraído al uso público.

Esta disposición no excluye el derecho del particular para reclamar judicialmente su dominio».

Décimo: Que dicha norma permite que la autoridad administrativa presuma como público un camino si se comprueba que aquél está o ha estado abierto al uso público, evento en el que la Dirección de Vialidad deberá ordenar su reapertura o ensanche, si es que el mismo ha sido cerrado o intervenido.

Así, el presupuesto fáctico que sirve de base para construir la presunción lo constituye la circunstancia de haber sido entregado al uso de la comunidad.

Es por ello que al configurarse el uso público de un camino se faculta a la autoridad administrativa a ordenar su reapertura o ensanche, en el sentido de mantener el statu quo del mismo, sin perjuicio de las acciones dominicales que le correspondan al particular afectado.

Undécimo: Que lo anterior implica la consagración de una presunción simplemente legal, que como es sabido, envuelve en la práctica la inversión del onus probandi, de manera que dándose los presupuestos de la presunción del artículo 26 del cuerpo legal en examen, atribuye al particular la carga de probar ante los tribunales que el camino en cuestión le pertenece, lo que guarda plena coherencia con el sentido del precepto legal mencionado, que tiene su fundamento en la potestad del Estado de intervenir en aquellos bienes que por su función, se entienden de uso público, correspondiéndole garantizar que efectivamente tengan dicho destino.

Duodécimo: Que de este modo, esta Corte no advierte la infracción consistente en la errada interpretación de las normas que se acusan como vulneradas, desde que el artículo 26 del DFL N° 850, norma especial que rige el estatuto de los caminos, establece que todo camino que esté o hubiere estado en uso público, se entenderá que tiene dicha calidad, habiendo sido correctamente aplicada por la sentencia impugnada.

Décimo tercero: Que respecto de la segunda situación alegada como fundamento del recurso analizado, de su solo examen se observa de manera ostensible que lo que la recurrente pretende es que se arribe a una decisión en un sentido opuesto a los hechos establecidos por los jueces del fondo.

En efecto, como se ha expuesto, sustenta el libelo de nulidad en su apreciación de encontrarse desvirtuada la presunción legal del artículo 26 del DFL N° 850, al señalar en el párrafo segundo de su escrito de casación a fojas 859, que la referida presunción ha sido «en este caso desvirtuada con las copias de dominio acompañadas en autos».

Décimo cuarto: Que con ello, lo que hace el reclamante es imputar a los sentenciadores de fondo una errada valoración de la prueba rendida en juicio, pretendiendo con ello que esta Corte realice una nueva ponderación de la misma, lo que resulta improcedente puesto que tal actividad es extraña a los fines de la casación en el fondo, siendo propia y exclusiva de los jueces del grado.

Que en efecto, los hechos que se han fijado no son susceptibles de alteración, desde que el recurrente no los ha impugnado denunciando infracción a las leyes reguladoras de la prueba que permitan a esta Corte Suprema alterar la situación fáctica descrita anteriormente.

Décimo quinto: Que de los términos expuestos, aparece que la sentencia recurrida aplica correctamente la normativa que regula esta materia, de manera que el recurso de casación en el fondo ha de ser desestimado.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 764, 765, 766, 767, 768 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal de fojas 854 en contra de la sentencia de dieciocho de junio de dos mil catorce, escrita a fojas 829.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.

Redacción a cargo de la Ministro señora Sandoval.

Rol N° 22.830 - 2014.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Rubén Ballesteros C., Sr. Pedro Pierry A., Sra. María Eugenia Sandoval G., y los Abogados Integrantes Sr. Luis Bates H. y Sr. Alfredo Prieto B.

No firma, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, el Ministro señor Ballesteros por haber cesado en sus funciones.

JURISPRUDENCIA

DERECHO MEDIOAMBIENTAL

Segundo Tribunal Ambiental

Estado de Chile con Sociedad Servicios Generales Larenas Ltda.

29 de noviembre de 2014

RECURSO PLANTEADO: *Demanda de reparación del daño ambiental.*

DOCTRINA: *El presente fallo corresponde a la la primera sentencia pronunciada en una causa iniciada por una demanda de reparación del daño ambiental, interpuesta por el Consejo de Defensa del Estado, en el nuevo Sistema de Justicia Ambiental. En ella se condenó a la empresa Sociedad Servicios Generales Larenas Ltda. a reparar el medio ambiente que dañó con sus faenas de extracción de áridos desarrolladas en la ribera del río Duqueco, comuna de Quilleco, Región del Biobío. Dichos trabajos se realizaron sin autorización alguna ni de la Dirección Regional de Aguas ni de la Municipalidad de Quileco. El fallo establece que la sociedad demandada, la cual fue declarada en rebeldía por el tribunal, “debe restaurar el medio ambiente a su estado original, lo que se traduce en restablecer todos los componentes medioambientales afectados señalados en la sentencia, en particular la dinámica hidráulica del cauce del río Duqueco hasta el trazado y profundidades que tenía antes de la extracción de áridos, y restablecer el hábitat de las especies de fauna íctica amenazada”. La sentencia decretó, asimismo, una serie de medidas cautelares “para asegurar el oportuno cumplimiento de lo decidido y controlar los riesgos asociados al daño establecido”.*

Santiago, veintinueve de noviembre de dos mil catorce.

Vistos:

El 9 de agosto de 2013, don Marcelo Chandía Peña, Abogado Procurador Fiscal (S) de Santiago, por el Estado de Chile, ambos con domicilio en calle Agustinas N° 1687, Santiago, interpuso ante este Tribunal –conforme al artículo 17 N° 2 de la Ley N° 20.600– demanda de reparación de daño ambiental en contra de la Sociedad Servicios Generales Larenas Ltda., sociedad del giro de su denominación, Rol Único Tributario N° 76.086.871-K, representada legalmente por don Patricio Larenas Rioseco, ambos domiciliados en Camino a San Antonio Km 1,5 S/N, en calle Luis Soto N° 0780, Depto. 21 y en Avda. Vicuña Mackenna N° 255, todos de la Comuna de Los Ángeles, Región del Bío Bío, y en Avda. Vicuña Mackenna N° 7255, oficina 99, Comuna de La Florida, Región Metropolitana de Santiago.

La demanda

En su libelo de fojas 2, el Demandante señala que la Sociedad Servicios Generales Larenas Ltda., se encontraba ejecutando a esa fecha, obras de extracción de áridos en el cauce del río Duqueco y en terrenos ribereños, ambos en el sector denominado Llano Blanco, ubicado aguas abajo del puente Calderones, en la Comuna de Quilleco, Región del Bío Bío, sin contar con autorización alguna por parte de la Dirección Regional de Aguas y de la Municipalidad de Quilleco.

Precisa que el río Duqueco es un afluente del río Bío Bío, que tiene una longitud de 120 kilómetros y cuya cuenca alcanza una extensión de 1.350 Km², atravesando en dirección de este a oeste a tres comunas, a saber: Quilleco, Santa Bárbara y Los Ángeles. Agrega que las aguas del mencionado río sustentan el ecosistema en toda su extensión y que son utilizadas como fuente de canales agrícolas, de agua potable para localidades ubicadas en sus alrededores, aprovechamiento hidroeléctrico y pesca deportiva. Señala que el río Duqueco, a 350 metros aproximadamente aguas abajo del puente Calderones, en el sector denominado “Llano Blanco”, se abría en dos brazos dejando entre ambos

un lugar que se denominaba “La Isla”, y luego se cerraba continuando en un solo cuerpo o curso de agua. El sector de “La Isla” tenía una superficie aproximada de 7 hectáreas, con suelo tipo misceláneo de río, con presencia de piedras y arenas medias a gruesas, y con flora arbórea y arbustiva, siendo un sector frecuentado por aves silvestres.

En cuanto a los hechos constitutivos de daño ambiental, el libelo afirma que con motivo de las actividades de extracción de áridos, el demandado construyó un pretil para desviar y secar el brazo norte del río, que rodeaba el sector “La Isla” por una extensión aproximada de 60 metros. Pues bien, con dicha intervención habilitó un acceso directo al cauce para el ingreso de maquinaria pesada y permitió la extracción de áridos en el brazo norte del río que fue secado. A lo anterior, se suma el hecho que la demandada efectúa faenas en otro sector, que se ubica hacia el otro lado del pretil, es decir, sobre una parte del cauce ubicado en el brazo sur.

Agrega que estas actividades de extracción sin la correspondiente autorización, fueron constatadas por la Dirección Regional de Aguas, por inspección de octubre de 2011, lo que conllevó la dictación de la Resolución Exenta N° 1442, de 9 de noviembre de 2011, que ordenó la paralización inmediata de las obras de extracción y la restitución del cauce del río Duqueco. Indica que el 19 de octubre de 2012, funcionarios de la mencionada Dirección constataron que no se había dado cumplimiento a la paralización decretada en octubre de 2011, continuándose con las faenas de extracción.

Responsabilidad ambiental del demandado

En la demanda, el actor argumenta que su acción corresponde a la de reparación del medio ambiente contenida en el artículo 53 de la Ley N° 19.300, desarrollando cada uno de los presupuestos que deben concurrir para dar origen a este tipo de responsabilidad, a saber: i) acción u omisión de los autores del daño; ii) culpa o dolo; iii) daño ambiental; y, iv) relación de causalidad entre la conducta dolosa o culpable y el daño. Señala que en la especie concurren todos ellos, conforme a los siguientes argumentos:

- a) Acción u omisión. En cuanto a este elemento afirma que el artículo 3 de la Ley N° 19.300, establece que *“todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuera posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley”*, pronunciándose en el mismo sentido el artículo 51 inciso 1° del mismo estatuto legal. Agrega que el daño ambiental al que hace referencia es el resultado de la acción directa de la demandada, al desarrollar faenas de extracción de áridos sin contar con autorización para ello, lo que ha conllevado la severa intervención del cauce y las aguas del río Duqueco en los términos ya señalados precedentemente.
- b) Culpa o dolo. Sobre este segundo elemento de la responsabilidad, señala que se han infringido diversas normas de protección, conservación y preservación ambiental, configurándose la presunción de culpabilidad y nexo causal contemplada en el artículo 52 de la Ley N° 19.300, por cuanto el demandado habría infringido los artículos 41 y 171 del Código de Aguas –ambas normas de protección ambiental– como se encuentra acreditado en la Resolución Exenta N° 1.442, de 9 de noviembre de 2011, de la Dirección Regional de Aguas. Sin perjuicio de lo anterior, de todas formas el actuar del demandado ha sido –a su juicio– al menos, culposo, pues las actividades de extracción de áridos se realizaron pese a existir una orden de paralización dictada por la Dirección Regional de Aguas, sumado a tres intentos de lograr su cumplimiento mediante la fuerza pública. A lo anterior se debe sumar que la Municipalidad de Quilleco dictó el Decreto N° 252, de 19 de octubre de 2011, mediante el cual se ordenó la paralización de toda labor extractiva de áridos en la ribera del río Duqueco, por no cumplir con lo estipulado en la Ley de Rentas Municipales, que exige el pago de patente por la extracción de arena, ripio u otros materiales, de bienes nacionales de uso público, o desde pozos lastreros ubicados en inmuebles de propiedad particular. Por último, agrega que el demandado, al no contar con un permiso o concesión, habría incumplido el artículo 5° de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, que dispone que los bienes nacionales de uso público, incluido su subsuelo, existentes en la comuna respectiva los administra la municipalidad, la que puede otorgar respecto de ellos,

concesiones o permisos, conforme su artículo 36. La demandada no tramitó dicho permiso o concesión, continuando sus labores en forma ilegal. Todo lo anterior demuestra que actuó al menos con culpa, aunque su actuar abiertamente contrario a la ley más pareciera una intención positiva y manifiesta de causar daño.

c) Daño ambiental. La demanda precisa que, como consecuencia de las intervenciones realizadas al río Duqueco, se produjeron daños ambientales graves al cauce del citado río y al ecosistema que éste sustentaba, viéndose afectados los siguientes componentes ambientales:

i. Agua. Como consecuencia de la extracción de áridos, se ha producido una intervención significativa del cauce del río en el sector denominado “Llano Blanco”, en su brazo norte y el tramo en que se ubica el pretil, por una extensión aproximada de 1 km y en un área de 5 hectáreas aproximadamente. Esto ha generado un considerable desnivel del lecho del río desde la cota original, variación de la pendiente, formación de pozones de gran profundidad, un cambio de las condiciones de escurrimiento del cauce, mayor capacidad de arrastre de material aguas bajo y erosión en el tramo hacia aguas arriba del mismo, lo que además, produce un menoscabo directo al recurso hídrico. Adicionalmente, por el daño ambiental causado y que continúa causándose por la constante actividad de la demandada en el sector, se alcanzaría inminentemente las bases del puente Calderones, comprometiendo su estabilidad con el consecuente riesgo para la población que vive en los alrededores y que utiliza comúnmente la ruta que cruza dicho puente.

ii. Suelo y hábitat de avifauna. La extracción de áridos y las áreas destinadas a la circulación de maquinarias y camiones que realiza la Demandada afectó al suelo ribereño, con su degradación y pérdida significativa, dejando en su lugar la formación de pozones y la acumulación de gran cantidad de material de acopio (bolones). Agrega la demanda que la superficie afectada alcanzaba a las 3 hectáreas al momento de la visita inspectiva del Servicio Agrícola y Ganadero, de abril de 2013. Este daño ambiental al recurso suelo afecta como

consecuencia al ecosistema del lugar, debido a la pérdida de hábitat de especies nativas del sector, como patos yecos y garzas.

iii. Paisaje. Como consecuencia de las intervenciones al cauce del río se ha producido un deterioro significativo al componente paisajístico del lugar, viéndose afectada la belleza escénica del río y su entorno, integrado por álamos, sauces, aromos y flora arbustiva.

Ecosistema, su biodiversidad y pérdida de servicios ambientales. El agua permite el nacimiento y mantención de ecosistemas diversos y muy productivos, que prestan diversos servicios ambientales, entre los que se pueden destacar, el ser base para dotar de agua para uso doméstico, industrial y agrícola, proveer de belleza escénica para el turismo y recreación, evitar inundaciones, permitir la recarga de los acuíferos y constituir una de las bases fundamentales para la biodiversidad. Asimismo, proveen de alimento y medicina a las poblaciones humanas y a la vida silvestre y acuática, todos los cuales se han visto afectados por las actividades de extracción.

En cuanto al daño como último requisito de la responsabilidad por daño ambiental, indica que conforme a la definición contenida en la letra e) del artículo 2° de la Ley N° 19.300, los elementos necesarios para su configuración son dos, a saber: i) un deterioro o menoscabo inferido al medio ambiente, requisito que se cumple en el caso de autos toda vez que el carácter ambiental de los bienes afectados (agua, suelo, fauna, paisaje, ecosistema y biodiversidad) en el caso en concreto sería indiscutible, pues es la propia definición legal de medio ambiente la que los incluye; y ii) debe tratarse de un perjuicio o menoscabo significativo. En el caso concreto, se ha generado un daño ambiental que reviste el carácter de suma gravedad, pues con la extracción de áridos se ha afectado y se continúa afectando el cauce del río Duqueco en el sector de Llano Blanco, sus aguas, el ecosistema conformado en el sector, el hábitat de avifauna representada entre otros por patos yeco y garzas, su valor paisajístico y la biodiversidad que sustentaba.

d) Relación de causalidad. Sobre este requisito, señala que de acuerdo al artículo 52 de la Ley N° 19.300, existiendo infracción normativa

y daño ambiental, será la demandada quien tendrá que probar que no existe relación causal entre su obrar y los daños ambientales descritos en la demanda, pues se presume legalmente la existencia de relación causal entre el hecho culposo y los daños ambientales provocados.

Finalmente, en cuanto a las peticiones contenidas en la demanda, se solicita que ésta sea acogida declarando haberse producido daño ambiental por culpa o dolo de la demandada, y condenarla como autora de daño ambiental, a repararlo materialmente y en forma íntegra, para volver al estado anterior, conforme a las características del río y su entorno en los tramos no intervenidos, aguas arriba y aguas abajo, mediante las siguientes obligaciones que deberán cumplirse bajo el apercibimiento del artículo 1553 del Código Civil, a saber:

i) restituir todo el cauce del río Duqueco que se encuentre afectado, conforme a las especificaciones técnicas que determine al respecto la Dirección Regional de Aguas, en el plazo de tres meses; ii) eliminar el pretil que obstruye el libre escurrimiento de las aguas, en el plazo de un mes; iii) eliminar los accesos de la maquinaria al cauce en el plazo de un mes; iv) retirar la planta chancadora y el material acopiado, en el plazo de tres meses; v) recuperar todo el suelo ubicado en la ribera norte que se encuentre afectado, en el plazo de tres meses; y, vi) toda otra medida que en los plazos y modos, el Tribunal determine y considere conducente, conforme a derecho y al mérito del proceso, a fin de obtener la reparación integral del ecosistema. Por último, también solicita que se le condene en costas.

Continuación del proceso

A fojas 20, rola la resolución de 20 de agosto de 2013, mediante la cual se acogió a tramitación la demanda y se dio traslado al demandado para su contestación.

A fojas 22, el Tribunal, de oficio, mediante resolución de 21 de agosto de 2013, teniendo como fundamento que se estarían ejecutando obras de extracción de áridos sin contar con las autorizaciones pertinentes, ofició a la Superintendencia del Medio Ambiente, al Servicio de Evaluación

Ambiental, a la Dirección de Obras Hidráulicas, a la Dirección General de Aguas, al Servicio de Salud de la Región del Bío Bío y a la Municipalidad de Quilleco, para que informaran sobre los hechos demandados.

A fojas 32, con fecha 4 de septiembre de 2013, la Superintendencia del Medio Ambiente informa al Tribunal que a la fecha *“no se encontraba conociendo de ningún procedimiento de fiscalización o sanción respecto de la empresa Servicios Generales Larenas Ltda., demandada en la causa señalada anteriormente, ni ha recibido una denuncia al respecto”*.

A fojas 83, evacúa el informe respectivo el Director General de Aguas, de 13 de septiembre de 2013, señalando que la entidad

“puede advertir que a consecuencia de esta extracción de áridos se generó la afectación a la vida, salud y bienes de la población, además de la alteración del régimen de escurrimiento de aguas, cometiéndose con esto graves infracciones a los artículos 41, 129 bis 2 y 171 del Código de Aguas, todo lo cual se detalla en la Minuta D.G.A Región de Bío Bío N° 479, de 10 de septiembre de 2009, en la que se indica como la acción corrosiva del río provocada por la extracción socava la ribera del río y las fundaciones del Puente Calderones”, acompañando, además, una serie de documentos que constan entre las fojas 35 y 82.

A fojas 97, informa el Director Ejecutivo (PT) del Servicio de Evaluación Ambiental, señalando que el demandado *“no registra actividades o proyectos que hayan sido sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental bajo ninguna modalidad de ingreso [...], y bajo ninguna de las tipologías de ingreso estipuladas en el artículo 10, de la Ley N° 19.300 [...], para las actividades descritas en la demanda y para el sector y localidad en cuestión Río Duqueco en el sector “Llano Blanco”*.

A fojas 139, informa el Director Nacional de Obras Hidráulicas (S) acompañando la minuta generada a partir de la visita a terreno realizada el 10 de septiembre de 2013, con sus respectivos antecedentes que rolan entre las fojas 103 a 138. En dicho documento la autoridad señaló que: *“no observa durante la visita, faenas de extracción de áridos en el cauce del río Duqueco en el sector indicado. Sin perjuicio de lo anterior, se*

observa intervenciones en la ribera sur, no pudiendo establecer a priori a quién son atribuibles. Finalmente, de las intervenciones ejecutadas a la fecha y la respuesta del río a las mismas, observadas en el cauce del río Duqueco en el sector indicado, manifiestan efectos colaterales que a mediano o largo plazo pudieran agudizarse, generando problemas de difícil cuantía, siendo oportuno tomar medidas al respecto, sobre todo si se considera que la actividad extractiva en el sector, evidencia un incremento expansivo en el tiempo”.

El 26 de septiembre de 2013, mediante resolución que rola a fojas 91, el Tribunal, tomando en consideración lo informado por el Director General de Aguas del Ministerio de Obras Públicas, en el sentido que las faenas de extracción y procesamiento de áridos en el río Duqueco, ha provocado el socavamiento de la ribera del río y de las fundaciones del puente Calderones; así como también, ha generado un afectación a la vida, salud y bienes de la población, decide –conforme al artículo 24 de la Ley N° 20.600– paralizar en forma inmediata las obras de extracción y explotación de áridos en el cauce del río Duqueco, en el sector de Llano Blanco, aguas abajo del Puente Calderones, realizadas por la empresa Servicios Generales Larenas Ltda., por el tiempo que dure el proceso de autos. En la misma resolución el Tribunal ordena que se notifique al demandado la paralización en conjunto con la demanda, siendo aquella debidamente notificada como consta a fojas 99; sin embargo, no ocurrió lo mismo con la demanda, por cuanto el demandado no se encontraba en el lugar donde se realizó la diligencia. Debido a lo anterior, el demandante solicitó se le notificara conforme al artículo 44 del Código de Procedimiento Civil, lo que finalmente se realizó el 6 de noviembre de 2013, como consta en el acta de notificación de fojas 142.

En atención al tiempo transcurrido sin que el demandado procediera a contestar la demanda, se tuvo ésta por evacuada en rebeldía mediante resolución de fojas 147, de 7 de abril de 2014.

Etapas probatorias

A fojas 148 se recibió la causa a prueba y se fijaron como controvertidos, substanciales y pertinentes los siguientes hechos:

1. Efectividad que la demandada de autos ha ejecutado o está actualmente ejecutando obras y actividades de extracción de áridos en el cauce del río Duqueco y en terrenos ribereños. Fechas de realización, localización, actividades realizadas, obras, descripción y alcance de la faena ejecutada con ocasión de la supuesta extracción.
2. Efectividad que las actividades y obras se encuentran emplazadas en el ámbito de jurisdicción de la Municipalidad de Quilleco y no de la Municipalidad de Los Ángeles.
3. Efectividad que las obras y actividades han modificado el cauce del río Duqueco, generando un supuesto desnivel de cota de fondo del lecho y entorpecimiento del libre escurrimiento de las aguas. Cambio de las condiciones de escurrimiento del cauce, mayor capacidad de arrastre de material aguas abajo y la formación de pozones con acumulación de gran cantidad de material de acopio, entre otros. Delimitación, alcance y efectos generados.
4. Efectividad que la parte demandada no cuenta con los permisos o las autorizaciones necesarias para realizar las actividades y obras de extracción en el lugar en que se han desarrollado.
5. Efectividad que la Dirección Regional de Aguas ha constatado en terreno en reiteradas oportunidades las actividades y obras señaladas en el punto N° 1, y que por Resolución Exenta N° 1.442 –de 09 de noviembre de 2011– se ordenó la paralización inmediata de las obras de extracción y la restitución del cauce del río Duqueco. Efectividad que la I. Municipalidad de Quilleco habría ordenado la paralización de obras el 19 de octubre de 2011, por el no pago de patente por extracción de áridos en bienes nacionales de uso público.
6. Efectividad del cumplimiento o no de las paralizaciones ordenadas. Efectividad que el demandado habría continuado con sus obras o actividades, agregando a la faena la utilización de una planta chancadora, camiones de gran tonelaje, retroexcavadoras y cargadores frontales.

7. Efectividad que, con anterioridad a las supuestas actividades y obras del demandado, el río Duqueco en el sector materia de autos se abría en dos brazos dejando entre ambos un lugar que se denominaba “La Isla”, y luego se cerraba continuando en un solo cuerpo o curso de agua, contando con un suelo tipo misceláneo de río, con presencia de piedras y arenas medias a gruesas, y con flora arbórea y arbustiva, siendo frecuentado por aves silvestres. Superficie de la isla antes y después de supuestas actividades del demandado.
8. Efectividad de afectación de los suelos ribereños del sector por degradación o pérdida de terreno de las propiedades ribereñas y obras de infraestructura tales como bocatomas. Delimitación, alcances y efectos.
9. Efectividad que, aguas abajo de la supuesta intervención al cauce, el río Duqueco es utilizado como fuente de agua potable para las localidades ubicadas en sus alrededores, aprovechamiento hidroeléctrico e industrial y pesca deportiva. Ubicación de estas actividades, alcances y efectos.
10. Efectividad que el río Duqueco sustenta ecosistemas y biodiversidad en toda su extensión. Afectación de las especies nativas silvestres y acuáticas del lugar, recarga de acuíferos y de la regulación de los regímenes hidrológicos (inundaciones), por las supuestas obras y actividades de la demandada. Caracterización y alcance material y temporal de la afectación.
11. Efectividad que las supuestas intervenciones en el río Duqueco constituyen un deterioro del componente paisajístico del lugar, disminuye la belleza escénica del río y de su entorno, y afecta el turismo y las eventuales actividades de recreación en la zona. Caracterización, alcance material y temporal de las supuestas afectaciones.
12. Efectividad que las obras y actividades de la demandada provocarían un daño a las bases del puente Calderones. Caracterización, alcance material y temporal de las supuestas afectaciones, y eventual afectación de su estabilidad y riesgo para la población.

13. Factibilidad técnica de reposición del medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al supuesto daño causado, o, en caso de no ser posible lo anterior, la posibilidad de restablecer sus propiedades básicas, y cuáles serían éstas. Plazos, condiciones y circunstancias.

A fojas 179, rola la presentación de 28 de abril de 2014, en que la parte demandante acompaña al Tribunal la lista de testigos, conforme lo establece el artículo 40 de la Ley N° 20.600, siendo éstos los siguientes: i) Héctor Neira Opazo, Ingeniero Civil Agrícola; ii) Luis Díaz Caamaño, Ingeniero Forestal, profesional de la Dirección General de Aguas VIII Región; iii) Pamela Araya Garay, Abogado, profesional Dirección Regional de Aguas VIII Región; iv) Isabel Drews Flores, Ingeniero Civil, profesional Dirección Regional de Obras Hidráulicas VII Región; v) Freddy Araya Sepúlveda, Ingeniero Constructor, profesional Dirección Regional de Obras Hidráulicas VIII Región; vi) Rafael Pincheira Santander, Ingeniero Agrónomo y Técnico Agrícola, profesional de la Dirección Regional del Servicio Agrícola y Ganadero, oficina Provincial Los Ángeles, VIII Región; vii) Miguel Colomer Flaquer, Ingeniero Agrónomo, profesional de la Dirección Regional del Servicio Agrícola y Ganadero, oficina Provincial Los Ángeles, VIII Región; viii) Arnaldo Villarroel Flores, Técnico Agrícola, profesional de la Dirección Regional del Servicio Agrícola y Ganadero, oficina Provincial Los Ángeles, VIII Región; ix) Lilian Cabalin Carrasco, Constructor Civil, Directora de Obras de la Municipalidad de Quilleco; y ,x) Luis Cid Anguita, Profesor de Biología y Química, Secretario Municipal, Municipalidad de Quilleco.

A fojas 233, la parte demandante acompañó la siguiente prueba documental: i) Informe Técnico de Fiscalización N° 275 de la Dirección General de Aguas Región del Bío Bío; ii) Resolución Exenta N° 1442 de 9 de noviembre de 2011, de la Dirección General de Aguas Región del Bío Bío; iii) Acta de constatación de 29 de diciembre de 2011, emanada de la Dirección General de Aguas; iv) Certificado N° 10 de 18 de enero de 2012, emanado de la Dirección General de Aguas Región del Bío Bío; v) Decretos Municipales N° 252/2011 y 255/2011 de la Municipalidad de Quilleco; vi) Resolución Exenta N° 68 de 23 de enero de 2012 de la Gobernación Provincial de Bío Bío; vii) Minuta de 2 de febrero de

2012, emanada de la Dirección General de Aguas Región del Bío Bío; viii) Acta de paralización de faenas de 2 de febrero de 2012, emanada de la Dirección General de Aguas Región del Bío Bío suscrita por el fiscalizador Luis Díaz Caamaño; ix) Minuta Técnica DGA N° 45 de 7 de marzo de 2012; x) Ordinario N° 957 de 8 de agosto de 2012, del Director Regional de la Dirección Regional de Aguas Bío Bío; xi) Oficio N° 1307 de 5 de noviembre de 2012 de la DGA Región de Bío Bío, que adjunta Minuta Técnica N° 362, sobre informe de visita a terreno; xii) Oficio N° 1404 de 5 de septiembre de 2012, de la Directora Regional de la Dirección de Obras Hidráulicas Región del Bío Bío; xiii) Oficio N° 1976 de 4 de noviembre de 2011, de la Dirección Regional de la Dirección de Obras Hidráulicas Región del Bío Bío; xiv) Oficio N° 712, de 23 de abril de 2013, del Director Regional del Servicio Agrícola y Ganadero Región del Bío Bío, que adjunta Ordinario N° 635 de 5 de abril de 2013, de la Oficina SAG Los Ángeles con Informe Técnico complementario; y, xv) Oficio N° 715 de 21 de agosto de 2012, del Alcalde de la Municipalidad de los Ángeles.

A fojas 253, la demandante acompañó otra serie de documentos, específicamente fotografías, que rolan entre las fojas 239 a 252, y que corresponden a i) Minuta de fotografías en terreno, emanado de la Dirección de Obras Hidráulicas, y ii) Set de 12 fotografías que dan cuenta de la intervención en el río Duqueco.

El 15 de mayo de 2014, se inició la audiencia de prueba conforme lo establece el artículo 38 de la Ley N° 20.600. De acuerdo al acta de fojas 258, consta que, por encontrarse el demandado en rebeldía, fue imposible llamar a las partes a conciliación, por lo que se procedió –vía teleconferencia– con la prueba testimonial de la demandante, deponiendo los siguientes testigos: Sr. Luis Díaz Caamaño –quien declaró como testigo experto para los puntos de prueba 1, 3, 5, 7, 10, 12 y 13– Sr. Héctor Opazo y Sra. Pamela Araya Garay. La audiencia fue suspendida, fijándose una nueva fecha para su continuación.

El 5 de junio de 2014, se continuó con la audiencia de prueba que, de acuerdo al acta de fojas 263, se realizó nuevamente sin la presencia del demandado y por vía teleconferencia. En dicha ocasión depusieron los

siguientes testigos de la parte demandante: Sr. Lilian Cabalin Carrasco, Sr. Luis Cid Anguila, Sr. Freddy Araya Sepúlveda, Sr. Rafael Pincheira Santander –testigo experto para el punto de prueba N°8– y Arnaldo Villarroel Flores. La audiencia fue suspendida debiendo fijarse la fecha para los alegatos finales y de esta forma poner término a la audiencia de prueba.

A fojas 264, la parte demandante solicitó al Tribunal que tomara las medidas necesarias para constatar que la orden de paralización, decretada mediante resolución de 26 de septiembre de 2013, estaba siendo cumplida por el demandado. Lo anterior, debido a que el testigo Héctor Neira Opazo había señalado en la audiencia de prueba que *“hace 15 días atrás había constatado actividad en el lugar [...] Hasta el día de hoy se mantienen las faenas de extracción”*. A fojas 266, el Tribunal resolvió oficiar a Carabineros de Chile –específicamente al Jefe de la Prefectura del Bío Bío– para que concurriera al lugar a verificar el cumplimiento de la medida. A fojas 276, el Subcomisario de la Subcomisaria Paillahue, Capitán Rubén Montecinos Sandoval, informó al Tribunal mediante Oficio N° 260 de 25 de julio de 2014, que: *“el Subteniente Sr. Alexander Beltrán Rebolledo, concurrió personalmente a la Empresa Servicios Generales Larenas Ltda. [...] verificando en terreno que la citada empresa está dando fiel cumplimiento a lo ordenado por este Tribuna, no se efectúa ningún tipo de trabajo o faena relacionada a la extracción y explotación de áridos del cauce del río Duqueco, es más, la Planta que se mantenía en el lugar está desmantelada y el recinto ya no cuenta con energía eléctrica, solamente se mantiene un rondín [...] quien se encuentra en el lugar solamente para cuidar algunas especies de valor que mantienen en el interior del recinto y que serán retiradas próximamente”*. Junto con el oficio, se acompañaron fotografías del lugar que rolan a fojas 275.

A fojas 282, el Tribunal dio por cumplida la diligencia realizada por Carabineros de Chile, que constató el cumplimiento de la medida decretada por resolución de 26 de septiembre de 2013, y procedió a fijar el 30 de octubre de 2014, como fecha para realizar las alegaciones finales conforme a lo señalado en el artículo 38 de la Ley N° 20.600.

El 30 de octubre de 2014, se puso término a la audiencia de prueba con los alegatos finales de la parte demandante, representada por el abogado del Consejo de Defensa del Estado, señor Rubén Saavedra Fernández, y en ausencia del demandado.

Finalmente, una vez concluida la audiencia de prueba, el Tribunal citó a las partes a oír sentencia conforme lo establece el artículo 36 de la Ley N° 20.600, lo que consta a fojas 283 del expediente de autos.

CONSIDERANDO:

Primero. Que de acuerdo al numeral segundo del artículo 17 de la Ley N° 20.600, este Tribunal es competente para conocer de las demandas para obtener la reparación del medio ambiente dañado, en conformidad con lo dispuesto en el Título III de la Ley N° 19.300. A su vez, en el artículo 18 de la citada ley, se señala que son legitimados para deducir la acción contenida en el artículo 53 de la Ley N° 19.300, las personas naturales o jurídicas que hayan sufrido el daño o perjuicio, las municipalidades –por los hechos acaecidos en su comuna– y el Estado, por intermedio del Consejo de Defensa del Estado.

Segundo. Que la presente demanda fue interpuesta por el Estado de Chile, representado por el Consejo de Defensa del Estado, en contra de la Sociedad Servicios Generales Larenas Ltda., representada legalmente por don Patricio Larenas Rioseco, como consecuencia de la actividad de extracción de áridos que el demandado llevó a cabo en el cauce del río Duqueco y en terrenos ribereños, ambos en el sector denominado Llano Blanco, ubicado aguas abajo del Puente Calderones, en la Comuna de Quilleco, Región del Bío Bío, sin contar con autorización alguna por parte de la Dirección Regional de Aguas y de la Municipalidad de Quilleco.

Tercero. Que, para determinar si en el caso de autos procede acoger la pretensión del demandado, debe acreditarse que concurren en la especie los elementos de la responsabilidad por daño ambiental que, con las particularidades que se desarrollarán en los considerandos siguientes, corresponden a los elementos generales que tanto la doctrina como la

jurisprudencia ha reconocido como tales en materia de responsabilidad extracontractual, a saber: acción u omisión, culpa o dolo, daño y relación de causalidad.

Cuarto. Que, en lo que se refiere al primer elemento de la responsabilidad señalado precedentemente, se debe acreditar que el demandado efectivamente es el autor de las obras de extracción de áridos en el cauce del río Duqueco. Con esta finalidad, se estableció como punto de prueba el siguiente: “1. *Efectividad que la demandada de autos ha ejecutado o está actualmente ejecutando obras y actividades de extracción de áridos en el cauce del río Duqueco y en terrenos ribereños. Fechas de realización, localización, actividades realizadas, obras, descripción y alcance de la faena ejecutada con ocasión de la supuesta extracción*; 2. *Efectividad que las actividades y obras se encuentran emplazadas en el ámbito de jurisdicción de la municipalidad de Quilleco y no de la municipalidad de Los Ángeles*”.

Quinto. Que en relación a los citados puntos de prueba, se encuentran en el expediente los siguientes elementos probatorios:

1. Denuncia de la Junta de Vecinos “Llano Blanco” de 16 de agosto de 2011, que rola a fojas 46, donde se le señala al Gobernador Provincial del Bío Bío que “*existe una intervención por parte de una empresa de origen desconocido para los vecinos y Autoridades locales del sector Llano Blanco, dicha empresa está desarrollando labores de chancado de piedra en la ribera norte del río Duqueco, específicamente a la altura del puente Calderones*”.
2. Informe Técnico de Fiscalización N° 275, de la Dirección General de Aguas Región del Bío Bío, de fojas 187 y siguientes, de 2 de noviembre de 2011, donde se señala que: “*con fecha 12 y 13 de octubre de 2011 personal de la Unidad de Fiscalización se constituyó en terreno al lugar indicado en la denuncia constatando que efectivamente existen obras de modificación del álveo del Río Duqueco en el sector que se identifica en el documento de denuncia [...] en la visita de terreno el mismo Sr. Patricio Larenas señala que efectivamente se ha estado extrayendo material del cauce y además señala la intención*

- de ampliar la extracción [...]”.* Además, dicho informe da cuenta de las siguientes obras: “ *a) Construcción de un pretil que impide el libre escurrimiento del brazo norte del Río Duqueco en el tramo. Este pretil es de aproximadamente 60 m. e inicia aguas arriba en las coordenadas UTM 221.696 m Este. y 5.835.489 m Norte [...] b) Una zona de extracción de áridos dentro del cauce entre las coordenadas UTM 221.571 m Este y 5.835.485 m Norte y las coordenadas UTM 221.358 m Este y 5.835.504 m Norte, que comprende desde aguas abajo del pretil construido hasta aguas abajo del acceso construido al cauce; c) Acceso al cauce de maquinarias pesada”.* En cuanto a las conclusiones, el citado informe señala: “*De acuerdo a lo constatado en terreno y los antecedentes que constan en el expediente VV-0802-619, se propone acoger la denuncia ordenando la paralización inmediata de las faenas de extracción de áridos, restituir el cauce del Duqueco al estado anterior a la intervención y enviar los antecedentes al juez de letras correspondiente conforme al artículo 172 del Código de Aguas por infracción a lo establecido en los artículos 32 y 41 del citado Código”*”
3. Decreto N° 252, de la Municipalidad de Quilleco, que rola a fojas 200 y mediante el cual se decreta –con fecha 19 de agosto de 2011– “*la paralización de toda obra extractiva de áridos en la ribera del río Duqueco, sector Puente Calderones, comuna de Quilleco, predio Rol Avalúo 529-39 [...] labor que realiza la empresa de Ventas de Áridos –Arriendo de Maquinaria– Movimiento de Tierra de don Patricio Larenas Rioseco”*”.
 4. Resolución Exenta N° 1442, de la Dirección General de Aguas, Región del Bío Bío de 9 de noviembre de 2011, que rola a fojas 195 del expediente de autos y en la cual se resuelve ordenar a la empresa Servicios Generales Larenas Ltda., lo siguiente: “*1.[...] paralizar en forma inmediata las obras de extracción de áridos en el cauce del Río Duqueco en el sector de Llano Blanco, aguas abajo del Puente Calderones en la comuna de Quilleco, Provincia y Región del Bío Bío; 2. Restituir el cauce del Río Duqueco dentro del plazo de 15 días contados desde la fecha de notificación de la presente Resolución.*”

Las obras de restitución deben considerar la eliminación del pretil que obstruye el libre escurrimiento de las aguas [...]”.

5. Acta de constatación de hecho de fojas 198, de 29 de diciembre de 2011, en la que se constató el incumplimiento de la medida de paralización decretada mediante Resolución Exenta N° 1442, por cuanto *“fue posible verificar que no se ha eliminado el Pretil que obstruye el libre escurrimiento de las aguas y continúa maquinaria pesada ejecutando faenas de extracción de áridos dentro del cauce del Río Duqueco”*.
6. Acta de paralización de faenas con auxilio de fuerza pública, de fojas 206, donde consta que el 2 de febrero de 2012, se procedió a la paralización de las actividades, ingresando *“al cauce del Río Duqueco y se solicita a Carabineros retirar la maquinaria que en el momento se encontró realizando faenas de extracción desde el cauce del Río Duqueco, correspondiente a una retroexcavadora sin patente visible”*.
7. Acta de paralización de faenas de extracción, con auxilio de la fuerza pública, de fojas 207, de la Dirección de Aguas Región del Bío Bío, de 7 de marzo de 2012, donde se da cuenta de la concurrencia a terreno a fin de dar cumplimiento a la Resolución DGA N° 1442 que ordenó la paralización inmediata de las faenas de extracción de áridos y la restitución del cauce en el sector de Puente Calderones. *“En el lugar se constata la existencia de dos excavadoras, una estacionada en la instalación de faenas (fuera del cauce) y otra con desperfectos mecánicos que se ubica en el interior del cauce. Se observa que se mantiene la existencia del pretil que modifica el cauce del río Duqueco y que permanece la interrupción del libre escurrimiento de las aguas por el brazo norte del cauce que se utiliza para las faenas extractivas, sin que a la fecha se haya acatado lo ordenado. A las 13:00 horas del día 7 de marzo de 2012, momento en que se efectúa la diligencia no se estaba ejecutando labores de extracción de áridos en el cauce. Sin embargo, conforme a la evidencia de terreno, es factible asegurar que éstas no se han detenido desde la última diligencia de paralización con auxilio de la fuerza pública realizada por personal*

de Fiscalización de la Dirección General de Aguas con fecha 2 de febrero de 2012. En efecto se observó material pétreo acopiado dentro del cauce, una profundización del mismo, y la formación de nuevas cuña de extracción, lo que incrementa el desnivel y la pendiente del cauce”.

8. Oficio Ordinario N° 957, del Director de Aguas Región del Bío Bío, de 8 de agosto de 2012, que rola a fojas 215 del expediente de autos, en el cual dicha autoridad comunica al Abogado Procurador Fiscal del Consejo de Defensa del Estado que *“existen fundadas sospechas que, no obstante que este Servicio ha ejecutado todas las acciones y dictado todos los actos administrativos que eran procedentes dentro del ámbito de sus competencias, las faenas de extracción de áridos sin autorización del cauce del río Duqueco persistirían. De igual forma, se verificó que no se ha dado cumplimiento a la restitución del cauce del río Duqueco ordenada por la referida Resolución, consistente en el retiro del pretil construido para la desviación del escurrimiento de las aguas del cauce [...] Considerando lo anterior, es que remitimos a usted los antecedentes ya mencionados, a fin de que evalúe incoar las acciones que estime pertinente”.*
9. Ordinario N° 715, de 21 de agosto de 2012, del Alcalde de la Municipalidad de los Ángeles, que rola a fojas 232 del expediente de autos, y donde se señala que *“de acuerdo a los límites comunales existentes, como así también de acuerdo al Rol de Avalúo Fiscal de la propiedad donde se encuentran las faenas de la empresa Servicios Generales Larenas Ltda., no corresponde a la comuna de Los Ángeles [...]”.*
10. Informe de visita a terreno de fojas 217, elaborado por la Dirección General de Aguas del Bío Bío, de 24 de octubre de 2012, donde se informa acerca de la visita al sector de puente Calderones sobre el río Duqueco, de fecha 19 de octubre de 2012, con el objeto de verificar nuevamente la efectividad de haberse dado cumplimiento a la Resolución DGA 1442. En dicho informe se señala que *“en la oportunidad se recorrió toda la extensión intervenida constatándose que no obstante la orden de paralización y restitución de cauce,*

el infractor persiste en continuar con la extracción de áridos del Río Duqueco mediante la operación de una planta chancadora, camiones de gran tonelaje, retroexcavadoras y cargadores frontales. Se verifica, además, la existencia de una gran cantidad de material acopiado en todos los sectores visitados”. A fojas 222, el informe se refiere al sector de explotación, que corresponde al tramo “en que se ubica el pretil que desvía las aguas del cauce y permite desecar el brazo norte del río Duqueco. En la visita de terreno se constata maquinarias realizando faenas de extracción de áridos. Por otra parte, el pretil –de acuerdo a lo indicado por el Sr. Patricio Larenas– fue reconstruido e impide completamente el escurrimiento de las aguas del río por el brazo norte”. Lo anterior se encuentra respaldado con las fotografías N° 12, 13, 14 y 15 del citado informe. Concluye el documento que “en la visita de terreno, se verifica que el infractor empresa Servicios Generales Larenas no ha paralizado la extracción de áridos y no ha dado cumplimiento a la Resolución DGA (Exenta) N° 1442 de fecha 9 de noviembre de 2012”.

11. Minuta DGA Región del Bío Bío, de 10 de septiembre de 2013, que rola a fojas 35 del expediente de autos y que señala: *“Con fecha 10 de septiembre de 2013, se realiza una visita al sector de Puente Calderones en el Río Duqueco, donde opera sin autorización una empresa de extracción de áridos. En la oportunidad se observó que actualmente la empresa de Servicios Generales Larenas continúa con la actividad de chancado de material pétreo y con la extracción de áridos del cauce [...] en el cartel de la entrada a la planta se lee que la responsable de las faenas de extracción corresponde a dos empresas, Servicios Generales Larenas y Compañía Minera Duqueco, de acuerdo a la información proporcionada por el administrador de la Planta, Sr. Alexander Riberson (sin comprobar identidad). La responsabilidad de ambas empresas recae sobre la persona del Sr. Patricio Larenas”.*
12. Minuta informativa de la Dirección de Obras Hidráulicas Región del Bío Bío, de 11 de septiembre de 2013, que rola a fojas 104 del expediente de autos y que corresponde a lo constatado en visita a terreno del día 10 de septiembre de 2013. En el citado documento se

señala que en la visita inspectiva se pudo observar que “3.1. *El río Duqueco se encontraba en crecida*; 3.2. *No se observa la presencia del pretil de material fluvial que fuera visualizado con fecha 17.01.2012. Se presume que a causa de la crecida del río, pudo haber sido destruido, ya que aún se mantiene en su extremo norte una fracción menor*; [...] 3.5. *La empresa del Sr. Larenas, se mantiene en el sector, pudiendo observar movimiento de camiones y funcionamiento de la planta de procesamiento de áridos*”.

13. Oficio N° 260 de Carabineros de Chile, de fojas 276, de la Subcomisaría de Carabineros de Paillihue, en que informan a este Tribunal sobre el estado de la detención de obras ordenada por esta Magistratura mediante resolución de 26 de septiembre de 2013. En dicho documento, de fecha 25 de julio de 2014, se señala que se concurrió a la Empresa demandada, “*verificando en terreno que la citada empresa está dando fiel cumplimiento a lo ordenado por este Tribunal, no se efectúa ningún tipo de trabajo o faena relacionada a la extracción y explotación de áridos del cauce del río Duqueco, es mas, la Planta que se mantenía en el lugar está desmantelada y el recinto ya no cuenta con energía eléctrica, solamente mantiene un rondín Sr. Luis Alberto Pacheco Castro [...] quien se encuentra en el lugar solamente para cuidar algunas especies de valor que mantienen en el interior del recinto y que serán retiradas próximamente. Se hace presente que se obtuvieron fotografías del lugar, las que se adjuntan al presente documento*”.

14. Declaración de los siguientes testigos:

i) Luis Enrique Díaz Caamaño, testigo experto, ingeniero forestal, profesional de la Dirección Regional de Aguas, VIII Región, quien en declaración de 15 de mayo del presente sostuvo que la Unidad de Fiscalización de la institución recibió, en septiembre de 2011, una denuncia por extracción no autorizada de áridos en el Río Duqueco, a la altura del Puente Calderones. Señala que la demandada efectivamente estaba extrayendo áridos en un brazo del río, desviando su cauce a través de un pretil, en forma perpendicular a la corriente, para secar uno de sus brazos. Afirma que de la denuncia se dio traslado al Sr.

Patricio Larenas y que, considerando que había modificación del cauce del río, se ordenó la paralización de las faenas de extracción y la restitución del cauce, lo que implicaba la eliminación del pretil. Asimismo, asevera que la resolución que ordenó la paralización fue emitida en noviembre de 2012 y que se dio un plazo de 30 días para la restitución del cauce, constatándose que no se dio cumplimiento a lo ordenado. Añade que los días 2 de febrero y 7 de marzo concurrió al lugar, con auxilio de la fuerza pública, sin resultados y que en octubre de 2012 acudió con personal del Consejo de Defensa del Estado, observando que la extracción continuaba y no se había restituido el cauce. Afirma que a esa fecha la extensión de la extracción era de 5 hectáreas, lo que comprendía más de la mitad de una isla que se formaba en el cauce del río. Agrega que esta actividad modificó la pendiente del cauce del Río Duqueco en, aproximadamente, 700 metros. Puntualiza que la denuncia fue recibida en septiembre de 2011 y que hasta octubre del año siguiente todavía estaba la empresa extrayendo áridos.

Añade que, posteriormente, recibió llamados de vecinos del sector que pedían inspección en terreno, porque todavía se sentía ruido de maquinarias. Señala que la última visita la efectuó hace un año y que constató que todavía estaba el pretil en el cauce del río, pero que no se había constatado extracción de áridos ni medidas de mitigación o abandono. Agrega que todavía estaban los pozos lastreos y las excavaciones dentro del cauce y que los áridos, en su mayoría, habían sido retirados. Respecto de la situación de la isla, señala que su superficie completa es de 5 hectáreas, y que se explotó prácticamente la mitad, extrayéndose bastante material. Asimismo, afirma que otro de los alcances de las faenas ejecutadas dice relación con los terrenos colindantes aguas abajo, en particular el predio del señor Máximo Valencia, por el que se accedió. Añade que en dicho predio se ve el efecto de la erosión en el borde del cauce, lo que tiene directa relación con la extracción de áridos que se hizo por ese lugar. A mayor abundamiento, señala que dicha propiedad queda aguas abajo del Estero Curiche, el que afluye al Río Duqueco. Agrega que el Estero Curiche es el límite entre las comunas de Quilleco y Los Ángeles y que la propiedad del Sr. Valencia queda en la comuna de Los Ángeles.

Aclara, asimismo, que la extracción, la planta chancadora y parte de la extracción se ubican en la comuna de Quilleco, y que una “cola” de la extracción, al final de la isla, se sitúa en la comuna de Los Ángeles. Respecto de la afectación de un brazo del río, declara que justo aguas abajo del puente Calderones se forma la isla que divide al río en dos brazos y que la extracción afectó el brazo que corre por la ribera derecha, el brazo norte, donde se desarrollaron las faenas. Insiste en que la isla tiene una superficie de 5 hectáreas y que la extracción se desarrolló en todo el ancho del cauce y parte de aquélla, abarcando 700 metros en el largo del brazo norte. Añade que las 5 hectáreas afectadas corresponden al ancho del cauce y a parte de la isla.

ii) Héctor Neira Opazo, ingeniero civil agrícola, Director Regional de Aguas de la VIII Región, quien en audiencia de 15 de mayo pasado, declaró que en octubre de 2011 recibió un oficio del Gobernador Provincial, que hacía referencia a la extracción de áridos del río Duqueco. Agrega que en el expediente hay dos actas de inspección, efectuadas por profesionales de la Dirección. Asimismo, señala que, al transitar por el camino, es posible apreciar los trabajos que se están realizando en el sector. Agrega que hace 15 días estuvo recorriendo el sector por otros motivos y que se vio actividad. Señala que desde la primera visita se advertía que se estaba realizando extracción desde pozos lasteros en áreas circundantes al cauce. Puntualiza que en algún momento se efectuó extracción en dichos pozos, pero que en las visitas que realizó no vio maquinarias extrayendo áridos desde aquellos, aunque sí en el cauce. Agrega que la actividad chancadora está presente y se puede observar desde el borde del camino. Por último, señala que en base a lo visualizado en terreno, el área intervenida en términos de extracción y proceso de materia comprende una superficie de, aproximadamente, 3,5 a 5,5 hectáreas.

iii) Lilian Anita Luisa Cabalin Carrasco, constructor civil, Directora de Obras de la Municipalidad de Quilleco, quien el 5 de junio del presente, declara que, efectivamente, las actividades de extracción de áridos en el cauce del Río Duqueco, correspondientes a la empresa Servicios Generales Larenas Ltda., se encuentran emplazadas dentro de la jurisdicción de la comuna de Quilleco, en el sector denominado

Pejerrey, Unidad Vecinal N° 14, agregando que la propiedad involucrada tiene rol de avalúo de la comuna de Quilleco.

iv) Rafael Arcángel Pincheira Santander, testigo experto, ingeniero agrónomo y técnico agrícola, profesional de la Dirección Regional del Servicio Agrícola y Ganadero, oficina Provincial Los Ángeles, quien en audiencia de 5 de junio pasado, declara que tomó conocimiento de la situación el año 2013, cuando visitó el sector con unos colegas y detectó la extracción de áridos en un lugar al que no pudo acceder, aunque posteriormente, accedió por predios aledaños. Afirmo que hubo maquinarias trabajando al interior de un predio, que producían ruido. Puntualiza que se constató una obra en proceso, una extracción, con el consiguiente deterioro del cauce del río y de las gradas que se encontraban en él, además de efectos sobre la flora y fauna. Sobre este último, señala que la vegetación común de la zona son los aromos, álamos y pinos, junto a arbustos y pastos. Agrega que se trata de una vegetación que tenía asociados nidos de aves comunes en la zona, como loicas, diucas, zorzales, y perdices, entre otras. Además, señala que supone la existencia de mamíferos, tales como ratones, conejos y liebres, aunque aclara que no ha visto ninguno. Señala que lo anterior es lo que se encuentra en los alrededores del predio, ya que no ha ingresado a la isla. Afirmo que estuvo en la zona en otoño de 2013, agregando que procedió a medir la isla, cuya superficie aproximada es de 5 hectáreas, y que el suelo perdido es de aproximadamente 3 hectáreas. Añade que el área donde se realizaba el procesamiento del material, en el “continente”, tenía una superficie de una hectárea y media, de acuerdo a su apreciación. Respecto de la afectación de terrenos ribereños, explica que han sido dos los productores agrícolas afectados, Máximo Valencia y Alejandro Pisani, quienes han manifestado que el río se ha llevado parte de sus predios. Se trata, señala, de un total de 3 hectáreas perdidas, que incluyen árboles, situación que en el invierno se seguiría produciendo. Culmina esta parte de su declaración, señalando que se trata de 3 hectáreas desde el cauce original al punto donde está el borde del río, por la ribera norte.

Sexto. Que, a la luz de los antecedentes probatorios señalados en el considerando anterior, no desvirtuados por el demandado y apreciados de

acuerdo a las reglas de la sana crítica conforme lo establece el artículo 35 de la Ley N° 20.600, permiten a estos sentenciadores dar por probados los siguientes hechos: i) que la empresa demandada efectuó, desde mediados del año 2011 –oportunidad en que se presenta la denuncia por parte de la Junta de Vecinos “Llano Blanco” de 16 de agosto de 2011– actividades de extracción de áridos desde el cauce del río Duqueco, en el sector del puente Calderones; ii) que dicha actividad de extracción se extendió por lo menos hasta la orden de paralización de actividades decretada por este Tribunal con fecha 26 de septiembre de 2013, es decir, por un periodo superior a los dos años; iii) que, a julio de 2014, el demandado no se encontraba ejecutando actividades de extracción y que la planta que mantenía en el lugar se encontraba desmantelada, de acuerdo a lo informado a este Tribunal por Carabineros de Chile a fojas 276; iv) que las obras realizadas para extraer áridos del cauce del río Duqueco, implicaron la construcción de un pretil que, de acuerdo al Informe Técnico de Fiscalización N° 275, de la Dirección General de Aguas Región del Bío Bío, de fojas 187, cubría una extensión de aproximadamente 60 metros, obra de arte que fue constatada en otras visitas al sector, como en aquella que consta en el acta de paralización de faenas de fojas 207, de la Dirección de Aguas Región del Bío Bío, de 7 de marzo de 2012 y en el Acta de constatación de fojas 198, de 29 de diciembre de 2011; v) que dicho pretil desvió las aguas del cauce permitiendo desecar el brazo norte del río Duqueco e impidió completamente el escurrimiento de las aguas del río por el brazo norte, tal como se constató en el Informe de visita a terreno de fojas 217, elaborado por la Dirección General de Aguas del Bío Bío, de 24 de octubre de 2012, y en el informe de la Dirección de Obras Hidráulicas Región del Bío Bío, de 17 de enero de 2012; vi) que la zona de extracción de áridos dentro del cauce se extendió dentro del cauce entre las coordenadas UTM 221.571 m Este y 5.835.485 m Norte y las coordenadas UTM 221.358 m Este y 5.835504 m Norte, que comprende desde aguas abajo del pretil construido hasta aguas abajo del acceso construido al cauce; vii) que las obras de extracción se realizan en territorio de la Municipalidad de Quilleco y no de Los Ángeles, como expresamente lo comunicó el Alcalde de esta última comuna en el Ordinario N° 715; y, viii) que, considerando las declaraciones de los testigos Luis Díaz Caamaño, Héctor Neira y Freddy Araya Sepúlveda, la superficie y profundidad de las obras extractivas en la zona sería de,

al menos, 50.000 metros cuadrados, con 2 metros de profundidad en promedio, por lo que el volumen de áridos removidos alcanzaría un valor aproximado de 100.000 metros cúbicos, sin contar los accesos al cauce e isla y las faenas de chancado y acopio ubicadas al noreste del cauce.

Séptimo. Que, de acuerdo a lo señalado en el considerando anterior, este Tribunal concluye que se encuentra debidamente acreditada la actividad de extracción de áridos realizada por el demandado, en los plazos y condiciones señalados precedentemente, en atención a la contundencia, abundancia y concordancia de los medios de prueba relacionados con los puntos 1 y 2 del auto de prueba de fojas 148.

Octavo. Que en lo que se refiere al segundo elemento de la responsabilidad por daño ambiental, esto es que la acción u omisión haya sido realizada con culpa o dolo del demandado, el demandante señala que aquél ha infringido los artículos 41 y 171 del Código de Aguas, que corresponden a normas de protección ambiental, configurándose la presunción de culpabilidad y nexo causal contenida en el artículo 52 de la Ley N° 19.300. Sin perjuicio de lo anterior –agregó– de todas formas el actuar del demandado ha sido culposo, toda vez que en reiteradas ocasiones no dio cumplimiento a la paralización de obras, la que incluso se pretendió llevar a cabo con auxilio de la fuerza pública en varias oportunidades. A lo anterior, se debe sumar que el demandado realizó las actividades de extracción sin pagar patente municipal por la actividad, ni contaba con un permiso o concesión, en este último caso, transgrediendo el artículo 5° de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

Noveno. Que lo primero que debe determinarse, es si en el caso de autos es procedente la presunción contenida en el artículo 52 de la Ley N° 19.300, que señala: “*Se presume legalmente la responsabilidad del autor del daño ambiental, si existen infracciones a las normas de calidad ambiental, a las normas de emisiones, a los planes de prevención o de descontaminación, a las regulaciones especiales para los casos de emergencia ambiental o a las normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias. Con todo, sólo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acreditare relación de causa a*

efecto entre la infracción y el daño producido”. Para ello será necesario determinar si efectivamente el demandado incumplió los preceptos del Código de Aguas y de ser esto efectivo, que dichas disposiciones sean de aquellas que –por su naturaleza o finalidad– permiten configurar la citada presunción en caso de ser transgredidas. En segundo lugar, en caso que la presunción sea aplicable, se deberá precisar cuál es su alcance respecto a los elementos de la responsabilidad, es decir, si cubre la culpa y la relación de causalidad, o sólo el primero.

Décimo. Que respecto al primer punto, esto es, la procedencia de la presunción, el demandante establece que ésta se configuraría porque el demandado habría realizado las actividades de extracción de áridos contraviniendo los artículos 41 y 171 del Código de Aguas. Que llegados a este punto resulta pertinente recordar que el artículo 171 del Código de Aguas dispone que: *“Las personas naturales o jurídicas que desearan efectuar las modificaciones a que se refiere el artículo 41 de este Código, presentarán los proyectos correspondientes a la Dirección General de Aguas, para su aprobación previa, aplicándose a la presentación el procedimiento previsto en el párrafo 1° de este Título. Cuando se trate de obras de regularización o defensa de cauces naturales, los proyectos respectivos deberán contar, además, con la aprobación del Departamento de Obras Fluviales del Ministerio de Obras Públicas.*

Quedan exceptuados de los trámites y requisitos establecidos en los incisos precedentes, los Servicios dependientes del Ministerio de Obras Públicas, los cuales deberán remitir los proyectos de las obras a la Dirección General de Aguas, para su conocimiento, informe e inclusión en el Catastro Público de Aguas”.

Por su parte, el inciso primero del citado artículo 41 señala que *“El proyecto y construcción de las modificaciones que fueren necesarias realizar en cauces naturales o artificiales, con motivo de la construcción de obras, urbanizaciones y edificaciones que puedan causar daño a la vida, salud o bienes de la población o que de alguna manera alteren el régimen de escurrimiento de las aguas, serán de responsabilidad del interesado y deberán ser aprobadas previamente por la Dirección General de Aguas de conformidad con el procedimiento establecido*

en el párrafo 1 del Título I del Libro Segundo del Código de Aguas. La Dirección General de Aguas determinará mediante resolución fundada cuáles son las obras y características que se encuentran en la situación anterior. Se entenderá por modificaciones no sólo el cambio de trazado de los cauces mismos, sino también la alteración o sustitución de cualquiera de sus obras de arte y la construcción de nuevas obras, como abovedamientos, paso sobre o bajo nivel o cualesquiera otra se sustitución o complemento”.

Undécimo. Que, a la luz de los preceptos transcritos en la consideración precedente, se debe determinar si la extracción de áridos realizada por el demandado se encuentra dentro de la descripción del artículo 41 y si, por ende, requería o no del permiso de la Dirección General de Aguas. Sobre el punto, cabe señalar que es un hecho asentado en la causa –conforme a lo indicado en el considerando sexto de esta sentencia– que el demandado construyó un pretil que, de acuerdo al Informe Técnico de Fiscalización N° 275, de la Dirección General de Aguas Región del Bío Bío, de fojas 187, tenía una extensión de aproximadamente 60 metros y con una altura suficiente para desviar las aguas del cauce permitiendo desecar el brazo norte del río Duqueco, impidiendo completamente el escurrimiento de las aguas del río por el brazo norte, tal como se constató en el Informe de visita a terreno de fojas 217, elaborada por la Dirección General de Aguas del Bío Bío de 24 de octubre de 2012 y en el informe de la Dirección de Obras Hidráulicas Región del Bío Bío, de 17 de enero de 2012. A la luz de estos antecedentes, es evidente que durante las actividades de extracción que se extendieron por más de dos años se modificó el cauce del citado río, alterando el régimen de escurrimiento normal de las aguas, de forma tal que la construcción del pretil se encuentra dentro del concepto de “obra” a la que se refiere el artículo 41 del Código de Aguas, y es de aquella “*que de alguna manera alteren el régimen de escurrimiento de las aguas*” por lo que requería, en consecuencia, la aprobación previa de la Dirección de Aguas para su ejecución. Por lo demás, en un reciente fallo de la Excelentísima Corte Suprema, se consideró que la construcción de un pretil para desviar el cauce normal del río –en el caso particular el Aconcagua– requiere del permiso de la Dirección General de Aguas (SCS Rol 744-2013, de 17 de marzo de 2014, considerando noveno).

Duodécimo. Que sustenta lo señalado precedentemente, lo informado a este Tribunal por el Director General de Aguas mediante Ordinario N° 690, de 13 de septiembre de 2013, que rola a fojas 83 del expediente de autos, donde señala que las obras constatadas en terreno requerían de las autorizaciones a las que se refiere el artículo 41 y 171 del Código de Aguas.

Decimotercero. Que acreditado que las obras son de aquellas que requieren autorización por parte de la Dirección General de Aguas, se debe determinar si el demandado contaba con los permisos respectivos. Para elucidar este punto, el Tribunal fijó como punto de prueba en la resolución de fojas 148, lo siguiente: “N° 4. *Efectividad que la parte demandada no cuenta con los permisos o las autorizaciones necesarias para realizar las actividades y obras de extracción en el lugar en que se han desarrollado*”. Ahora bien, en relación a este punto obran en el proceso los siguientes medios de prueba:

1. Informe Técnico de Fiscalización N° 275, de la Dirección General de Aguas Región del Bío Bío, de fojas 187 y siguientes, de 2 de noviembre de 2011, documento en el que se concluye que: “*De acuerdo a lo constatado en terreno y los antecedentes que constan en el expediente VV-0802-619, se propone acoger la denuncia ordenando la paralización inmediata de las faenas de extracción de áridos, restituir el cauce del Duqueco al estado anterior a la intervención y enviar los antecedentes al juez de letras correspondiente conforme al artículo 172 del Código de Aguas por infracción a lo establecido en los artículos 32 y 41 del citado Código*”.
2. Ordinario N° 1976, de la Dirección de Obras Hidráulicas, de 4 de noviembre de 2011, que rola a fojas 226 del proceso de autos, en que se informa al representante legal del demandado la devolución del proyecto de extracción de áridos en el río Duqueco, sector puente Calderones, “*el cual no puede ser aprobado técnicamente por esta Dirección Regional, mientras no cuente con la factibilidad de la Ilustre Municipalidad de Quilleco, organismo que administra los cauces naturales, en su calidad de bien nacional de uso público*”.

3. Resolución Exenta N° 1442, de la Dirección General de Aguas, Región del Bío Bío de 9 de noviembre de 2011, que rola a fojas 195 del expediente de autos y mediante el cual se ordenó la paralización de las obras realizadas por la empresa Servicios Generales Larenas Ltda., la eliminación del pretil que obstruía el libre escurrimiento de las aguas y la restitución del cauce. En dicho documento se señala: *“5.- Que revisados los antecedentes se verifica que la denunciada no ha realizado los trámites consecuentes para la obtención de las autorizaciones y permisos correspondientes para la extracción de áridos dentro de cauces naturales”*.
4. Ordinario N° 1404, de la Dirección de Obras Hidráulicas, de 5 de septiembre de 2012, que rola a fojas 225 del expediente de autos, mediante el cual informa al Consejo de Defensa del Estado, que el 28 de agosto de 2012, se resolvió *“devolver el proyecto de extracción de áridos de la empresa Servicios Generales Larenas Ltda. a la Ilustre Municipalidad de Quilleco, ya que de acuerdo a lo informado por la Dirección General de Aguas, dicha empresa no ha dado cumplimiento a la Resolución DGA Bío Bío N° 144 del 09.11.2011. Cabe señalar que esta Dirección Regional, de acuerdo a sus atribuciones, otorga visación técnica a los proyectos de extracción de áridos que recepciona, con el objetivo de que los Municipios puedan decidir el otorgamiento de los permisos correspondientes”*.
5. Ordinario N° 351, de la Dirección de Obras Hidráulicas, de 1° de marzo de 2013, donde se comunica al Alcalde de la comuna de Los Ángeles que a esa fecha *“no se ha recepcionado ningún proyecto de extracción de áridos en el río Duqueco, sector puente Calderones por parte de la empresa Servicios Generales Larenas Ltda”*.
6. Oficio Ordinario N° 957, del Director de Aguas Región del Bío Bío, de 8 de agosto de 2012, que rola a fojas 215 del expediente de autos, en el cual dicha autoridad comunica al Abogado Procurador Fiscal del Consejo de Defensa del Estado que *“existen fundadas sospechas que, no obstante que este Servicio ha ejecutado todas las acciones y dictado todos los actos administrativos que eran procedentes dentro*

del ámbito de sus competencias, las faenas de extracción de áridos sin autorización del cauce del río Duqueco persistirían”.

7. Minuta DGA Región del Bío Bío, de 10 de septiembre de 2013, que rola a fojas 35 del expediente de autos y que señala: *“Con fecha 10 de septiembre de 2013, se realiza una visita al sector de Puente Calderones en el Río Duqueco, donde opera sin autorización una empresa de extracción de áridos”.*
8. Ordinario N° 690, de 13 de septiembre de 2013, del Director General de Aguas, que rola a fojas 83 del expediente de autos, mediante el cual informó a este Tribunal que *“ 4. Las obras que requieren autorización previa de la Dirección General de Aguas conforme a los artículos 41 y 171 del Código de Aguas son: de acuerdo al inciso 2° del artículo 41 del Código de Aguas [...] De acuerdo al artículo 171 del Código de Aguas:[...] 5. De la descripción anterior, a juicio de la Dirección General de Aguas las obras constatadas en terreno requieren de dicha aprobación previa. En el proceso de fiscalización se constató que el demandado no contaba con dicha autorización, la cual en antecedentes de este Servicio aún no ha sido obtenida”.* Agrega que el 10 de septiembre de 2013, se realizó una visita inspectiva donde se pudo comprobar que las faenas *“[...] se continúan llevando a cabo sin la autorización de la autoridad competente [...] 9. De esta forma, este Servicio ha tomado las medidas necesarias dentro de sus competencias para poner fin a las extracciones realizadas por la demandada sin autorización y así cautelar el cumplimiento de lo establecido en nuestra legislación”.*
9. Declaraciones de los siguientes testigos:
 - i) Pamela Cecilia Araya Garay, abogado, profesional de la Dirección Regional de Aguas, VIII Región, quien en audiencia de 15 de mayo de 2014, declaró que se le confirió al denunciado traslado de la denuncia interpuesta por la Junta de Vecinos El Llano Blanco y que éste no adjuntó antecedentes que pudieran acreditar que contaba con permiso para la extracción de áridos en el sector de la denuncia.

Añade que de los antecedentes del expediente administrativo, consta que la empresa no tenía autorizaciones para extraer áridos en el sector.

ii) Lilian Anita Luisa Cabalin Carrasco, ya individualizada, quien señala que en la Dirección de Obras de la Municipalidad de Quilleco nunca se ha otorgado permiso de extracción de áridos a la empresa Servicios Generales Larenas Ltda. Se exploya, señalando que no hay ningún permiso que haya dado la Dirección de Obras a esta empresa. Señala que, en julio de 2012, Patricio Larenas ingresó un expediente a la Municipalidad, con una copia de un proyecto de extracción de áridos mecanizado, y que este expediente fue remitido a la Dirección de Obras Hidráulicas, el que fue devuelto sin ser analizado técnicamente porque no le dieron curso, al no dar cumplimiento a requerimientos de la Dirección General de Aguas. Afirma que el municipio entregó los antecedentes a la empresa y le dijo que no intervendría mientras no cuente con los permisos de la DGA y la DOH. Señala que esto ocurrió en los años 2011 y 2012. Insiste en que efectivamente hubo un proyecto que se tramitó y que no fue autorizado, porque no se habían cumplido requerimientos de otros servicios.

Decimocuarto. Que los antecedentes señalados en el considerando anterior, son contundentes para dar por establecido que el demandado infringió los artículos 41 y 171 del Código de Aguas, por cuanto debiendo contar con la autorización de la Dirección General de Aguas para proceder a la desviación del cauce mediante la construcción de un pretil, dicha autorización no fue obtenida por el demandado durante todo el periodo que realizó actividades de extracción en el cauce del río Duqueco en el sector del puente Calderones. También se da por acreditado que tampoco contaba con el permiso de extracción de áridos que debía ser otorgado por la Municipalidad de Quilleco, el que no fue otorgado por no contar con la autorización de la Dirección de Obras Hidráulicas ni el permiso de la Dirección General de Aguas al que se refiere el artículo 41 del Código de Aguas.

Decimoquinto. Que, habiéndose acreditado ya que las obras en cuestión son de aquellas que requieren autorización por parte de la Dirección General de Aguas, y que el demandado no contaba con los

permisos respectivos, resta pronunciarse acerca de si las disposiciones del Código de Aguas infringidas son de aquellas que –por su naturaleza o finalidad– permiten configurar la presunción del artículo 52 de la Ley N° 19.300, invocada por el demandante. Dicho artículo antes citado, señala en lo pertinente que, se presumirá la responsabilidad del autor del daño ambiental respecto de quien haya infringido, entre otras, “*normas sobre protección, preservación o conservación ambientales, establecidas en la presente ley o en otras disposiciones legales o reglamentarias*”.

Decimosexto. Que, la lectura del artículo 52 así como la interpretación armónica de la propia normativa ambiental, suponen la posibilidad de encontrar normas de protección, preservación o conservación ambientales no sólo en la Ley N° 19.300 o en las leyes consideradas específicamente como de alcance ambiental, sino también en leyes cuyo objetivo general no es propiamente ambiental o cuyo contenido inmediato no es la protección del medio ambiente como tal, y que son conocidas como legislación de relevancia ambiental deliberada. Uno de estos casos es el del Código de Aguas, considerado específicamente como legislación de relevancia ambiental con un enfoque patrimonialista pues regula particularmente la prevención de conflictos de interés entre diferentes usuarios del mismo componente del ambiente a través, entre otros medios, del otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas a particulares. Contiene adicionalmente, sin duda alguna, un conjunto importante de disposiciones relativas al manejo y uso de uno de los principales factores naturales componentes del ambiente como es el agua (Valenzuela, Rafael, en “El Derecho Ambiental, presente y pasado”, Editorial Jurídica de Chile, 2010, pp. 20 a 22). En este marco, los aludidos artículos 41 y 171 del Código de Aguas tienen por objeto específico regular la autorización previa requerida para efectuar modificaciones en cauces de agua, ya sean naturales o artificiales, con motivo de la construcción de obras, urbanizaciones y edificaciones que puedan causar daño a la vida, salud o bienes de la población o que de alguna manera alteren el régimen de escurrimiento de dichas aguas. Y agrega el artículo 172 del mismo Código que “*Si se realizaren obras con infracción a lo dispuesto en el artículo anterior, la Dirección General de Aguas podrá apercibir al infractor, fijándole plazo perentorio para que modifique o destruya las obras que entorpezcan el libre escurrimiento de*

las aguas o signifiquen peligro para la vida o salud de los habitantes” (destacado del Tribunal).

Decimoséptimo. Que, de este modo, al exigir dichos artículos la aprobación previa de la Dirección General de Aguas en los términos señalados en el considerando anterior, queda de manifiesto que ellos no pueden sino tener una finalidad de protección, finalidad que de hecho ha sido reconocida por la propia Excelentísima Corte Suprema, la cual ha señalado específicamente respecto a las disposiciones en estudio “*Que, entrando al análisis del recurso, cabe reconocer que los jueces del mérito hicieron una errada interpretación del artículo 171 del Código de Aguas al consignar que dicha disposición se refiere sólo a obras que ocupan terrenos que son bienes nacionales de uso público, desde que su tenor literal evidencia que no existe tal limitación, ya que ese precepto no hace distinción alguna en tal sentido. Lo que persigue la ley con la exigencia de esta aprobación es que un organismo técnico, como lo es la Dirección General de Aguas, vele por los intereses de la comunidad constatando que las obras no entorpezcan el libre escurrimiento de las aguas, así como que no signifiquen peligro para la vida o salud de los habitantes, según se desprende del artículo 172 del Código del ramo, en el que se autoriza a la Dirección General de Aguas a apereibir a quien realizó las obras con infracción de lo anterior, fijándole un plazo perentorio para que las modifique o destruya”* (SCS 3066-2006, de 28 de mayo de 2007, considerando séptimo),

Decimooctavo. Que, por último, en cuanto a la naturaleza o finalidad de dicha protección, cabe remitirse a lo dispuesto en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), Decreto Supremo N° 40 de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente, el cual establece que “*Todos los permisos de carácter ambiental, que de acuerdo con la legislación vigente deban o puedan emitir los órganos de la Administración del Estado, respecto de proyectos o actividades sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, serán otorgados a través de dicho sistema, de acuerdo a las normas de la Ley y el presente Reglamento”* (Destacado del Tribunal). Luego, en el artículo 108, el Reglamento distingue entre aquellos permisos ambientales sectoriales (PAS) de contenidos únicamente ambientales y permisos ambientales sectoriales

mixtos, que tienen contenidos ambientales y no ambientales. Y agrega en su *Párrafo 3° De los permisos ambientales sectoriales mixtos*, el listado de dichos permisos –entre los que se encuentra, por ejemplo, el permiso para corta de bosque nativo– el PAS del artículo 156: “*Permiso para efectuar modificaciones de cauce*”, señalando que “*El permiso para efectuar modificaciones de cauce, será el establecido en el artículo 41 e inciso 1° del artículo 171 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1.122, de 1981, del Ministerio de Justicia, Código de Aguas, siempre que no se trate de obras de regularización o defensa de cauces naturales*”.

Decimonoveno. Que de lo anterior se colige que, constituyendo los artículos 41 y 171 del Código de Aguas un permiso ambiental sectorial de aquellos señalados taxativamente por la Ley N° 19.300 a través del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), la referida autorización de la Dirección General de Aguas con que debía contar el demandado de manera previa a la realización de las obras, corresponde a una norma de protección ambiental, es decir, a una de aquellas disposiciones que –por su naturaleza o finalidad– permiten configurar la presunción del artículo 52 de la Ley N° 19.300 al ser infringidas, como de hecho ha ocurrido en el caso de autos, según se ha podido demostrar latamente en los considerandos anteriores. Por lo tanto, este Tribunal concluye que concurre la presunción contenida en el artículo 52 de la Ley N° 19.300.

Vigésimo. Que, a mayor abundamiento, cabe agregar que el artículo 8° de la Ley N° 19.300 señala que “*Los proyectos o actividades señalados en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley*”. Luego, el artículo 10 de la misma ley dispone que: “*Los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes: [...] i) [...] extracción industrial de áridos, turba o greda*”. En este sentido, el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), D.S. N° 40 de 2012 del Ministerio del Medio Ambiente, precisa en su artículo 3 que: “*i.5. Se entenderá que los proyectos o actividades de extracción de áridos o greda son de dimensiones industriales cuando: [...] i.5.2 Tratándose de*

extracciones en un cuerpo o curso de agua, el volumen total de material a remover durante la vida útil del proyecto o actividad, sea igual o superior a veinte mil metros cúbicos (20.000 m³) [...] tratándose de las Regiones de Valparaíso a Magallanes y Antártica Chilena [...]”.

Vigésimo primero. Que, teniendo presente, por un parte, lo señalado en el considerando sexto N°8, donde se indica que conforme a la superficie y profundidad de las obras extractivas en la zona, el volumen de áridos removidos alcanzaría un valor aproximado de 100.000 metros cúbicos; y, por otra parte, lo señalado a fojas 97 por el Director Ejecutivo (PT) del Servicio de Evaluación Ambiental, en cuanto a que el demandado “no registra actividades o proyectos que hayan sido sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental bajo ninguna modalidad de ingreso [...], y bajo ninguna de las tipologías de ingreso estipuladas en el artículo 10, de la Ley N° 19.300 [...], para las actividades descritas en la demanda y para el sector y localidad en cuestión Río Duqueco en el sector ‘Llano Blanco’, este Tribunal puede colegir que, i) las actividades de extracción de áridos efectuadas por el demandado eran de aquellas que debían ser previamente evaluadas en el marco del SEIA, conforme lo establecen los artículos 8° y 10 de la Ley N° 19.300, y 3° letra i.5.2 de su Reglamento, antes citados; y ii) que dichas actividades no sólo se realizaron en contravención a los artículos 41 y 171 del Código de Aguas, sino que, además, vulnerando las disposiciones relativas al SEIA contenidas en la Ley N° 19.300 y su respectivo Reglamento, toda vez que el demandado no obtuvo la respectiva Resolución de Calificación Ambiental (RCA) previa.

Vigésimo segundo. Que, la obligación de obtención de la referida autorización ambiental corresponde a una norma de protección establecida en la propia Ley N° 19.300 y su Reglamento. Por lo tanto, este Tribunal concluye que concurre también a su respecto la presunción legal de responsabilidad contenida en el artículo 52 de la Ley N° 19.300, por cuanto, las normas infringidas son de aquellas disposiciones expresamente contempladas en el citado artículo.

Vigésimo tercero. Que ya establecido por este Tribunal la concurrencia de la presunción del artículo 52 de la Ley N° 19.300,

se debe determinar cuál es su alcance, es decir, si ésta incluye sólo la culpa o se extiende también al nexo causal. En efecto, que la mentada presunción cubra el requisito de la culpa, no se encuentra en discusión, pues la lógica de su inclusión radica en que de haber cumplido el infractor las exigencias que legalmente le fueron impuestas por las normas ambientales, y de haber tomado éste las medidas de resguardo y protección del medio ambiente que ellas determinaban, se habría evitado el daño al medio ambiente que se demanda. Sin embargo, y como se señalará a continuación, éste también es un argumento válido para extender la presunción al nexo causal.

Vigésimo cuarto. Que, de acuerdo a lo señalado en el inciso primero del artículo 52 de la Ley N° 19.300, todas las infracciones que dan origen a la presunción, lo son respecto de normativa que busca proteger, preservar o conservar el medio ambiente, es decir, tienen una finalidad específica. No se trata de cualquier disposición, sino de aquellas cuyo objetivo es evitar que se produzca un daño, no cualquiera, sino ambiental. Por lo tanto, desde el punto de vista del infractor, éste no incurre en un incumplimiento a una obligación de cuidado ordinaria, sino que infringe un deber específico que se le exige para un fin determinado, evitar un daño ambiental.

Vigésimo quinto. Que, conforme a lo señalado precedentemente, es razonable suponer que si se infringe una disposición cuya finalidad es proteger, preservar o conservar el medio ambiente, y se producen los efectos que dicha normativa ha querido justamente evitar, se presume legalmente que el infractor es el causante de ese daño. Una interpretación en contrario, limitándola sólo a la culpa, sin reparar en la finalidad de la norma, no sería coherente con las particularidades que presenta la responsabilidad en materia de daño ambiental, especialmente en cuanto a las dificultades para la determinación de la causalidad. En este sentido, para que la presunción cubra el nexo causal, se requiere que el daño quede comprendido en el ámbito de protección de la norma infringida. Una argumentación similar a la señalada es la que explica en derecho comparado los casos de presunción legal del nexo causal, en virtud de lo que se ha denominado “*idoneidad del daño causado*”. Este ha sido, por ejemplo, el criterio que fundamenta la presunción legal contenida

en la Ley Alemana de responsabilidad ambiental y en el artículo 3.1, párrafo segundo, de la Ley de Responsabilidad Medio Ambiental Española, que señala: “*Se presumirá, salvo prueba en contrario, que una actividad económica o profesional de las enumeradas en el Anexo III ha causado el daño o la amenaza inminente de que dicho daño se produzca, cuando, atendiendo a su naturaleza intrínseca, o a la forma de que se ha desarrollado, sea apropiada para causarlo*” (Bermúdez Soto, Jorge, “Fundamentos de Derecho Ambiental”, segunda edición, pág. 405, y Esteve Pardo, José, “Ley de Responsabilidad Medio Ambiental”, Marcial Pons, Madrid (2008), pp. 57-58).

Vigésimo sexto. Que, la extensión de la presunción contenida en el artículo 52 al nexo causal, encuentra respaldo también en lo señalado en el inciso 2º de dicho precepto, que señala: “*Con todo, solo habrá lugar a la indemnización, en este evento, si se acredite relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido*”. En efecto, dicho inciso alude a la responsabilidad extracontractual que emana del ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria y que se ejerce –de acuerdo con el artículo 53 de la Ley Nº 19.300– por el directamente afectado por el daño ambiental. Al exigir el citado inciso 2º expresamente que se acredite la causalidad para que proceda la indemnización, es dable suponer que lo hace para diferenciarse de aquellos casos en que –tratándose del ejercicio de la acción para obtener la reparación del medio ambiente y cumplidos los requisitos del artículo 52 inciso 1º de la Ley Nº 19.300– se presume el nexo causal. Lo señalado anteriormente, en cuanto a la diferencia que hace el inciso 2º del artículo 52, ha sido reconocida expresamente por la Excelentísima Corte Suprema en la causa 396-2009, de 20 de abril de 2009, específicamente en el considerando decimonoveno que señala: “[...] *La regulación de la causalidad en la acción indemnizatoria se exigió en todo evento, para diferenciarla de la presunción anterior. Expresamente se establece que, sin perjuicio de la presunción legal de responsabilidad sólo habrá lugar a indemnización, en este evento, si se acredite relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido (inc. 2º, art. 52). Las acciones por daño ambiental se regulan conjuntamente, no obstante su palmaria diferenciación destacada desde el Mensaje del Proyecto: producido el daño ambiental, se concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, lo que no obsta*

al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado (art. 53). Esta distinción resulta de toda lógica ya que un mismo hecho puede ser causante de un daño ambiental, y también de un daño individual, es decir, en la persona o patrimonio de un sujeto de derecho [...]”.

Vigésimo séptimo. Que, establecido por este Tribunal que el demandado ejecutó obras de extracción de áridos en el río Duqueco en infracción a la normativa correspondiente, configurándose de esta forma la presunción del artículo 52 de la Ley N° 19.300, resta aún para dar por acreditada la extensión de dicha presunción al nexo causal, que el daño denunciado por el demandante esté comprendido en el ámbito de protección de la norma infringida. Para ello, será necesario previamente acreditar si hubo o no daño ambiental, y en caso de ser esto efectivo, precisar si ese daño es de aquellos que se encuentran relacionados con la disposición infringida, todo lo cual será desarrollado en los considerandos siguientes.

Vigésimo octavo. Que el demandante alega que la actividad de extracción de áridos desde el cauce del río Duqueco, sin que haya contado con los permisos para desarrollar la actividad, ha generado daño ambiental conforme se encuentra éste definido en la letra e) del artículo 2 de la Ley N° 19.300. Los componentes ambientales afectados serían: i) El agua, pues producto de la intervención significativa al cauce del río, se habría generado un considerable desnivel del lecho del río desde la cota original, variación de la pendiente, formación de pozones de gran profundidad, un cambio de las condiciones de escurrimiento del cauce, mayor capacidad de arrastre de material aguas abajo y erosión en el tramo hacia aguas arriba del mismo. Adicionalmente, se alcanzaría inminentemente las bases del puente Calderones, comprometiendo su estabilidad con el consecuente riesgo para la población; ii) El suelo y hábitat de avifauna, por cuanto la actividad extractiva habría afectado una superficie que alcanzaría las 3 hectáreas. Se habría afectado al suelo ribereño, con su degradación y pérdida significativa, dejando en su lugar la formación de pozones y la acumulación de gran cantidad de material de acopio (bolones), afectándose también al ecosistema del lugar, debido a la pérdida de hábitat de especies nativas del sector, como patos yecos

y garzas; y iii) El paisaje, ya que se habría producido un deterioro significativo al componente paisajístico del lugar, viéndose afectada la belleza escénica del río y su entorno, integrado por álamos, sauces, aromos y flora arbustiva.

Señala que se habría afectado el ecosistema, su biodiversidad y que existiría pérdida de servicios por cuanto el agua permite el nacimiento y mantención de ecosistemas diversos y muy productivos que prestan diversos servicios ambientales, entre los que se pueden destacar, el ser base para dotar de agua para uso doméstico, industrial y agrícola, proveer de belleza escénica para el turismo y recreación, evitar inundaciones, permitir la recarga de los acuíferos y constituir una de las bases fundamentales para la biodiversidad. Asimismo, proveen de alimento y medicina a las poblaciones humanas y a la vida silvestre y acuática, todos los cuales se han visto afectados por las actividades de extracción.

Vigésimo noveno. Que, el demandante sostiene, que conforme a la definición contenida en la letra e) del artículo 2° de la Ley N° 19.300, los elementos necesarios para estar en presencia de un daño ambiental son dos, a saber: i) un deterioro o menoscabo inferido al medio ambiente, requisito que se cumpliría en el caso de autos toda vez que el carácter ambiental de los bienes afectados (agua, suelo, fauna, paisaje, ecosistema y biodiversidad) en el caso en concreto sería indiscutible, pues es la propia definición legal de medio ambiente la que los incluye; y, ii) debe tratarse de un perjuicio o menoscabo significativo. En el caso concreto, se habría generado un daño ambiental que reviste el carácter de suma gravedad, pues con la extracción de áridos se ha afectado y se continúa afectando el cauce del río Duqueco en el sector de Llano Blanco, sus aguas, el ecosistema conformado en el sector, el hábitat de avifauna representada entre otros por patos yeco y garzas, su valor paisajístico y la biodiversidad que sustentaba.

Trigésimo. Que para acreditar la concurrencia del daño, el Tribunal fijó –a fojas 148– los puntos de prueba N° 3 y N° 7 al N° 12, con el siguiente tenor:

i. N° 3. Efectividad que las obras y actividades han modificado el cauce del río Duqueco, generando un supuesto desnivel de cota de fondo del lecho, entorpecimiento del libre escurrimiento de las aguas. Cambio de las condiciones de escurrimiento del cauce, mayor capacidad de arrastre de material aguas abajo y la formación de pozones con acumulación de gran cantidad de material de acopio, entre otros. Delimitación, alcance y efectos generados.

ii. N° 7. Efectividad que, con anterioridad a las supuestas actividades y obras del demandado, el río Duqueco en el sector materia de autos se abría en dos brazos dejando entre ambos un lugar que se denominaba “La Isla”, y luego se cerraba continuando en un solo cuerpo o curso de agua, contando con un suelo tipo misceláneo de río, con presencia de piedras y arenas medias a gruesas, y con flora arbórea y arbustiva, siendo frecuentado por aves silvestres. Superficie de la isla antes y después de supuestas actividades del demandado.

iii. N° 8. Efectividad de afectación de los suelos ribereños del sector por degradación o pérdida de terreno de las propiedades ribereñas y obras de infraestructura tales como bocatomas. Delimitación, alcances y efectos.

iv. N° 9. Efectividad que, aguas abajo de la supuesta intervención al cauce, el río Duqueco es utilizado como fuente de agua potable para las localidades ubicadas en sus alrededores, aprovechamiento hidroeléctrico e industrial y pesca deportiva. Ubicación de estas actividades, alcances y efectos.

v. N° 10. Efectividad que el río Duqueco sustenta ecosistema y biodiversidad en toda su extensión. Afectación de las especies nativas silvestres y acuáticas del lugar, recarga de acuíferos y de la regulación de los regímenes hidrológicos (inundaciones), por las supuestas obras y actividades de la demandada. Caracterización y alcance material y temporal de la afectación.

vi. N° 11. Efectividad que las supuestas intervenciones en el río Duqueco constituyen un deterioro del componente paisajístico del lugar, disminuye la belleza escénica del río y de su entorno, y afecta el turismo

y las eventuales actividades de recreación en la zona. Caracterización, alcance material y temporal de las supuestas afectaciones.

vii. N° 12. Efectividad que las obras y actividades de la demandada provocarían un daño a las bases del puente Calderones. Caracterización, alcance material y temporal de las supuestas afectaciones, y eventual afectación de su estabilidad y riesgo para la población.

Trigésimo primero. Que los medios de prueba relacionados con los puntos de prueba señalados en el considerando anterior son los siguientes:

1. Oficio Ordinario N° 957, del Director de Aguas Región del Bío Bío, de 8 de agosto de 2012, que rola a fojas 215 del expediente de autos, en el cual dicha autoridad comunica al Abogado Procurador Fiscal del Consejo de Defensa del Estado que “[...] *al respecto, cabe hacer presente que la extracción de áridos de que se trata el expediente individualizado ha agravado las condiciones de escurrimiento del mismo generando un alto riesgo de degradación y descenso del lecho, con el consecuente daño ambiental que esto acarrea al medio circundante. Además, esta extracción ilegal de áridos alcanzaría inminentemente las bases del puente ubicado aguas arriba, comprometiendo la estabilidad, con el consecuente riesgo para la población*”.
2. Informe de fojas 217, elaborado por la Dirección General de Aguas, de fecha 24 de octubre de 2012, que señala “[...] 2.3. *Sector 3: Zona de extracción; fotografías tomadas hacia y desde la isla que separa ambos brazos del cauce del río Duqueco. Este sector corresponde al lecho del cauce que se ha intervenido y degradado, modificando las cotas de fondo del lecho. En la visita se observó gran cantidad de material acopiado, susceptible de ser arrastrado y un lecho del cauce con pozones que dan cuenta de la gran magnitud de la intervención*”. En las fotografías N° 8 y 9 se da cuenta del acopio de material y pozones de gran profundidad que en opinión de la Dirección General de Aguas, modifican significativamente el cauce del río Duqueco, implicando necesariamente un cambio de las condiciones de escurrimiento del cauce y erosión en el tramo hacia aguas arriba del cauce.

3. Informe Complementario de fojas 231, elaborado por el Servicio Agrícola y Ganadero, de 5 de abril de 2013, que señala: *“la extracción se realiza por el lado Norte del río Duqueco, donde se han formado pozones debido a la extracción, observándose gran cantidad de material de acopio (bolones) en el sector intervenido. Se estima una pérdida de suelo de aproximadamente 3 hectáreas en la ribera norte del río Duqueco, lo que no sólo afecta la producción agrícola y forestal de los predios sino que también el ecosistema del sitio debido a la pérdida de hábitat”*.
4. Acta de paralización de faenas de extracción con auxilio de la fuerza pública de fojas 207, de la Dirección de Aguas Región del Bío Bío, de 7 de marzo de 2012, donde se da cuenta que *“A las 13:00 horas del día 7 de marzo de 2012, momento en que se efectúa la diligencia no se estaban ejecutando labores de extracción de áridos en el cauce. Sin embargo, conforme a la evidencia de terreno, es factible asegurar que éstas no se han detenido desde la última diligencia de paralización con auxilio de la fuerza pública realizada por personal de Fiscalización de la Dirección General de Aguas con fecha 2 de febrero de 2012. En efecto se observó material pétreo acopiado dentro del cauce, una profundización del mismo, y la formación de nuevas cuñas de extracción, lo que incrementa el desnivel y la pendiente del cauce”*.
5. Oficio Ordinario N° 957, del Director de Aguas Región del Bío Bío, de 8 de agosto de 2012, que rola a fojas 215 del expediente de autos, en el cual dicha autoridad comunica al Abogado Procurador Fiscal del Consejo de Defensa del Estado que *“Al respecto, cabe hacer presente que la extracción de áridos de que trata el expediente individualizado ha agravado las condiciones de escurrimiento del mismo, generando un alto riesgo de degradación y descenso del lecho, con el consecuente daño ambiental que esto acarrea al medio circundante. Además, ésta extracción ilegal de áridos alcanzaría inminentemente las bases del puente ubicado aguas arriba, comprometiendo su estabilidad, con el consecuente riesgo para la población [...]”*.
6. Minuta DGA Región del Bío Bío, de 10 de septiembre de 2013, que rola a fojas 35 del expediente de autos y que señala específicamente

a fojas 38 lo siguiente: *“El cauce ha cambiado su morfología y este Servicio no cuenta con los antecedentes técnicos necesarios que permitan establecer la magnitud de los efectos en el tiempo por degradación del cauce producto de los cambios de pendientes generados en la zona de extracción de áridos. De ser significativos los efectos se pondrá en riesgo la estabilidad estructural del puente Calderones que se ubica aproximadamente 350 metros aguas arriba de la zona de extracción. Este puente a la fecha presenta protecciones y enrocados en sus cepas, que impiden la socavación, sin embargo la intervención no autorizada podría afectar la estabilidad”*.

En lo que dice relación con la conclusión del informe, éste señala que: *“el área de explotación actual se concentra en la isla o zona de depositación entre ambos brazos. A la fecha se continúa variando las condiciones de escurrimiento del cauce generando un alto riesgo de degradación y descenso del lecho, efectos que alcanzarán inminentemente la infraestructura vial ubicada aguas arriba, comprometiendo su estabilidad y agravando los efectos erosivos en la propiedad del Sr. Máximo Valencia colindante al río Duqueco por el brazo norte actualmente explotado”*.

7. Minuta informativa de la Dirección de Obras Hidráulicas Región del Bío Bío, de 11 de septiembre de 2013, que rola a fojas 104 del expediente de autos y que corresponde a lo constatado en visita a terreno del día 10 de septiembre de 2013. En el citado documento concluye que: *“[...] de las intervenciones ejecutadas a la fecha y la respuesta del río a las mismas, observadas en el cauce del río Duqueco en el sector indicado, manifiestan efectos colaterales que a mediano o largo plazo pudieran agudizarse, generando problemas de difícil cuantía, siendo oportuno tomar medidas al respecto, sobre todo si se considera que la actividad extractiva en el sector evidencia un incremento expansivo en el tiempo”*.
8. Declaración de los siguientes testigos:

i) Luis Enrique Díaz Caamaño, testigo experto, ingeniero forestal, profesional de la Dirección Regional de Aguas, VIII Región, quien en declaración de 15 de mayo del presente sostuvo lo siguiente:

Al punto de prueba N° 3 señaló: *“Efectivamente se modificó completamente las características de escurrimiento del río Duqueco porque se modificó la pendiente longitudinal del cauce al extraerse material. Modificar significativamente la pendiente trae como consecuencia mayor susceptibilidad de arrastre de material y genera un proceso erosivo que avanza aguas arriba, erosión retrógrada, debido al material del lecho, puede afectar aguas arriba del puente Calderones. Genera un cambio significativo en el escurrimiento del cauce viéndolo por el brazo sur y eventualmente generando otros efectos aguas abajo. Esta faena genera cambios en la morfología del cauce aguas abajo y aguas arriba”*. Preguntado sobre si la última vez que acudió fue hace un mes, contestó: *“sí, y todavía estaba dispuesto el pretil y estaban los dos brazos con agua. El sector de las faenas estaba con candado, no se veía gente trabajando”*. Preguntado sobre los efectos del pretil ante la crecida del río, señaló: *“Los efectos son difíciles de precisar, pero la mayor cantidad de material, también caudal sólido, sería depositado por el brazo sur o tendría efecto erosivo, rompiéndose un pretil puede agravarse la condición de erosión, podría desviarse todo el caudal por el brazo norte porque hay mayor pendiente y podría agravar la condición erosiva en el borde de la propiedad de Máximo Valencia”*. Preguntado sobre la condición geográfica del brazo sur, señaló: *“es un terreno plano, inundable, hubo extracción de áridos en otras épocas por diferentes empresas según consta en los documentos que aportó quien hizo la denuncia, de la junta de vecinos”*. Preguntado sobre si el aumento del caudal podría inundar toda la ribera sur, señaló: *“correcto, cambia la condición de transporte del río. El efecto más preocupante es el cambio de pendiente, al aumentar el caudal genera erosión retrógrada, se pueden generar efectos erosivos”*. Preguntado acerca de si después de dos años y medio o más de faenas estos efectos no deberían haberse producido ya, señaló: *“no se han evaluado, se constata en terreno efectos erosivos en la ribera aguas abajo. El pretil seguramente ha retardado el efecto del arrastre de sedimentos, pero seguramente el*

material viene de aguas arriba y el cambio de pendiente genera una degradación de todo el tramo". Preguntado acerca de si al final de la isla hay poblaciones ribereñas aguas abajo, señaló: *"lo desconozco, la visita de terreno llegaba hasta todo el tramo de la isla"*. Al punto de prueba N° 7 señaló: *"Efectivamente en ese tramo hay una isla que divide el río en dos brazos. Se extrajo árido de la isla sin variar su superficie. Había material suficientemente consolidado. La isla tiene una superficie de 5 hectáreas compuesta por material aluvial, de arrastre del cauce, bastante material, consolidada, con vegetación, la superficie de la isla no varió con la extracción, sólo se extrajo material del cauce. Variaron las características de la isla"*. Preguntado acerca del valor ambiental de la isla, señaló que: *"no he hecho un análisis imagino que se pueden generar nichos y hábitat, al menos para la vegetación. Nunca hicimos evaluación ambiental ni tuvimos información sobre servicios ambientales de la isla"*. Preguntado sobre la antigüedad de la isla, señaló que: *"en fotografías antiguas de la DGA aparece la isla, la vegetación, tendría sobre 10 años"*.

Al punto de prueba N° 9 comentó: *"desconozco si existen captaciones en el río Duqueco para las actividades señaladas, de lo que sí tengo antecedentes es que el río está agotado para derechos no consuntivos, pero no tengo antecedentes de agua potable que se extraiga del río Duqueco"*. Preguntado sobre si existe aprovechamiento hidroeléctrico, industrial o de pesca, declaró: *"no tengo antecedentes, aguas arriba y abajo hay derechos de aprovechamiento, se han presentado solicitudes para uso hidroeléctrico. En la cabecera del río hay proyectos que se están ejecutando"*. Consultado sobre si tiene conocimiento sobre la cantidad de agua del cauce y si ha habido una baja en el caudal del río, señaló: *"desconozco si ha habido cambios en el régimen hidrológico del cauce. No he revisado las estadísticas. Estamos prácticamente con precipitaciones mínimas, estos años han sido de sequías. No tengo antecedentes si ha cambiado el régimen hidrológico del cauce"*. Preguntado sobre si la extracción de áridos afectó la vida, la salud o bienes de la población, declaró: *"efectivamente a los bienes se afectó porque se ha cambiado el régimen de escurrimiento se han generado procesos erosivos en el borde del cauce, eso genera pérdida"*.

de suelo. Este cambio del régimen puede generar riesgo para la vida y salud de la población al cambiarse el cauce del río, lo que puede generar inundaciones graves en sectores más bajos. Y un efecto en infraestructura vial genera efecto grave en la vida de las personas, en la vía de acceso a Santa Bárbara, me refiero al puente Calderones”.

Al punto de prueba N° 10 señaló: *“efectivamente modificar un cauce necesariamente cambia algunos hábitats. En la octava región nuestros cauces (ríos Bío Bío, Duqueco) y sus afluentes tienen una gran cantidad de fauna acuática nativa. Faenas de esta magnitud afectan la fauna acuática y el posible hábitat que se haya formado en ese tramo, pero desconozco cuál especie se afectó. No soy especialista, no soy biólogo”.* Preguntado sobre qué especies nativas acuáticas hay habitualmente en esos ríos, señaló: *“no me acuerdo de los nombres científicos”.* Preguntado respecto a la afectación de la regulación de los regímenes hidrológicos, contestó: *“la forma en que escurre el agua por ese punto es afectado y eso va a generar los efectos. No cambia el régimen del caudal aguas abajo, podría cambiar o tuvo un efecto en el caudal sólido”.*

Al punto de prueba N° 12 declaró: *“la faena de extracción, el cambio de pendiente estaba a escasos 350 mts. aguas abajo del puente Calderones. Este lecho del cauce es móvil, compuesto por material aluvial, de arrastre, podría degradar el cauce en ese tramo el efecto es la degradación, lo que no ha sido evaluado”.*

ii) Héctor Neira Opazo, ingeniero civil agrícola, Director Regional de Aguas de la VIII Región, quien en audiencia de 15 de mayo de 2014, declaró lo siguiente:

Al punto de prueba N° 3, declaró: *“El tipo de maquinaria que utilizan en esta faena es retroexcavadora oruga lo que la empresa ha hecho en una extensión importante del río. Un tema no menor es que el puente Calderones es un brazo del río que se abre en dos y genera una isla en el brazo central. Este señor aparte de hacer la intervención o modificación del cauce, construye un pretil con el propósito que por estos brazos no circule agua y le permite realizar las faenas y que entren los camiones*

por terraplenes. El caudal es área por velocidad, en verano es bajísimo y en invierno considerablemente más elevado. En verano, el caudal promedio es de 2 m³ por segundo con velocidades bajas, inferiores a 1 m por segundo, es un caudal no erosivo, pero en invierno el caudal puede llegar a 60 m³ por segundo con velocidades mucho más altas, que tienen carácter erosivo. Si yo más encima disminuyo la caja del río natural al poner el pretil, yo para portear ese caudal 60 m³ por segundo, obligatoriamente aumento la velocidad. Como altero esos factores genero daños circundantes al área de las labores con los correspondientes perjuicios, que consisten en erosiones.

Junto con ello se produce una especie de freno hacia aguas arriba o atrás y se puede generar erosión retrógrada que podría afectar las cepas del puente”.

Al punto de prueba N° 7, declaró: “En el ámbito de la consulta si tú revisas imágenes satelitales vas a evidenciar esta situación de cambio morfológico que se está produciendo en la zona. En terreno puedes darte cuenta cómo el suelo ha ido cambiando producto de la extracción. El comportamiento hidrológico del río en los últimos 7 años no ha variado el caudal que pudiera causar perjuicio no asociado a la intervención humana”. Preguntado sobre la vegetación de la isla y la avifauna de ésta, indicó: “aromos, pero en ningún momento divisé especies nativas, sólo los típicos árboles, básicamente aromos. En el borde del río sí se ha visto la presencia de aves nativas y vegetación. En cuanto a la altura de la vegetación no me podría referir, dos metros y medio de altura. Los nativos de las orillas tienen más altura”. Preguntado acerca de qué estimación tiene de la superficie de la isla antes y después de las actividades de la demandada, señaló: “antes de la intervención 2,5 o 3 hectáreas. Hoy, dado el nivel de intervención, creo que no supera 1,5 o 2 hectáreas”. Preguntado sobre la profundidad de la isla, “como mencioné, es como una y griega. La intervención se produce en el contorno entre la isla y una de las riberas del río. En más de una oportunidad la empresa ha extraído material entre la isla y la ribera. Como se incrementa la velocidad del agua y el caudal, las piedras del río se vienen depositando, la naturaleza se encarga de ir rellenando esta zona. Se produce un deterioro en los sectores ribereños”.

iii) Freddy Araya Sepúlveda, Ingeniero Constructor de la Dirección de Obras Hidráulicas, Directora de Obras de la Municipalidad de Quilleco, quien el 5 de junio del 2014 declaró lo siguiente:

Al punto de prueba N° 3 señaló: *“El 3 de diciembre fuimos mandatados por la Superintendencia del Medio Ambiente. Fuimos con la jefa de la unidad de defensa fluvial por primera vez al sector. Efectivamente pudimos comprobar que se habían realizado modificaciones al cauce del río Duqueco, excavaciones profundas en el cauce mismo y en una isla aguas abajo de la intervención. No tengo antecedentes técnicos para decir si hubo arrastre pero hubo sobreexplotación del lecho en relación a la cota normal”*. Preguntado sobre las dimensiones de la intervención, señaló: *“cuando uno ve que se saca árido de un río tiene que ser de depósitos naturales que el río va sacando. Vemos que hay una intervención mayor; ese día lo vimos. Nosotros autorizamos sólo en zonas de depositación”*. Preguntado si la intervención que observó podría remediarse en forma natural, expresó: *“es difícil determinar eso porque esa intervención partió, mal al intervenir una zona no adecuada. Creemos que es importante hacer un estudio técnico para ver qué consecuencias puede tener en el futuro, porque hay una cota demasiado pronunciada respecto del lecho normal. La diferencia de cota es demasiada. Se puede decir que hay un problema y no sé cómo se podría solucionar”*. Preguntado si basta con restituir material extraído, señaló: *“en otros casos se ha hecho, se ha rellenado el cauce o acorazado la sección profundizando para evitar erosión retrógrada cuando se producen los rápidos. Hay que hacer un estudio técnico que diga en qué estado está el cauce”*. Preguntado acerca del área intervenida afectada, señaló: *“a vuelo de pájaro, 3 hectáreas, 2 hectáreas, no sé considerando lecho fluvial y parte de la isla”*. Preguntado sobre si pudo visualizar algún pretil y de ser efectivo, cuál es el efecto negativo en el cauce del río, señaló: *“Claro, vimos este pretil y en una visita anterior se vio parte del pretil un pedacito por la magnitud del caudal. Cuando cruzamos pudimos comprobar nos paramos sobre el pretil que permanece no ha sido retirado, ha sido socavado solamente por la crecida. El pretil hay que sacarlo. Nosotros denunciemos y dijimos que ese pretil no tiene que estar ahí. Estamos colocando una obstrucción al libre escurrimiento de las aguas en un brazo principal del Río Duqueco”*. Preguntado sobre si la

eliminación del pretil puede hacer que la erosión retrógrada se agudice y afecte al puente, señaló: *“es complicado decirlo, al tener el pretil el agua tiene que subir para alcanzar el nivel, al sacarlo puede minimizarse la pendiente y caída del cauce”*.

Al punto de prueba N° 7: *“Puedo referirme al tema de la existencia de la isla. En fotografías del 79, 69, podemos ver la isla, ella es efectiva, es efectivo también que el río se abre en dos brazos, el norte es más principal y el sur más utilizado en crecidas. Desconozco la dimensión pero podría superar las 4 hectáreas”*. Preguntado acerca de si hay vida silvestre relevante, indicó: *“no tengo claridad”*. Preguntado sobre cuántas veces ha estado en lugar, señaló: *“unas 4 veces aprox”*. Preguntado sobre el tipo de vegetación, señaló: *“Principalmente aromos, bastante, las islas de todos los cauces han sido colonizadas por aromos”*. Preguntado sobre la profundidad de la extracción, indicó: *“cuando uno baja, el pretil tiene una diferencia de 2 metros. Uno podría estimar que en una parte la profundidad puede ser de 2 o 3 metros, en una parte puede ser 4 mts”*.

Al punto de prueba N° 12, declaró: *“Puedo mencionar que hay que hacer un estudio técnico dada la cercanía de la intervención al puente. Tengo experiencia en cuanto a los cauces. Las piscinas son hoyos que se hacen en el lecho en zonas que no son de depositación natural, son piscinas que se empiezan a llenar, esto avanza. Cuando hay extracciones no controladas puede haber efectos considerando que tenemos una infraestructura importante como el río Calderones. El río busca el equilibrio. Las consecuencias de la extracción no se ven hoy sino después de 2 o 3 crecidas, en un par de años”*.

iv) Rafael Pincheira, ingeniero agrónomo del Servicio Agrícola y Ganadero, quien el 5 de junio del 2014, declaró lo siguiente:

Al punto de prueba N° 8, declaró: *“Al intervenir el río se produce afectación aguas arriba y abajo. El río aguas abajo se utiliza como una bocatoma para el sistema de riego y más cercano al punto hay utilización deportivo turística y bebida para animales de predios ribereños. Los ríos son un sistema continuo, cualquier afectación en*

su curso afecta todo el río, tanto aguas arriba como aguas abajo". Preguntado sobre qué efectos se pueden generar aguas arriba y abajo, no en la zona de extracción, señaló: *"hay ciclos de peces que se mueven en el río en partes altas y bajas. Sería un efecto sobre la vida acuática. Hay dos especies autóctonas, el diplomystes y el pez carmelita, que son especies muy importantes de los ciclos de la vida acuática. Estas son especies que existen prácticamente a lo largo de todo el río Duqueco"*. Preguntado sobre si existen registros, señaló: *"sí, cuando hay que estudiar proyectos ambientales se han señalado que existen estas especies y otras truchas, pejerreyes, etc"*. Preguntado sobre si existen otras especies afectadas, declaró: *"se produce alteración aguas arriba y abajo, lo que afecta el equilibrio que había antes de la intervención. Aguas arriba va a sufrir la estratificación de las piedras que existen en el río, puede haber movimiento hacia atrás y pérdida de suelo, se produce alteración en la corriente; el río va a tratar de volver a su normalidad pero va a haber un arrastre"*. Preguntado sobre si existe alguna zona de desove, precisó: *"no tengo ese antecedente pero estos ríos tienen rápidos que aprovechan los peces para reproducirse"*. Preguntado acerca de si los predios ribereños tienen utilización agrícola o forestal, señaló: *"la primera producción son pastos naturales, praderas, alfalfas, los agricultores realizan una agricultura tradicional principalmente cereales. Los suelos no son los mejores de la zona, son arenosos usados en plantaciones forestales de pino y eucaliptus"*. Preguntado sobre la manera en que se pudo visualizar la afectación de los predios, indicó: *"que fueron afectados porque el río se llevó el suelo y se lo va a seguir llevando"*. Preguntado sobre si se formaron hoyos, señaló: *"hay un muro abrupto que es el borde del predio ahora. Es como un precipicio. Se produce por la intervención del río y la introducción de las máquinas en el cauce. Hay algunos pozones y existe agua corriendo pero no con la velocidad del cauce superior, pasa menos agua. Ha habido intervenciones en que el pretil que controla el movimiento de las aguas ha sido intervenido, en algunas oportunidades a la empresa le convenía tirarlo por abajo y otras veces por el cauce de arriba. En invierno el río puede llevar 500 m³ o 1000 m³"*.

Al punto de prueba N° 9 señaló: *"Aguas abajo del río Duqueco es probable que no sea usado como agua potable porque no existen"*

localidades pero hay casas que pueden utilizarla como agua de bebida y riego. Los otros usos son turísticos y deportivos, como pesca y natación. Aguas arriba de ese punto en el río hay centrales hidroeléctricas; aguas abajo no conozco estudios ingresados al SEIA. El río Laja tiene algunas centrales funcionando”. Preguntado sobre si existen centrales de pasada, contestó: “en el curso medio del río no es posible hacer centrales de embalse”.

Al punto de prueba N° 11 señaló: *“si bien el paisaje no es excepcional en esa zona, donde predomina agua y vegetación, al afectarse el curso y la vegetación de ribera se produce un deterioro de la calidad del paisaje en la zona, hay un deterioro evidente. Creo que es probable que haya que gastar millones de dólares para reparar por eso. En Chile no se hace este tipo de restauraciones. El valor es muy alto”.*

v) Arnaldo Villarroel, técnico agrícola del Servicio Agrícola y Ganadero, quien el 5 de junio del 2014, declaró lo siguiente:

Al punto de prueba N° 8, señaló: *“Hay un problema de socavamiento hacia los predios colindantes en el sector norte del río Duqueco, ha habido socavamiento y pérdida de los suelos, eso es evidente. He estado en tres oportunidades pero no en el lugar mismo del trabajo de extracción porque no nos han permitido el acceso. Lo hemos hecho con uno de los propietarios afectados, de la familia Valencia”. Preguntado sobre quién le ha impedido el acceso, señaló: “ha sido porque hemos intentado pasar por el acceso principal por puente Calderones y están las puertas cerradas y se nos ha denegado el acceso, hemos tenido que ir por la propiedad del Sr. Valencia en la ribera norte y en la sur por un camino público cercano al lugar de la extracción”. Preguntado sobre la estimación de la pérdida de suelo que ha podido constatar, declaró: “2 hectáreas de superficie de suelo aproximadamente por lo que me ha dicho el Sr. Valencia. Se ha ampliado el espacio entre la isla y el predio del Sr. Valencia”. Preguntado sobre la calidad y uso de los suelos, señaló: “se trata de suelos planos de arenas volcánicas, para uso de chacras eventuales y praderas permanentes y cultivos agrícolas tradicionales como los cereales”.*

Al punto de prueba N° 11, declaró: *“en efecto, hay un notorio cambio en el paisaje desde el punto de vista de la belleza escénica, es un punto cercano a una vía pública donde llega gente en periodos estivales por la pesca y el camping. Al cambiarse el curso hacia el sector norte se nota que ha habido pérdida de vegetación natural arbórea y herbácea, hay una pérdida de biodiversidad de avifauna acuática, antes uno pasaba y encontraba aves incluso migratorias, pero con la pérdida de la arborización de la isla ha habido pérdida de la biodiversidad”*. Preguntado sobre si puede cuantificar cuánto ha perdido la isla con la actividad de extracción, señaló: *“un cincuenta por ciento de la cubierta vegetal, y la extracción de materiales se observa desde la distancia 150 mts, más o menos”*. Preguntado acerca de la pérdida de biodiversidad arbórea y herbácea y qué nivel de importancia tiene por escasez relativa, contestó: *“son árboles exóticos como sauce, álamo, que no son muy abundantes, no tengo duda que eso se va a recuperar; las plantas bajas también son exóticas, rosa mosqueta, mora no es nativo, no es tan importante, más bien desde el punto de vista de paisaje más que nada la pérdida”*.

Trigésimo segundo. Que, a la luz de los antecedentes probatorios señalados en el considerando anterior, no desvirtuados por el demandado y apreciados de acuerdo a las reglas de la sana crítica conforme lo establece el artículo 35 de la Ley N° 20.600, permiten a este Tribunal concluir lo siguiente:

1. Que, conforme a lo señalado en el acta de paralización de faenas de fojas 207, de la Dirección General de Aguas Región del Bío Bío; Minuta de la Dirección General de Aguas Región del Bío Bío, de fojas 35 y por las declaraciones testimoniales que sobre el punto de prueba N° 3 hicieron Luis Enrique Díaz Caamaño –como testigo experto–, Héctor Neira Opazo y Freddy Araya Sepúlveda, se tiene por acreditado que se ha modificado el cauce del río Duqueco y su pendiente longitudinal en el sector puente Calderones, lo que genera un proceso erosivo que avanza aguas arriba denominado erosión retrógrada, que puede afectar al mencionado puente del sector. También se tiene por acreditado que se entorpeció el libre escurrimiento de las aguas lo que aumenta los

efectos erosivos en la ladera sur del río y la formación de pozones con acumulación de gran cantidad de acopio en el brazo norte de éste.

2. Que, conforme a lo señalado en la minuta informativa de la Dirección de Obras Hidráulicas Región del Bío Bío, de fojas 104 y por las declaraciones testimoniales que sobre el punto de prueba N° 7 hicieron Luis Enrique Díaz Caamaño –como testigo experto–, Héctor Neira Opazo y Freddy Araya Sepúlveda, se tiene por acreditado que la isla existe con anterioridad a las actividades de extracción de áridos del demandado, y que ésta divide el cauce del río en dos brazos, sur y norte, éste último objeto de intervención. En cuanto a la superficie de la isla, si bien el testigo experto realizó una estimación de 5 hectáreas –la que en su opinión no varió con las actividades de extracción–, este Tribunal estima, a partir de imágenes satelitales del 22 de Enero de 2011, provistas por la aplicación Google Earth Pro, que la isla tenía a esa fecha, una superficie estimada de al menos 7,86 hectáreas, y que a octubre de 2013, las imágenes satelitales demuestran que la superficie es de 7,11 hectáreas, de lo cual se deduce que en superficie no ha existido una variación considerable, pero sí en su morfología. En cuanto al suelo de la isla, se tiene por acreditado que está compuesto por material aluvial, de arrastre del cauce con bastante material y consolidado con vegetación exótica (principalmente aromos, álamos y pinos), la que se ha visto afectada desde que se dio inicio a extracción de áridos en el sector.

Que, conforme a las declaraciones del testigo experto, Luis Díaz Caamaño, Ingeniero Forestal de la Dirección General de Aguas, sobre el punto de prueba N° 10, y de las declaraciones del testigo Rafael Pincheira Santander, Ingeniero Agrónomo del Servicio Agrícola y Ganadero, relacionadas con el mismo punto de prueba, dentro de la deposición referente al punto de prueba N° 8, este Tribunal da por acreditado que hubo efectos sobre la vida acuática, como consecuencia de la alteración del hábitat para especies endémicas y declaradas legalmente en peligro, como son el género *Diplomystes* y el pez carmelita. Lo anterior se ve reforzado considerando especialmente que, de acuerdo a la literatura científica disponible, existen dos especies de Pez Carmelita (*Percilia gillissi* y *Percilia irwini*), ambas endémicas y clasificadas en categoría

“En Peligro” de extinción de acuerdo al “Reglamento para la Clasificación de Especies Silvestres según Estado de Conservación” (D.S. N°29/2012/MIN-AMB). La primera de ellas, habita en ríos desde la Región de Valparaíso a la Región de Los Lagos. La segunda es una especie micro-endémica, pues habita sólo en la Región del Bío-Bío, particularmente en el río Bío-Bío y sus afluentes, en los lagos Laja, Icalma y Galletué, también en los ríos Andalién y Rahue. Por su parte, las especies del género *Diplomystes*, también son endémicas de Chile, dos de las cuales podrían encontrarse en el sector de Calderones, a saber, *D. camposensis* y *D. nahuelbutensis*, ambas especies también declaradas en peligro.

3. Que, conforme al Informe complementario de fojas 231, elaborado por el Servicio Agrícola y Ganadero; Minuta de fojas 217 de la Dirección General de Aguas, de 24 de octubre de 2012, y teniendo presente las declaraciones de los testigos Rafael Pincheira Santander y Arnaldo Villaruel Flores, de 5 de junio de 2014, sobre el punto de prueba N° 8, este Tribunal estima que se redujo en aproximadamente un 60% la superficie natural del islote e intervinieron longitudinalmente unos 700 mts del cauce del brazo norte del río, alterando la dinámica hidráulica del río en ese sector, provocando a su vez una reconfiguración de los bancos naturales de arenas y causando erosión en las orillas de la isla y propiedades ribereñas.
4. Que, conforme al Oficio Ordinario N° 957, de fojas 215, del Director de Aguas Región del Bío Bío; Minuta N° 479, de 10 de septiembre de 2013, que rola a fojas 35 del expediente de autos, de la Dirección General de Aguas; la declaración del testigo experto Luis Díaz Caamaño y del testigo Freddy Araya Sepúlveda, este Tribunal concluye que existen evidencias suficientes, corroboradas por un juicio técnico experto, como lo es la opinión de funcionarios de la Dirección General de Aguas, coincidente con los conocimientos técnico-científicos vigentes en cuanto a la dinámica hidráulica dominante en este tipo de ríos, que verificaría la presencia de un riesgo, derivado de la intervención del cauce por parte de la faena de extracción de áridos, de generar socavamiento aguas arriba de la faena vía erosión retrógrada a las bases de las cepas del puente Calderones, afectando su estabilidad y propiciando condiciones para un eventual colapso del mismo.

5. Que respecto a la afectación relacionada con los puntos de prueba N° 9 y 11, este Tribunal considera que los elementos de prueba incorporados por el demandante al expediente no son suficientes para dar por acreditadas las afectaciones alegadas por éste, toda vez que para el punto N° 9 no se aportó información geográfica respecto a la ubicación de las supuestas fuentes de agua potable, o de bocatomas para la actividad hidroeléctrica; mientras que para el punto N° 11 no se aportó información estadística que permitiera acreditar el valor y relevancia paisajística, turística y recreacional de la isla, en el contexto de la zona.

Trigésimo tercero. Que, una vez concluido por este Tribunal que las afectaciones señaladas en el considerando anterior se encuentran debidamente acreditadas, resta determinar si éstas constituyen o no daño ambiental. Para ello, se hace necesario previamente precisar lo que debe entenderse por daño ambiental, siendo necesario definir el concepto de medio ambiente, con el fin de poder identificar cuál es el bien jurídico protegido susceptible de ser dañado.

Trigésimo cuarto. Que, el medio ambiente es definido en el artículo 2 letra ll) de la LBGMA como *“el sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones”*. Este concepto amplio de medio ambiente contiene, según la doctrina, dos elementos relevantes. El primero de ellos dice relación con que la definición de medio ambiente [se] vincula o relaciona al ser humano [o] a otras manifestaciones de la vida. En efecto, *“se refiere a aquella porción de extensión variable del entorno o medio que se encuentra de forma adyacente al ser humano, especie o grupo animal o vegetal, la cual no se reduce a su residencia o hábitat inmediato o más próximo para esa forma de vida, sino que incluye además el entorno necesario para que una persona pueda desarrollarse (...). Lo que interesará, desde la perspectiva jurídica, no es todo el medio ambiente, sino ese ambiente visto desde la perspectiva de una manifestación de vida en concreto, ese medio ambiente o entorno adyacente que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en*

sus múltiples manifestaciones hoy día y en ese contexto en particular” (Bermúdez Soto, Jorge, “Fundamentos de Derecho Ambiental”, segunda edición, 2014, págs. 63-64). El segundo elemento a tomar en cuenta de la definición dice relación con que se trataría de un *sistema global*. Aquello implica que para el legislador *“el concepto de medio ambiente puede ser desde un bosque hasta una población, desde un hábitat acuático hasta un monumento histórico o una zona típica, siempre y cuando cumplan con el requisito de condicionar la existencia y desarrollo de la vida en alguna de sus manifestaciones”* (Bermúdez Soto, *op. cit.*, pág. 65). Lo anterior implica que cualquier afectación a los elementos incluidos en la definición implicará un daño al medio ambiente.

Trigésimo quinto. Que, habiendo delimitado lo que debe entenderse por medio ambiente, cabe agregar que la doctrina comparada ha explicado la naturaleza del daño ambiental, señalando que se trata de *“un daño a un bien jurídico-colectivo [...] Por unanimidad parece otorgarse el galardón de ‘bien jurídico’ al medio ambiente. Pero pensamos que, concretamente, el medio ambiente ha de encuadrarse dentro de los ‘bienes jurídicos colectivos’ (res communes omnium), que son aquellos bienes jurídicos que están referidos a la satisfacción de necesidades de carácter social y económico y que están relacionados con la idea de participación. [...] El medio ambiente es, como suele afirmarse por la doctrina alemana, un ‘behördlich verwaltete Rechtsgut’, es decir un ‘bien jurídico administrado por los poderes públicos’. El medio ambiente es un ‘bien público o común’ y conlleva una función administrativa de protección y prevención de los daños en el medio ambiente. [...] En conexión con la idea del carácter colectivo del bien jurídico ambiental, se habla de que los daños al ambiente son daños públicos, tal como afirma la Ley italiana de 8 de julio de 1986 (que crea el Ministerio del Ambiente y regula el daño ambiental). El destinatario del daño ambiental no es, en conclusión, tanto la Administración como la sociedad, ya que ‘el medio ambiente no pertenece exclusivamente a una persona determinada, sino que es toda la colectividad la que se ve perjudicada”* (Muñoz Varas-Ibáñez, Santiago, “La reparación de los daños causados a la Administración” (Análisis administrativo, civil y penal), Cedecs, 2009).

Trigésimo sexto. Que, precisado lo anterior, corresponde ahora referirse al concepto de daño o perjuicio, como elemento esencial de la responsabilidad ambiental. En el artículo 2 letra e) de la LBGMA, el legislador precisó lo que debe entenderse por daño ambiental, indicando que será *“toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes”*. Siguiendo al autor antes citado, es posible atribuir tres características ligadas a tal concepto. La primera de ellas dice relación con que sólo es daño ambiental el inferido al medio ambiente o a alguno de sus elementos, en los términos de la definición de medio ambiente recién analizada. La segunda característica es que dicho daño ambiental puede presentarse en cualquier forma. A este respecto, el autor indica que *“no importa que se trate de la pérdida de una especie o la disminución de un recurso natural o el detrimento de un sitio arqueológico, toda manifestación dañosa para el medio ambiente o para algunos de sus elementos queda comprendida en la definición de daño ambiental”*. Finalmente, la última característica es que el daño ambiental debe ser significativo, elemento que trataremos más adelante (Bermúdez Soto, *op. cit.*, págs. 400-401).

Trigésimo séptimo. *Que, con “toda acción, omisión, comportamiento u acto ejercido por un sujeto físico o jurídico, público o privado, que altere, menoscabe, trastorne, disminuya o ponga en peligro inminente y significativo, algún elemento constitutivo del concepto ambiente, rompiéndose con ello el equilibrio propio y natural de los ecosistemas”* (Peña Chacón, Mario, “Daño Ambiental y Prescripción”, en Revista judicial, Costa Rica, N°109, Septiembre 2013, pág. 118). Surge de dicha definición un elemento nuevo en el cual es menester detenerse. En efecto, el autor citado incluye dentro del concepto de daño ambiental el poner *en peligro inminente y significativo* al medio ambiente. El autor indica que *“la incertidumbre es inherente a los problemas ambientales. Los efectos sobre la salud y el medio ambiente causados por las alteraciones realizadas por el ser humano son generalmente desconocidos y en algunas ocasiones difíciles de conocer (...) De esta forma, se rompe con uno de los elementos característicos del derecho de daños, por el cual, éste debe ser siempre cierto, efectivo, determinable, evaluable, individualizable y no puramente eventual o hipotético, pues, tratándose del daño ambiental, es necesaria*

únicamente su probabilidad futura para determinar su existencia y tomar las medidas necesarias con el fin de impedir sus efectos nocivos” (Peña Chacón, *op. cit.*, pág. 120).

Trigésimo octavo. Que, en consonancia con dicha definición, la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo –de 21 de abril de 2004– y del Consejo sobre Responsabilidad Medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales, establece en su considerando número 2 que *“La prevención y reparación de los daños medioambientales debe llevarse a cabo mediante el fomento del principio con arreglo al cual «quien contamina paga», tal como se establece en el Tratado y coherentemente con el principio de desarrollo sostenible. El principio fundamental de la presente Directiva debe, por tanto, consistir en que un operador cuya actividad haya causado daños al medio ambiente o haya supuesto una amenaza inminente de tales daños sea declarado responsable desde el punto de vista financiero a fin de inducir a los operadores a adoptar medidas y desarrollar prácticas dirigidas a minimizar los riesgos de que se produzcan daños medioambientales, de forma que se reduzca su exposición a responsabilidades financieras”*. Luego, la mencionada Directiva define como amenaza inminente de daño, en su artículo 2 punto 9, *“una probabilidad suficiente de que se produzcan daños medioambientales en un futuro próximo”*. Finalmente la Directiva indica, en su artículo 3 punto 1 letra b), que ella se aplicará, entre otros, *“a los daños causados a las especies y hábitats naturales protegidos por actividades profesionales distintas de las enumeradas en el Anexo III y a cualquier amenaza inminente de tales daños debido a alguna de esas actividades, siempre que haya habido culpa o negligencia por parte del operador.”*

Trigésimo noveno. Que, frente a la inclusión por parte de la doctrina comparada y la legislación de la Unión Europea del concepto de riesgo en la definición de daño ambiental, es necesario identificar si en nuestro ordenamiento jurídico cabe su inserción. A este respecto, destacamos que el concepto de riesgo está presente de manera transversal a lo largo de toda la Ley N° 19.300. Citando algunos ejemplos en su articulado, el artículo 2 letra d) construye el concepto de *contaminante* mediante la posibilidad eventual que el elemento de que se trate pueda *“constituir un*

riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental". Asimismo, la citada ley en su artículo 11 letra a) exige que un proyecto o actividad ingrese al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental mediante un Estudio de Impacto Ambiental si la cantidad y calidad de sus efluentes, emisiones o residuos genera riesgo para la salud de la población. A su vez, dicho Estudio de Impacto Ambiental, conforme a la letra d) del artículo 12 de la ley, deberá incluir *"una predicción y evaluación del impacto ambiental del proyecto o actividad, incluidas las eventuales situaciones de riesgo. Cuando el proyecto deba presentar un Estudio de Impacto Ambiental por generar alguno de los efectos, características o circunstancias señaladas en la letra a) del artículo 11, y no existiera Norma Primaria de Calidad o de Emisión en Chile o en los Estados de referencia que señale el Reglamento, el proponente deberá considerar un capítulo específico relativo a los potenciales riesgos que el proyecto podría generar en la salud de las personas"*. Por otra parte, destacamos que la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LOSMA), contenida en el artículo segundo de la Ley N°20.417, utiliza en la letra a) de su artículo 40 la noción de *peligro ocasionado* para determinar el monto de las sanciones específicas que corresponda aplicar. Finalmente, la LOSMA indica en la letra a) de su artículo 48 que *"cuando se haya iniciado el procedimiento sancionador, el instructor del procedimiento, con el objeto de evitar daño inminente al medio ambiente o a la salud de las personas, podrá solicitar fundadamente al Superintendente la adopción de alguna o algunas de las siguientes medidas provisionales: a) Medidas de corrección, seguridad o control que impidan la continuidad en la producción del riesgo o del daño"*.

Cuadragésimo. Que, a la luz de lo señalado precedentemente, es claro que en la normativa ambiental citada el concepto de riesgo está íntimamente ligado al de daño ambiental, por lo que este Tribunal estima que el primero forma necesariamente parte del segundo. Así lo entendió la Tercera Sala de la Corte Suprema en la sentencia de la causa Rol N°396/2009, del 20 de abril de 2011, rolado como "ASOCIACIÓN DE CANALISTAS EMBALSE PITAMA CON CONCESIONARIA RUTAS DEL PACÍFICO S.A.", respecto de una acción de reparación ambiental e indemnización de perjuicios con ocasión de la interrupción del libre

curso de las aguas y de la consecuente afectación de un embalse para riego. En su considerando 30, el Máximo Tribunal determina que *“Para evaluar la significación del daño ambiental no sólo deben considerarse parámetros técnicos que justiprecien el grado de contaminación específica en un momento dado de un determinado recurso natural, sino que debe analizarse como la conducta acreditada generará con certeza un daño que pueda ser calificado de significativo. Tal criterio se basa en que no resulta razonable esperar un mayor, grave e irrecuperable resultado lesivo para hacer lugar a una acción medioambiental que busca mitigar y reparar los efectos perjudiciales de una conducta que sí afecta el medioambiente de manera relevante y, por lo mismo significativa, cuando el propósito del legislador es precisamente la prevención de su acaecimiento”*.

Cuadragésimo primero. Que, por último, habiéndonos referido ya a la extensión del concepto de medio ambiente y, consecuentemente, de daño ambiental, resta precisar cuándo dicho daño se considerará “significativo”. Como ha señalado la doctrina al referirse a la regulación nacional en esta materia, *“La limitación de la responsabilidad ambiental no fue estructurada sobre la base de limitar lo que debe entenderse por medio ambiente, que según el art. 2 letra II) de la LBGMA es un concepto muy amplio, sino por la vía de considerar que jurídicamente existe responsabilidad ambiental sólo cuando el daño sea significativo, o lo que es igual, que sea un daño de importancia o considerable”* (Bermúdez Soto, Jorge, “Fundamentos de Derecho Ambiental”, Segunda Edición, pág. 401). En este mismo sentido, la doctrina comparada ha sostenido respecto a la significancia del daño que, *“Este criterio sirve para delimitar aquellos casos en que la actividad productiva, transformando el medio ambiente, no resulta lesiva. De tal manera, la acción lesiva comporta “una desorganización” de las leyes de la naturaleza. El segundo aspecto es que esa modificación sustancial del principio organizativo repercute en aquellos presupuestos del desarrollo de la vida. El medio ambiente se relaciona entonces con la vida, en sentido amplio, comprendiendo los bienes naturales y culturales indispensables para su subsistencia”* (Cafferatta, Néstor A. (Director), “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario”, Néstor A. Cafferatta, Pablo Lorenzetti, Gustavo Rinaldi, Federico Zonis (Coautores), Tomo I, p. 450, Ed. La Ley, 2012).

Cuadragésimo segundo. Que, de este modo, podemos sostener que la significancia del daño, entendida en su acepción más pura y simple, esto es, “*adj. Que tiene importancia por representar o significar algo*” (Diccionario de la RAE), deberá ser determinada caso a caso. Así, por ejemplo, la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre Responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales señala que, “*El carácter significativo del daño que produzca efectos adversos en la posibilidad de alcanzar o de mantener el estado favorable de conservación de hábitats o especies se evaluará en relación con el estado de conservación que tuviera al producirse el daño, con las prestaciones ofrecidas por las posibilidades recreativas que generan y con su capacidad de regeneración natural*” (artículo 2.1.a) y Anexo I). Sin embargo, en ciertas hipótesis, los daños ambientales pueden acreditarse por la sola entidad de la conducta dañosa, o bien por aquello en que recaen. Así, por ejemplo, tratándose de ecosistemas especialmente sensibles, los daños podrían acreditarse por la sola ejecución de una actividad dañosa no autorizada. Del mismo modo, en lo que respecta al objeto de afectación, el derecho comparado sostiene, en general, que tratándose de daños ambientales que puedan afectar la salud de las personas, tales daños –y, en palabras de la Directiva de la UE, cualquier riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana– se consideran por este sólo hecho, significativos (en este sentido, Bermúdez Soto, Jorge, págs. 402 y 403; Directiva 2004/35/CE, considerandos octavo y noveno).

Cuadragésimo tercero. Que así también lo ha estimado la jurisprudencia nacional, por ejemplo, en un caso de reparación del daño ambiental en contra de una empresa forestal por el corte y posterior quema de más de cien hectáreas de bosque nativo en un predio de propiedad del Banco de Chile. En dicho caso, la Corte Suprema consideró: “*que se ha producido un daño significativo al medio ambiente con motivo de las cortas ilegales, quema de hualo y otras especies de siempre verde de galería, además de la aplicación de químicos destinados a eliminar totalmente el bosque, afectando los componentes del ambiente suelo ya que, debido a las quemas realizadas, una parte importante de sus nutrientes pueden haber sido exportados por arrastre o percolación lo que*

afecta la productividad de dicho suelo, el que ya por ubicación geográfica presenta erosiones desde el siglo XIX, siendo la cubierta vegetal su mayor protección contra la lluvia y la escorrentía. Adicionalmente se ha afectado la biodiversidad, toda vez que las especies hualo, queule y pitao no tienen posibilidades de recuperación, quedando el suelo descubierto desencadenando procesos erosivos” (SCS, Rol N° 8593-2012, de 05 de septiembre de 2013, considerando vigésimo octavo).

Cuadragésimo cuarto. Que la significancia del daño tampoco está condicionada a la extensión o duración del mismo, sino que, como ya se dijo, la entidad del perjuicio deberá determinarse caso a caso, siendo el carácter significativo del daño un elemento cualitativo, y no cuantitativo. Así lo ha sostenido la propia Excelentísima Corte Suprema en un caso de daño ambiental por extracción ilegal de aguas –al acoger el recurso de casación interpuesto en contra del fallo de primera instancia– donde señaló: *“Contrariamente a lo manifestado por los juzgadores, no resulta ser un factor determinante en la constatación del daño denunciado en estos autos la magnitud del volumen de las aguas extraídas desde los pozos que operaba la demandada y su posterior cotejo con la extracción total de aguas que realizan terceros en los acuíferos antes mencionados; y fue la carencia de tales datos lo que los condujo a desestimar esta acción ambiental. En efecto, el requisito de que el daño tenga un carácter significativo no está sujeto a un aspecto de extensión material de la pérdida, disminución o detrimento para el medio ambiente o para uno o más de sus componentes, sino que debe acudir a una calibración de la significación de los deterioros infligidos a aquél”* (SCS de 28 de octubre de 2011, Causa N° 5826/2009, considerando séptimo, destacado del Tribunal). Y, agrega dicho fallo que *“En la especie, la cuenca de la Pampa del Tamarugal es un ecosistema particularmente vulnerable dada la escasez de agua y del cual dependen otros componentes ambientales, como el suelo, flora y fauna. Tratándose entonces de un ecosistema de especial fragilidad, la pérdida de agua por una extracción no autorizada por los organismos técnicos que velan precisamente por su racional explotación ocasionará un menoscabo a dicho entorno, el que sólo puede valorarse como significativo. En ese escenario no resultaba relevante, como pretende exigirlo el fallo cuestionado, conocer el cálculo exacto del volumen de las aguas extraídas por la demandada para verificar si*

se estaba provocando un daño ambiental. La afectación de la cuenca hidrogeológica afectada, atendida sus especiales características de vulnerabilidad, surge con evidencia si se constata la extracción de aguas subterráneas sin las debidas autorizaciones técnicas que velan precisamente por la conservación de los recursos hídricos” (SCS de 28 de octubre de 2011, causa N° 5826/2009, considerando séptimo, párrafo final, destacado del Tribunal).

Cuadragésimo quinto. Que, al igual que en el caso citado, y como ha quedado demostrado a lo largo de este fallo, en el caso de autos se ha constatado la afectación de un cauce natural, producto de la extracción ilegal de áridos y de las obras de desvío del caudal, sin las debidas autorizaciones técnicas que velan precisamente por la conservación de los recursos hídricos, y en particular, que buscan evitar la realización de obras *“que entorpezcan el libre escurrimiento de las aguas o signifiquen peligro para la vida o salud de los habitantes”* (artículo 172, inciso primero, Código de Aguas).

Cuadragésimo sexto. Que, siguiendo los criterios de significancia antes señalados, reconocidos tanto por la jurisprudencia nacional como por el derecho comparado, la extracción ilegal de áridos y las obras de desvío del caudal sin las debidas autorizaciones técnicas, constatadas en el caso de autos, se han desarrollado además, en un entorno que también presenta especiales características de vulnerabilidad. Dichas características dicen relación, por una parte, con las especies presentes en ese ecosistema; y, por otra, con la alteración del cauce natural del río Duqueco y la sustentabilidad estructural del Puente Calderones que se encuentra a 350 metros de distancia de la actividad realizada por el demandado de autos.

Cuadragésimo séptimo. Que, en lo que respecta al ecosistema afectado, se encuentra acreditado en autos que las obras y actividades realizadas con ocasión de la extracción de áridos desde mediados del año 2011 en el sector del puente Calderones, ha involucrado una superficie de al menos 5 hectáreas en el cauce, las riberas y una isla formada naturalmente por la escisión del río Duqueco en dos brazos (uno norte, el cual fue intervenido, y otro sur). Cabe hacer notar que este tipo de

islotos son formaciones comunes en este tipo de ríos de la provincia del Bío Bío, las cuales responden a la dinámica hidráulica particular de ellos, donde embancamientos naturales de arenas y piedras, que adquieren una cierta dimensión y permanecen durante un cierto período de tiempo sin intervención natural o antrópica, son rápidamente pobladas por distintas especies de flora y fauna, afianzando sus constituyentes y convirtiéndose en pequeñas islas, las que posteriormente, debido a crecidas en el caudal pueden volver a desaparecer dando paso a formaciones posteriores en otras partes del cauce. En este caso particular, según declaran los testigos, esta isla se habría formado al menos hace unos diez años, verificándose la presencia de varias similares a lo largo del río Duqueco.

Cuadragésimo octavo. Que de acuerdo a los antecedentes que constan en el proceso, se desprende que los efectos o consecuencias ambientales directas de la extracción de áridos en el sector del Puente Calderones del Río Duqueco, provienen de la modificación de la dinámica hidráulica y la alteración del hábitat para la flora y fauna, en el tramo del río en que se llevaron a cabo las obras y actividades de intervención del Río Duqueco para la extracción de áridos.

Cuadragésimo noveno. Que en relación a la isla en su condición de hábitat para la flora y fauna, cabe señalar que, de acuerdo a los antecedentes del expediente, las declaraciones de los testigos y la literatura técnica consultada por este Tribunal, las especies de flora que habitan el lugar corresponderían en su mayoría a especies exóticas. Así, y tomando en consideración principalmente las declaraciones del Señor Rafael Pincheira, ingeniero agrónomo del SAG desde hace 40 años, señaló que en el sitio se encuentran “aromos, álamos, pinos, algunos arbustos y pastos” y que en relación a la fauna terrestre, afirmó que “esta vegetación tiene asociados nidos de aves comunes en la zona loica, diuca, zorzal, perdices y otros. Suponemos mamíferos aunque no vimos. Anidan ratones, conejos y liebres”, este Tribunal estima que ni la flora ni la fauna terrestre del sitio tendrían características de unicidad, representatividad y/o vulnerabilidad que ameriten calificar dicho hábitat como crítico o relevante para la biodiversidad terrestre local y nacional.

Quincuagésimo. Que sin perjuicio de lo anterior, las riberas del islote y el cauce del Río Duqueco constituyen un hábitat de especies de fauna acuática, especialmente peces o fauna íctica. Al respecto, el testigo Sr. Pincheira también señaló que en dicha área estarían presentes algunas especies del género *Diplomystes* (peces gato; FishBase, Rainer Froese y Daniel Pauly, eds.), y la especie denominada Pez Carmelita. Pues bien, de acuerdo a la literatura científica y la base de datos del estado de conservación de las especies chilenas disponibles en la página web del Ministerio del Medio Ambiente (www.mma.gob.cl/clasificacionespecies/index2.htm), existen dos especies de Pez Carmelita (*Percilia gillissi* y *Percilia irwini*), ambas endémicas y clasificadas en categoría “En peligro de extinción” de acuerdo al “Reglamento para la Clasificación de Especies Silvestres según Estado de Conservación” (D.S. N°29/2012/MIN-AMB). La primera de ellas, habita en ríos desde la Región de Valparaíso a la Región de Los Lagos. La segunda es una especie micro-endémica, pues habita sólo en la Región del Bío-Bío, particularmente en el río Bío-Bío y sus afluentes, en los lagos Laja, Icalma y Galletué, también en los ríos Andalién y Rahue. Por su parte, las especies del género *Diplomystes*, también son endémicas de Chile, es decir, no habitan en otra parte del mundo, dos de las cuales podrían encontrarse en el sector de Calderones, a saber, *D. camposensis* y *D. nahuelbutensis*, ambas especies declaradas “En Peligro” de acuerdo a la misma norma (D.S.N°29).

Quincuagésimo primero. Que, en consecuencia, y de acuerdo a los criterios de significancia a los cuales se alude en las consideraciones pertinentes, en particular el haberse presentado la afectación en un entorno que posee especiales características de vulnerabilidad, la alteración del hábitat para especies endémicas y declaradas legalmente “En Peligro”, debe ser considerada una afectación significativa al medio ambiente y al patrimonio ambiental nacional, y así se declara por este Tribunal.

Quincuagésimo segundo. Que, a mayor abundamiento, y como se desarrolló en los considerandos vigésimo y siguientes, de acuerdo a los artículos 8° y 10 de la Ley N°19.300, y 3° letra i.5.2 del Reglamento del SEIA, la faena en cuestión, por su magnitud, debió ser sometida a evaluación ambiental previa. En efecto, el citado artículo 3 señala: “*Tratándose de extracciones en un cuerpo o curso de agua, el volumen*

total de material a remover durante la vida útil del proyecto o actividad sea igual o superior a veinte mil metros cúbicos (20.000 m³) tratándose de las Regiones de Arica y Parinacota a Coquimbo, o a cincuenta mil metros cúbicos (50.000 m³), tratándose de las Regiones de Valparaíso a Magallanes y Antártica Chilena, incluida la Región Metropolitana de Santiago”, de manera que la extracción de aproximadamente 100.000 m³ por parte del demandado, debió ingresar al SEIA, y de acuerdo a los efectos que ha tenido sobre el hábitat de especies declaradas en peligro, dicha evaluación debió haberse efectuado a través de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA), al generar los efectos considerados en el artículo 11 letra b, de la Ley N° 19.300.

Quincuagésimo tercero. Que el sólo hecho de que la actividad extractiva realizada por el demandado sea de aquellas que deben ser evaluadas a través de un EIA, como consecuencia de haber alcanzado dimensiones de producción que superan los límites establecidos en la regulación vigente, haciendo necesaria su evaluación, permite presumir fundadamente que la afectación al hábitat de especies declaradas en peligro, es de carácter significativa. La entidad de la afectación encuentra respaldo en la propia Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, que tipifica esta conducta como elusión en su artículo 35 letra b), la que a su vez puede ser calificada como gravísima, de acuerdo a lo dispuesto en su artículo 36 letra f), si es que se constata algunos de los efectos, características o circunstancias previstas en el artículo 11 de la Ley N° 19.300.

Quincuagésimo cuarto. Que, por último, en lo que respecta al peligro para la vida o salud de los habitantes, se debe señalar que la modificación de la dinámica hidráulica del tramo intervenido por las obras asociadas a la extracción de áridos, generó –tal como se señaló en el considerando trigésimo segundo– el socavamiento de terrenos agrícolas ubicados aguas abajo de las obras y un efecto de erosión retrógrada aguas arriba donde se emplazan las fundaciones (cepas) del Puente Calderones sobre la Ruta Q-61-R. Lo anterior genera una situación de riesgo sobre la estabilidad del puente, lo que ha sido señalado por los testigos de autos, más no precisado técnicamente –pues requeriría de análisis no acompañados al expediente–. En efecto, de la opinión experta de testigos

de la Dirección General de Aguas del Ministerio de Obras Públicas, así como de los conocimientos científicos afianzados, se presume que constituye un daño significativo. Esta conclusión, de hecho, llevó a que la autoridad administrativa paralizara con el apoyo de la Fuerza Pública las faenas de extracción, decisión que este Tribunal también ordenó mediante resolución de 26 de septiembre de 2013, al decretar de oficio la paralización de las actividades para aminorar dichos riesgos.

Quincuagésimo quinto. Que de acuerdo a lo señalado en los diversos documentos y declaraciones testimoniales asociadas principalmente al punto de prueba N° 8, destinado a acreditar el posible daño sobre el puente Calderones, se puede colegir que la intervención realizada en el cauce por la actividad de extracción habría provocado un aumento de pendiente en el fondo del cauce, lo cual genera un aceleramiento de la velocidad del caudal y un proceso de erosión retrógrada en dirección aguas arriba del pretil que se ha construido en el cauce, lo que, a su vez, dependiendo de la velocidad en que se dé este proceso y su duración, tenderá a socavar las bases de las cepas del puente, afectando su estabilidad y poniendo en riesgo a la población que utiliza dicho puente y potencialmente a las propiedades vecinas.

Quincuagésimo sexto. Que, a juicio de este Tribunal, existe suficiente evidencia, corroborada por un juicio técnico experto —como lo es la opinión de funcionarios de la DGA—, coincidente con los conocimientos técnico-científicos vigentes respecto a la dinámica hidráulica dominante en este tipo de ríos, que verificaría un riesgo, derivado de la intervención del cauce por parte de la faena de extracción de áridos, generando socavamiento aguas arriba de ésta. Lo anterior como consecuencia de erosión retrógrada a las bases de las cepas del puente Calderones, lo que afectaría su estabilidad, propiciando condiciones para un eventual colapso del mismo, circunstancia que constituye, con certeza, un riesgo para la salud de las personas de localidades y asentamientos vecinos, además de aquellas que circulan por este puente que une ciudades importantes de la Provincia del Bío Bío, lo que se agrava si se considera que, además, existe un riesgo no evaluado con precisión, de eventuales inundaciones por efecto de la alteración del cauce del río Duqueco.

Quincuagésimo séptimo. Que por todo lo anterior, este Tribunal concluye que la significancia en este caso debe determinarse considerando si la conducta acreditada generará con certeza un daño que pueda ser calificado de significativo, de lo cual no cabe duda alguna, pues la caída del puente Calderones constituye por sí mismo un daño significativo a la salud de las personas y a la calidad de vida de la población. Lo anterior, es una solución del todo coherente, porque tal como señaló la Excelentísima Corte Suprema en el considerando 30 de la sentencia causa Rol N°396/2009 *“no resulta razonable esperar un mayor, grave e irrecuperable resultado lesivo para hacer lugar a una acción medioambiental que busca mitigar y reparar los efectos perjudiciales de una conducta que sí afecta el medioambiente de manera relevante y, por lo mismo significativa, cuando el propósito del legislador es precisamente la prevención de su acaecimiento”*.

Quincuagésimo octavo. Que, finalmente, y como último argumento para establecer si el demandado debe ser condenado a reparar el medio ambiente dañado corresponde determinar si procede la presunción de nexo causal. Sobre el punto, este Tribunal estima que en la presente causa se encuentra debidamente acreditada la existencia de daño ambiental, y que la naturaleza de éste corresponde precisamente a los daños que se busca evitar con la exigencia de los permisos contenidos en los artículos 41 y 171 del Código de Aguas, así como con la evaluación ambiental previa mediante el ingreso al SEIA dispuesta por la Ley N° 19.300 y su Reglamento, todas éstas infringidas por el demandado. De esta manera, no existiendo prueba en contrario que desvirtúe la presunción de nexo causal contenida en el artículo 52 de la Ley N° 19.300 –cuyo fundamento fue desarrollado por estos sentenciadores precedentemente– se da por establecida la causalidad.

Quincuagésimo noveno. Que por todo lo anterior, a juicio de este Tribunal, concurren los requisitos para declarar que se ha producido daño ambiental con culpa por parte del demandado, toda vez que sus actividades de extracción de áridos, así como las obras asociadas a la actividad, sin contar con los permisos de las autoridades correspondientes, afectaron al medio ambiente de manera significativa, lo que deberá ser reparado conforme a las directrices que se señalan en las siguientes consideraciones.

Sexagésimo. Que, de acuerdo a la letra s) del artículo 2 de la Ley N° 19.300, la medida básica de reparación es la restauración del medio ambiente a su estado original. En el caso de autos, esto implica restablecer la morfología del cauce del río Duqueco hasta el trazado y profundidades que tenía antes de que le fuera extraído un volumen aproximado de 100.000 metros cúbicos que excavó y comercializó el demandado, incluyendo el restablecimiento de la isla y los brazos del citado río en esa zona, recuperando el hábitat íctico dañado.

Sexagésimo primero. Que, en relación a lo anterior y de acuerdo a la evidencia descrita precedentemente, el propio río ha depositado en áreas aledañas a las excavaciones importantes cantidades de áridos, que podrían, en principio, ser recuperados y trasladados para cubrir en parte el material sustraído. Sin embargo, tal acción deberá ser ejecutada de acuerdo a un plan previamente aprobado por la Dirección de Obras Hidráulicas del Ministerio de Obras Públicas, incluyendo las medidas necesarias respecto del pretil actualmente existente.

Sexagésimo segundo. Que alternativa o complementariamente, y siempre con la aprobación previa de los organismos sectoriales competentes, el demandado también podrá valerse de los aportes naturales que sedimenta el río en esta zona, ejecutando obras hidráulicas que los encaucen hacia los sectores que se pretende restaurar. En todo caso, tales obras deberán corresponder a un diseño de ingeniería que haya obtenido la aprobación de la Dirección de Obras Hidráulicas.

Sexagésimo tercero. Que, por último, durante el proceso de restauración, así como en el estado final que resulte de él, el diseño deberá cuidar las velocidades de escurrimiento, de tal manera de asegurar que la capacidad erosiva del río, tanto de las riberas como del fondo del cauce, quede controlada en niveles compatibles con las que había antes de que empezara a funcionar esta faena extractiva.

Y TENIENDO PRESENTE además lo dispuesto en los artículos 17 N° 2, 18 N°2, 20, 25, 33, 35 y 36 de la Ley N° 20.600; 2°, 3°, 8°, 10, 11, 51, 52, 53, 54 y 60 de la Ley 19.300; 32, 41 y 171 del Código de Aguas y en las demás disposiciones citadas pertinentes;

SE RESUELVE:

I. Acoger la demanda por daño ambiental en contra de Sociedad Servicios Generales Larenas Ltda., representada legalmente por don Patricio Larenas Rioseco, declarándose que ésta ha provocado con sus actividades de extracción de áridos un daño ambiental, por lo que se le condena a reparar el medio ambiente dañado. Lo anterior implica que el demandado debe restaurar el medio ambiente a su estado original, lo que se traduce en restablecer todos los componentes medioambientales afectados señalados en la sentencia, en particular, restaurar la dinámica hidráulica del cauce del río Duqueco al trazado y profundidades que tenía antes de la extracción de áridos, y restablecer el hábitat de las especies de fauna íctica amenazada, de acuerdo con las siguientes acciones y medidas:

1. Definir y presentar al Tribunal, dentro de 6 meses contados desde la notificación de esta sentencia, un proyecto de reparación que contenga las medidas necesarias para la restauración de la dinámica hidráulica y del hábitat para la fauna íctica. Este proyecto deberá contar con la aprobación previa de la Dirección de Obras Hidráulicas y Dirección General de Aguas, ambas del Ministerio de Obras Públicas, Subsecretaría de Pesca y SEREMI del Medio Ambiente, dentro de sus competencias respectivas.
2. Si correspondiere, presentar dicho proyecto de reparación al Servicio de Evaluación Ambiental para su evaluación de impacto ambiental, dentro de los mismos 6 meses, en la forma prevista por la ley, según su contenido y características.
3. Iniciar ejecución del proyecto en el mes de noviembre siguiente a la aprobación del proyecto por el Servicio de Evaluación Ambiental u organismos sectoriales, según corresponda.
4. Obtener la aprobación final de cumplimiento de los objetivos de reparación por cada uno de los organismos sectoriales involucrados.
5. Si no se cumpliera cualquiera de estas actividades por el condenado dentro del plazo indicado, el Estado procederá con el cumplimiento

de la sentencia conforme lo señalado en los artículos 1553 del Código Civil, 235 inciso 5° y 536 del Código de Procedimiento Civil.

II. Para asegurar el oportuno cumplimiento de lo decidido y controlar los riesgos asociados al daño establecido, conforme a lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley N° 20.600, el Tribunal ordena adoptar de inmediato las siguientes medidas cautelares:

1. La Dirección de Obras Hidráulicas del Ministerio de Obras Públicas informará al Tribunal, dentro del plazo de 30 días, las medidas urgentes e inmediatas para evitar el riesgo de estabilidad del puente Calderones y riberas aguas abajo de este.
2. La Municipalidad de Quilleco deberá adoptar las medidas necesarias para construir un cierre de seguridad de la ribera del río Duqueco en el sector donde se realizaba la extracción, y de proveer al lugar de la señalética de riesgo necesaria para restringir el acceso recreacional y evitar posibles daños a las personas, dando cuenta de su cumplimiento a este Tribunal dentro del plazo de 30 días.

III. Condenar en costas al demandado.

Notifíquese, regístrese y archívese en su oportunidad. Comuníquese a la Superintendencia del Medio Ambiente, para los fines que estime pertinentes. Oficiese.

Rol D N° 6-2013

Pronunciado por el Ilustre Segundo Tribunal Ambiental, integrado por su Presidente, Ministro señor José Ignacio Vásquez Márquez, y por los Ministros señores Rafael Asenjo Zeger y Sebastián Valdés De Ferrari.

Redactó la sentencia el Ministro señor José Ignacio Vásquez Márquez.

Autoriza el Secretario del Tribunal, señor Alejandro Domic Seguich.

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

Arturo Felipe Onfray Vivanco¹

MILLALEO, SALVADOR; OYANEDEL, JUAN CARLOS; PALACIOS, DANIEL y ROJAS, HUGO. Sociología del Derecho en Chile. Libro Homenaje a Edmundo Fuenzalida. Ediciones Universidad Alberto Hurtado y Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago, 2014, 328 páginas.

Desde sus albores profesionales, Edmundo Fuenzalida Faivovich destacó entre sus pares, como bien lo refleja la obtención del Premio Montenegro en el año 1959. Siguieron rutas en el extranjero, iniciadas por la obtención de su doctorado en Filosofía del Derecho por la Universidad de Roma, en 1960, y continuadas con una actividad académica de varios lustros asociada a la Universidad de Stanford, además de su labor docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

El ejercicio intelectual de Edmundo Fuenzalida Faivovich se ha centrado en una reflexión crítica desde la Sociología Jurídica, en no pocas ocasiones de la mano de los grandes sociólogos del derecho contemporáneos, entre ellos Lawrence Friedman y John Merryman, lo cual es ampliamente satisfactorio para Chile, que, desde la periferia, ha observado el desarrollo de la Sociología del Derecho desde su nacimiento, a fines del Siglo XIX, hasta hoy, momento en el cual podemos testimoniar el surgimiento de un amplio número de publicaciones, un creciente

¹ **ARTURO FELIPE ONFRAY VIVANCO.** Abogado Jefe del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado y Profesor de Derecho Procesal en 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.

interés por las teorías destinadas a comprender de mejor manera los antecedentes y efectos de los fenómenos jurídicos, así como la aparición de numerosos institutos especializados.

En Chile, los derroteros de la Sociología del Derecho son limitados, como lo destaca Salvador Millaleo al constatar “la falta de centros de investigación especializados; la escasez de investigaciones que se enmarquen explícitamente dentro del marco disciplinar de la sociología jurídica, así como la modesta producción de literatura científica respecto de los problemas de dicha tradición en relación a los fenómenos locales”.

Sin embargo, no por dicha observación los caminos de la Sociología del Derecho son ajenos a la cultura jurídica nacional, como lo testimonia el ejemplo de Edmundo Fuenzalida Faivovich, quien bien puede considerarse como parte de la generación fundadora de dicha disciplina en el país, destacando como hitos centrales en su itinerario profesional su participación, en los años 60, en la FLACSO y en el Instituto de Docencia e Investigación Jurídicas de la Universidad de Chile, así como, posteriormente, su actividad académica en centros socio-jurídicos en el extranjero, entre ellos en la Universidad de Stanford, ya mencionada, y en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, ubicado entre los cerros de Euskal Herria, el cual tuve la valiosa oportunidad de conocer en los años 90 merced a mis estudios de postgrado.

A lo anterior debemos agregar que, junto con otros académicos, Edmundo Fuenzalida Faivovich contribuyó a mantener viva la llama de la sociología jurídica en los años 80 y 90, época en la cual se miraba con recelo el ejercicio disciplinar que ella suponía.

El presente libro, junto con homenajear a la figura de Edmundo Fuenzalida Faivovich, aspira a continuar con su senda, estableciendo redes y consolidando una comunidad de sociólogos del derecho aún incipiente en Chile.

En la obra se reúnen contribuciones de investigadores extranjeros de gran renombre –Yves Dezalay, Lawrence Friedman, Bryan Garth y

Rogelio Pérez Perdomo— que han trabajado junto al homenajeado y que han investigado en Chile.

Asimismo, se incorporan trabajos de investigadores nacionales, entre ellos del propio Edmundo Fuenzalida Faivovich, que han participado en programas de investigación socio-jurídica en Chile.

El libro se estructura en cuatro partes, las cuales reflejan aproximaciones teóricas, desde puntos de vistas diversos, a la realidad jurídica, como son los del campo jurídico, cultura jurídica o sistemas funcionales, así como también la aplicación de distintos enfoques metodológicos, ya sean cualitativos o cuantitativos.

La primera parte del libro considera los aportes internacionales. Encontramos aquí un opúsculo de Yves Dezalay y Bryant Garth sobre la economía de las prácticas jurídicas como mercado simbólico, en el cual destaca el valor jurídico como un producto del capital social, el conocimiento universal y la autoridad estatal. Sigue un estudio de Lawrence Friedman y Ana Cristina Núñez sobre la cultura jurídica popular, en el cual se revisan a los jueces de televisión en los casos de Chile, Colombia, México y Venezuela. Se concluye con un texto de Rogelio Pérez Perdomo sobre las transformaciones de la producción y divulgación del conocimiento jurídico de Venezuela desde la segunda mitad del siglo XX hasta nuestros días, en los cuales se afirma que, como resultado de las actuales políticas oficiales en dicho país, se ha producido “la desprofesionalización de la investigación jurídica y de la carrera de profesor”.

La segunda parte del libro contiene un análisis sobre la cultura jurídica, término cuya popularidad se debe a Lawrence Friedman, quien la define como los “valores y actitudes, los cuales unen al sistema en su conjunto y los cuales determinan el lugar del sistema jurídico en la cultura de la sociedad como un todo”. Edmundo Fuenzalida Faivovich ha conducido una preclara línea de trabajo sobre la cultura jurídica, la que, como bien sabemos, puede ser externa o interna. Se inicia esta parte del libro, precisamente, con una valiosa disquisición de Edmundo Fuenzalida Faivovich acerca de la dominación de la sociedad en el

tránsito a la ultramodernidad, en cuyo contexto piensa el derecho y los medios de comunicación social, en un marco de “excitación de las emociones de los habitantes de un país a través de las artes para lograr su dominación”. Sigue un ensayo de Hugo Cárdenas sobre la cultura de la cultura jurídica, considerando, para dicho ejercicio analítico, los aportes de la teoría de sistemas sociales. Luego se incorpora un escrito de María Francisca Elgueta y de Eric Eduardo Palma acerca de la cultura jurídica chilena y la docencia, en cuya virtud se rememora una hipótesis enunciada en 1988, en el marco de la investigación sobre la temática “El Derecho y la Justicia en Chile”, desarrollada en el seno de la Corporación de Promoción Universitaria, la cual afirmaba que “los criterios y prácticas de enseñanza-aprendizaje (...) pueden ser bastante determinantes en relación con la permanencia o la movilidad de los restantes elementos de la cultura jurídica nacional”. Hoy los autores aseguran que es posible constatar un “tránsito desde la enseñanza a la enseñanza-aprendizaje”.

La tercera parte del libro comprende una consideración sobre el campo jurídico, una de los campos sociales, según afirma Pierre Bourdieu, consistente en la articulación de las instituciones y de las prácticas a través de las cuales se produce, interpreta e incorpora el derecho en el proceso de toma de decisiones de la sociedad. Daniel Palacios presenta en esta parte del libro un trabajo sobre la dinámica del campo jurídico y la aparición de nuevos referenciales en la administración de justicia en Chile. Luego, Jeanne Hersant reflexiona sobre una sociología de los funcionarios del Poder Judicial chileno en el contexto de la reforma procesal penal. Finalmente, Fabien Le Bonniec busca responder a la pregunta de si hay discriminación en los tribunales del sur de Chile, en el marco del denominado “conflicto mapuche”, el cual, según el autor, es la punta de un iceberg que “ha permitido paulatinamente poner sobre la mesa la tensión entre la cultura jurídica chilena y otras racionalidades jurídicas”.

La cuarta parte del libro suma una visión sobre el derecho y la sociedad. Se incluyen aquí una serie de “artículos, los cuales, sin partir de un enfoque conceptual convergente, abordan diversos objetos de investigación socio-jurídica”. Hugo Rojas y Bernardita Mackenna presentan un artículo titulado “Una aproximación sociológica a la memoria de las violaciones a los derechos humanos en Chile”, el cual

tiene como particularidad explorar la indiferencia, esto es, “testear algunas hipótesis que nos permitan comprender por qué para muchos chilenos el tema de las violaciones a los derechos humanos no debería ser recordado ni estudiado por las futuras generaciones”. Sigue un estudio de Carlos Briceño, Gonzalo Frei, Jorge Larroucau, Rosa María Olave y Salomón Serrano sobre la mediación como justicia, el cual ayuda a revalorizar normativamente la mediación como una forma de justicia más. En un ámbito de redefinición de la cultura y las redes sociales, Salvador Millaleo revisa la regulación de internet en Chile, destacando su tránsito entre las normas locales y los derechos globales. En tanto, Juan Carlos Oyanedel presenta a continuación los resultados de su trabajo “Cultura criminal y conocimiento experto en ladrones de casas de Santiago de Chile”, lo que resulta particularmente útil a la hora de identificar modelos de prevención del delito. El libro termina con un texto de Diego Gil sobre la vivienda social y la segregación residencial, para lo cual desarrolla una aproximación desde la teoría institucional.

“Sociología del Derecho en Chile” es un aporte relevante a la difusión de la señalada disciplina en Chile y no cabe, en ese entendido, sino felicitarlo, aun cuando, debo reconocer, experimenté una desazón inicial ya que el título me sugería un testimonio de los derroteros de tal área del conocimiento en el país, lo cual me parece un desafío valioso y pendiente de análisis sin perjuicio de que parcialmente contribuye a ello el presente libro. Dicho sentimiento, por lo demás, fue prontamente superado al comprobar, de la lectura de la obra, cómo la reflexión socio-jurídica es, en nuestros días, un instrumento imprescindible para una mejor comprensión del sistema jurídico que habitamos, reflejado lo anterior en la profunda riqueza de la compilación de estudios en homenaje a Edmundo Fuenzalida Faivovich.

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 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, así como 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 le 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 arábiga o romana, según corresponda, el tomo y el volumen, después de la fecha de edición.

Ejemplos:

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*,

Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, Tomo 1, Volumen II, p. 224.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, Tomo 1, Volumen II, pp. 224-225.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, Tomo 1, Volumen II, págs. 224 y 226.

Las citas a pie de página de artículos publicados en revistas, misceláneas o escritos reunidos se efectuarán del modo siguiente: Apellido del autor en mayúsculas y, seguido de una coma, el nombre del autor, y a continuación de una coma, el título del estudio entre comillas, y luego después de un punto la expresión “En:”, el título de la revista o publicación en cursiva, con la indicación del volumen en numeración 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, pp. 562-568.

GELSI BIDART, Adolfo, “¿Apelación o Casación ante el superior tribunal?”. En: *Revista uruguaya de derecho procesal*, 4, Montevideo, 1989, págs. 563 y 566.

En las citas a pie de página se utilizará el formato times new roman, tamaño 10 e interlineado simple.

Al final del texto deberá incluirse la bibliografía (libros, capítulos de libros, artículos, documentos electrónicos, normas y jurisprudencia).

En el caso de la bibliografía consistente en libros, capítulos de libro y artículos, debe utilizarse un sistema similar al de las notas al pie de página, excluyendo el número de páginas solamente en el caso de los libros:

Ejemplo (libro):

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, Tomo 1, Volumen II.

Ejemplo (capítulo de libro):

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contractual*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1962, Tomo 1, Volumen II, Capítulo III, pp. 293-470.

Ejemplo (artículo):

GELSI BIDART, Adolfo, “¿Apelación o Casación ante el superior tribunal?”. En: *Revista uruguaya de derecho procesal*, 4, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1989, pp. 562-568.

En el caso de documentos electrónicos, debe utilizarse un sistema como el que sigue:

Pierry Arrau, Pedro, “¿Es objetiva la responsabilidad del Estado?”, disponible en [http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/eea0f4804aec57cb-af78bff9e4d270c3/3.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=eea0f4804aec-57cbaf78bff9e4d270c3&CACHEID=eea0f4804aec57cbaf78bff9e4d270c3](http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/eea0f4804aec57cb-af78bff9e4d270c3/3.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=eea0f4804aec-57cbaf78bff9e4d270c3&CACHEID=eea0f4804aec57cbaf78bff9e4d270c3&CACHEID=eea0f4804aec57cbaf78bff9e4d270c3) (visitado el 5 de diciembre de 2008).

En el caso de las normas legales y de la jurisprudencia, debe utilizarse un sistema de citación como el que sigue:

Ejemplo (Ley):

Chile, Ley N° 20.330, fomenta que profesionales y técnicos jóvenes presten servicios en las comunas con menores niveles de desarrollo del país. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 25 de febrero de 2009.

Ejemplo (Decreto Supremo):

Chile, Decreto N° 76 del Ministerio de Justicia, nombra abogados integrantes de la Corte Suprema. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago de Chile, 25 de febrero de 2009.

Ejemplo (Jurisprudencia)

Corte de Apelaciones de Santiago, *Bienes Raíces e Inversiones Chile S.A. con Alcalde de la Ilustre Municipalidad de La Reina*, de 4 de abril de 2001. En: Gaceta Jurídica (251), pp. 97-99.

