



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

INVESTIGACIÓN DE FALLOS EN CASOS DE RESPONSABILIDAD
EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO CHILENO POR MUERTE, TORTURA Y
DESAPARICIÓN POLÍTICA

Memoria para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

MARJORIE JORDÁ MARCHANT

ROCÍO PASCUAL RICKE

Profesor Guía Carlos Carmona

Santiago, Chile

2011

CALIFICACIONES

DEDICATORIA

A nuestros padres y madres; Jorge y María Isabel y José Miguel y María Elena; por los valores inculcados que nos llevaron a realizar esta investigación.

A nuestros maridos Carlos y Alex, por su constante apoyo y amor.

A los familiares y víctimas de violaciones a los derechos humanos, por su lucha que nos inspiró día a día.

AGRADECIMIENTOS

Agradecemos a nuestro Profesor Guía Carlos Carmona, por su dedicación, paciencia y ayuda.

A Francisca Miranda, Pablo Fuenzalida y Tomás Pascual por la colaboración prestada para que esta memoria avanzara y se encausara.

A nuestras familias por la espera que dio frutos y por la preocupación que siempre han tenido por nosotras.

A nuestras amigas y amigos por sus constantes preguntas y presiones, siempre realizadas con cariño, que nos sirvieron de apoyo y para nunca bajar los brazos en este largo camino.

TABLA DE CONTENIDO

	Página
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I CONTEXTO HISTÓRICO	5
I.1. PRIMERA ETAPA	6
I.1.1. La Junta Militar y los Poderes del Estado	8
I.1.2. Los organismos de represión y las violaciones a los DDHH	12
I.1.3. La nueva Carta Fundamental	16
I.1.4 La oposición al RM	18
I.1.5. El plebiscito y las elecciones presidenciales	19
I.2. SEGUNDA ETAPA	21
I.2.1. El gobierno del Presidente Patricio Aylwin A.	21
I.2.2. El gobierno del Presidente Eduardo Frei R.	26
I.2.3. Los gobiernos de Ricardo Lagos E. y Michelle Bachelet J.	29
CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO	32
II.1. LA REE	32
II.1.1 Escenario Nacional	34
II.2. LA RESPONSABILIDAD DE LOS OAE	37
II.2.1. Concepto de la REEA	39

II.2.2. Características de la REEA	41
II.2.3. Clasificación de la REEA	45
II.2.3.1. La Responsabilidad del Estado Administrador en los casos de Violaciones a los DDHH	45
CAPÍTULO III NATURALEZA DE LA REE	48
III. 1 EL ESTATUTO NORMATIVO DE LA REE	50
III.1.1. Normativa Constitucional Aplicable	53
III.1.1.1. Tesis que niega la aplicación de la Constitución Política de la República de 1980	53
III.1.1.2. Tesis que defiende la aplicación de la Constitución Política de la República de 1980	56
III. 1.2. Normativa del Derecho Común Aplicable	64
III.1.2.1. Tesis que defiende la aplicación de las normas de Derecho Común	64
III.1.2.2. Tesis que niega la aplicación de las normas de Derecho Común	66
III. 2 EL SISTEMA DE REE	69
III. 3. EL DERECHO INTERNACIONAL EN LA REE	83
III.3.1. Evolución Jurisprudencial de la Incorporación del DI al Ordenamiento Jurídico Interno	88
III.3.2. Incorporación del DI en relación con la Procedencia de la Acción Civil contra el Estado	105

III.3.3. Obligatoriedad y Jerarquía de los Instrumentos Internacionales	127
---	-----

CAPÍTULO IV PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA POR REE POR VIOLACIÓN A LOS DDHH	161
--	------------

IV.1. TESIS SOSTENIDA POR LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA	161
IV.1.1. Naturaleza de la acción y normativa aplicable	162
IV.1.2. Aplicación de la Normativa Internacional sobre DDHH	185
IV.1.3. Plazo de Prescripción y forma de computarlo	206
IV.1.4. Interrupción y Suspensión del plazo de Prescripción	212

CAPÍTULO V LA PRUEBA EN LA REE POR VIOLACIÓN A LOS DDHH	222
--	------------

V.1. PRUEBA DE LOS HECHOS	225
V.2. PRUEBA DEL DAÑO	229

CAPÍTULO VI COMPATIBILIDAD ENTRE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS DEMANDADA Y PENSIONES U OTROS BENEFICIOS OTORGADOS POR EL ESTADO A LAS VÍCTIMAS.	234
---	------------

VI.1. ORIGEN DE LAS PENSIONES U OTROS BENEFICIOS OTORGADOS POR EL ESTADO A LAS VÍCTIMAS	234
VI.2. TESIS SOSTENIDAS POR LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA	240
VI.2.1. Tesis que sostiene la incompatibilidad de la indemnización demandada y las pensiones u otros beneficios otorgados por el Estado	240

VI.2.2. Tesis que sostiene compatibilidad de la indemnización demandada y las pensiones u otros beneficios otorgados por el Estado	245
CAPÍTULO VII INCOMPETENCIA ABSOLUTA DE LOS TRIBUNALES DEL CRÍMEN PARA CONOCER LA ACCIÓN DE REE POR VIOLACIONES A LOS DDHH	249
VII.1. TESIS SOSTENIDAS POR LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA	250
VII.1.1 Tesis de la Incompetencia Absoluta de los Tribunales del Crimen para conocer la acción de REE por violaciones a los DDHH	251
VII.1.2 Tesis de la Competencia de los Tribunales del Crimen para conocer la acción de REE por violaciones a los DDHH	260
CAPÍTULO VIII ESTADÍSTICAS	270
CONCLUSIÓN	290
BIBLIOGRAFÍA	305

INDICE DE ILUSTRACIONES Y CUADROS

		Página
TABLA 1	Distribución de casos por regiones y según sede	271
TABLA 2	Casos finalizados con indemnización a las víctimas	273
TABLA 3	Casos en CA	274
TABLA 4	CA fallos por años	275
TABLA 5	Ministros Integrantes CA	276
TABLA 6	Abogados Integrantes y otros CA	281
TABLA 7	Salas CA	282
TABLA 8	Casos en CS	283
TABLA 9	CS fallos por años	284
TABLA 10	Ministros Integrantes CS	284
TABLA 11	Abogados Integrantes y otros CS	286
TABLA 12	Salas CS	288

RESUMEN

En esta memoria podrá encontrar los principales argumentos esgrimidos por los Tribunales Superiores de Justicia de nuestro país, tanto para acoger o rechazar la acción indemnizatoria interpuesta con el objetivo de hacer valer la REE en las violaciones a los DDHH acontecidas en Chile durante el RM.

Para ello, las autoras de esta memoria realizaron una larga investigación, producto de la cual encontraron xxx sentencias que se pronuncian sobre la materia.

Con el objetivo de abordar mejor el objeto de análisis, se desarrolla en primer lugar una reseña del contexto histórico político de dos periodos, en el cual acontecieron las violaciones a los DDHH, y el contexto existente en el país al momento de interponerse las demandas y dictarse las sentencias en análisis.

La investigación se centra sólo en aquellas violaciones con resultado de muerte, desaparición o tortura de las víctimas, y se tratan las materias jurídicas más relevantes y controvertidas encontradas en los fallos investigados.

Al finalizar esta memoria, encontrará los argumentos esquematizados, posibles tendencias argumentativas y se concluye con la apreciación de las autoras sobre la manera en que deberían tratarse estas materias en relación a las violaciones a los DDHH.

ABREVIATURAS

AFDD	Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos.
Art.-art.	Artículo.
CA	Corte de Apelaciones.
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos.
CC	Código Civil.
CDE	Consejo de Defensa del Estado.
CG	Convención de Ginebra.
CGR	Contraloría General de la República.
CI	Corte Interamericana.
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CNI	Central Nacional de Informaciones.
CNRR	Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.
Cód.	Código.
CPP	Código de Procedimiento Penal.
CPR	Constitución Política de la República de 1980.
CS	Corte Suprema.
CVDT	Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.
DDHH	Derechos Humanos.
DI	Derecho Internacional.
DINA	Dirección de Inteligencia Nacional.

DL	Decreto Ley.
DO	Diario Oficial.
DPRI	Derecho Privado.
DPUB	Derecho Público.
DS	Decreto Supremo.
FFAA	Fuerzas Armadas y de Orden.
Inc.-inc.	Inciso.
LOC	Ley Orgánica Constitucional.
LOCBGAE	Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.
OAE	Órganos de la Administración del Estado.
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
Pág.-pág.	Página.
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
REA	Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador.
REE	Responsabilidad Extracontractual del Estado.
RM	Régimen Militar.
TI	Tratados Internacionales.
UP	Unidad Popular.
VD	Voto disidente.

INTRODUCCIÓN

El Régimen Militar (RM) en Chile se extendió desde el 11 de septiembre de 1973 al 11 de marzo de 1990. Durante todo el período que duró este régimen, se violaron sistemáticamente los Derechos Humanos (DDHH) de miles de chilenos. La represión política tomó variadas formas, todas caracterizadas por someter a las víctimas a experiencias extremas de dolor y miedo.

Dentro de las formas de represión y violación a los DDHH, podemos mencionar la persecución que obligó a miles de chilenos a trasladarse dentro del país o salir al exilio para proteger sus vidas; a los campesinos exonerados de sus tierras debido al fin del proceso de reforma agraria; a los trabajadores de la administración pública y de las empresas del Estado despedidos masivamente por su adhesión ideológica; a los presos políticos; a los miles de ejecutados y detenidos desaparecidos como consecuencia de la persecución política; y a los torturados políticos.

Estas violaciones de DDHH masivas y sistemáticas preocuparon a la Iglesia, a la oposición al RM y a otras organizaciones de carácter nacional e internacional, lo que generó, una vez retomada la democracia, una respuesta institucional desde el Estado Chileno para implementar estrategias de protección, asistencia y defensa legal, que se tradujeron en los programas de reparación¹ que se pusieron en práctica al término de la dictadura militar.

No obstante las medidas de reparación adoptadas por el Poder Ejecutivo del Estado Chileno, los familiares de las víctimas y afectados por las violaciones acaecidas en Chile nunca han claudicado en su lucha por más verdad y más justicia. Por ello, han

¹ Programa de Reparación para los familiares de ejecutados políticos, detenidos desaparecidos y víctimas de violencia política; Programa de Reparación y Atención Integral de Salud para las víctimas de violaciones de DDHH; Programa de Reparación para los exiliados retornados a Chile; Programa de Reparación y Reinserción de presos políticos; Programa de Reconocimiento de los exonerados políticos; Programa de Reparación para los campesinos exonerados de la tierra.

buscado, a través de querellas criminales dirigidas contra los responsables de las atrocidades cometidas en Chile y de la interposición de demandas civiles en contra de los mismos y del Fisco; la verdad declarada judicialmente y otras formas de reparación, con el objetivo de dejar asentado en nuestros Tribunales de Justicia y en nuestra historia que Augusto Pinochet y su régimen son culpables de los crímenes cometidos en la época. Pero hay que dejar claro que más que las indemnizaciones, los querellantes y demandantes buscan verificación histórica.

Nuestro estudio es una **investigación de fallos**, tanto de Corte de Apelaciones (CA) como de Corte Suprema (CS), donde estos tribunales superiores de justicia son llamados a resolver sobre la acción de indemnización de perjuicios interpuesta contra el Estado Chileno por las víctimas de violaciones a los DDHH. La investigación se traduce en el análisis jurisprudencial de las sentencias sobre Responsabilidad Extracontractual del Estado (REE), circunscrito sólo a **casos de violación a los DDHH por muerte, tortura o desaparición. Sólo nos concentraremos en estas tres categorías de violaciones a los DDHH**, con el afán de acotar el objeto de la investigación. La elección de estas tres formas de violación a los DDHH se debió a que nos parecen de las más crueles e intensas violaciones, y que, frente al Derecho Internacional (DI), han sido calificados indiscutiblemente como delitos de Lesa Humanidad. Por otra parte, la búsqueda de fallos a analizar **comprende desde aquellas emitidas recién iniciada la democracia y hasta aquellas pronunciadas durante el primer semestre del año 2010.**

Al comenzar nuestro trabajo para algunos resultaba un tema interesante y desafiante, un aporte importante y necesario, mientras que para otros no era más que quedarse en el pasado, observándolo como un retroceso, más bien innecesario. Decidimos de todos modos llevar a cabo este estudio, pues pensamos que hacerse cargo del pasado, de nuestra historia y de cómo nuestra justicia ha fallado en casos de tal complejidad resulta no sólo relevante sino además ineludible en una sociedad que pretende crecer, desarrollarse y aprehender de esa historia y ese pasado.

Nuestro objetivo es poder observar como nuestra justicia ha fallado y sigue fallando, sobre hechos ocurridos en un episodio de nuestra historia que, como país, no

podemos desconocer. Como futuras licenciadas en Ciencias Jurídicas y Sociales no podemos menos que advertir que los argumentos, fundamentos y/o razones jurídicas aplicadas por la Jurisprudencia ha analizar, basados en la Constitución Política de la República (CPR), los Tratados Internacionales (TI), las leyes aplicables a los hechos, pueden dar cabida a diversas soluciones; y que el paso del tiempo también tiene su propia fuerza -para algunos más que para otros- generando **giros y cambios** en esta Jurisprudencia, que como sabemos no es legalmente vinculante, pero resulta interesante de conocer, estudiar y analizar.

En definitiva, nuestra pretensión no es otra que **capturar una imagen en un espacio de tiempo específico y delimitado**, pero dicha imagen puede dar lugar a distintas interpretaciones. Es decir, mostrarles con este estudio lo fallado por los Tribunales Superiores de Justicia de nuestro país, en materia REE en casos de violación a los DDHH por muerte, tortura y desaparición a partir del año 1990 -desde el retorno a la democracia- hasta nuestros días, sobre hechos acaecidos desde el 11 de septiembre de 1973 hasta el 11 de marzo de 1990.

Para entender e interpretar mejor este estudio, incorporamos al mismo el **contexto histórico-político-social en que se desarrollaron los hechos**, y el **escenario en que se enmarca la resolución de los mismos**. Además, recogemos brevemente el marco dogmático-legal que se refiere a la materia de estudio, para tener un panorama general que nos permita observar esta imagen con los elementos necesarios para arribar a conclusiones contextualizadas y jurídicamente relevantes.

El resultado de nuestra investigación, **no fue fácil ni exento de dificultades**, por la diversidad de fuentes existentes para obtener información respecto al número de demandas presentadas, pues si bien diversos autores y académicos se han referido al tema, y existen informes sobre los casos en cuestión, **no existía hasta la fecha un catastro de los fallos propiamente tales, que haya abarcado la totalidad o a lo menos la mayoría de los mismos**.

En el cuerpo de este trabajo, encontrarán los **argumentos jurídicos** utilizados a lo largo del tiempo analizado en las sentencias estudiadas², los que han dado lugar al reconocimiento de dicha responsabilidad en algunos casos, la han negado en otros, o bien han acogido acuerdos propuestos por las partes en cuestión. El repaso de los distintos argumentos ha sido esquematizado en función de las grandes discusiones que se han planteado en torno a esta materia, que se refieren a la naturaleza de la responsabilidad, la prescripción de la acción indemnizatoria, la prueba – tanto de los hechos como del daño -, la compatibilidad entre la indemnización de perjuicios y otros beneficios otorgados a las víctimas, y por último – y referido solo a los casos penales – la incompetencia de los tribunales del crimen para conocer esta acción.

Al finalizar, exponemos una **referencia estadística**, de los argumentos estudiados, donde se podrá advertir la diferencia de criterios existentes entre las CA y CS³, así como en los distintos Ministros que integran dichas Cortes, los Abogados Integrantes y Fiscales que han participado, y la postura que han adoptado en cada caso.

Esta investigación nos condujo, en un largo recorrido, por los Tribunales de Justicia de nuestro país, además de la necesaria visita a diversas instituciones como la Vicaría de la Solidaridad y el Consejo de Defensa del Estado (CDE).

Este es nuestro aporte, levantar la inmensa mayoría de los casos en estudio y, entregar un informe detallado de cómo los Tribunales Superiores de Justicia han fallado en Chile en esta materia.

² Es necesario advertir que la mayoría de los argumentos que se expondrán a lo largo de este trabajo provienen de sentencias dictadas por CA, toda vez que la CS, en una gran cantidad de fallos, sólo se remitió a confirmar los argumentos esgrimidos en segunda instancia. Además, debe considerarse nuestra inclinación por los argumentos utilizados por la CA, tribunal que se ha mostrado más proclive a acoger las demandas en los casos en estudio, resolución a la cual adherimos por las razones que expondremos.

³ Esta diferencia de criterios comienza a partir del fallo “Domic Bezic”.

CAPITULO I CONTEXTO HISTÓRICO

Como ya se señaló en la Introducción, se hace necesario describir el contexto histórico en el cual se desarrollaron los hechos fundantes de las demandas como también el vivido al momento de resolverlas. Es decir, **el período transcurrido desde el 11 de septiembre de 1973 hasta nuestros días.**

Con el objetivo de facilitar la apreciación de estos contextos, dividiremos el periodo a analizar en dos etapas, distinción que se fundamenta, por una parte, en el cambio de régimen político, de uno autoritario a otro democrático; y por la otra, en que en un período se producen los hechos que dan lugar a las acciones en estudio, y en el otro, se van fallando las acciones impetradas.

En este punto es menester tener presente, que el período democrático no se llevó a cabo inmediatamente de ocurridas las elecciones presidenciales de 1989, existiendo un lapso llamado “transición” a la democracia donde elementos, instituciones, organismos y personajes del régimen autoritario subsistieron al término de aquel.

La primera etapa a analizar comprende los hechos acontecidos desde el 11 de septiembre de 1973 hasta la vuelta a la democracia, en marzo de 1990. En esta primera etapa ocurren las violaciones a los DDHH que fundan las demandas y fallos en estudio, es decir ejecuciones, desaparición forzada de personas y tortura. La segunda etapa comprende desde marzo de 1990 a la fecha, período en el cual se concentran las demandas que persiguen la responsabilidad patrimonial del Estado Chileno por parte de las víctimas de violaciones a los DDHH y de sus familiares.

I.1. PRIMERA ETAPA

En la madrugada del día 11 de septiembre de 1973, el Presidente de la República Salvador Allende G. y sus más cercanos colaboradores fueron informados de movimientos de tropas en Valparaíso, por ello concurren a temprana hora al Palacio de la Moneda⁴. Pocas horas después, el Palacio se encontró rodeado por fuerzas de Carabineros, de tanques del Regimiento Blindado N° 2 y de helicópteros de la Fuerza Aérea y del Ejército que volaban sobre la ciudad de Santiago.

Por medio de la Radio Magallanes, el Presidente Allende se dirigió por última vez al país⁵, y horas más tarde fue encontrado muerto por uno de sus colaboradores. A las 11:52 horas se inició el bombardeo sobre el Palacio de Gobierno, provocando el incendio del edificio.

Así sucedieron los primeros hechos que rompieron con el régimen democrático imperante y con ellos se instaura un nuevo régimen político, de corte autoritario y a cargo de los altos mandos de las Fuerzas Armadas y de Orden (FFAA).

Las nuevas autoridades militares, no encontraron mayor resistencia armada, existiendo sólo algunos hechos aislados en torno al Palacio de Gobierno el mismo día 11 de septiembre, y en otros lugares de la Región Metropolitana, como la población La Legua y algunas fábricas.

Las autoridades depuestas entregaron sus cargos y la gran mayoría de las personas llamadas por medio de bandos militares a constituirse detenidos lo hicieron voluntariamente. Se detuvo y tomaron como prisioneros a las autoridades tanto

⁴ Denominación que recibe la Casa de Gobierno del Estado Chileno.

⁵ “Esta será la última oportunidad en que me pueda dirigir a ustedes (...) Ante estos hechos sólo me cabe decir a los trabajadores: No voy a renunciar. Colocado en un tránsito histórico, pagaré con mi vida la lealtad del pueblo (...). Estas son mis últimas palabras y tengo la certeza de que mi sacrificio no será en vano (...)” Ver discurso completo en <http://www.salvador-allende.cl/Discursos/1973/despedida.html>.

nacionales como regionales del Gobierno, a los líderes, militantes o activistas de los grupos políticos y sociales a fines a la Unidad Popular (UP)⁶.

En los días siguientes al 11 de septiembre de 1973, se registraron caídos en enfrentamientos y víctimas de la violencia política. A ellas, se sumaron las ejecuciones de varios centenares de prisioneros políticos, oficialmente explicadas en versiones poco convincentes. Los cuerpos de las víctimas fueron con frecuencia abandonados u ocultados, produciéndose así las primeras desapariciones. Los hechos descritos no fueron judicialmente investigados o sancionados.

Desde el mismo 11 de septiembre de 1973⁷ se declaró el Estado de Sitio en todo el territorio nacional, régimen excepcional que sería prorrogado en los años siguientes cada seis meses. Además, se sustrajo del conocimiento y decisión de las causas por infracción a las normas sobre Estado de Sitio a la justicia ordinaria, traspasándola a la jurisdicción militar de tiempo de guerra⁸. Además, se establecieron sanciones a quienes no concurrieran a los llamados públicos del Gobierno para presentarse ante la autoridad y se facultó al Gobierno para expulsar a ciudadanos del país⁹.

⁶ Conglomerado político, compuesto por el Partido Socialista de Chile y el Partido Comunista, que llevó a la presidencia de la República a Salvador Allende G.

⁷ DL N° 3. y DL N° 4, del 11 de septiembre, por este último se implementó el estado de emergencia en las provincias y departamentos en los que se dividía Chile administrativamente.

⁸ DL N° 5, Diario Oficial (DO) 22 de septiembre de 1973.

⁹ DL N° 81, expedido el 11 de octubre de 1973.

I.1.1. La Junta Militar y los Poderes del Estado

La Junta Militar de Gobierno¹⁰ se instala en el mando del país, a través del Decreto Ley (DL) 1¹¹, del 11 de Septiembre de 1973, en el cual declaran asumir el mando supremo de la Nación y garantizar la plena eficacia de las atribuciones del Poder Judicial, además de respetar la Constitución y las leyes de la República, en la medida en que la situación del país lo permitiera. Más tarde la Junta asumiría también el poder constituyente y el legislativo¹².

El 26 de junio de 1974 el Comandante en Jefe del Ejército, Augusto Pinochet Ugarte, asumió la presidencia de la Junta, y además se le entregó el título de Jefe Supremo de la Nación¹³, y posteriormente el de Presidente de la República¹⁴. Esta nueva figura, que concentraba ya varias facultades, gobernaba y administraba el país, además integraba y presidía la Junta de Gobierno y comandaba todo el Ejército. Poderes que además se extendieron y amplificaron con el uso de los Estados de Excepción durante todo el régimen.

El Poder Judicial mantuvo en la apariencia legal sus atribuciones y autonomía. Sin embargo estas se encontraban disminuidas, debido a la empatía de los miembros que integraban la Corte Suprema (CS) con el nuevo régimen¹⁵ y lo dificultoso que

¹⁰ Integrada por Comandante en Jefe del Ejército, Augusto Pinochet Ugarte; el Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea, Gustavo Leigh Guzmán; el Comandante en Jefe de la Armada, José Toribio Merino, y por el General Director de Carabineros, César Mendoza Durán.

¹¹ DO del 18 de septiembre de 1973.

¹² DL N° 128.

¹³ DL N° 527.

¹⁴ DL N° 806.

¹⁵ Palabras del Presidente de la CS en su discurso de apertura del año judicial el día primero de marzo de 1975: "Chile, que no es una tierra de bárbaros como se ha dado a entender en el exterior, ya por malos chilenos o por individuos extranjeros que

resultaba fiscalizar la legalidad de las actuaciones de la Junta, quienes la cambiaban a su voluntad. Misma suerte corrieron otros órganos de control, como la Contraloría General de la República (CGR), el Congreso¹⁶, Tribunal Constitucional y los medios de comunicación. Las limitaciones impuestas a través de innumerable legislación especial, contribuyó a la disminución de las atribuciones del Poder Judicial Chileno, que importó que este poder –el único poder que siguió funcionando sin mayor intervención por parte de la Junta Militar– no protegiera los DDHH de forma eficaz¹⁷, a pesar del conocimiento que tuvieron desde un comienzo sobre los hechos delictivos atentatorios contra estos derechos cometidos por la autoridad. A esto debe agregarse la ineficacia del recurso de amparo, la nula colaboración de la policía para investigar el paradero de los detenidos, la facilidad con que se creyó en la información entregada por el Poder Ejecutivo¹⁸ sobre el paradero de los detenidos o sobre el hecho de la detención, la aplicación de la ley de amnistía¹⁹ para dictar el sobreseimiento de los casos y la

obedecen a una política interesada, se ha esmerado en dar estricto cumplimiento a estos derechos. En cuanto a torturas y otras atrocidades, puedo afirmar, que aquí no existen paredones y cortinas de hierro y, cualquier afirmación en contrario se debe a una prensa proselitista de ideas que no pudieren ni podrán prosperar en nuestra patria». Además, en dicho discurso se negó la existencia de personas detenidas desaparecidas. Ver en *“Discurso de Inauguración del Año Judicial 1975”*. Revista de Derecho y Jurisprudencia, LXXII, (1), pág. 5-17.

¹⁶ Cerrado y disuelto simultáneamente al asumir la Junta sus poderes, DL N° 27.

¹⁷ No se revisaron las sentencias de los Tribunales Militares de Tiempo de Guerra, los recursos de amparo presentados fueron rechazados; las investigaciones efectuadas ante el hallazgo de osamentas terminaron siendo conocidas por Justicia Militar; no se aplicó el principio de la inmediatez; se permitieron detenciones sin orden previa de arresto, no se cumplieron las restricciones sobre lugares de detención.

¹⁸ En la mayoría de los casos señaló que el afectado no se encontraba detenido o preso por la autoridad requerida.

¹⁹ DL N° 2191, DO del 19 de Abril de 1978.

declaración emitida por la propia CS donde señala que los Tribunales Militares en tiempo de Guerra no estaban sometidos a su Superintendencia.

El Poder Constituyente y Legislativo se ejerció mediante la dictación de decretos leyes por parte de la Junta de Gobierno, y le correspondió la iniciativa exclusiva en asuntos legales que eran de competencia del Presidente de la República, según la Constitución de 1925. Existieron dos tipos de DL: aquellos de rango constitucional, porque modificaron, complementaron o derogaron preceptos de la Carta Fundamental; y aquellos decretos leyes de mérito legal, subordinados a los de jerarquía constitucional²⁰. En el ejercicio de la potestad constituyente, se estableció que por la declaración del Estado de Emergencia, el Presidente de la República tendría la facultad de arrestar a personas hasta por el plazo de cinco días en sus propias casas o en lugares que no fuesen cárceles²¹ y con el propósito de proteger a aquellas personas que participaron en los hechos delictivos acontecidos durante la vigencia de los Estados de Sitio²², se dictó el DL N° 2.191²³, el cual concedió amnistía a los autores, cómplices o encubridores de dichos hechos²⁴.

Por otro lado, los cargos de alcaldes y regidores fueron cesados de sus funciones²⁵ y el personal de la Administración del Estado quedó en calidad de interino²⁶, y luego la Junta declaró en reorganización a todos los servicios públicos²⁷.

²⁰ DL N° 788, DO del 4 de diciembre de 1974.

²¹ DL N° 1.877, DO del 13 de agosto de 1977. Luego modificado por el DL N° 3.168 y por el DL N° 3.451, que señaló que se podría prolongar el plazo de cinco días a veinte días, cuando se investiguen delitos contra la seguridad del Estado de los cuales resultare la muerte, lesiones o secuestro de personas.

²² Entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978.

²³ Publicado en el DO el 19 de abril de 1978.

²⁴ Se excluyó de la amnistía a las personas que aparecieran responsables, sea en calidad de autores, cómplices o encubridores, en el asesinato en Washington D.C. del ex Canciller Orlando Letelier y Ronnie Moffitt.

²⁵ DL N° 25, expedido el 19 de septiembre de 1973

Las facultades de la Junta también abarcaron a los derechos, deberes y acciones cautelares reconocidos y asegurados por el Poder Constituyente, lo que implicó la suspensión y restricción de las libertades públicas²⁸, el empleo de órganos policiales secretos o de las propias instituciones armadas para reprimir a la oposición, desmantelar a los partidos políticos, y paralizar, eliminar o controlar las actuaciones sindicales e intervenir las universidades.

I.1.2. Los organismos de represión y las violaciones a los DDHH

Luego de la toma del poder, la Junta de Gobierno creyó necesario crear un organismo de inteligencia del Estado, surge y se consolida la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA)²⁹, grupo de mayores y coroneles de Ejército que empezó a actuar en la Escuela Militar desde el mismo 11 de septiembre de 1973 y que luego formó parte de la «Comisión DINA»; ésta última se transformaría en la DINA propiamente tal³⁰. La DINA, en los hechos, dependía del Presidente de la República.

²⁶ DL N° 6, 12 de septiembre de 1973

²⁷ DL N° 98, DO 26 de octubre de 1973.

²⁸ DL N° 1.008 y 1.009, difundidos en el DO el 8 de mayo de 1975, versaron sobre restricciones a la libertad personal. El primero extendió el plazo de detención por delitos de seguridad nacional de 48 horas a 5 días; el segundo autorizó la detención “preventiva”.

²⁹ DL N° 521, creador de la DINA como servicio público autónomo, que dependía directamente de la Junta de Gobierno.

³⁰ Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación Tomo I, pág. 38.

A manos de esta organización se cometieron en términos cuantitativos y cualitativos las mayores violaciones a los DDHH dentro del régimen militar³¹. Las víctimas eran mantenidas por lo general en lugares secretos de detención, donde se les interrogó y se les sometió a torturas. La mayoría de los cuerpos de quienes murieron en estas circunstancias desaparecieron.

Los sistemas jurídicos normales de prevención resultaron insuficientes, ya que los recursos de amparo no prosperaron luego que el Ministerio del Interior negara las detenciones; y que no se practicaron por los jueces inspecciones a los lugares secretos de prisión o tortura.

La DINA actuaba en secreto y por encima de la ley, no respondía a control alguno, y realizó sus operaciones a lo largo del territorio nacional y también en el extranjero³², a través de la coordinación con otros servicios de seguridad y organizaciones políticas de Latinoamérica. Entre sus funciones se encontraba la de reprimir a quienes creían sus enemigos políticos. También actuaron en las labores de represión servicios de inteligencia de las distintas FFAA³³.

³¹ Durante 1974 la acción represiva se dirigió en contra del Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR). En 1975 las víctimas corresponden tanto al MIR como al Partido Socialista (PS). Desde fines de 1975 y durante 1976 la mayoría de las víctimas pertenecieron al Partido Comunista (PC).

³² Por ejemplo: el asesinato del General (r) Carlos Prats González y de su cónyuge Sofía Cuthbert Chiarleoni, ocurrida en Argentina el 30 de septiembre de 1974; el asesinato de Orlando Letelier Del Solar y de Ronnie Moffitt, ocurrida en Estados Unidos el 21 de septiembre de 1976.

³³ El Servicio de Inteligencia de la FFAA (SIFA), que luego se llamó Dirección de Inteligencia de la FFAA (DIFA), el Servicio de Inteligencia de Carabineros (SICAR), y el Servicio de Inteligencia Naval (SIN). A fines de 1975 y hasta fines de 1976, comienza a operar el Comando Conjunto, agrupación de inteligencia y represión política, cuyo objetivo principal fue la represión al Partido Comunista. Fue responsable de la desaparición forzada de cerca de 30 personas.

En agosto de 1977 se disolvió la DINA, después de comprobarse la participación del organismo en el asesinato de Orlando Letelier y Ronnie Moffitt, en el año 1976, en los Estados Unidos de Norteamérica, y fue sustituida por la Central Nacional de Informaciones (CNI)³⁴. Desde entonces, el nuevo organismo siguió practicando labores represivas, las que, si bien no fueron tan sistemáticas ni comparables según el número de víctimas a las efectuadas por la DINA, tampoco fueron menos atroces. Las desapariciones se hicieron mucho menos frecuentes, aunque continuó la tortura con secuela de muerte.

La CNI tuvo funciones de represión, inteligencia, seguimiento e infiltración a los partidos políticos, organizaciones sociales y movimientos religiosos. Efectuó detenciones, y utilizó la tortura contra los detenidos. Además, ejerció funciones dirigidas en contra de manifestantes en las jornadas de protestas y en manifestaciones públicas contra el régimen, y actuó en conjunto con otros organismos de orden y seguridad³⁵.

Dentro de los casos de violaciones a los DDHH bajo el imperio de la CNI podemos nombrar la Operación Albania, el asesinato del periodista José Carrasco Tapia, el asesinato del dirigente sindical Tucapel Jiménez y el Caso Degollados. Legalmente, la CNI dejó de existir en febrero de 1990.

Las actuaciones que efectuaron estos organismos de represión política pueden resumirse en los siguientes:

- Realizar arrestos sin estar autorizados legalmente para ello³⁶, ya sea a través de llamados a los afectados para que se presentaran ante las nuevas autoridades, por búsquedas de personas en su casa o lugar de trabajo o detenciones en la vía pública. También se practicaron allanamientos masivos.

³⁴ DL N° 1.876 y 1.878, del 13 de agosto de 1977.

³⁵ El Comando Vengadores de Mártires (COVEMA) y la Dirección de Comunicaciones de Carabineros (DICOMCAR).

³⁶ En varios recursos de amparo se impugnó la facultad para arrestar de estos órganos. Sin embargo, las Cortes no emitieron pronunciamiento al respecto.

- Trasladar a los detenidos a recintos secretos de detención³⁷.
- Utilizar maltratos y torturas³⁸ contra los detenidos.
- Matar a los detenidos³⁹ o hacerlos desaparecer⁴⁰.

³⁷ Como el Estadio Nacional, el Estadio Chile, la Academia de Guerra de la FFAA, Villa Grimaldi, José Domingo Cañas 1367, Londres 38, Pisagua (Primera Región), Campamento de Prisioneros N° 2 de Tejas Verdes (Quinta Región), Isla Quiriquina (Octava Región), Isla Dawson (Décimo Segunda Región), aeropuerto de Cerro Moreno en Antofagasta, la Isla Mariquina, el Fuerte Borgoño en Concepción, la Base Aérea de Maquehua en Temuco, el buque Esmeralda, los Campamentos de Ritoque, Puchuncaví y Chacabuco; y otros numerosos lugares en Santiago y provincias, en los que se mantenía a personas detenidas, hacinadas, incomunicadas, siendo la tortura práctica común y donde los funcionarios del Poder Judicial no tuvieron acceso.

³⁸ Entre los métodos utilizados, encontramos golpizas y vejaciones, métodos de detención que consistían en dejar a los detenidos tendidos boca abajo en el suelo, o de pie durante varias horas, sin moverse; permanecer horas o días desnudos, bajo luz constante o, al contrario, ennegrecidos por vendas o capuchas, o amarrados; alojar en cubículos estrechos, incomunicación, negación de alimentos o agua, o de abrigo, o de facilidades sanitarias. También se colgaba a los detenidos de los brazos. Se utilizaron formas de semi asfixia, en agua, en sustancias malolientes, en excrementos. Hubo, asimismo vejaciones sexuales y violaciones, aplicación de electricidad en distintas partes del cuerpo principalmente genitales; quemaduras; simulacros de fusilamiento; apremios ante sus familiares, etc.

³⁹ Ya sea por abuso excesivo de la fuerza en la detención, por tortura o por ejecuciones. Las ejecuciones fueron justificadas, en las sentencias de los Consejos de Guerra, o en la supuesta fuga del detenido, o en ataques de extremistas a alguna unidad o recinto policial o militar. Los métodos de ejecución fueron diversos: un o dos tiros en el cráneo; en ocasiones eran acribillados; se les hacía correr haciéndoles pensar que podían escapar con vida para luego dispararles por la espalda; degollamientos, entre otros.

- Negar y ocultar cadáveres⁴¹.
- Abandonar cadáveres en la vía pública.

Las violaciones a los DDHH no sólo alcanzaron a las víctimas directas de la represión política, sino también a sus familias. A la mayoría de estas se les mintió acerca de la condición de detenido de su familiar; no se les informó el lugar o recinto de detención; no se les permitió realizar visitas; se les ocultó la muerte del detenido; no se les entregó el cuerpo una vez fallecido, etc.

I.1.3. La nueva Carta Fundamental

A fines de la década de los setenta, con el objetivo de silenciar las críticas provenientes de diversos organismos internacionales de defensa de los DDHH y de la comunidad internacional, la Junta de Gobierno trató de crear una falsa imagen de respeto a los DDHH y avances en la nueva institucionalidad. Para ello se comenzaron a dictar las Actas Constitucionales, que tenían por objeto poner en vigencia una futura Carta Fundamental. En el Acta N° 3, se prohíbe invocar precepto constitucional o legal alguno para vulnerar los derechos y libertades reconocidos por la misma acta, ni para

⁴⁰ La selección de los detenidos pasaba ya sea por su vinculación a los partidos políticos afines a la UP o por su simpatía con el régimen depuesto, por haber ejercido cargos públicos, por venganzas personales, etc.

⁴¹ La ocultación de cadáveres también tuvo diversas formas, ya sea en fosas clandestinas o piques de minas, arrojándolos a ríos o al mar, o dinamitándolos.

atentar contra la integridad o el funcionamiento del Estado de Derecho o del régimen constituido, además de introducir los recursos de protección y de amparo⁴².

Este esfuerzo fue propiciado debido a la colaboración al régimen de un grupo de civiles, los cuales aportaron no sólo con un exhaustivo plan económico de corte neoliberal, sino que además ocuparon algunos puestos en el gobierno, y promovieron el paso del sistema de Actas Constitucionales a la elaboración de una nueva CPR.

La Junta de Gobierno creó la Comisión de Estudio de un Anteproyecto de Nueva Constitución, que tendría como labor la redacción de la nueva Carta Política. A través del DL N° 3.464⁴³, la Junta aprobó el texto de la Constitución de 1980 y lo sometió a ratificación plebiscitaria⁴⁴.

No obstante haber entrado en vigencia la CPR, y por ende estar regidos por una nueva institucionalidad –la cual reconocía un extenso catálogo de derechos fundamentales protegidos a través de los recursos de amparo y protección– desde el 11 de marzo de 1981 al 27 de agosto de 1988, Chile vivió bajo Estados de Excepción, los cuales estaban contemplados en la nueva Carta Fundamental y su legislación complementaria⁴⁵.

⁴² Entre enero y marzo de 1977 la Junta reformó las Actas Constitucionales para declarar improcedente el recurso de protección durante los regímenes de emergencia y suspender la aplicación del Acta N° 4 hasta que se dictara la ley complementaria de aquellos regímenes, sólo dejó vigente el art. 13 que aumentaba hasta 10 días el plazo de 48 horas para presentar al juez competente a los arrestados o detenidos por la autoridad, durante los regímenes de emergencia y tratándose de hechos que afectaran a la seguridad del Estado.

⁴³ Publicado en el DO el 11 de agosto de 1980.

⁴⁴ El plebiscito se realizó bajo estado de sitio y emergencia el 11 de septiembre de aquel año, aprobándose su texto con un 67,04% de adhesión. Durante el proceso electoral no se contó con padrón electoral ni se efectuó recuento de votos.

⁴⁵ Los derechos y garantías establecidos en la nueva Constitución podían verse afectados en situaciones de guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y

Si bien la nueva institucionalidad colaboró para la disminución en la frecuencia y el número de las víctimas de violaciones a los DDHH, no logró erradicarlas.

La Constitución nombró por un periodo de 8 años a Augusto Pinochet⁴⁶ como Presidente de la República, y al término del mandato presidencial se debía proponer a una persona para ocupar el cargo de Presidente de la República, sujeto a ratificación ciudadana por medio de un plebiscito.

I.1.4 La oposición al RM

Cuando ya habían quedado sin funcionar las instituciones políticas fundamentales de la democracia representativa chilena, los partidos políticos de la UP, y aquellos afines a dicha coalición fueron inmediatamente disueltos⁴⁷. Algunos de estos lograron mantenerse en la clandestinidad⁴⁸, tarea que no resultó fácil producto de la represión que ejercieron sobre ellos los organismos de seguridad. Los demás partidos políticos fueron declarados en receso⁴⁹, hasta su disolución el año 1977⁵⁰. Además, se prohibió la actividad político-partidista y se suspendieron indefinidamente los derechos

calamidad pública. Los estados de excepción permitían trasladar personas de un punto a otro del territorio nacional, arrestarlas, expulsarlas de aquel territorio y prohibirles la entrada o salida de éste, el recurso de amparo no procedía en los estados de excepción, y los tribunales no podían calificar los fundamentos de hecho de las medidas adoptadas.

⁴⁶ Comandante en Jefe y Jefe de la Junta Militar.

⁴⁷ DL N° 77, 13 de octubre de 1973.

⁴⁸ La Democracia Cristiana (DC) fue el único partido político que, sin ser de la Unidad Popular o afín a ella después del receso y posterior disolución, se mantuvo en la semi clandestinidad.

⁴⁹ DL N° 78, 17 de octubre de 1973, los declaró en receso.

⁵⁰ DL N° 1.697, 11 de marzo de 1977.

políticos a que se refería el artículo (art.) 9⁵¹ de la Constitución de 1925. Finalmente, se eliminaron todos los Registros Electorales⁵² y se suspendió el proceso de inscripciones en tales Registros.

Consecuentemente, la oposición al RM debió desenvolverse sigilosamente hasta los primeros años de la década de los ochenta. Ya entre los años 1983 y 1985 ocurrieron múltiples protestas nacionales, donde participaron sectores importantes de la población a nivel nacional, en jornadas que propiciaron la ocurrencia de muertes de varios de los manifestantes en manos de agentes del Estado.

Dentro de los convocantes a las jornadas de protestas, surgen grupos que llaman a los manifestantes a emplear en menor o en mayor grado la violencia. Llamados que provocaron el endurecimiento de las medidas del Gobierno, además de abusos, excesos y, en definitiva, violación a los DDHH de los manifestantes.

La reacción del Gobierno ante estas jornadas de movilización no se hizo esperar. Fue así como se pusieron en práctica varias medidas con el objeto de que las movilizaciones no alteraran la estabilidad imperante.

Todo lo anterior generó una escalada de violencia política, que puso al país bajo un fuerte clima de confrontación social. Es ante este escenario, que el día 7 de septiembre de 1986, Augusto Pinochet Ugarte, Presidente de la República y Comandante en Jefe del Ejército y su comitiva, fueron emboscados y atacados por un grupo armando en el Cajón del Maipú, acción que dejó cinco muertos pertenecientes a la comitiva presidencial.

I.1.5. El plebiscito y las elecciones presidenciales

⁵¹ Derecho a sufragio.

⁵² DL N° 130.

Se acercaba el término del mandato presidencial de Augusto Pinochet, y había que elegir a la persona que ocuparía la Presidencia de la República durante 8 años, bajo ratificación ciudadana⁵³. Los Comandantes en Jefe de las FFAA y el General Director de Carabineros nombraron a Augusto Pinochet para ocupar nuevamente dicho cargo y se fijó el día 5 de octubre de 1988 para la celebración del plebiscito ratificatorio.

Llegó el día del plebiscito y la opción “SÍ” -que implicaba la ratificación de la propuesta efectuada por los altos mandos de las FFAA y la continuidad del régimen- obtuvo un 44,01% de los votos. La opción “NO” obtuvo el 55,99% de los votos, lo que implicó el rechazo mayoritario para que Augusto Pinochet continuara como Presidente de la República. Ello condujo a la prórroga del período presidencial de Augusto Pinochet por un año para poder convocar a las elecciones de Presidente de la República y del parlamento.

Con el objetivo de realizar un retorno a la democracia consensuado, se celebró un nuevo plebiscito el 30 de julio de 1989, donde se ratificaron reformas a la Constitución de 1980. Dichas reformas apuntaron a modificar normas sobre DDHH y a derogar normas dictadas bajo el régimen militar, principalmente aquellas que afectaron las garantías constitucionales.

En diciembre de 1989 se llevó a cabo la elección presidencial, siendo electo como Presidente de la República, Patricio Aylwin Azocar, quien pertenecía a la coalición de Partidos por la Democracia, que integraba a varios partidos y movimientos políticos opositores al régimen militar. El nuevo Presidente electo asumió su cargo el 11 de marzo de 1990.

⁵³ Según normativa transitoria de la CPR.

I.2. SEGUNDA ETAPA

Después de diecisiete años de gobierno militar, el 11 de marzo de 1990 asume un Presidente de la República elegido democráticamente y este suceso marcó el retorno a la democracia para Chile.

Durante los primeros años de retorno a la democracia, se observa un escaso accionar en materia civil de las víctimas de violaciones a los DDHH y sus familiares. Pues si bien existen algunas acciones de los afectados, que fueron víctimas directas de la represión, la mayoría de estas se encontraban aún desaparecidas y sus familiares obviamente desplegaron los mayores esfuerzos por saber del paradero de las mismas, y no a demandar responsabilidad civil del Estado. Este esfuerzo desplegado, que había comenzado durante la dictadura militar con recursos de protección infructuosos o denuncias ante tribunales del crimen y querrelas criminales sobreseídas, se sumó a la organización de los mismos en la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos o Ejecutados Políticos (AFDD), institución que existe hasta nuestros días, intentando a través de acciones judiciales y de manifestaciones sociales, requerir la verdad y justicia que durante años se les había negado.

I.2.1. El gobierno del Presidente Patricio Aylwin A.

Luego del plebiscito de 1988 y los resultados negativos para Augusto Pinochet y su régimen, Chile eligió como Presidente de la República a Patricio Aylwin Azócar. Inauguró su gobierno reafirmando la importancia de los DDHH, centrando sus objetivos en el establecimiento de la verdad pública sobre las violaciones a estos derechos; la reparación de las personas afectadas y obtención de las condiciones legales, sociales y políticas para impedir la ocurrencia de situaciones semejantes en el futuro.

Este nuevo gobierno debió asumir muchas tareas y de compleja dificultad, como la situación social en Chile, los DDHH y las atribuciones constitucionales de las FFAA. Siempre teniendo presente el resguardo del marco institucional y el equilibrio de las fuerzas políticas y sociales, a fin de lograr un clima de gobernabilidad que entregara las condiciones necesarias para la transición y posterior consolidación de la democracia.

Los miembros de las FFAA seguían teniendo presencia como actores influyentes, tanto a nivel político como social, ya sea a través del Consejo de Seguridad Nacional (COSENA), el cual actuaba como garante de la Institucionalidad; o a través de la represión que ejercía la policía para disuadir actos y concentraciones de carácter político.

En 1990 Chile tenía índices de pobreza del orden del 38,6%; en materia educacional el índice de matrícula pre escolar era de un 5,4% y las personas que tuvieron la opción de terminar su enseñanza media alcanzaba a un 52,7, datos que expresan la precaria situación existente al inicio de la transición⁵⁴.

En cuanto al espectro político, el RM dejó un legado restrictivo en la representatividad parlamentaria, creando el denominado “sistema binominal”, el cual

⁵⁴ Datos extraídos desde el Ministerio de Planificación.

fomentó la creación de dos grandes bloques o partidos políticos y dejó de lado las opciones políticas más extremas del itinerario ideológico. Ello llevó a la construcción de dos grandes coaliciones de partidos políticos, que dejaron de lado la polarización que marcó a la década de los sesenta y tendieron a situarse en el centro. Por un lado, la derecha y extrema derecha, compuesta por Renovación Nacional (RN) y la Unión Demócrata Independiente (UDI), y la centro-izquierda, representada por la Concertación de Partidos por la Democracia, coalición conformada por la Democracia Cristiana (DC), el Partido Socialista (PS), el Partido por la Democracia (PPD) y el Partido Radical Social Demócrata (PRSD).

Esta reapertura de los partidos políticos se había iniciado el año 1987, con la apertura de los registros electorales, y el fin a la censura de prensa. Además, entró en vigor la Ley de Partidos Políticos, generando los espacios necesarios para la próxima etapa política del país.

En este escenario, Chile ingresa a lo que se ha denominado el período de transición, en el cual paulatinamente se intentan desintegrar las instituciones establecidas por el gobierno de facto y se van implementando nuevas instituciones propias del nuevo régimen democrático.

El gobierno en comento enmarcó su actuar en los pactos establecidos entre el régimen de Augusto Pinochet y los partidos de la incipiente Concertación de Partidos por la Democracia, acuerdos que se expresan en 54 reformas que se hacen a la CPR para la llegada del gobierno⁵⁵, mientras existen otros temas que no se discuten entre los actores involucrados⁵⁶.

Durante este primer gobierno se intentaron restablecer las relaciones cívico-militares, a través de la negociación de diversos acuerdos con la oposición para poder

⁵⁵ Ley N° 18.825, 17 de agosto de 1989.

⁵⁶ Entre los temas que no se discuten podemos mencionar la inmovilidad de Augusto Pinochet como Comandante en Jefe del Ejército, mantención de los puntos más importantes de la CPR y la no investigación de militares en casos de DDHH, entre otros.

terminar con el tutelaje de los militares, amparados en la Carta Fundamental, pues no calzaba con los principios democráticos que pretendía garantizar la nueva institucionalidad. Ante esto, la conducta de los militares causó graves problemas a raíz del acuartelamiento producido en 1993 por los cheques de dudosa procedencia de uno de los hijos de Pinochet (episodio conocido como los “Pinocheques”) que llevaron a algunos soldados de fuerzas especiales a rodear las dependencias del Ministerio de Defensa, motivados también por el procesamiento de militares y las investigaciones iniciadas por algunos parlamentarios respecto de las violaciones a los DDHH durante el régimen militar.

De un punto de vista judicial, los mayores problemas para el gobierno de Patricio Aylwin y los abogados de las causas de DDHH eran dos: la supremacía de la justicia militar por sobre los tribunales civiles y el DL 2.191 o también llamada “Ley de Amnistía.”⁵⁷

El gobierno debió elaborar una doble estrategia para aclarar las violaciones a los DDHH producidas durante el RM. La primera estrategia utilizada fue la jurídica, que consistía en la derogación del DL 2.191, que impedía las investigaciones por violaciones a los DDHH acontecidos entre 1973 y 1978.

Este DL representaba un grave problema para el procesamiento de aquéllos agentes o militares que cometieron abusos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, año el cual se levanta el Estado de Sitio. Como esta ley no permite que el Poder Judicial cumpla su cometido, y por ello socava las bases del Estado de Derecho, la estrategia utilizada por los abogados de las víctimas, se inclinó por la reinterpretación de esta normativa, donde la ley de amnistía se aplica, si corresponde o no, una vez realizado la investigación de los hechos, lo que permitió la apertura de diversas causas.⁵⁸

⁵⁷ Este DL fue redactado por la entonces Ministra de justicia Mónica Madariaga y publicada en el DO en abril de 1978.

⁵⁸ Existe un caso que resulta emblemático, el del joven mirista Enrique Poblete Córdoba, ya que la Segunda Sala de la CS el 12 de septiembre de 1998 impone su

La segunda estrategia utilizada fue la política, a través de la formación de comisiones que dieran a conocer a la opinión pública como sucedieron los hechos, acercar a las partes en conflicto y crear instancias de reparación ante tales circunstancias, se dio origen, entonces, a la Comisión de Verdad y Reconciliación⁵⁹. Esta Comisión fue creada en abril de 1990⁶⁰ y dirigida por el abogado Raúl Rettig para aclarar los más graves casos de violación a los DDHH en que las víctimas hayan resultado muertas o desaparecidas. La importancia de este Informe es que fue el primer esfuerzo en democracia por aclarar estos hechos⁶¹. Los beneficiarios aceptaron las medidas de reparación económica implementadas, pero exigieron el reconocimiento del daño causado, reivindicando la dignidad y el buen nombre de sus familiares, enfatizando que ningún beneficio aplacaría la necesidad de establecer la verdad y la justicia⁶².

También debemos destacar las llamadas Leyes Cumplido^{63 64}, que modificaron diversos cuerpos legales con el objetivo de garantizar en mejor forma los derechos de las personas, sobre todo en relación a las causas de Justicia Militar. En este ámbito se entregó, exclusivamente, a los jueces civiles el conocimiento y fallo de las injurias y

tesis de cambiar la doctrina de la amnistía para reabrir este proceso por sobre el planteamiento del entonces Fiscal del Ejército, Fernando Torres.

⁵⁹ También conocida como Comisión Rettig.

⁶⁰ DS N° 355, 9 de mayo de 1990.

⁶¹ Ley N° 19.123, 8 de febrero de 1992.

⁶² Lira, Elizabeth. “La política de reparación por violaciones a los DDHH en Chile”, pág. 83. Versión original en español del capítulo “The Reparations Policy for Human Rights Violations in Chile” del Handbook of Reparations, ed. Pable de Greiff, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Oxford University Press, Nueva York, 2006.

⁶³ En particular la Ley N° 19.047, 14 de febrero de 1991.

⁶⁴ Recibieron este nombre haciendo referencia al entonces Ministro de Justicia Francisco Cumplido Cereceda.

ofensas proferidas por particulares en contra de las FFAA o alguno de sus integrantes, con lo cual se restringió la competencia de los Juzgados Militares⁶⁵.

Por último, en lo socioeconómico, la economía creció a tasas elevadas, la inflación disminuyó y el empleo alcanzó los niveles más altos del decenio.

I.2.2. El gobierno del Presidente Eduardo Frei R.

⁶⁵ El parlamentario Jorge Molina Valdivieso, comisionado por la Cámara de Diputados para presentar ante el Senado el proyecto que originó la Ley N° 19.047, señaló al respecto “En el Código de Justicia Militar, las modificaciones introducidas mediante el proyecto tienen por objeto establecer la eficacia jurídica del derecho militar; reducir la excesiva competencia de la jurisdicción militar; fijar penas proporcionales a los bienes jurídicos tutelados; proteger debidamente las garantías del imputado; eliminar ciertos privilegios en detrimento de los civiles, y otorgar inamovilidad y, por lo tanto, mayor independencia a la justicia militar. En ese orden de ideas, por unanimidad, la Cámara enmendó el art. 5, referente a la competencia de los juzgados militares, reduciéndola significativamente a través de la eliminación de la denominada “competencia impropia”; vale decir, el juzgamiento de civiles. En lo sucesivo, los tribunales castrenses conocerán sólo las causas por delitos militares, entendiendo por tales los contemplados en el Código de Justicia Militar, con excepción de los cometidos por civiles y que están penados en algunos artículos, y que se refieren a violencia o maltrato a centinela, guardia o fuerza armada; amenaza, ofensa o injuria a las Fuerzas Armadas o a sus miembros y a Carabineros, casos en que conocerán los tribunales ordinarios”. Desacato en el Código de Justicia Militar: Un inexplicable olvido en el debate democrático. Germán Echeverría Ramírez, Revista de Derecho Universidad Austral de Chile, Vol. XXII - N° 1 - Julio 2009, Páginas 135-158.

El Presidente Eduardo Frei Ruiz Tagle asume como tal el 11 de marzo de 1994, reemplazando en el cargo al también demócrata cristiano Patricio Aylwin Azócar.

Su programa de gobierno tuvo un marcado carácter modernizador, con tareas prioritarias en educación; infraestructura; reforma a la justicia penal; protección a la familia y a la mujer; y la inserción internacional del país.

En materia de DDHH, la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR) cierra sus puertas el 31 de diciembre de 1996, dejando constancia de que algunos objetivos que la ley le había asignado no habían podido ser cumplidos. Antes del cierre, la directiva de la Agrupación de Familiares de Detenidos Desaparecidos (AFDD) se había reunido con las autoridades del Ministerio del Interior y de la Corporación para recordarle al gobierno que la Ley N° 19.123 reconocía el derecho de los familiares a conocer el destino final de sus parientes desaparecidos y que obligaba al Estado a continuar en las tareas inconclusas más allá del término de la institución que fue creada para realizar dichas tareas. El gobierno decidió la continuidad de algunas tareas de la Corporación, creando un programa de continuidad de la Ley N° 19.123 bajo la dependencia del Subsecretario del Interior, mediante el DS 1.005.⁶⁶

En 1998 detienen a Augusto Pinochet en Londres, y es creada la Mesa de Diálogo entre 1999 y 2001. Con ello el tema de las violaciones a los DDHH sigue presente en la agenda social.

La ansiada reconciliación nacional y la decisión de establecer un punto final a los casos de violaciones a los DDHH no se pudo resolver, ya que el debate nuevamente dejó entrever la distancia considerable entre los distintos actores políticos.

El gobierno propicia la renuncia de algunos altos cargos de las FFAA y la aplicación de condenas por crímenes de lesa humanidad a funcionarios del RM, pero estas medidas generan tensiones en las relaciones cívico militares. Además, inicia la llamada “Mesa de Diálogo”, que tuvo la virtud de sentar en una misma mesa a los representantes de las FFAA, los abogados de DDHH y representantes de distintas entidades éticas y de la sociedad civil, para condenar la violencia como método de

⁶⁶ 25 de abril de 1997.

acción política y concordar una vía para esclarecer el paradero de los detenidos desaparecidos.

Debemos destacar, que el 11 de septiembre de 1998 el gobierno chileno suscribió el Estatuto de Roma, adhiriendo así a esta iniciativa que creaba una Corte Penal Internacional (CPI). El objetivo de esta Corte Internacional sería juzgar a las personas que cometan graves crímenes en contra de la humanidad en el caso que sus propias naciones de origen omitieran acciones judiciales al respecto. La adhesión a esta instancia internacional, sólo se completó 11 años después⁶⁷.

No obstante los esfuerzos del gobierno, las condiciones externas en el ámbito económico⁶⁸, la retención de Pinochet en Londres y la tensión proveniente desde el

⁶⁷ La decisión del Ejecutivo chileno debía ser ratificada por el Congreso Nacional. Sólo la Cámara de Diputados alcanzó a cumplir con este trámite, ya que antes de que el Senado analizara la iniciativa, un grupo de diputados de la Alianza (conglomerado político de oposición al gobierno de turno) presentó un requerimiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Este órgano dictaminó, como paso previo para ratificar la Corte Penal Internacional, una reforma constitucional, que sólo ingresó al Congreso tres años más tarde y que dilató la adhesión oficial de Chile al Tratado de Roma en más de diez años.

⁶⁸ Los precios de las exportaciones chilenas cayeron alrededor de un 17% respecto de los niveles de 1997, a lo que se sumó un deterioro adicional durante 1999 del orden de un 6%. A esto se le sumó que el precio real del cobre cayó a su mínimo histórico. De acuerdo a estimaciones preliminares, la caída de términos de intercambio durante 1998-99 equivalió por sí sólo a una caída del ingreso nacional de alrededor de 4,5%. Adicionalmente, durante 1998 Chile sufrió una de las peores sequías del siglo, lo que impactó directamente sobre la agricultura y el sector eléctrico, mientras que los efectos climáticos adversos para la industria pesquera, disminuyeron sustancialmente sus capturas durante 1998. El déficit en cuenta corriente habría alcanzado más de un 8% del PIB; se perdió la credibilidad en las políticas macroeconómicas, y el producto experimentó una caída en términos absolutos cuya magnitud sólo puede apreciarse en comparación con aquellas de las crisis anteriores.

pueblo mapuche respecto a la modernidad, ponen en jaque el actuar de los gobiernos concertacionistas.

I.2.3. Los gobiernos de Ricardo Lagos E. y Michelle Bachelet J.

Desde un plano político, los gobiernos de los socialistas Ricardo Lagos E. y Michelle Bachelet J. marcan claramente los últimos momentos de la transición y el paso a la consolidación democrática, toda vez que, por una parte, existen amplias expectativas de elecciones libres, competitivas, pluralistas y reguladas, donde la incertidumbre electoral es compartida tanto por los partidos políticos y la opinión

El Banco Central inició una fase de política monetaria restrictiva elevando las tasas de interés de instancia desde 6,5% a 7,0% en enero de 1998 y a 8,5% en febrero. Sin embargo, a medida que los shocks adversos se hacían más visibles, las noticias desde el exterior empeoraban cada vez más y el gasto de la economía no mostraba signos de desacelerarse, se empezaron a intensificar las presiones sobre el sector externo y el mercado cambiario.

La incertidumbre que generaba el dinamismo del gasto y el empeoramiento del panorama internacional, dieron lugar a tres episodios breves de iliquidez generados por la especulación cambiaria. En este cuadro de incertidumbre, en junio de 1998 el Banco Central revalidó su compromiso con la estabilidad y, entre otras medidas, inició la emisión de pagarés reajustables en dólares, disminuyó el encaje a los flujos de capital a 10%, y modificó la banda cambiaria entregando límites claros y acotados para las fluctuaciones del tipo de cambio. En septiembre, luego de la crisis rusa de fines de agosto, y en un ambiente de aún mayor volatilidad, se elevó transitoriamente la tasa de interés de instancia a 14,0%, lo que tuvo por objeto acortar la distancia entre dicha

tasa y las prevalecientes en el mercado, mucho más altas, para luego arrastrar ambas hacia abajo. Además, se incrementó paulatinamente el ancho de la banda para el tipo de cambio y se disminuyó el encaje cambiario a cero.

pública. Por la otra, ningún actor relevante se imagina actuando fuera de los marcos institucionales. También, porque ya no existen fuerzas politizadas dentro de las FFAA, las cuales se subordinan al poder civil y lo reconocen como tal, legitimando las normas democráticas. Además, se abre la posibilidad de que exista en esta nueva etapa política ciertos rasgos distintivos de una nueva forma de actuar en el espacio público. Aun cuando la ansiada consolidación de nuestra democracia, comenzará cuando se desintegren en su totalidad las instituciones del régimen anterior, esto es, establecer una nueva Constitución y reformar el sistema electoral.

En el plano político, subsisten en el país dos sensibilidades acerca del proyecto social que se quiere para el país, una proclive a la igualdad, los temas sociales y la diversidad; la otra, defensora de la libertad, nacionalista y tradicionalista.

Cabe consignar las particularidades de cada gobierno en cuanto a sus propuestas y estilos, donde podemos ver a Ricardo Lagos como un líder innato de gobierno y de su coalición política, implementando y desarrollando planes, algunos provenientes de la anterior administración como la Reforma Procesal Penal, y otros nuevos, como el criticado Plan Transantiago.

En materia de DDHH, Ricardo Lagos en su calidad de Presidente de la República, dio a conocer el informe entregado por las FFAA –producto del trabajo realizado en la Mesa de Dialogo- sobre el paradero de 200 detenidos desaparecidos y entregó los antecedentes al Presidente de la CS. Los resultados del informe de las FFAA determinaron la reorganización del programa de continuidad de la Ley N° 19.123, creándose el programa de DDHH del Ministerio del Interior.

En agosto de 2003 se reabre el debate sobre los escasos resultados en la búsqueda de detenidos desaparecidos, sobre la revisión de las políticas estatales de reparación a los familiares de las víctimas y sobre el reconocimiento y reparación de los ex presos políticos. En este contexto, Lagos formuló una propuesta global sobre DDHH⁶⁹ compuesto de tres proyectos de ley. Además, se crea la Comisión Nacional

⁶⁹ Ver propuesta “No hay mañana sin ayer” del 12 de agosto de 2003 en http://www.ddhh.gov.cl/ddhh_propuesta.html

sobre Prisión Política y Tortura, para establecer la situación de los ex prisioneros políticos y torturados durante la dictadura y proponer medidas de reparación. La comisión finaliza su trabajo con un informe, denominado “Informe Valech”⁷⁰, donde se establece de manera rigurosa una lista de personas que sufrieron privación de libertad y tortura por razones políticas, además de mencionar tres líneas de reparación: institucionales, simbólicas e individuales.

En el plano político, se aprueban en septiembre de 2005 reformas a la Constitución, como el fin a los senadores por derecho propio y designados, se termina con la inamovilidad de los Comandantes de las FFAA, se crea un Ministerio Público autónomo en la investigación de delitos y se transforma al Consejo de Seguridad Nacional (COSENA) como ente asesor en seguridad del poder ejecutivo.

Por último, con la elección de Michelle Bachelet se estableció una inclusión social y de género más profunda y se desarrolló un estereotipo de liderazgo más empático y cercano con la gente, lo cual, a pesar de la creciente baja en el apoyo ciudadano a los partidos políticos, la mantuvo con niveles pocos vistos de popularidad, profundizando la legitimidad otorgada por la gente a su gobierno.

Durante el gobierno de Bachelet, después de 11 años de que Chile suscribiera el Estatuto de Roma que creó la CPI, se depositó, en la sede de las Naciones Unidas, el instrumento ratificatorio por el cual Chile adhirió al Estatuto de Roma. Además, a través de la publicación de la Ley N° 20.405⁷¹ se creó el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), instancia destinada a promover y proteger estos derechos. A través de dicha ley⁷², también, se determinó establecer una comisión encargada de reabrir el trabajo de las Comisiones Rettig y Valech. Por último, cabe destacar la promulgación

⁷⁰ Denominación recibida debido a quien fuera designado como presidente de la Comisión que lo elaboró, Monseñor Sergio Valech.

⁷¹ Publicada el 10 de diciembre de 2009.

⁷² Art. 3 transitorio de la Ley N° 20.405, 10 de diciembre de 2009.

de la Ley N° 20.357⁷³, la cual tipifica los crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes y delitos de guerra.

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

Las demandas de indemnización de perjuicios por Responsabilidad Extracontractual del Estado (REE) en casos de violación a los DDHH por muerte, tortura o desaparición, se enmarcan en el estudio de la REE en general, y específicamente en la Responsabilidad Extracontractual de los Órganos de la Administración del Estado. De ahí que nos corresponde tener a la vista el marco teórico de las acciones en estudio, por lo que pasaremos a revisar someramente las señaladas materias.

II.1. LA REE

La responsabilidad es consustancial al Derecho. En el ejercicio de los derechos y facultades de los individuos, estos deben reconocer como contrapartida necesaria los derechos y facultades de los otros, y deben asumir las consecuencias que se siguen de su actuar. A partir de esta idea, se sienta el principio que establece que todo daño ocasionado a otro debe ser reparado, garantizando la integridad patrimonial de las personas.

Lo relevante en un ordenamiento jurídico es establecer los presupuestos que nos permitan determinar ¿En qué casos y bajo qué condiciones debe responderse por el daño ocasionado a otro?

⁷³ Publicada el 18 de Julio de 2009.

El sistema de responsabilidad en el Derecho Privado (DPRI), nos permite responder a esta interrogante a partir de la noción de culpa, sistema que se encuentra consagrado en todas las legislaciones de la tradición jurídico occidental. En el Derecho Público (DPUB), en cambio, la noción de responsabilidad patrimonial del Estado por los daños ocasionados por sus agentes, ha sido el resultado de una intensa labor tanto doctrinaria, legislativa como jurisprudencial.

El principio que rigió al Estado en sus inicios, como ente soberano, inalcanzable y absoluto, es precisamente la irresponsabilidad del mismo, bajo la concepción más o menos universal, arrastrada del Derecho Inglés, de que el rey (soberano) no podía ocasionar daño, reflejado en la máxima inglesa “the king can do not wrong”. Principio que se confirma posteriormente con el postulado de Laferriere, señalando que “lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación”.

Esta fuerte concepción de irresponsabilidad comienza a ceder terreno a partir de la construcción doctrinaria de la persona jurídica del Estado en la teoría del Fisco, en el Derecho Alemán, y luego en el Derecho Francés, con la distinción entre actos de autoridad y de gestión. Estas concepciones comienzan a reconocer en el Estado un campo de actuación en el que figura como un sujeto de derecho común, vinculándose por relaciones de carácter civil, semejantes a las que se establecen entre los particulares, por lo que resulta necesario someter dicha actuación al derecho común, haciéndolo responsable por los daños ocasionados en su gestión, pero sin reconocer todavía la posible responsabilidad en los actos de autoridad.

De esta manera, el sistema de Responsabilidad del Estado, en el Derecho Comparado, se estructuró sobre la base del sistema de responsabilidad civil, pero con ciertas particularidades, por las especiales características que presenta el actuar del Estado, la evidente disparidad que existe entre las partes en cuestión (Estado y particulares), y la imperiosa necesidad de otorgar buenas razones para hacer responsable a un Estado que en sus inicios contaba con la más absoluta inmunidad.

De este modo, se da el primer paso en el desarrollo de un sistema de Responsabilidad del Estado, que luego se va extendiendo a todo tipo de actuación, produciendo una apasionada discusión acerca de las buenas razones que existen para

hacer que el Estado responda por los daños que causen sus agentes. Desarrollo cuya evolución se puede resumir en palabras de Hauriou en: “que el Poder Público actúe, pero que obedezca la ley; que actúe, pero que pague el perjuicio”.

II.1.1 Escenario Nacional

En nuestro ordenamiento jurídico el principio de responsabilidad se encuentra consagrado a nivel constitucional en los art. 6⁷⁴ y 7⁷⁵ de nuestra Carta Fundamental. Ambas disposiciones consagran dos de los principios anteriormente enunciados que deben regir la actuación del Estado (Poder Público): el de legalidad, al señalar que los órganos deben someter su actuación a la Constitución y a las leyes; y el de

⁷⁴ Artículo 6. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos

órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.

⁷⁵ Artículo 7. Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun

a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y

sanciones que la ley señale.

responsabilidad, al establecer que la infracción a las mismas genera las responsabilidades y sanciones correspondientes. Los órganos del Estado, entonces, al igual que los particulares, son responsables de las eventuales consecuencias dañosas que puedan generar en su actuar.

A su vez, la CPR regula específicamente la Responsabilidad del Estado Juez, en el art. 19 N° 7 letra i⁷⁶, y la Responsabilidad del Estado Administrador, en el art. 38 inc. 2⁷⁷ ⁷⁸. Sin consagrar en forma particular la Responsabilidad del Estado Legislador, que se ha construido a partir de normas constitucionales generales. En definitiva, es nuestra propia CPR la que establece el principio de la Responsabilidad del Estado, en sus art. 6 y 7. Este principio rige a todos los órganos que establece la propia

⁷⁶ Artículo 19 N° 7 letra i). El derecho a la libertad personal y a a seguridad individual. En consecuencia: i) Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare Injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia.

⁷⁷ Artículo 38 inc. 2. Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño.

⁷⁸ La alusión a esta disposición no es pacífica, dado que se discute si hay ahí una regla de responsabilidad. Algunos autores, como Eduardo Soto Kloss, plantean que si se trata de una regla de responsabilidad. No obstante, otros, como Pedro Pierry Arrau, afirman que no hay tal regla de responsabilidad en el art. 38 inc. 2 de la CPR, a lo más encontramos allí un principio. Alguno de estos últimos autores agregan que la referida disposición contiene una mera regla de competencia.

Constitución, a excepción del Tribunal Constitucional por razones de superioridad jerárquica, resguardando la independencia y autonomía de sus miembros⁷⁹.

De este modo todos los poderes del Estado se encuentran sujetos a esta responsabilidad, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. A partir de ello, podemos reconocer y distinguir tres grandes tipos de responsabilidad; la Responsabilidad del Estado Legislador, la **Responsabilidad del Estado Administrador** (REA) y la Responsabilidad del Estado Juez, cada una de las cuales se rige por el principio general aplicado de modo específico a su función, con las particularidades de cada una ellas.

Asimismo, podemos atender a otras categorías de clasificación en esta materia, pues los funcionarios y los Órganos de la Administración del Estado (OAE) deben asumir las consecuencias de sus acciones u omisiones en el ejercicio de la función pública ante la sociedad en que la desempeñan. Si en el desempeño de esta función ocasionan un perjuicio, estaríamos hablando de una **responsabilidad por daños**. Si se trata, en cambio, de una conducta contraria al régimen normativo que los rige, hablamos de una **responsabilidad infraccional**, lo que se traduce en una sanción de amonestación, multa o suspensión del cargo.

Del mismo modo que en el escenario internacional, en nuestro ordenamiento jurídico, la doctrina y la jurisprudencia han ido evolucionando en torno al sistema de REE. En un comienzo la doctrina, seguida por contundente jurisprudencia, desarrolló un sistema “constitucional” de responsabilidad, donde se limitaba a las disposiciones constitucionales que se referían a la responsabilidad, descartando casi absolutamente la regulación del sistema del DPRI relativo al tema. Esto en materia de Responsabilidad del Estado Juez, era posible, dado que la disposición que lo regula en la Constitución establece someramente un procedimiento o mecanismo y ciertos mínimos que permitirían desarrollar algún sistema. Pero si nos avocamos específicamente al Estado Administrador, las disposiciones que lo regulan –art. 6, 7 y

⁷⁹ El Tribunal Constitucional no tiene mecanismos de revisión, sus resoluciones no están sujetas a recurso alguno.

38 inc. 2- no permitirían construir un sistema, ni menos un procedimiento, por mínimo que fuera, para resolver estas materias, sin acudir a otras disposiciones⁸⁰.

No obstante, las diferencias existentes, y sea cual sea la REE de que se trate, es posible establecer una base mínima común entre la REE y la responsabilidad regulada por el DPRI. Esto pues tanto la REE, como la Responsabilidad Extracontractual en el DPRI o común, genera la obligación de indemnización, obligación que nace de una acción u omisión del Estado – el cual actúa a través de sus órganos o funcionarios – que produce un daño a una persona que no está obligada a soportarlo y por ende debe repararse.

Teniendo esto presente, pasaremos a revisar en forma particular, la responsabilidad de la Administración, pues son los OAE los responsables de los casos materia de nuestro estudio. Podremos observar cómo se ha ido desarrollando un sistema de REA.

II.2. LA RESPONSABILIDAD DE LOS OAE

La Administración en nuestro país es objeto de innumerables y diversas demandas que exigen responsabilidad, a diferencia de lo que ocurre con el Poder Legislativo y Judicial. Por esto, en nuestra jurisprudencia, cuando de analizar casos de REE se trata, nos encontramos en su mayoría con situaciones referidas a los daños ocasionados por OAE. Esta responsabilidad específica, se encuentra consagrada en el art. 38 inc. segundo de nuestra CPR, no siendo ésta la única disposición que se refiere a la materia.

El gran problema de la REA, se produce justamente a partir de las normas que la regulan. Esto pues tenemos, por una parte, el ya señalado art. 38 de la CPR a partir

⁸⁰ Por lo mismo, retomaremos este punto al referirnos específicamente a la Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador (REA).

del cual algunos autores⁸¹ señalan que ésta disposición es exclusiva y excluyentemente, la única regla de responsabilidad que debe regir el sistema de REE. Respecto de esta misma disposición hay otros autores⁸² que establecen que ésta no sería una regla de responsabilidad y, por lo tanto, el sistema de responsabilidad debiese construirse a partir de las demás disposiciones referidas a la materia, como el art. 4 y 42⁸³ de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la

⁸¹ Por ejemplo SOTO KLOSS, E. “*La responsabilidad del Estado administrados, un principio general del derecho público chileno*” en RDJ, T. 73, primera parte, sección derecho, pág. 35; CALDERA DELGADO, H. “*Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política del Estado de 1980*”, Editorial Jurídica de Chile, año 1982, pág. 50; FIAMMA OLIVARES, G. “*La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio*” RCHDUC 16, Nº 2, año 1989, pág. 429.

⁸² PIERRY ARRAU, P. “*Algunos aspectos de la responsabilidad del estado por falta de servicio*” RDJ, T. 92, Nº2, año 1995, pág. 17; QUINTANILLA PÉREZ, A. “*¿Responsabilidad por actos lícitos?*” RDCDE Nº1, pág.41 a 66.

⁸³ El artículo 4 de la LOCBGAE se encuentra en el Título I de la ley y señala: “El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado.”. Por su parte el artículo 42 de la misma ley, se encuentra ubicado en el Título II de la misma y, por lo mismo, no es aplicable a todos los órganos de la administración del Estado, excluyendo a la Contraloría General de la República, al Banco Central, a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, los Gobiernos Regionales, a las Municipalidades, al Consejo Nacional de Televisión, al Consejo para la Transparencia y a las empresas públicas

creadas por ley y señala: “Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio.

No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal.”

Administración del Estado (LOCBGAE). También existen otros autores⁸⁴ que señalan algo similar a lo referido por esta última postura, pero van más allá, agregando que el art. 38 de la CPR sería una regla de competencia y no de responsabilidad y que el sistema de responsabilidad extracontractual debiese construirse a partir de las disposiciones ya referidas e incluso sobre la base del sistema de responsabilidad extracontractual del derecho común.

II.2.1. Concepto de la REA

La REA es parte del sistema diseñado por la CPR para garantizar la integridad patrimonial de las personas frente al accionar de la Administración del Estado. Dado que todos sabemos que los OAE se caracterizan por estar dotados de facultades exorbitantes, desequilibrando las relaciones entre la Administración y los demás sujetos de derecho, el Estado debe restablecer el equilibrio a través de contrapesos y restricciones que no tienen los ciudadanos particulares. Estas limitaciones, también denominadas “privilegios en menos” son: el principio de legalidad, las sujeciones y procedimientos y las garantías⁸⁵. La REA se enmarca dentro de esta última, pues

⁸⁴ PIERRY ARRAU, P. “*La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio*” en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, año 1, N° 1, julio 2000, pág. 11 a 40.

⁸⁵ Obligadas sujeciones, vinculaciones, condicionamientos a que toda organización de poder público debe someterse en su actuación. Son obligaciones o restricciones a las que está sujeta la administración del Estado, y que no tienen los particulares, vgr. la facultad de contratar del Estado, se ve limitada, ya que sólo puede hacerlo mediante licitaciones (se restringe la libre contratación); tampoco la administración es libre de actuar, debe siempre estar previamente facultada por la ley.

pretende restablecer la integridad patrimonial de las personas que se ha visto afectada por el accionar del Estado.

Por otra parte, al conceptualizar la responsabilidad dentro del sistema de garantías para la integridad patrimonial de las personas, resulta necesario distinguir de la expropiación, institución que también se encuentra dentro de este sistema pero que tiene otros orígenes y alcances. La expropiación tiene claramente una intención, móvil o motivo, radicalmente opuesto al de la responsabilidad, dado que en la expropiación la administración deliberadamente priva a una persona del dominio que legítimamente posee, con una finalidad pública, mientras que en la responsabilidad el perjuicio sufrido por la persona es accidental, no proviene de un interés, ni menos de una pretensión del Estado. En este mismo sentido, la expropiación requiere necesariamente del acto expropiatorio, que tiene el carácter de acto de poder público en uso de las facultades extraordinarias a las que anteriormente hicimos referencia; en cambio la responsabilidad extracontractual, la obligación de indemnizar puede provenir de actos puramente materiales y además puede extenderse a omisiones. Por último, los fundamentos y el momento en que se hace exigible la obligación de indemnizar, son absolutamente diversos, dada la notable diferencia entre estas dos instituciones. Mientras que en la expropiación el Estado debe tener fondos suficientes antes de efectuar legal y materialmente el acto expropiatorio, dado que el pago de una suma de dinero al dueño de lo expropiado es consustancial a la expropiación, y por ende se trata de un asunto objetivo e ineludible de parte del Estado; en la responsabilidad, si es que se cumplen los requisitos de la misma –acción u omisión, daño, causalidad y criterio de imputabilidad, si es que se postula cierta tesis– y sólo después de un proceso judicial que así lo determine, se hace exigible la obligación de indemnizar.

Otro elemento en la conceptualización de esta responsabilidad, es que la obligación de indemnización pesa sobre un OAE, dado que éste provocó un daño con su acción u omisión, y esta obligación se traduce en el deber que tiene la administración de pagar una suma de dinero que repare el perjuicio ocasionado. En esta obligación, como en todas las obligaciones, hay sujetos: la víctima del daño y sus

herederos, que son el sujeto activo, y los órganos de la administración, que son el sujeto pasivo; y la prestación: que es el pago de una suma de dinero, dado que no existe indemnización en especie.

II.2.2 Características de la REA

En primer lugar, nos encontramos frente a una **responsabilidad del Estado**. Éste responde por los daños que causan sus órganos, y la falta o ilicitud que pueda haber cometido el funcionario de la administración, no exonera a la misma de su responsabilidad; sin perjuicio genera el derecho a repetir contra el funcionario. Esto, puede observarse a la luz de lo establecido por los art. 4 y 42 de la LOCBGAE, citados anteriormente.

Asimismo, observamos en esta materia que se trata de una **responsabilidad por daños** y no por contravención. La relevancia práctica de este punto no es menor, pues en definitiva nos permite responder a la interrogante relativa a si el Estado debe o no responder por actos lícitos que generan daño. Pero para el estudio de los casos en análisis no entraremos en mayores detalles, pues se trata en ellos de actos ilícitos, por lo que quedarían fuera de esta discusión.

Otra de las características esenciales a considerar en nuestro análisis, es que nuestro objeto de estudio es una **responsabilidad extracontractual**. Y aunque parece obvia la apreciación, es de suma importancia, pues existen casos donde es sumamente complejo delimitar o hacer la distinción entre esta responsabilidad y la responsabilidad contractual, principalmente en aquellos casos de Responsabilidad del Estado donde intervienen distintas variables, como en casos de servicios de salud, donde puede existir un contrato de prestación de servicios y de todos modos es una acción del Estado que interviene a través de sus órganos de salud pública y por ende

la delimitación no es absoluta⁸⁶. En estos casos, se ha señalado que la víctima debe optar por demandar contractual o extracontractualmente. En los casos que analizaremos en este estudio, la delimitación es clara y se trata propiamente de casos de responsabilidad extracontractual.

Por último, cabe señalar que esta materia trata de una **responsabilidad regulada por el ordenamiento jurídico**. Esto la diferencia de la Responsabilidad del Estado Legislador, que está formulada sólo como principio y no encontramos en la legislación vigente ninguna norma ni disposición que regule la materia. Claro que a diferencia de la Responsabilidad del Estado Juez, el rango de regulación es lo que suscita controversia, pues mientras hay quienes sostienen que dicho rango es exclusivamente constitucional, hay otros que señalan que la regulación sería legal y contendría normas de diversos cuerpos jurídicos y no solamente de la CPR.

Para los primeros, el art. 38 de la CPR sería la única regla de responsabilidad, y ésta contendría los siguientes elementos:

- Es una responsabilidad directa del Estado y la idea de falta de los funcionarios sería relevante sólo para el derecho que tiene el Estado a repetir contra los mismos, pero no para generar la responsabilidad.
- Es una responsabilidad objetiva. Lo que implica que no existe ningún criterio de imputación.
- Es una responsabilidad que prescinde de la licitud o ilicitud del acto del Estado.
- El criterio de causalidad es material, no jurídico.
- Es imprescriptible, pues a nivel constitucional no existe una regla de prescripción y las normas del Código Civil (CC), del Derecho Privado en definitiva, se encuentran excluidas⁸⁷.

Esta tesis incluye la idea de que la base de la responsabilidad del Estado no es el art. 38, sino los art. 6 y 7 de la CPR. Y por ende se entiende que el eje de esta

⁸⁶ **Sentencia CA Concepción Rol 1977-1999**, dictada el 10 de agosto de 2000 y **Sentencia CS Rol 3665-2000**, dictada el 24 de enero de 2002.

⁸⁷ SOTO KLOSS, E. *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales. Tomo II. Principio de Juricidad*. Editorial Jurídica de Chile, 1996, pág. 464.

responsabilidad es el concepto de “lesión”, y por lo tanto; un daño cualificado por la exigencia de que la víctima no esté obligada a soportarlo. Asimismo, toda la estructura de esta responsabilidad se construiría a partir de la víctima y no a partir del victimario, del cual se prescinde absolutamente.

Por otra parte, para los contrarios a la tesis recién aludida, el art. 38 de la CPR no establecería una regla de responsabilidad, sino una regla de competencia para los tribunales. Para estos últimos, el concepto de “lesión” nada tiene que ver con el de daño, sino que comprende cualquier agravio que produzca un acto administrativo, y su origen estaría en una norma alemana que también es de competencia⁸⁸. Por otra parte, señalan los defensores de esta tesis que, si el art. 38 de la CPR fuese efectivamente una norma de responsabilidad, ésta sería insuficiente, comparada con la regulación efectuada a nivel constitucional respecto de la Responsabilidad del Estado Juez, donde se determina la acción, el tipo de procedimiento. Además, para poder construir un sistema de responsabilidad, se debe recurrir a otras normas constitucionales. Por último, agregan que si la regla de responsabilidad fuese exclusiva y excluyentemente la señalada en el art. 38 de la CPR, ésta sería más restrictiva que la contenida en el CC, pues la primera habla sólo de derechos y no de intereses.

Lo relevante de inclinarse por una u otra tesis, son los efectos prácticos que de la opción por cada una de ellas se deriva:

- En primer término, la posibilidad de exigir o no ciertos criterios de imputación. En el primer caso no se exigen, y por lo tanto las reglas de la LOCBGAE, de falta de servicio, serían inconstitucionales.

⁸⁸ La norma alemana a la que hacemos referencia se encuentra contenida en el artículo 19 inciso 4° de la Constitución Alemana que señala: “Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial. Si no hubiese otra jurisdicción competente para conocer el recurso, la vía será la de los tribunales ordinarios. No queda afectado el artículo 10, apartado 2, segunda frase.”

- En segundo término, la posibilidad de exigir o aplicar la prescripción contenida en el art. 2497⁸⁹ del CC. Nuevamente, en el primer caso no sería aplicable y por ende la REA sería imprescriptible. En el segundo caso, en cambio, la disposición señalada sería plenamente aplicable y por ende la acción de responsabilidad en cuestión sería prescriptible.

Estas dos consideraciones prácticas, no son menores y la adopción de una u otra postura, determinará el tratamiento y desarrollo de una estructura para un determinado sistema de REE.

Ahora bien, como lo veremos en nuestro estudio, la posible estructuración de un sistema de REA y los elementos que conformarían la misma, son materias que no se desarrollan mayormente en los casos en análisis, pues los problemas que se presentan están asociados a otras particularidades propias de este tipo de casos.

Por lo mismo, a continuación enunciaremos una de las clasificaciones que se han efectuado para separar los distintos grupos de casos que suscita esta responsabilidad y desarrollaremos únicamente lo relativo al grupo de casos en análisis.

II.2.3 Clasificación de la REA

El Estado Administrador, a través de sus órganos, actúa en distintas esferas de la vida en sociedad. En cada una de esas, lo hace a través de distintos órganos, cada

⁸⁹ “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.”

uno de los cuales es responsable por el desempeño de estas funciones. Ello da origen a variadas REA, tales como:

- Servicios de Salud
- Municipalidades
- Estado de las vías públicas
- Uso o abuso de la autoridad policial, lo que puede dar lugar a la Responsabilidad por violación a los DDHH.

Es este último grupo de casos, el que hemos elegido para nuestro estudio, que además hemos acotado a un cierto margen histórico-político, señalado en el capítulo relativo al marco histórico, y delimitado también a algunos de los casos, particularmente los vinculados a la muerte, tortura y/o desaparición de personas contrarias al régimen establecido en nuestro país en el tiempo señalado (1973 a 1990).

II.2.3.1 La REA en los casos de Violaciones a los DDHH

Esta responsabilidad tiene un tratamiento especial, dado que los distintos criterios que han utilizado los tribunales en esta materia distan mucho del tratamiento y criterios utilizados para resolver las reglas generales en un sistema de responsabilidad. Es precisamente en este terreno donde nuestros tribunales, principalmente en los comienzos de la jurisprudencia en esta materia, se han manifestado más proclives a entender esta responsabilidad como una responsabilidad objetiva, más que en ningún otro asunto.

La gran mayoría de los criterios utilizados para resolver estos casos, que podremos observar en el estudio de los fallos – algunos con argumentos bastante semejantes, por no decir idénticos – se refieren a ciertos problemas o dificultades que

se presentan particularmente en esta REA, y se han ido resolviendo con variados argumentos a lo largo del tiempo.

Presentaremos a continuación los principales problemas o temáticas a resolver en esta materia, para luego analizar en detalle cada una de ellas y observar cómo han fallado nuestros Tribunales Superiores de Justicia, desde que comenzaron a presentarse estos casos hasta la fecha.

- a) Naturaleza jurídica de la responsabilidad: en este punto lo que se busca resolver es si la responsabilidad extracontractual del Estado es una responsabilidad objetiva y de carácter constitucional, o bien si se trata de una responsabilidad por culpa, en la cual se deben determinar el o los criterios de imputación y por ende elaborar un sistema de responsabilidad con todas las normas, de todos los rangos (constitucional, legal, etc.) existentes en el ordenamiento jurídico.
- b) Prescriptibilidad o Imprescriptibilidad de la acción que persigue la responsabilidad: este punto tiene directa relación con el problema anterior, pero se ha “independizado”, o más bien, concentra todos los argumentos y debates en la discusión en torno a la responsabilidad, desechando o acogiendo las acciones entabladas en estos casos a partir de la idea de pérdida de la señalada acción por el paso del tiempo, o bien de perpetuidad de la misma por el carácter o particularidad de los casos.
- c) Compatibilidad o Incompatibilidad de las indemnizaciones demandadas y las pensiones y beneficios otorgados a través de leyes de reparación dictadas a propósito de estos casos: en este punto, lo que se discute es si las pensiones y beneficios otorgados por ley a las víctimas y/o sus familiares en estos casos, resulta o no compatible con una indemnización otorgada por los tribunales a través de una sentencia condenatoria por Responsabilidad del Estado.
- d) La prueba: en este punto, lo controvertido es por una parte el carácter probatorio del Informe Rettig o Valech, ambos señalados como investigación extrajudicial; y por la otra la expresión y desarrollo de determinados criterios para la prueba del daño.

A partir de estos cuatro asuntos controvertidos, pasaremos a desarrollar lo que se ha señalado al respecto tanto por la doctrina como por la jurisprudencia nacional.

CAPÍTULO III NATURALEZA DE LA REE

Al comenzar con el análisis jurisprudencial, en nuestra búsqueda de casos, pudimos observar el escaso accionar en materia civil de los interesados, los primeros años de retornada la democracia, pues si bien existen algunas acciones de los afectados, que fueron víctimas directas de la represión, la mayoría de las víctimas se encontraban aún desaparecidas y sus familiares obviamente desplegaron los mayores

esfuerzos en averiguar el paradero de las mismas, y no en demandar responsabilidad civil. Este esfuerzo desplegado, que había comenzado durante la dictadura militar con recursos de protección infructuosos o denuncias y querellas criminales sobreesidas, se sumó a la organización de los mismos en la Corporación de Familiares de Detenidos Desaparecidos, institución que existe hasta nuestros días, intentando a través de acciones judiciales y de manifestaciones sociales, requerir la verdad y justicia que durante años se les había negado. En virtud de lo señalado, la primera década de retornada la democracia, sólo nos encontramos con 5 casos judiciales, de los cuales tres llegaron a la Corte Suprema.

El primero de estos casos, es el de la muerte de Hugo Vásquez Peña, caratulado **Vásquez con Fisco**, querella criminal en la cual se interpuso demanda civil tanto de la hermana del fallecido como de su cónyuge. El segundo es el “**Caso Degollados**”, causa penal en la cual también se dedujeron demandas civiles y se otorgaron indemnizaciones a favor de los afectados, sin entrar en el fondo de la discusión civil, siendo éste el primero de los casos, respecto de los cuales tenemos conocimiento, que llegó a la Corte Suprema.

Otro de los casos es el de “**Carmen Gloria Quintana**”, respecto del cual no hubo sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, por terminar el proceso en transacción, en la cual el Fisco también otorgó indemnización por el perjuicio sufrido por ella, ante la represión ejercida por el Estado de la época.

Asimismo tenemos de entre estos casos, el de la muerte de **Mario Fernández López**, caratulado Fernández Cárcamo, William y otros con Fisco⁹⁰, proceso en el cual la Corte de Apelaciones de La Serena negó lugar a la excepción de prescripción opuesta por el Fisco y consideró que la acción de indemnización de perjuicios, por la responsabilidad extracontractual del Estado, está reglamentada exclusivamente por el Derecho Público, por lo que no es aplicable la regla de prescripción del artículo 2332 del Código Civil, sino la regla general del artículo 2515 del mismo código; siendo éste

⁹⁰ **Sentencia CA La Serena**, fallado el 23 de julio de 1997.

otro de los primeros casos que llegó a la Corte Suprema⁹¹, tribunal que fallando la casación en el fondo, rechazó la misma, confirmando la decisión expresada por la Corte de Apelaciones de La Serena, acogiendo la demanda de indemnización de perjuicios en contra del Fisco de Chile, y concediéndose la debida indemnización a las víctimas, sin entrar tampoco al análisis del fondo del asunto.

Por último, a fines de la década del 90`, nos encontramos con el caso de la muerte de **Roberto Gómez Lillo**, causa fallada por la Corte de Apelaciones de Copiapó⁹² el 7 de julio de 1998, que fue casada y fallada por la Corte Suprema el 27 de abril de 1999.

En todos los casos antes señalados, **se acogió la demanda de indemnización opuesta por los afectados en contra del Fisco**, claro que el desarrollo de los argumentos de estos fallos, y la dificultad de encontrar los mismos, no nos entregan una gran reflexión, salvo el **reconocimiento de la responsabilidad del Estado en estos casos** y el **rechazo de la aplicación de las normas civiles a esta materia**, que entienden es una materia de Derecho Público, como se señalara en algunas de estas sentencias que se transcriben a continuación.

En definitiva, en este primer período que va desde el inicio de la democracia hasta comienzos del siglo XXI, nos encontramos con una escasa jurisprudencia en la materia, que tiende a otorgar indemnizaciones a las víctimas de violaciones a los DDHH, ya sea a través de la conciliación o de algunas sentencias que acogen las acciones civiles. Sin embargo, los argumentos esgrimidos en esta primera etapa, son bastante escuetos y generalmente no entran al fondo de la discusión que se irá desarrollando con el paso del tiempo y con el cambio de la propia jurisprudencia que pasará a negar, mayoritariamente las acciones de indemnización de perjuicios en los

⁹¹ **Sentencia CS 3003-1997**, dictada el 6 de julio de 1998, pronunciado por los ministros Servando Jordán López, Oscar Carrasco Acuña, Enrique Tapia Witting, Jorge Rodríguez Ariztía y el Abogado Integrante Arturo Montes Rodríguez.

⁹² RDJ T.XCVI sec.1º Nº 1.

casos de estudio, a partir de uno de los fallos paradigmáticos que marcó y consagró este giro jurisprudencial, cual es **Domic Bezic con Fisco**⁹³.

III.1. EL ESTATUTO NORMATIVO DE LA REE

En un primer período, la discusión, en esta materia, se centra en determinar la fuente de la responsabilidad extracontractual del Estado (REE), estableciendo un estatuto normativo que la rige y determinando también que normas del ordenamiento no le son aplicables y por qué.

Así, en este primer período, nos encontramos con una de las primeras sentencias que se refiere a esta materia, señalando que:

“... el Estado debe ser regido por el Derecho y actuar sobre la base de dos principios fundamentales la legalidad y la responsabilidad. “Administración sujeta a derecho y responsable; vinculada a la Constitución y a las leyes respondiendo de sus actos y conductas contrarias al ordenamiento, controlada en la juridicidad de su actuar no sólo preventivamente por una Contraloría General de la República, sino también represivamente por los tribunales ordinarios de justicia.” (Eduardo Soto Kloss Gaceta Jurídica Nº 47, mayo de 1984. Editorial Jurídica ConoSur, pág. 4.)”⁹⁴

En la misma sentencia se señala que:

⁹³ **Sentencia de Casación CS 4753-2001** dictada el 15 de mayo de 2002 por los Ministros Marcos Libedinsky Tschorne, José Benquis Camhi, Urbano Marín Vallejo y por los Abogados Integrantes Patricio Novoa Fuenzalida y Fernando Castro Álamos.

⁹⁴ **Sentencia Ministro de Fuero Pedro Aguirre Cerda 2577** dictado el 16 de enero de 1986 pronunciada por el Ministro en Visita Germán Hermosilla Arriagada, considerando 40º.

“... parece útil citar a don Arturo Alessandri Rodríguez cuando expresa “que si el daño ha sido causado por un funcionario o empleado público o municipal en el ejercicio de sus funciones, el artículo 2.320 del Código Civil no tiene aplicación” y agrega que lo anterior no obsta, por cierto, para que el Estado o la Municipalidad, “sean responsables con arreglo al derecho público, si se admite, como no puede menos de admitirse, la responsabilidad de esas entidades por los daños que causen sus funcionarios y empleados en el ejercicio de sus respectivas funciones”. Obra: “De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno”, Santiago, 1943, pág. 314.”⁹⁵

Luego sigue manifestando que:

“En el mismo sentido se pronuncia el profesor de Magister de Derecho Administrativo, Hugo Caldera Delgado, quien manifiesta que la “fundamentación de la responsabilidad extracontractual del Estado sobre la base de disposiciones del Derecho Privado es algo verdaderamente injustificable, en consideración a que el Fisco se rige por un sistema normativo propio, contenido en la Constitución Política del Estado, en leyes orgánicas de los Servicios Públicos, en la Ley Nº 10.336, orgánica de la Contraloría General de la República y, fundamentalmente, en el Estatuto Administrativo”. Obra: “Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980”. Editorial Jurídica de Chile, 1982, pág. 155. Preciso es dejar constancia que el mismo autor ya habría cuidado de puntualizar en su misma obra, pag. 44, que la responsabilidad extracontractual del Estado se encuentra establecida en la Constitución actual y se caracteriza “por la norma que establece, como principio general, que todo daño causado a un administrado o persona por la acción u omisión de la Administración del Estado, por sus organismos o por las Municipalidades es indemnizable”.”⁹⁶

⁹⁵ **Sentencia Ministro de Fuero Pedro Aguirre Cerda 2577** op. cit., considerando 37º.

⁹⁶ **Sentencia Ministro de Fuero Pedro Aguirre Cerda 2577** op. cit., considerando 37º.

A partir de este tipo de reflexiones, y de las variadas posiciones que van adoptando los ministros llamados a resolver estas materias, se van generando distintas tesis, que intentan definir y determinar el estatuto normativo de la REE. En este sentido, encontramos cierto consenso en las sentencias al reconocer como fuente principal de la REE la Constitución Política de la República (CPR) y el Derecho Público, claro que a partir de este supuesto comienzan a exponerse las primeras diferencias.

Tenemos por una parte a quienes consideran que la CPR que debe regir esta materia es la que se encontraba vigente a la fecha de acaecidos los hechos, es decir, la Constitución de 1925. Por otra parte, están quienes disienten de este supuesto y señalan que la normativa aplicable se encuentra contenida en la CPR de 1980, e incluso van desarrollando, a partir de las disposiciones constitucionales pertinentes, un estatuto normativo específico para esta responsabilidad.

Asimismo, la discusión se produce también en relación con la definición de la rama del Derecho que debe regir esta materia, si se trata exclusiva y excluyentemente de un asunto de Derecho Público, o bien, se deben integrar normas del Derecho Común, específicamente disposiciones del Derecho Privado relativas a la responsabilidad extracontractual.

III.1.1. Normativa Constitucional Aplicable

III.1.1.1. Tesis que niega la aplicación de la Constitución Política de la República de 1980

⁹⁷ Más adelante observaremos que este mismo principio ha sido fuertemente defendido incluyendo disposiciones del Derecho Internacional.

La primera de las sentencias encontradas en desarrollar este tema, es la sentencia del paradigmático caso **Domic Bezic con Fisco**, que en su fallo, la Corte de Apelaciones de La Serena, establece que:

“... la REE, en estos casos – sobre hechos acaecidos con anterioridad a la Constitución del 80 – se configura a partir de la normativa de la C.P.R de 1925, de los artículos 20 y 87 que tienden a establecer la responsabilidad del Estado en los actos de poder o autoridad”.⁹⁸

Asimismo, la sentencia en comento señala que debe considerarse que la reparación del daño es procedente por parte del Estado conforme a principios generales del derecho en cuanto afectan el principio de igualdad ante la ley, que también consagraba el artículo 10 N° 1 de de la C.P.R. de 1925 en relación con los artículos 20 y 87 del mismo cuerpo constitucional. Y agrega:

“En este mismo sentido, se pronuncia el tratadista Rafael Bielsa, que sostiene el derecho del particular a ser indemnizado por el Estado, en los casos de hechos dañosos causados por sus funcionarios, acudiendo a los principios de justicia contenidos en la misma Constitución Política”.⁹⁹

Luego, la Corte Suprema, resolviendo la casación de la sentencia en cuestión, se refiere al reparo efectuado por el Fisco, en torno a la improcedencia de fundar la REE en los artículos 20 y 87 de la Constitución Política de 1925, señalando algunas otras disposiciones que le parecen más pertinentes y vinculadas a la responsabilidad alegada en autos, pero igualmente concluye que:

⁹⁸ **Sentencia CA La Serena 24792-2001** dictada el 24 de octubre de 2001 por los Ministros Isabella Ancarola Privato, Jaime Franco Ugarte y por el Abogado Integrante Manuel Cortes Barrientos, considerando 3º; En el mismo sentido: **Sentencia CA Santiago 2497-1999** dictada el 24 de octubre de 2002 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros Cornelio Villarroel Ramírez, Víctor Montiglio Rezzio y Rosa María Maggi Ducommun, considerando 2º.

⁹⁹ **Sentencia CA La Serena 24792-2001** op. cit., considerando 3º.

*“... ambos preceptos versaron sobre aspectos específicos de la responsabilidad del Estado por actuaciones en los campos judicial, político y administrativo y pueden invocarse valederamente para concluir que la responsabilidad del Estado por acciones irregulares de sus autoridades o agentes era de Derecho Público y debía regirse por sus normas y principios”.*¹⁰⁰

A partir de esta exclusión de aplicación de la CPR de 1980, pero sin continuar el desarrollo establecido en las sentencias que hemos revisado, y con una pretensión adicional; cual era negar la existencia de un estatuto normativo particular en los casos en análisis; nos encontramos con sentencias que, adoptando esta premisa, señalan que la CPR de 1980 y la LOCBGAE de 5 de diciembre de 1986, que sustentaría una responsabilidad autónoma del Estado, son muy posteriores a los acontecimientos de los que se hace derivar una eventual carga patrimonial para el Fisco, lo que es suficiente para no tener en cuenta esa preceptiva¹⁰¹. Esta postura surge en oposición a aquella que adopta las normas de la CPR de 1980, desarrollando un estatuto normativo particular para tratar la REE, como veremos luego.

Por último, esta posición en torno a la negativa en la aplicación de la CPR de 1980, presenta otra reflexión que amplía el horizonte normativo, a través de sentencias que señalan que también bajo la Carta de 1925, Chile era un Estado Constitucional de Derecho, al igual que bajo el imperio de la CPR de 1980, y le era también exigible la congruencia de aquélla con los Tratados Internacionales y los Principios Generales del

¹⁰⁰ **Sentencia de Casación CS 4753-2001** dictada el 15 de mayo de 2002 por los Ministros Marcos Libedinsky Tschorne, José Benquis Camhi, Urbano Marín Vallejo y por los Abogados Integrantes Patricio Novoa Fuenzalida y Fernando Castro Álamos, considerando 4º.

¹⁰¹ **Sentencia CA Santiago 8295-1999** dictada el 31 de enero 2005 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros Jorge Dahm Oyarzún, Humberto Provoste Bachmann (s) y por el Abogado Integrante Domingo Hernández Emparanza, considerando 6º; **Sentencia CA Valparaíso 2110-2004** dictada el 12 de octubre de 2005 por los Ministros Gonzalo Morales Herrera, María Teresa Valle Vásquez y por el Abogado Integrante Bernardino Muñoz Sánchez, considerando 3º.

Derecho Internacional; así Chile, desde antes de los hechos estudiados, es signatario de la Carta de las Naciones Unidas y se encuentra vinculado por sus decisiones y por la Declaración Universal de Derechos Humanos y sus pactos complementarios¹⁰²¹⁰³.

III.1.1.2. Tesis que defiende la aplicación de la Constitución Política de la República de 1980

En esta otra postura, son varias las sentencias que van construyendo lo que podría denominarse el estatuto normativo de REE, señalando que en los arts. 5º, 6º, 7º y 38 de la CPR se sientan las bases sobre las cuales se construye la REE,

¹⁰² **Sentencia CA Santiago 2497-1999** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Jorge Zepeda Arancibia **Sentencia CA Santiago 146-2006** dictada el 31 de julio 2006 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sonia Araneda Briones, Jorge Zepeda Arancibia y por el Abogado Integrante Emilio Pfeffer Urquiaga, considerando 18º; **Sentencia CA Santiago 4464-2001** dictada el 16 de noviembre de 2006 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Haroldo Brito Cruz, Jorge Zepeda Arancibia y por el Abogado Integrante Nelson Pozo Silva, considerando 15º; **Sentencia de Reemplazo CS 1528-2006** dictada el 24 de enero de 2008 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Alberto Chaigneau del C., Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E. y por los Abogados Integrantes Domingo Hernández E. y Rafael Gómez B., considerando 37º.

¹⁰³ Materia Internacional que trataremos más adelante.

estableciéndose que los organismos del Estado deben enmarcar su acción dentro de la Constitución y de la ley, con la autoridad y derechos conferidos en ella, respetando los DDHH y no pueden lesionar los derechos de los particulares. Si no lo hacen, incurren en la responsabilidad y sanciones que la propia ley señala y, en tal caso, el inciso segundo del art. 38 de la CPR reconoce a los afectados el derecho a reclamar de esta lesión ante los tribunales. Este reclamo, comprende el resarcimiento del daño producido.¹⁰⁴

Asimismo, existe una sentencia de Corte de Apelaciones, que resolviendo sobre uno de los casos materia de este estudio, señaló que:

“... el carácter especial que tienen las normas de REE, tienen como fin establecer expresamente, como principio general, la responsabilidad legal de aquél, respecto de todos los hechos ilícitos que causen daño, de forma tal que, en nuestro ordenamiento jurídico, no pueda ya decirse que no hay normas que establezcan la responsabilidad del Fisco de Chile como persona jurídica de derecho público. Es así como el art. 4º de la LOCBGAE, expresa que: El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones,

¹⁰⁴ **Sentencia Ministro de Fuero Pedro Aguirre Cerda 2577** op. cit., considerandos 35º y 36º; **Sentencia CA Santiago 6999-1999** dictada el 16 de diciembre de 2002 por la Novena Sala integrada por los Ministros Juan Araya, Alejandro Solís Muñoz y por el Abogado Integrante Domingo Hernández, considerandos 4º c), 10º y otros; **Sentencia CA Santiago 11821-2003** dictada el 5 de enero de 2004 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Víctor Montiglio Rezzio, Patricia Gómez Sepúlveda y por el Abogado Integrante Hugo Llanos Mansilla, considerando 126º 1) y 5) (solo respecto a los art. 6, 7 y 38); **Sentencia CA Santiago 11914-2005** dictada el 28 de diciembre de 2005 por la Novena Sala integrada por los Ministros Juan Araya Elizalde, Raúl Héctor Rocha Pérez y Mauricio Silva Cancino, considerando 4º; Voto Disidente del Ministro Jorge Zepeda Arancibia **Sentencia CA Santiago 146-2006** op. cit., considerandos 10º, 11º y 12º (solo respecto a los art. 5 y 6); **Sentencia CA Santiago 4464-2001** op. cit., considerandos 6º, 7º y 8º (solo respecto a los art. 5 y 6).

*sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado.*¹⁰⁵

Luego, la Corte Suprema, resolviendo este mismo caso, señala un argumento que sirvió de base para otros fallos que lo citan, insistiendo en el punto expresado en el párrafo precedente, manifestando que:

*“La responsabilidad del Estado por los daños que causan los órganos de su administración enunciada en el art. 4º de la LOCBGAE, es de Derecho Público y de carácter genérico, por emanar de la naturaleza misma de su actividad en el ámbito de las funciones que le corresponde llevar a cabo para los fines que le cometen la Constitución Política y las leyes, para lo cual debe hacer uso de las potestades, medios y acciones materiales conducentes a ellos.”*¹⁰⁶

Sobre la base de lo ya expuesto, en los citados fallos, se fue desarrollando la concepción de un sistema de responsabilidad del Estado, con un **estatuto normativo particular**, basado en normas y principios constitucionales, que harían viable la pretensión indemnizatoria de las víctimas y sus familiares, a través de las acciones ejercidas en los casos en análisis. Esta idea adquirió más fuerza y obtuvo mejores resultados en algunos de los casos penales en los que entendiéndose competente el sentenciador para resolver estas materias, acogió las mismas, sobre la base de este estatuto normativo particular, entre otros argumentos.

La situación expuesta en el párrafo precedente, se puede observar en algunos fallos de la Corte Suprema, en su Sala Penal, integrada, en estos casos y apoyando

¹⁰⁵ **Sentencia CA Santiago 1634-1999** dictada el 25 de julio de 2003 por la Sexta Sala integrada por los Ministros Rubén Ballesteros Cárcamo y Jorge Zepeda Arancibia y por el Abogado Integrante Oscar Herrera Valdivia, considerando 1º (primera parte).

¹⁰⁶ **Sentencia CA Santiago 11914-2005** op. cit., considerando 5º; **Sentencia de Casación CS 4006-2003** dictada el 13 de diciembre de 2005 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros José Luís Pérez Z., Orlando Álvarez H. y Urbano Marín V. y por los Abogados Integrantes José Fernández R. y Roberto Jacob Ch., considerando 19º.

esta tesis, por los Ministros Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L., quienes a partir de los principios y normas ya expuestos, continuaron desarrollando esta idea del estatuto normativo propio de REE, entendiendo que el Estado Chileno es responsable de las indemnizaciones alegadas por los actores. El argumento desarrollado en este sentido, expone:

“La C.P.R. de Chile dispone en su art. 6° que, “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella. / Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. / La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.” En sentido convergente, la ley N° 18.575., LOCBGAE, dispone en su art. 3° que la Administración del Estado está al servicio de la persona humana, que su finalidad es promover el bien común, y que uno de los principios a que debe sujetar su acción es el de responsabilidad; y, consecuentemente con ello, en su art. 4° dispone que “el Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado”. Este mismo principio se encuentra incorporado en la ley común, según se confirma con lo que dispone el art. 2320 del C.C.”¹⁰⁷

¹⁰⁷ **Sentencia de Reemplazo CS 6308-07** dictada el 8 de septiembre de 2008 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Nivaldo Segura P., Hugo Dolmestch U., Juan Araya E., Carlos Künsemüller L. Y por el Abogado Integrante Hernán Álvarez G., considerando 18°; **Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007** dictada el 25 de septiembre de 2008 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Nivaldo Segura P., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y los Abogados Integrantes Juan Carlos Cárcamo O. y Domingo Hernández E., considerando 39°; **Sentencia de Reemplazo CS 4723-2007** dictada el 15 de octubre de 2008 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., y por el Abogado Integrante Juan Carlos Cárcamo O., considerando 11°; **Sentencia de Reemplazo CS 4691-2007** dictada el 28 de enero de 2009 por la

Y luego concluye:

“En conformidad con los referidos principios y normas sobre responsabilidad del Estado, cabe concluir que el daño moral causado por la conducta ilícita de los funcionarios del Estado autores del homicidio/delito de secuestro de que trata la presente investigación, debe ser indemnizado por el Estado, ya que así lo disponen las normas de derecho/pertinentes/ positivo citadas.”¹⁰⁸

La primera de las citadas sentencias, va más allá, entrando en el contexto político-social de la época, al señalar que:

“Tampoco pueden desatender que se ha acreditado en el proceso que los acusados -agentes de servicios de información o de inteligencia - se sentían amparados por una especie de norma no escrita que hacía difícil, sino imposible, someterlos al debido control de las autoridades superiores de Gobierno, al escrutinio de los servicios ordinarios de investigación criminal, e, incluso, al de los propios órganos jurisdiccionales llamados a juzgar y sancionar eventuales ilícitos penales cometidos por ellos; situación ésta, que fue precisamente la que ocurrió con la supuesta investigación efectuada con motivo del homicidio de que se trata, según también consta en autos; y que, por lo mismo, se torna aún más incuestionable la responsabilidad del Estado, como quiera que el Estado es uno y mismo, cualesquiera que hayan sido sus Gobiernos y las autoridades que lo ejercieron.”¹⁰⁹

En relación con alusiones al contexto político-social, existen otras referencias que nuestros Tribunales Superiores de Justicia han hecho patentes pese a que algunas de sus sentencias acogen y otras rechazan la indemnización. Señalan:

Segunda Sala integrada por los Ministros Nivaldo Segura P., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemuller L. y por el Abogado Integrante Oscar Herrera V., considerando 42º.

¹⁰⁸ **Sentencia de Reemplazo CS 6308-07** op. cit., considerando 18º; **Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007** op. cit., considerando 39º; **Sentencia de Reemplazo CS 4691-2007** op. cit., considerando 42º.

¹⁰⁹ **Sentencia de Reemplazo CS 6308-07** op. cit., considerando 19º.

“En la situación de autos es claro que el Estado a través de sus agentes y/o de personas que trabajaron para él, generó las condiciones de riesgo que determinaron la detención indebida y por un tiempo superior al legal con sus consecuencias de secuestro, torturas y muerte. Y así ha sido reconocido por la autoridad política en el Mensaje al Parlamento al enviar el proyecto que como Ley N° 19.123 publicada en el D.O. de 08.02.1992. En él se admite la existencia de detenidos desaparecidos, ejecutados y torturados con resultado de muerte, en que se ha visto comprometida la responsabilidad moral del Estado, y la existencia de factores de riesgo creados por actos de sus agentes o de personas a su servicio bajo pretextos políticos entre el 11.09.1973 y el 11.03.1990. Esta declaración de la Primera Autoridad de la época no puede sino avalar la obligación del Estado de responder ante las víctimas”¹¹⁰.

Ahora bien, como observamos en el punto anterior, a través del planteamiento de quienes excluyen las normas de la CPR de 1980, se presenta el argumento de aquellos contrarios al desarrollo de un estatuto normativo particular en los casos en análisis. Y, en respuesta a la exclusión de tales disposiciones constitucionales, quienes defienden la aplicación de la CPR de 1980, han expresado que no es posible sostener la inexistencia de responsabilidad del Estado en esta clase de infracciones, afirmando que *los hechos de que se trata son anteriores a la C.P.R. de 1980 y a la L.O.C.B.A.E. por lo que el sistema de responsabilidad del Estado allí previsto no sería aplicable,*

¹¹⁰ **Sentencia CA Santiago 2639-2000** dictada el 4 de julio de 2006 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Carlos Gajardo Galdames, Amanda Valdovinos Jeldes y por el Abogado Integrante Ángel Cruchaga Gandarillas, considerando 6º; **Sentencia CA Santiago 5402-2000** dictada el 30 de julio de 2006 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Amanda Valdovinos, Joaquín Billard Acuña y la Abogado Integrante Andrea Muñoz Sánchez, considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 6953-2004** dictada el 1 de septiembre de 2008 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros Lamberto Cisternas Rocha, Amanda Valdovinos Jeldes y por el Abogado Integrante Francisco Tapia Guerrero, considerando 5º; **Sentencia CA Santiago 7658-2003** dictada el 1 de septiembre de 2008 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Haroldo Brito Cruz, Amanda Valdovinos Jeldes y por el Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich, considerando 4º.

porque el valor Justicia que orienta el derecho y la convivencia social rechaza tal posibilidad, primando el criterio que todo daño ha de ser reparado¹¹¹; o bien se ha señalado que se debe rechazar también la pretensión de inexistencia de responsabilidad del Estado, pues el hecho expresado, detención ilegítima y desaparición forzada (...) constituye un ilícito de orden penal perpetrado por agentes del Estado, militares en el ejercicio de su función pública, en que éstos, durante un período de extrema anormalidad institucional, representaban al gobierno de la época, y en que claramente se abusó de aquella potestad y representación, produciendo agravios de tanta gravedad como los que aquí se estudian, por lo que genera para éste, así como para los propios sujetos personalmente involucrados en él, la obligación

¹¹¹ **Sentencia CA Santiago 165-2001** dictada el 10 de julio de 2006 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Alfredo Pfeffer Richter, Haroldo Brito Cruz y por el Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich, considerando 5º; **Sentencia CA Santiago 6879-2002** dictada el 10 de julio de 2007 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Haroldo Brito Cruz, Carlos Gajardo Galdames y por el Abogado Integrante Nelson Pozo Silva, considerando 5º; **Sentencia CA Santiago 6715-2002** dictada el 10 de julio de 2007 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Haroldo Brito Cruz, Carlos Gajardo Galdames y por el Abogado Integrante Nelson Pozo Silva, considerando 5º; **Sentencia CA 9663-2003** dictada el 16 de mayo de 2008 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Lamberto Cisternas Rocha, Mauricio Silva Cancino y por la Abogado Integrante María Victoria Valencia Mercaido, considerando 5º; Voto Disidente del Abogado Integrante Nelson Pozo Silva **Sentencia CA 6524-2005** dictada el 6 de noviembre de 2008 por la Octava Sala integrada por los Ministros Cornelio Villarroel Ramírez, Mario Carroza Espinosa y por el Abogado Integrante Nelson Pozo Silva, considerando 5º; **Sentencia CA 927-2005** dictada el 11 de diciembre de 2008 por la Sexta Sala integrada por el Ministro Jorge Dahm Oyarzún, Fiscal Judicial Jimena Pinto Salazar y por el Abogado Integrante Nelson Pozo Silva, considerando 5º; Voto Disidente del Abogado Integrante Nelson Pozo Silva **Sentencia CA 8539-2005** dictada el 7 de enero de 2009 por la Sexta Sala integrada por la Ministra Pilar Aguayo Pino, Fiscal Judicial Beatriz Pedrals García de Cortázar y por el Abogado Integrante Nelson Pozo Silva, considerando 5º.

de reparar debidamente el daño causado a quienes han demandado, sin perjuicio del derecho del Estado para repetir en contra de estos últimos.¹¹²

En este orden de ideas, existe una sentencia anterior a las precedentemente citadas, en el caso de **María Paz Santibáñez Viani**, que a su vez cita un fallo de Corte Suprema anterior, señalando:

“Que, de antigua data es un fallo de la Excm. Corte Suprema que conociendo de un recurso de casación en el fondo en contra de una sentencia de Corte de Apelaciones que no dio lugar a una demanda por indemnización de perjuicios entablada contra el Fisco, causadas por el atropello de que fue víctima una persona por un radiopatrullas gobernado por un carabinero, razonó en el sentido que "Y si la función policial, según el léxico, además de mantener el orden público debe velar por la seguridad de los ciudadanos es evidente que esta finalidad no fue cumplida al considerar las lesiones de que fue víctima ..."el demandante. Y se añade que "son actos de autoridad aquellos que directamente emanan de una ley o de un reglamento, y que, si las personas encargadas de ejecutarlas obran dentro de las normas legales o reglamentarias, no dan lugar a indemnización en contra del Estado, pero sí la circunstancia de que en el caso de autos se tratara de un patrullaje policial. Esto no sirve para excluir la responsabilidad del Estado en un accidente del tránsito, porque la conducción de un vehículo policial,(radiopatrullas) contrariando las ordenanzas del tránsito, gobernado por un carabinero, no es suficiente para considerar el hecho como acto de autoridad o de poder, sino que simplemente constituye un cuasi delito del que debe responder su autor o la entidad que lo tenga a su cuidado" (fundamento 3º sentencia de 5 de junio de 1964, Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo 62. II parte, sección primera, págs. 6 a 13.)¹¹³

Asimismo, se ha expresado por otra sentencia que:

¹¹² **Sentencia CA Santiago 3319-2007** dictada el 21 de agosto de 2009 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Dobra Lusic Nadal, María Rosa Kittsteiner Gentiles y por el Abogado Integrante Jorge Lagos Gatica, considerando 18; **Sentencia de Reemplazo CS 4723-2007** op. cit., considerando 9º.

¹¹³ **Sentencia CA Santiago 6999-1999** op. cit., considerando 9º.

“Las alegaciones del Fisco de Chile no logran desvirtuar principios de orden superior, como los ya indicados, contenidos en los textos legales mencionados (arts. 4° de la LOCBGAE; 5°, inciso 2°, 6°, 19° N 24 y 38 de la CPR, y el ya citado art. 2.314 del CC.)”¹¹⁴

También se ha abordado esta materia, relativa a la aplicación de las normas y principios emanados de la CPR de 1980, a partir de otras consideraciones señalando que, en cuanto a la naturaleza de la responsabilidad, se debe destacar, que la R.E.E. se encuentra ampliamente acogida en la doctrina y en diversos preceptos constitucionales ya citados. Y debe agregarse que si bien la C.P.R. de 1980 y la L.O.C.B.G.A. son posteriores a los hechos sancionados, no debe olvidarse, que la producción del daño a las víctimas se mantuvo hasta el período en vigencia de estas normas constitucionales, por lo que no hay inconveniente en su aplicación, ya que precisamente los requisitos de procedencia de la acción indemnizatoria de autos se satisfacen durante el imperio de estos nuevos cuerpos legales¹¹⁵.

III.1.2. Normativa del Derecho Común Aplicable

III.1.2.1. Tesis que defiende la aplicación de las normas de Derecho Común

¹¹⁴ **Sentencia CA Santiago 6995-2004** dictada el 4 de julio de 2008 por la Séptima Sala integrada por los Ministros Juan Escobar Zepeda, Emilio Elgueta Torres y por el Abogado Integrante Enrique Pérez Levetzow, considerandos 8° y 9°.

¹¹⁵ **Sentencia CA Concepción 2850-2001** dictada el 31 de enero de 2002 por los Ministros Freddy Vásquez Zavala, Eliseo A. Araya Araya y por el Abogado Integrante Patricio Mella Cabrera, considerando 5°.

En este punto, también existen sentencias que, fundando la REE en la normativa constitucional, reconocen la aplicación de determinadas disposiciones del derecho común, o bien de todas las vinculadas a la materia de responsabilidad extracontractual que se encuentran en el C.C. Una de estas sentencias señala que si bien la CPR de 1980 es la que reconoce la REE por los actos de autoridad de sus funcionarios, mientras que antes sólo eran responsables por los meros actos de gestión, debemos tener presente que en cuanto a sus características, se trata de una responsabilidad civil extracontractual, sujeta a la normativa del Título XXXV del Libro IV del C.C.¹¹⁶

En el mismo sentido, podemos observar otra de las sentencias de Corte de Apelaciones, anterior a la recién citada, que expresa:

“La aserción de que las normas del derecho común no son susceptibles de ser aplicadas al Estado, sujeto a su propia normativa legal y reglamentaria, en atención a su especial naturaleza, salvo que el mismo ordenamiento público hiciere expreso reenvío a las disposiciones del régimen jurídico común, constituye una verdadera petición de principios, no sustentable dogmáticamente. En efecto, son innumerables los preceptos del C.C. que vinculan al Estado en el orden patrimonial y que reciben permanente y legítima aplicación de parte de los órganos del Estado, por tratarse de reglas comunes tanto a dichos entes como a los particulares, al no haber sido objeto de derogación por norma especial diversa. Por citar sólo algunos, mencionaremos las referencias expresas al Fisco que el C.C. formula en los artículos 547, inciso 2º (...), 983, 995, 1.250, 1.579, 2.472, Nº 9º, 2.481, Nº 1º, 2.497 y 2.521. Con la sola excepción del artículo 2.497, ninguno de estos artículos ha sido objeto de cuestionamiento, doctrinario o jurisprudencial.”¹¹⁷

¹¹⁶ **Sentencia CA Santiago 5319-2000** dictada el 29 de noviembre de 2005 por la Primera Sala integrada por los Ministros Gabriela Pérez Paredes, Patricio Villarroel Valdivia y por el Abogado Integrante Nelson Pozo Silva, considerando 5º.

¹¹⁷ **Sentencia CA Santiago 8295-1999** op. cit., considerando 8º.

Por su parte, existe otra sentencia de Corte de Apelaciones, cuyo argumento es tomado luego por la Corte Suprema que señala que:

*“La naturaleza especial de la R.E.E. y el hecho de estar sujeta a reglas y principios pertenecientes al Derecho Público, no impiden que ciertos aspectos de esta responsabilidad, como son los relativos a la indemnización de los daños injustamente irrogados por la actividad estatal queden sometidos a las disposiciones del derecho común, a falta de una normativa propia del derecho público.”*¹¹⁸ En el mismo sentido, encontramos el voto disidente del Ministro Juan Cristóbal Mera Muñoz, indicando que: *“No hay un estatuto jurídico de responsabilidad extracontractual del Estado propio, distinto del establecido en el Título XXXV del Libro IV del C.C., resultando aplicable para el demandado de autos, lo dispuesto en el art. 2332 del mismo cuerpo legal, sin que, por lo demás, exista una pretendida responsabilidad objetiva de la Administración del Estado, salvo que ello estuviera expresamente contemplado en la ley”*¹¹⁹.

III.1.2.2. Tesis que niega la aplicación de las normas de Derecho Común

¹¹⁸ **Sentencia CA Santiago 2839-1999** dictada el 1 de abril de 2004 por la Séptima Sala integrada por los Ministros Roben Ballesteros Cárcamo...., considerando 1º; **Sentencia de Reemplazo CS 4771-2007** dictada el 10 de junio de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún Miranda, Pedro Pierry Arrau Sonia Araneda Briones y por los Abogados Integrantes Alberto Chaigneau del Campo y Roberto Jacob Chocair, considerando 1º.

¹¹⁹ Voto Disidente del Ministro Juan Cristóbal Mera Muñoz **Sentencia CA Santiago 270-2006** dictada el 1 de junio de 2009 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Dobra Lusic Nadal, Juan Cristóbal Mera Muñoz y por el Abogad Integrante Enrique Pérez Levetzow, considerando B).

Por otra parte y contrario a lo expresado en el punto anterior, hay quienes señalan que el daño causado por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, debe ser indemnizado, sin embargo, en tal caso las disposiciones del C.C. no son aplicables; lo que no obsta, a que el Estado o cualquiera de sus órganos, sea responsable con arreglo al Derecho Público, ya que tales entidades tienen responsabilidad por los daños que causen sus funcionarios en ejercicio. En definitiva, el Fisco se rige por un sistema normativo propio, contenido en la CPR, en leyes orgánicas de los Servicios Públicos, en la ley orgánica de la CGR y, fundamentalmente, en el Estatuto Administrativo.¹²⁰

Asimismo, existe un argumento respecto de la fuente de la REE que insiste en la exclusividad de la pertinencia del Derecho Público en esta materia, pese a no considerar la existencia de un estatuto normativo constitucional, presentado mayoritariamente en materia penal, en las voces de quienes niegan lugar a la demanda de indemnización por los daños causados por agentes del Estado, principalmente por incompetencia – salvo el caso de María Paz Santibáñez Viani fallado por la CS Rol 428-03, que acoge la demanda y es civil – que pese ha no conceder la acción, han de todos modos reconocido que:

"La responsabilidad estatal y sus caracteres específicos no derivan de un determinado cuerpo constitucional, sino son consecuencia necesaria de la naturaleza del Estado, en cuanto organización jurídica y política de la comunidad y de las variadas actividades que debe desarrollar en el amplio ámbito de las funciones que le corresponde llevar a cabo, haciendo uso de potestades revestidas de imperio y ejecutoriedad, cuya aplicación está enmarcada y regulada por normas de Derecho Público, lo que hace que las distintas responsabilidades que puedan causar esas acciones se sometan a normas y principios de esa rama del derecho".¹²¹

¹²⁰ **Sentencia Ministro de Fuero Pedro Aguirre Cerda 2577** op. cit., considerando 37º.

¹²¹ **Sentencia de Casación CS 4753-2001** op. cit., considerando 5º, en respuesta a la negativa de aplicación de la CPR 1925; **Sentencia de Casación CS 428-2003** dictada el 16 de agosto de 2004 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros José

Asimismo, pero en una sentencia que da lugar a la indemnización y siendo más enfático en relación a la rama del Derecho aplicable a esta materia, se ha expresado que:

*“La responsabilidad extracontractual del Estado, debe buscarse en el ámbito del Derecho Público y no en el del Derecho Privado. El fundamento de la responsabilidad o sea su fuente, está en el Derecho Público”.*¹²²

Como también existe otra sentencia que otorga la indemnización, y en su argumentación en este punto incorpora a dicha fuente, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos expresando que:

Benquis C., José Luis Pérez Z., Orlando Álvarez H., Urbano Marín V. y Jorge Medina C., considerando 15º; **Sentencia CA Santiago 6174-2001** dictada el 3 de diciembre de 2004 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros Juan Escobar Zepeda, Jorge Dahm Oyarzún y por la Abogado Integrante Solange DoyharCasse, considerando 4º; **Sentencia de Reemplazo CS 45-2006** dictado el 27 de junio de 2007 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Alberto Chaigneau del C., Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., y por los Abogados Integrantes Fernando Castro A. y José Fernández R., considerando 11º; **Sentencia CA Santiago 8632-2002** dictada el 21 de agosto de 2007 por la Sexta Sala integrada por los Ministros Sonia Araneda Briones, Rosa María Maggi Ducommun y por el Abogado Integrante Pfeffer Urquiaga, considerando 2º; **Sentencia de Reemplazo CS 1489-2007** dictada el 27 de diciembre de 2007 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Alberto Chaigneau del C., Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y Hugo Dolmestch, considerando 24º; **Sentencia de Casación CS 1528-2006** op. cit., considerando 12º; Voto disidente del Ministro Nivaldo Segura P. **Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007** op. cit., considerando 8º; **Sentencia de Reemplazo CS 4961-2007** dictada el 3 de diciembre de 2008 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemuller L., considerando 13º; Voto disidente de los Ministros Nivaldo Segura P. y Rubén Ballesteros C. **Sentencia de Reemplazo CS 4691-2007** op. cit., considerando 8º.

¹²² **Sentencia CA La Serena 24792-2001** op. cit., considerando 2º.

“La responsabilidad extracontractual del Estado, que se demanda, emana fundamentalmente tanto del Derecho Público como del Derecho Internacional Humanitario.”¹²³¹²⁴

En este escenario, comienza a abrirse la discusión en torno al régimen o sistema de responsabilidad extracontractual que regiría al Estado, discusión que se acota a un período determinado, luego del cual pierde cierta importancia en la determinación de los casos, aunque sigue presente, y es parte del desarrollo en la reflexión que se ha tenido en esta materia, por lo que veremos a continuación los principales argumentos que se han expuesto en esta discusión, sin que el tema del estatuto normativo aplicable haya quedado totalmente resuelto, pues aparecerá también en esta discusión y en la que abordaremos con posterioridad en relación al Derecho Internacional.

III.2. EL SISTEMA DE REE

En esta materia, una de las primeras sentencias de Corte de Apelaciones en referirse al tema, es la del caso de **María Paz Santibáñez Viani** – uno de los pocos casos en que nos encontramos con que la actora fue la víctima directa de las violaciones a los DDHH –, señalando que:

*“Los sentenciadores concluyeron que, en la especie, se está frente a un caso de **responsabilidad objetiva** fundada en que toda persona que desarrolla una actividad que crea un riesgo de daño a los demás sí el riesgo se concreta perjudicando*

¹²³ **Sentencia de Reemplazo CS 4723-2007** op. cit., considerando 13º.

¹²⁴ En otros fundamentos desarrollados luego del análisis del estatuto normativo de la REE, podremos observar con más profundidad la incorporación de la normativa internacional y su influencia en la materia en estudio.

quien lo crea debe indemnizar a la víctima teniendo sólo para ello en cuenta la existencia material de los perjuicios sin entrar a examinar la concurrencia de dolo o culpa; los cuales no son preponderantes en este tipo de responsabilidad. Los sentenciadores establecieron que entre la naturaleza de los daños y la acción del uniformado, que produjo el detrimento, existe una evidente y clara relación de causalidad y efectos, que permite establecer con toda precisión la responsabilidad del agresor en los hechos, aparte de la imputabilidad ya establecida en el proceso penal militar, y siendo éste un Carabinero de servicio dependiente por tanto del Estado, es en éste último en quien radica la responsabilidad y en particular la obligación de responder por los daños producidos”¹²⁵.

Sobre la base de esta reflexión, la sentencia de Corte Apelaciones señalada y otras que le sucedieron, fueron desarrollando esta tesis estableciendo que la responsabilidad extracontractual objetiva es aquella en que el agente del daño está obligado a repararlo, aún sin culpa, si sobreviene a consecuencia de su actuación o de cosas que le pertenecen o están bajo su cuidado. El fundamento de la responsabilidad objetiva, radica en la necesidad social de realizar una serie de actividades peligrosas o riesgosas, deviniendo, necesario reconocer, el derecho de los perjudicados a la indemnización.¹²⁶

Continuando con la tesis, la primera de las sentencias citada expresa:

“... respecto de la responsabilidad del Estado en la doctrina se ha distinguido entre actos de autoridad y de gestión y la clasificación de actos de autoridad y actos de poder y se decía que en los actos de autoridad el Estado actúa premunido de una personalidad de Derecho Público e investido del poder que le otorga la soberanía; en virtud de su poder el Estado se impone a los particulares, mediante leyes o decretos. Pero esta teoría supone que, además de la personalidad de Derecho Público, el

¹²⁵ **Sentencia CA Santiago 6999-1999** op. cit., considerando 7º.

¹²⁶ **Sentencia CA Santiago 6999-1999** op. cit., considerando 7º; **Sentencia CA Santiago 2233-2000** dictada el 4 de marzo de 2005 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Gabriela Pérez Paredes, María Rosa Kittsteiner Gentile y por el Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich, considerando 1º.

*Estado tiene otra, de derecho privado para efectuar actos comunes en las mismas condiciones que cualquier particular y a estos actos se les llama de gestión para diferenciarlos de los de autoridad.*¹²⁷ Y más adelante, otra de las sentencias que sigue esta tesis, señala que “*para determinar si la R.E.E. es objetiva, debemos distinguir entre la actividad reglada y discrecional de los funcionarios. En la primera sólo puede existir responsabilidad si el funcionario excede sus atribuciones, deslindadas y señaladas en la ley, reglamento, decreto u otra resolución, y en tal caso la responsabilidad es en principio del funcionario. En los actos discrecionales del servicio público, en cambio, si se causa un daño a terceros, el Estado debe responder objetivamente -pues en el fondo toda responsabilidad de persona jurídica lo es-, pero siempre que se trate de un hecho ilícito cometido por el funcionario.*”¹²⁸

Luego, el primero de los fallos en comento, correspondiente al caso de María Paz Santibáñez Viani, agrega una reflexión en relación al desarrollo doctrinario en la materia, señalando que la doctrina de la época – de principios del siglo XXI – ha sido unánime en cuanto a la responsabilidad objetiva del Estado; en efecto, la doctrina clásica cuyo fundamento de la obligación indemnizatoria del Estado, era la culpabilidad del agente (responsabilidad subjetiva) habría quedado superada, pues motivó, en la mayoría de los casos que la víctima nunca obtenía reparación, por la dificultad en probar la culpa. Ante el análisis de tal falencia se habría producido la aparición de la doctrina del riesgo o de la responsabilidad objetiva, pues ella no atiende, a la conducta del agente (culpabilidad), sino al resultado material que de ella ha derivado: el daño; y en las tendencias actuales del Derecho Comparado – de principios del siglo XXI – predomina la idea de defensa de la víctima y la tendencia de procurarle que obtenga un resarcimiento eficaz y oportuno del daño que ha sufrido.¹²⁹

¹²⁷ **Sentencia CA Santiago 6999-1999** op. cit., considerando 8º.

¹²⁸ **Sentencia CA Santiago 2233-2000** op. cit., considerando 2º.

¹²⁹ **Sentencia CA Santiago 6999-1999** op. cit., considerando 7º. **En sentido semejante, las sentencias: Sentencia CA Santiago 1294-2005** dictada el 11 de noviembre de 2005 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Haroldo Brito Cruz, Carlos Gajardo Galdames y Amanda Valdovinos Jeldes, considerando 10º; **Sentencia**

En la mayoría de los fallos recién citados, el argumento continúa, señalando:

“A juicio de los autores, Mataja, Orlando, Seleilles y Josserand, sobre la responsabilidad objetiva, se establece una separación entre la responsabilidad penal y la civil, al prescindir de la conducta del agente, buscando en la reparación el modo de restablecer el equilibrio económico destruido por el hecho ilícito (“De la responsabilidad extracontractual”, profesor Arturo Alessandri Rodríguez, página 113 y sig. Ediar Editores 1983)”¹³⁰.

Volviendo a uno de los fallos ya citados, correspondiente al caso **Quezada Salazar con Fisco**, se van agregando otros principios constitucionales a esta tesis, señalando que a la luz de la definición de responsabilidad objetiva, el Estado con su actividad administrativa crea un riesgo de daños ilegítimos a los particulares, y si ellos se producen debe indemnizarlos en virtud del principio de igualdad ante las cargas públicas (art. 19 N° 20 C.P.R.), ya que, en los casos en estudio, la acción del agente

CA Santiago 2639-2000 op. cit., considerando 5°; **Sentencia CA Santiago 6953-2004** op. cit., considerando 4°; **Sentencia CA Santiago 7658-2003** op. cit., considerando 4°; **señalando que:** *“En torno con la obligación de reparar, según se dijo, conviene destacar dos corrientes doctrinarias, la clásica, de la responsabilidad por culpa, según la cual no basta que un individuo sufra un daño en su persona o bienes para que su autor deba repararlo, es menester que provenga de su hecho doloso o culpable; y la teoría de la responsabilidad objetiva, que se caracteriza por prescindir de los factores dolo o culpa, quedando en definitiva estructurada sobre la base de que, quien con su actividad crea el riesgo, debe sufrir las consecuencias si éste llega a producir un daño, de modo tal que la responsabilidad se reduce a un problema de causalidad, basta la prueba del daño y de quien lo generó. En la situación que nos convoca – concluye el fallo penal –, en la actividad desarrollada por el Estado, es de toda evidencia, la relación causal entre los hechos probados en la causa y los perjuicios derivados de ellos.”*

¹³⁰ **Sentencia CA Santiago 2639-2000** op. cit., considerando 5°; **Sentencia CA Santiago 6953-2004** op. cit., considerando 4°; **Sentencia CA Santiago 7658-2003** op. cit., considerando 4°.

del Estado impuso una carga a la víctima y/o familiares que estos no estaban jurídicamente obligados a soportar, produciendo un desequilibrio en la relación particular-Estado, por lo que para garantizar también el principio de igualdad ante la ley (art. 19 N° 2 C.P.R.), es menester compensar la carga impuesta ilegítimamente, mediante la reparación integral, que se traduce en la obligación de indemnizar los perjuicios provocados.¹³¹

Este mismo fallo, finalmente resuelve dar lugar a la demanda de indemnización de perjuicios, estableciendo que cuando se encuentra suficientemente acreditada la muerte, tortura o desaparición provocados por al menos un agente del Estado, en ejercicio de sus funciones, la situación constituye un acto discrecional de un funcionario de un órgano del Estado, que por hecho ilícito causa un daño a un tercero, lo que lleva a concluir la existencia de responsabilidad extracontractual objetiva del Estado.¹³² A la misma conclusión llega otra sentencia de Corte de Apelaciones, dictada poco más de un año después, por otra sala de la Corte, integrada por otros Ministros, manifestando que según lo ha dejado establecido el fallo en sus fundamentos, en los hechos están involucrados agentes del Estado que harían viable una acción indemnizatoria – afirmación que se presenta en varios casos¹³³ –. Y se agrega que, esta aseveración, lleva implícita la aceptación de la responsabilidad objetiva que habrá de afectar al Estado de Chile sobre la base que quien irroga un daño debe repararlo, por emanar de

¹³¹ **Sentencia CA Santiago 2233-2000** op. cit., considerando 3°.

¹³² **Sentencia CA Santiago 2233-2000** op. cit., considerando 4°;

¹³³ **Sentencia CA Santiago 5402-2000** op. cit., considerando 3°; **Sentencia CA Santiago 6953-2004** op. cit., considerando 6°; **Sentencia CA Santiago 7658-2003** op. cit., considerando 3°; Voto Disidente del Ministro Emilio Elgueta Torres **Sentencia CA Santiago 888-2007** dictada el 22 de junio de 2009 por la Novena Sala integrada por los Ministros Emilio Elgueta Torres, Mario Carroza Espinosa y por el Abogado Integrante Jorge Lagos Gatica, considerando c). **En sentido semejante**; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito **Sentencia de Casación CS 2152-2007** dictada el 28 de octubre de 2008 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Héctor Carreño, Pedro Pierry, Sonia Araneda, Haroldo Brito y por el Abogado Integrante Rafael Gómez, considerando 5°.

la actividad de sus agentes o de personas que trabajaron para él, sin que de su parte se haya tomado los resguardos necesarios para evitar los actos que aparecen como la consecuencia inmediata y directa del perjuicio.¹³⁴ Ésta y otras sentencias ya citadas, se refirieron a las condiciones de riesgo creadas por el Estado a través de sus agentes, configurando, sobre la base de tales hechos, la responsabilidad objetiva del Estado en esta materia. Luego volveremos sobre esta conclusión, observada en otras sentencias, que no necesariamente adhieren a la tesis sobre la responsabilidad objetiva del Estado.

Por su parte, existe una prevención efectuada por el Abogado Integrante Domingo Hernández, en la sentencia de Corte de Apelaciones del caso Santibáñez Viani con Fisco, cuyos argumentos hemos expuesto; quien, si bien no comparte la tesis de la responsabilidad objetiva, llega a la misma conclusión del señalado fallo en torno a dar lugar a la demanda de indemnización. Esta prevención va en el sentido de manifestar que nuestro ordenamiento jurídico no contemplaría de un modo general la responsabilidad objetiva del Estado, por los daños causados por los O.A.E.; cuestión que, desde el punto de vista del previniente, habría reconocido la más reciente jurisprudencia de la C.S. – de la época del fallo –, particularmente el fallo Domic Bezic con Fisco, de 15 de mayo de 2002, respecto del cual se hace presente el considerando 10º -de la sentencia de casación- que expresa lo ya señalado, agregando que esta clase de responsabilidad requiere del legislador que describa las circunstancias precisas que pueden generarla, como ocurre, por excepción, v. gr., en las situaciones descritas en los arts. 2.327 y 2.328 del C.C. y 155 del Código (Cód.) Aeronáutico. En el caso del Estado y sus organismos, entre otras, en las señaladas en los arts. 21 del Cód. de Minería, 8 del D.L. N° 3.557, de 1981; 50 y 52 de la ley N° 18.302; 17 de la ley N° 18.415 y 52 de la ley N° 19.300 y 174 de la ley N° 18.390, modificado por el N° 35

¹³⁴

Sentencia CA Santiago 5402-2000 op. cit., considerando 4º;

del art. 1 de la ley N° 19.495, si bien esta última norma de la Ley del Tránsito se establece propiamente una presunción de responsabilidad.¹³⁵

Probablemente a la luz de tal prevención, el fallo de Corte Suprema que resuelve el caso, y que luego es citado por varias sentencias, todas en materia penal, expresa:

*"En nuestro ordenamiento jurídico no existe, por regla general una responsabilidad estatal objetiva, por cuanto, solo las actuaciones que merecieran reproche por causar injustamente un daño o por haberse ejecutado de manera arbitraria, podrían traer consigo una reparación patrimonial, en la medida que sean objeto de algún reparo de nulidad"*¹³⁶.

Ahora bien, la sentencia de Corte de Apelaciones de tal caso, y las que la siguen, en apoyo a la tesis de la responsabilidad objetiva del Estado, presentan un argumento que intenta rebatir un punto generalmente expuesto por el Fisco, relativo a la inexistencia de un régimen especial de responsabilidad objetiva del Estado, a través de una referencia a la doctrina nacional de la época, señalando que la misma enseña que la responsabilidad del Estado está constitucionalmente prevista y consagrada de modo genérico para todos los órganos estatales en los arts. 6° y 7° de la CPR y, de modo específico, para todos los órganos administrativos, con varias características que la harían diferenciarse de los otros tipos de responsabilidad. Para dar cuenta de lo

¹³⁵ Prevención del Abogado Integrante Domingo Hernández **Sentencia CA Santiago 6999-1999** op. cit.; **Sentencia de Casación CS 4753-2001** op. cit., considerando 10°.

¹³⁶ **Sentencia de Casación CS 428-2003** op. cit., considerando 15°; **Sentencia de Reemplazo CS 45-2006** op. cit., considerando 11°; **Sentencia de Reemplazo CS 1489-2007** op. cit., considerando 24°; **Sentencia de Casación CS 1528-2006** op. cit., considerando 12°; Voto disidente en materia civil del Ministro Nivaldo Segura P. **Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007** op. cit., considerando 8°; **Sentencia de Reemplazo CS 4961-2007** op. cit., considerando 13°; Voto disidente en materia civil de los Ministros Nivaldo Segura P. y Rubén Ballesteros C. **Sentencia de Reemplazo CS 4691-2007** op. cit., considerando 8°.

manifestado trascribe varias citas del profesor Eduardo Soto Kloss¹³⁷, en las cuales se refiere a:

“... una responsabilidad de una persona jurídica...estatal”, respecto de la cual sería imposible establecer una estructuración técnica sobre la base de la culpa o el dolo; estructura subjetiva con la cual sí se ha organizado la responsabilidad civil, penal o disciplinaria, y por ende tampoco cabría aplicar la regulación normativa existente al respecto, resultando ser “una responsabilidad objetiva, fundada sobre la base de la causalidad material”... y “atendida la relación causal entre el daño antijurídico (que la víctima no estaba jurídicamente obligada a soportar) producido por un órgano del Estado en el ejercicio de sus funciones, nace la obligación para éste de indemnizar aquélla”¹³⁸

Respecto al punto recién expuesto, el Abogado Integrante Domingo Hernández, en la sentencia del caso Santibáñez Viani con Fisco, se hace cargo del mismo en su prevención – contraria a la responsabilidad objetiva del Estado – sosteniendo que la validez de la negativa a la existencia de una responsabilidad objetiva del Estado general, no se ve alterada, sino antes bien, ratificada, por el contenido de los arts. 6º y 7º de la C.P.R., citados en apoyo de la presunta adhesión constitucional al principio de la responsabilidad objetiva, atendido que ambos preceptos, en sus incisos finales, se remiten, para configurar la responsabilidad estatal por infracción de los mandatos constitucionales, a lo que al respecto señale el legislador.¹³⁹

¹³⁷ Eduardo Soto Kloss: “Derecho Administrativo, Bases Fundamentales”, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, pág. 309.

¹³⁸ **Sentencia CA Santiago 6999-1999** op. cit., considerando 10º; **Sentencia CA Santiago 270-2006** op. cit., considerando 10º; **Sentencia CA Santiago 3319-2007** op. cit., considerando 14; **Sentencia de Reemplazo CS Santiago 695-2008** dictada el 9 de marzo de 2009 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Nibaldo Segura P., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y por el Abogado Integrante Fernando Castro A., considerando 42º.

¹³⁹ Prevención del Abogado Integrante Domingo Hernández **Sentencia CA Santiago 6999-1999** op. cit.

En esta misma línea, ya observamos, en la discusión anterior, el voto disidente del Ministro Juan Cristóbal Mera Muñoz¹⁴⁰, que refiriéndose a esta materia niega la existencia de una responsabilidad objetiva de la Administración del Estado, señalando que ello solo sería posible si estuviese contemplado expresamente en nuestra legislación, situación que no ocurriría en nuestro ordenamiento jurídico.

Para complementar lo expresado, Domingo Hernández, añade en su prevención, que la circunstancia de que el art. 38 inciso 2º de la C.P.R., autorice a cualquier lesionado en sus derechos por la Administración del Estado, en general, para recurrir ante los tribunales que determine la ley, no importa la aprobación de un determinado modelo o sistema de responsabilidad estatal, como lo proclaman quienes siguen la tesis de la responsabilidad objetiva, sino simplemente establece una regla de habilitación de competencia, con prescindencia de algún régimen en particular.¹⁴¹

Asimismo, en un voto disidente y en otras sentencias, que abordan el análisis de esta disposición, con la finalidad de aplicar las normas del CC, y específicamente la institución de la prescripción, a esta materia; se señala que el art. 38 de la C.P.R. sólo distingue entre la acción dirigida en contra del Estado y aquella que busca hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios, sin establecer bajo ninguna circunstancia la imprescriptibilidad de las acciones, las que por su contenido patrimonial, como es la indemnización de perjuicios que se persigue en el caso de autos, se rige por el derecho común.¹⁴²

¹⁴⁰ Voto Disidente del Ministro Juan Cristóbal Mera Muñoz **Sentencia CA Santiago 270-2006** dictada el 1 de junio de 2009 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Dobra Lusic Nadal, Juan Cristóbal Mera Muñoz y por el Abogad Integrante Enrique Pérez Levetzow, considerando B).

¹⁴¹ Prevención del Abogado Integrante Domingo Hernández **Sentencia CA Santiago 6999-1999** op. cit..

¹⁴² Voto Disidente del Ministro Juan Manuel Muñoz Pardo en la **Sentencia CA Santiago 6749-2000** dictada el 8 de junio de 2006 por la Novena Sala integrada por los Ministros Juan Escobar Zepeda, Juan Manuel Muñoz Pardo y por el Abogado Integrante Marcos Thomas Dublé, considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 2400-**

Siguiendo con la prevención del abogado Hernández – quien, como hemos visto, fue el que desarrolló en más profundidad la tesis contraria a la responsabilidad objetiva del Estado, que luego fue adoptada por varias sentencias – nos encontramos con otro argumento, donde se expresa que tampoco sería sostenible que “el art. 4º de la L.O.C. N° 18.575 consagre, en ejecución de un mandato constitucional, una responsabilidad de carácter objetivo, tanto porque el constituyente no adhiere a un módulo determinado, cuanto porque, interpretando esa norma en el contexto de la propia ley, sólo es dable concluir que el Estado responde por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones cuando éstos han obrado con abuso o exceso en el desempeño de sus potestades, como lo puntualiza el art. 2º de su acápite final, quedando excluido de la obligación de responder si sus actos u omisiones se han enmarcado en el ejercicio legítimo de su actividad.”¹⁴³ Retomaremos luego los argumentos expuestos por el abogado Hernández para observar su conclusión.

En la evolución de este argumento, contrario a la idea de una responsabilidad estatal objetiva, y paralelo a un desarrollo doctrinario que se aleja de la estructuración de la misma sobre la base exclusiva del requisito de causalidad material – entre la actividad del Estado y el daño –, y se acerca a la concepción de un criterio de imputabilidad conceptualizado en la falta de servicios, podemos observar lo expresado por el Ministro Juan Cristóbal Mera Muñoz, que en un voto disidente en una de las sentencias de los casos en estudio, haciendo eco de la evolución doctrinaria en la materia, establece:

“... incluso, tratándose de la responsabilidad por falta de servicio, ésta tampoco es objetiva y si bien algunos han sostenido lo contrario, ello constituye un error

2002 dictada el 10 de mayo de 2007 por la Primera Sala integrada por los Ministros Juan Manuel Muñoz Pardo, Lamberto Cisternas Rocha y por el Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich, considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 888-2007** op. cit., considerando 3º.

¹⁴³ Prevención del Abogado Integrante Domingo Hernández **Sentencia CA Santiago 6999-1999** op. cit..

*provocado por el hecho que en este caso no es necesario identificar al funcionario causante del perjuicio, ni menos probar su dolo o culpa, en circunstancias que por la necesidad, precisamente de probar la falta de servicio, ello no era así. Objetiva sería si únicamente fuera necesario el elemento daño y la relación de causalidad, lo que no ocurre en la falta de servicio, en que, además hay que acreditar la falta de servicio, según se encargó de señalar el profesor Pedro Pierry Arrau.*¹⁴⁴

En efecto, previo al pronunciamiento del Ministro Mera en la señalada sentencia, la Corte Suprema ya había fallado en un caso penal relativo a la materia, que:

*“... los supuestos de la acción intentada haría necesario invocar y acreditar la falta o infracción del órgano administrativo a sus deberes jurídicos ordinarios, que sea la causa del daño experimentado, encontrándose en consecuencia el actor llamado a probar la infracción a los deberes jurídicos del servicio público.”*¹⁴⁵¹⁴⁶

Retomando, la prevención del abogado Hernández, concluye señalando que:

“La reflexión sobre la negativa de establecer la responsabilidad objetiva del Estado de modo general, no obsta a la obligación del mismo de responder si como en la especie, la actuación del agente policial involucrado en los hechos que culminaron con la grave lesión sufrida por la víctima del episodio de autos, se produjo en forma culposa, con manifiesta desproporción y exceso de sus atribuciones por parte del carabinero interviniente, pues, el restablecimiento del orden público, era un objetivo

¹⁴⁴ Voto Disidente del Ministro Juan Cristóbal Mera Muñoz **Sentencia CA Santiago 270-2006** op. cit., considerando B)^o;

¹⁴⁵ **Sentencia de Reemplazo CS 45-2006** op. cit., considerando 12^o.

¹⁴⁶ Esta afirmación, se encuentra contenida entre los argumentos del fallo que da lugar a la excepción de incompetencia, situación e implicancias que apreciaremos cuando analicemos tal problemática.

*alcanzable, ciertamente, mediante el empleo más racional y adecuado de los medios puestos al servicio de la policía por la sociedad política.*¹⁴⁷

En este punto, existen algunas sentencias y votos disidentes, que llegan a la conclusión contraria, confirmando el establecimiento de una responsabilidad objetiva, incorporando elementos del Derecho Internacional, pero con argumentos semejantes a los expuestos. Sus exponentes, entre los cuales cuentan el Ministro Haroldo Brito Cruz y el Abogado Integrante Nelson Pozo Silva, entre otros, arriban a tal conclusión, a partir de la respuesta dada a un argumento expuesto por el Fisco de Chile, quien – en su momento se excepcionó alegando la inexistencia de un régimen especial de responsabilidad, afirmando que los hechos ocurridos son anteriores a la CPR de 1980 y a la LOCBGAE por lo que el sistema de responsabilidad del Estado allí previsto no sería aplicable a los casos, argumento que algunas sentencias que ya observamos acogieron¹⁴⁸ – alega que el sistema legal de responsabilidad extracontractual previsto para el Estado se remite a la ley, motivo por el cual el asunto debe resolverse conforme a las reglas pertinentes del CC, contexto en el que la acción se encontraría prescrita.

Pues bien, ante tal afirmación, se señala, en las sentencias a las que adhieren o disienten, que esta alegación desconoce la naturaleza de los hechos que motivan las indemnizaciones solicitadas cuando reclaman el sistema de responsabilidad extracontractual, porque si bien la cuestión estaría desvinculada de lo contractual ello no implicaría aplicación directa de este régimen que comprende culpa y dolo. Agregando que:

“No es necesario acreditar estos supuestos de responsabilidad en los causantes directos del daño, pues inequívocamente los hechos acaecieron porque el Estado actuó de manera dolosa cuando desarrolló de manera reiterada conductas lesivas a los derechos fundamentales, a través de sus agentes; esto es, cuando

¹⁴⁷ Prevención del Abogado Integrante Domingo Hernández **Sentencia CA Santiago 6999-1999** op. cit..

¹⁴⁸ Sentencias en Nota al pie N° 101 en la discusión sobre normativa constitucional aplicable.

*conocidamente integrantes de sus órganos de seguridad se involucraron en torturas, desapariciones forzadas y muertes entre otros graves atentados.*¹⁴⁹

Y luego el argumento expuesto, concluye con una cita al voto del Juez Cancado Trindade, en un fallo de la Corte Interamericana de Justicia, en el Caso El Amparo, señalando que:

*"La responsabilidad internacional del Estado se compromete a partir del momento en que deja él de cumplir una obligación internacional, independiente de la verificación de falla o culpa de su parte, y de la ocurrencia de un daño adicional. Más que una presunta actitud o falla psicológica de los agentes del poder público, lo que realmente es determinante es la conducta objetiva del Estado (la debida diligencia para evitar violaciones de los DDHH). Se puede, así llegar a la configuración de la responsabilidad objetiva o absoluta del Estado a partir de la violación de sus obligaciones internacionales convencionales en materia de protección de los DDHH. Sobre dicha responsabilidad objetiva reposa el deber de prevención.*¹⁵⁰

¹⁴⁹ **Sentencia CA Santiago 165-2001** op. cit., considerando 5º; **Sentencia CA Santiago 6879-2002** op. cit., considerando 5º; **Sentencia CA Santiago 6715-2002** op. cit., considerando 5º; **Sentencia CA 9663-2003** op. cit., considerando 5º; Voto Disidente del Abogado Integrante Nelson Pozo Silva **Sentencia CA 6524-2005** op. cit., considerando 5º; **Sentencia CA 927-2005** op. cit., considerando 5º; Voto Disidente del Abogado Integrante Nelson Pozo Silva **Sentencia CA 8539-2005** op. cit., considerando 5º.

¹⁵⁰ **Sentencia CA Santiago 165-2001** op. cit., considerando 5º; Voto Disidente del Abogado Integrante Hugo Llanos Mansilla **Sentencia CA Santiago 8795-2000** dictada el 21 de julio de 2006 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sonia Araneda Briones, Patricio Villarroel Valdivia y por el Abogado Integrante Hugo Llanos Mansilla, considerando 5º; **Sentencia CA Santiago 6879-2002** op. cit., considerando 5º; **Sentencia CA Santiago 6715-2002** op. cit., considerando 5º; **Sentencia CA Santiago 9663-2003** op. cit., considerando 5º; Voto Disidente del Abogado Integrante Nelson Pozo Silva **Sentencia CA Santiago 6524-2005** op. cit., considerando 5º; **Sentencia CA Santiago 13824-2006** dictada el 10 de diciembre de 2008 por la Sexta Sala

Por último, en cuanto a esta discusión, existe un voto disidente y una sentencia, que se refieren también al tema de la culpa o dolo, en términos más simples, expresando que se ha señalado que esta responsabilidad estatal surge sin necesidad de que exista falta o culpa por parte del agente, lo cual resulta lógico ya que indudablemente una violación de DDHH, por su naturaleza, supone dolo o al menos culpa estatal.¹⁵¹

III.3. EL DERECHO INTERNACIONAL EN LA REE

A través de la lectura de las sentencias, pudimos observar que si bien el Derecho Internacional (DI) se encuentra incorporado en materia civil, más expresamente, desde el caso Domic Bezic con Fisco – que en su fallo de CA¹⁵² da lugar a la demanda –, es solo con el paso del tiempo y la evolución doctrinaria y jurisprudencial, principalmente en **materia penal**, que este elemento fue adquiriendo mayor importancia en la resolución de estos casos, así como también lo fue adquiriendo en la conciencia del colectivo nacional.

integrada por los Ministros Jorge Dahm Oyarzún, Joaquín Billard Acuña y por el Abogado Integrante Nelson Pozo Silva, considerando 15º a); **Sentencia CA Santiago 927-2005** op. cit., considerando 5º; Voto Disidente del Abogado Integrante Nelson Pozo Silva **Sentencia CA Santiago 8539-2005** op. cit., considerando 5º.

¹⁵¹ Voto Disidente del Abogado Integrante Hugo Llanos Mansilla **Sentencia CA Santiago 8795-2000** op. cit., considerando 5º; **Sentencia CA Santiago 13824-2006** op. cit., considerando 15º a).

¹⁵² **Sentencia CA La Serena 24792-2001** op. cit.

Revisaremos, entonces, esta primera referencia efectuada en el fallo de CA del caso en cuestión, para pasar luego a la observación y evolución de la normativa internacional en los **casos penales**, a partir de los cuales comienza a desplegarse un marco jurídico supraestatal, que gradualmente se irá incorporando también a los casos civiles.

Esta primera referencia en las sentencias puramente civiles, hace mención a las Convenciones de Ginebra sobre Tratamiento de Prisioneros de Guerra, promulgada mediante Decreto Supremo (DS) N° 752, de 1950 del Ministerio de Relaciones Exteriores. Su art. 130 establece que respecto de los prisioneros de guerra, se considera infracción grave al Convenio, cualquier acto u omisión ilícita por parte de la potencia, que ocasione la muerte del prisionero; y también señala que: son infracciones graves, el homicidio, la tortura y los tratos inhumanos. Por último, está el art. 131 que establece:

"... ninguna de las partes contratantes podrá exonerarse a sí misma de las responsabilidades incurridas por ella en virtud de infracciones previstas en el artículo precedente". A partir de ello, el fallo concluye que, en virtud de la prevalencia de los tratados internacionales, son éstas las normas que deben aplicarse tanto en sede civil como penal.¹⁵³

Esta misma remisión, es expuesta en innumerables fallos de los últimos años a través del voto disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en causas civiles de la CS, quien se ha encargado de desarrollar una tesis específica en la materia, que es reiterada en todas sus intervenciones y que sistematiza en cuatro considerandos. Ahora bien, en cuanto a la Convención aludida, arriba a la misma conclusión en torno al art. 131 manifestando que:

¹⁵³ **Sentencia CA La Serena 24792-2001** op. cit., considerando 4º.

“... como se ha venido razonando aquel precepto pretende hacer efectiva la responsabilidad que resulta de esta clase de hechos, y éste no se limita a la de carácter penal.”¹⁵⁴

¹⁵⁴ Voto disidente del Ministro Haroldo Brito **Sentencia de Casación CS 3028-2007** dictada el 27 de noviembre de 2008 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún, Héctor Carreño, Pedro Pierry y Haroldo Brito, considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 2797-2007** dictada el 13 de enero de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún Miranda, Héctor Carreño Seaman, Haroldo Brito Cruz, Julio Torres y por el Abogado Integrante Ismael Ibarra, considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 3540-2007** dictada el 14 de enero de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún Miranda, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briones y Haroldo Brito Cruz, considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 4292-2007** dictada el 30 de marzo de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún Miranda, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briones y Haroldo Brito Cruz, considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 4163-2007** dictada el 20 de abril de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún Miranda, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briones, Haroldo Brito y por el Abogado Integrante Oscar Herrera Valdivia, considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 3220-2007** dictada el 6 de mayo de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Héctor Carreño Seaman, Sonia Araneda Briones, Haroldo Brito Cruz y por los Abogados Integrantes Arnaldo Gorziglia Balbi y Guillermo Ruiz Pulido, considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 4847-2007** dictada el 26 de mayo de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún Miranda, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Haroldo Brito Cruz y por el Abogado Integrante Arnaldo Gorziglia Balbi, considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 4794-2007** dictada el 26 de mayo de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún Miranda, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau,

Ante esta primera referencia explícita al DI, del fallo de CA del caso Domic Bezic, el fallo de CS – que revocó la sentencia de primera instancia, negando lugar a la demanda –, se aparta de la tesis planteada, señalando que lo estipulado en el art. 131 de la Convención de Ginebra, transcrito precedentemente, no impediría ni restringiría la aplicación de las normas sobre prescripción a la responsabilidad extracontractual del Estado. Agrega que de la lectura del art. 130 del mismo Convenio, que describe las acciones que configuran infracciones graves en contra de prisioneros de guerra, y respecto de las cuales el art. 129 de la Convención impone a las partes contratantes el compromiso de tomar medidas legislativas para determinar las *"sanciones penales adecuadas a las personas que hayan cometido o dado orden de cometer cualquiera de las infracciones graves que se indican en el artículo siguiente"*, se evidenciaría que la

Haroldo Brito Cruz y por el Abogado Integrante Arnaldo Gorziglia Balbi, considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz ***Sentencia de Casación CS 5234-2007*** dictada el 1 de junio de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún Miranda, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Haroldo Brito y por el Abogado Integrante Guillermo Ruiz Pulido, considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz ***Sentencia de Casación CS 5243-2007*** dictada el 10 de junio de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún Miranda, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briones y Haroldo Brito Cruz, considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz ***Sentencia de Casación CS 4774-2007*** dictada el 10 de junio de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún Miranda, Héctor Carreño Seaman, Sonia Araneda Briones, Haroldo Brito y por el Abogado Integrante Arnaldo Gorziglia Balbi, considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz ***Sentencia de Casación CS 3956-2007*** dictada el 6 de julio de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún Miranda, Héctor Carreño Seaman, Haroldo Brito Cruz y por los Abogados Integrantes Benito Mauriz Aymerich y Guillermo Ruiz Pulido, considerando 2º.

exoneración que impide el art. 131 del Convenio concierne a las responsabilidades penales y no comprendería la obligación de indemnizar perjuicios.¹⁵⁵

Esta tesis, opuesta a la aplicación de la citada normativa internacional, ha tenido más acogida en nuestro Tribunal Superior de Justicia. En estos últimos años podemos observar en innumerables sentencias de la Tercera Sala – civil – de la CS, cómo este supuesto ha sido adoptado y seguido, expresando que el art. 131 de la Convención, debe entenderse necesariamente referido a infracciones del orden penal, lo que resultaría claro de la lectura de los arts. 129 y 130 de dicho Convenio¹⁵⁶.

En el otro punto de referencia al DI, la sentencia de CA del caso Domic Bezic, agrega que los Protocolos Adicionales I y II referidos a los Convenios de Ginebra, promulgados por DS N° 752, de 1991, del Ministerio de Relaciones Exteriores, en su art. 91 relativo a Responsabilidad, consigna:

"La parte en conflicto que violare las disposiciones, de los Convenios o del presente Protocolo, estará obligada a indemnizar si hubiere lugar a ello. Será

¹⁵⁵ **Sentencia de Reemplazo CS 4753-2001** op. cit., considerandos 5º y 6º.

¹⁵⁶ **Sentencia de Casación CS 3028-2007** op. cit., considerando 8º; **Sentencia de Casación CS 2797-2007** op. cit., considerando 8º; **Sentencia de Casación CS 3540-2007** op. cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 3220-2007** op. cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 4847-2007** op. cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 4794-2007** op. cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 5234-2007** op. cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 4774-2007** op. cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 5243-2007** op. cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op. cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 6986-2007** dictada el 13 de julio de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún, Héctor Carreño, Sonia Araneda Briones y por los Abogados Integrantes Luís Bates Hidalgo y Guillermo Ruiz Pulido, considerando 12º; **Sentencia de Casación CS 514-2008** dictada el 27 de agosto de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún Miranda, Sonia Araneda Briones, Guillermo Silva Gundelach y por los Abogado Integrantes Benito Mauriz Aymerich y Arnaldo Gorziglia Balbi, considerando 13º.

*responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas”.*¹⁵⁷

En cuanto a esta referencia relativa a la responsabilidad de cualquier Estado en caso de incumplimiento de lo expresado en el citado Convenio y la obligación de indemnizar en los casos que corresponda, observaremos otras citas a tratados y principios de DI, expuestas en otras sentencias civiles, cuando repasemos la evolución jurisprudencial que ha habido en esta materia.

Por su parte, nuestro máximo tribunal resolviendo sobre el caso en comento, estableció, que el Protocolo Adicional I de la Convención de Ginebra, en su art. 91, transcrito, no es atinente a la materia del caso:

*“... tanto por haberse aprobado después que se produjeron los hechos que motivan la demanda de los actores, cuanto porque no hay lugar al pago de indemnización si la acción respectiva se ha extinguido por prescripción y menos si ello ocurre merced a normas que pertenecen a un Código de aplicación general dictado con mucha anterioridad a esos hechos.”*¹⁵⁸

Y agrega:

*“...forzoso es reconocer que este convenio tampoco impide que se apliquen en este juicio las reglas que gobiernan de manera permanente la prescripción de la responsabilidad extracontractual del Fisco chileno. Porque, aparte de haberse aprobado con posterioridad a la fecha en que tuvieron lugar los hechos que originan la demanda y de carecer de fuerza retroactiva, la citada norma del Protocolo Adicional sólo obliga a indemnizar “**si hubiere lugar, a ello**”, lo que no ocurre si la acción respectiva se ha extinguido por prescripción.”*¹⁵⁹

A esta misma conclusión, respecto a la no pertinencia, en los casos estudiados, de éste y otros tratados internacionales, vinculados a la vigencia y a la aplicación de

¹⁵⁷ **Sentencia CA La Serena 24792-2001** op. cit., considerando 4º.

¹⁵⁸ **Sentencia de Reemplazo CS 4753-2001** op. cit., considerando 7º.

¹⁵⁹ **Sentencia de Reemplazo CS 4753-2001** op. cit., considerando 26º.

las normas del CC, arribaran varias sentencias que también examinaremos a continuación en la evolución jurisprudencial de la que hemos estado hablando.

III. 3. 1. Evolución Jurisprudencial de la Incorporación del DI al Ordenamiento Jurídico Interno

De este modo, y a partir de esta primera referencia en los casos civiles, nuestros tribunales superiores de justicia, comienzan a hacerse cargo de las distintas alusiones efectuadas por los demandantes y por otras sentencias en **materia penal**, en orden a incorporar dentro de la legislación aplicable a los casos, normas y principios del DI. Esta evolución la observaremos a partir de los **casos penales**, donde la normativa internacional siempre estuvo más presente, ya sea para aplicarla, o bien, para rechazar su aplicación. Es por esto que resulta indispensable rescatar algunos de los fundamentos expresados en las **sentencias penales**. Sin perjuicio que los mismos, en un comienzo, fueron otorgados y analizados exclusivamente para resolver el tema punitivo; dado que tales fundamentos se van introduciendo paulatinamente a la discusión sobre la REE, y adquieren cada vez más importancia, transformándose en uno de los elementos clave a la hora de resolver la procedencia de la acción civil en estudio.

Todo ello está en relación con el aplazamiento en la resolución de muchos de los casos materia de nuestro estudio, principalmente en las demandas civiles, que pese a haber ingresado a nuestros Tribunales Superiores de Justicia los años 1999, 2000, 2001, 2002 y 2003, la mayoría son resueltos recién el año 2005¹⁶⁰, momento desde el cual comenzamos a ver un aumento en las sentencias, que de todos modos no es considerable, sino hasta el 2007.

Pues bien, en **materia penal** las referencias al DI, vienen de la década anterior a las sentencias del caso Domic Bezic, y podemos tener conocimiento de las mismas,

¹⁶⁰ Situación que observaremos en el capítulo VIII de estadísticas.

por citas que a su vez han hecho otras sentencias penales de CA y CS, posteriores al fallo de referencia, y que aluden tanto a los Convenios de Ginebra como a otros tratados, resoluciones, acuerdos y principios de DI, a partir de la discusión desarrollada en torno a la calificación de los hechos. La discusión en un comienzo se dio respecto a la connotación de los mismos como delitos terroristas, o bien, como delitos comunes de asociación ilícita, homicidio, secuestro, o lesiones, según el caso, y finalmente se va considerando la calificación de estos hechos, como crímenes contra la humanidad, y por tal circunstancia, sujetos a una basta normativa internacional vinculada a la materia.

El primero de los fallos penales encontrados en nuestro levantamiento de casos, que se extiende ampliamente en cuanto a la incorporación y aplicación de la normativa internacional, es el correspondiente a la investigación de la desaparición de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez. Esta sentencia, de la Secretaría Criminal de CA, dictada el año 2004, pese a haber acogido la excepción de incompetencia en cuanto a la acción civil, nos servirá de base para el análisis de los demás fallos que tratan la materia, pues en él se recogen valiosas referencias al DI, que posteriormente serán acogidas en algunas sentencias civiles y desarrolladas desde esta otra perspectiva.

Entrando de lleno en el fallo, en su acápite sobre acreditación del hecho punible, se comienza a exponer la normativa penal internacional pertinente; específicamente la sentencia hace mención a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas –dado el caso –, y luego de transcribir las disposiciones pertinentes del citado tratado expresa:

“... al ser Chile Estado suscriptor de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, está obligado por la Convención de Viena, de 1969, sobre el Derecho de los Tratados, que se encuentra incorporada al derecho interno de nuestro país, a no frustrar, de acuerdo a su artículo 18, el objeto y fin de dicha Convención, antes de su entrada en vigor; (...) en consecuencia, si la situación descrita por el mencionado

artículo II de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas quedara impune en Chile, se vulneraría el objeto y fin de esta Convención”¹⁶¹.

En este mismo sentido, y en relación a la aplicabilidad de este convenio y a la calificación del hecho punible en análisis, el fallo en cuestión alude a otros tratados internacionales, señalando que:

“... si bien es cierto esta Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, que tipifica este delito como un Delito Internacional, desde el punto de vista meramente formal, no se ha incorporado aún al derecho interno chileno, no es menos cierto que la desaparición forzada de personas constituye, desde hace tiempo, una gravísima ofensa a la dignidad intrínseca de la persona humana, de carácter inderogable, tal como está consagrada en diversos instrumentos internacionales de carácter obligatorio para Chile –Carta de las Naciones Unidas, Carta de la Organización de los Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos o Carta de San José de Costa Rica, Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, entre otros, así como también en la Declaración Universal de los Derechos Humanos – y, lo que es más importante, constituye un crimen de lesa humanidad, tal como está definido en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que ya se encuentra vigente internacionalmente, en su artículo 7º: A los efectos del presente Estatuto se entenderá por crimen de lesa humanidad cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque; a) Asesinato; b) Exterminio...i) Desaparición forzada de personas”¹⁶²

¹⁶¹ **Sentencia CA Santiago 11821-2003** op. cit., considerandos 35º y 36º; **Sentencia CA 5937-06** considerandos 12º y 13º.

¹⁶² **Sentencia CA Santiago 11821-2003** op. cit., considerando 38º; **Sentencia CA 5937-06**, considerando 15º; **Sentencia CA 10279-06**, considerando 11º. En el mismo sentido; **Sentencia CA Rol 7797-2006**, señalando en su considerando 1º, que: “conforme se ha razonado en el motivo séptimo los hechos justificados si bien no se trata de un acontecimiento que reúna los caracteres de un asesinato con motivaciones políticas, claramente se trata de un atentado a la vida, por funcionarios del Estado, en

En cuanto a la condena colectiva a este tipo de conductas, encontramos otro fallo penal de CA que se refiere a ello, señalando que:

“... la evolución del derecho a partir de la segunda guerra mundial permite afirmar que en la época de ocurrencia de los hechos materia de este procedimiento, el derecho internacional de los derechos humanos ya condenaba como crimen contra la humanidad el secuestro permanente de personas, llevado a cabo por agentes del Estado por motivos ideológicos, políticos o religiosos. No debe olvidarse que la Carta Orgánica del Tribunal Militar de Nüremberg incluyó entre los crímenes contra la humanidad la comisión de otros actos inhumanos contra la población civil, o persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos.” Y, en el considerando siguiente, la sentencia transcrita agrega, en relación al secuestro materia de dichos autos: “Que esa conducta conlleva la violación sistemática de una multiplicidad de derechos humanos a cuya protección el Estado chileno se comprometió ante la

un periodo de conmoción interna, y al decir del propio Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg de 8 de agosto de 1945; declaración confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de febrero de 1946 y 11 de diciembre del mismo año, tomando por base las infracciones graves enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de los crímenes de guerra; a las que nuestro país concurre el 21 de noviembre de 1947, a la conformación de una Comisión de Derecho Internacional que le correspondería la formulación de principios y la proposición de normas en materia de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, la cual en 1950, señaló que constituyen principios de Derecho Internacional, reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Nüremberg, la persecución y castigo de los crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, señalando, específicamente en el numeral sexto de los principios, que son punibles como crímenes ante el Derecho Internacional: a) *Crímenes contra la paz (...); b) Crímenes de guerra (...); c) Crímenes contra la humanidad: El asesinato, el exterminio, la esclavización, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra cualquier población civil, o persecuciones por razones políticas, raciales o religiosas, cuando tales actos son realizados o tales persecuciones se llevan a cabo en ejecución o en conexión con cualquier crimen contra la paz o cualquier crimen de guerra”.*

*comunidad de las naciones prácticamente en forma contemporánea con su misma génesis, una vez finalizada la segunda guerra mundial, conforme dan irrefutablemente cuenta la suscripción de la Carta de las Naciones Unidas, de 26 de junio de 1945; de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, de 30 de abril de 1948; de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948; y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 2 de mayo de 1948.*¹⁶³

Pues bien, tanto nuestro fallo de referencia, como el recién transcrito, y otros fallos penales de CA y posteriormente algunos de CS – como el del caso de homicidio de Hugo Rivol Vásquez Martínez y Mario Edmundo Superby Jeldres, ambos miembros del MIR ¹⁶⁴–, van analizando el contexto en el cual se cometieron los ilícitos, para poder determinar la normativa aplicable a los mismos. En este escenario, nos encontramos con fallos, posteriores al referido, que analizan los Convenios de Ginebra de 1949, aprobados por Chile mediante DS N° 752, de 1951 y publicados en el DO de fecha 17, 18, 19 y 20 de abril del mismo año, por lo que eran aplicables a la fecha de comisión de todos los casos en estudio. En este análisis, a partir del art. 3º común a los citados Convenios, algunos fallos – que en un comienzo son minoritarios – llegan a la conclusión más o menos generalizada respecto a que la naturaleza y alcance de la situación de crisis institucional por la que atravesó nuestra nación a partir del golpe militar del 11 de septiembre de 1973, corresponde a las situaciones que la dogmática constitucional identifica como de ruptura o anormalidad constitucional, determinando que el país vivía, una situación asimilable al evento de conflicto armado, sin carácter internacional, que haría aplicable, las prescripciones del Derecho Internacional Humanitario y específicamente lo señalado en los Convenios de Ginebra de 1949, en orden a que los delitos a que él se refiere – atentados contra la vida y la integridad

¹⁶³ **Sentencia CA Rol 15.765-04** considerandos 5º y 6º.

¹⁶⁴ **Sentencia CS 559-2004** dictada el 13 de diciembre de 2006 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Alberto Chaigneau del C., Rubén Ballesteros C., Julio Torres A. y los Abogados Integrantes Oscar Herrera V. y Domingo Hernández E., caso penal sobre el homicidio de los miembros del Movimiento de Izquierda Revolucionaria, (M.I.R.), Hugo Rivol Vásquez Martínez y Mario Edmundo Superby Jeldres.

corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y suplicios; atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante tribunal legítimamente constituido – están prohibidos en cualquier tiempo y lugar.¹⁶⁵

Volviendo al fallo que nos ha servido de base para el análisis y a continuación de lo transcrito en relación a la definición de crimen de lesa humanidad, la sentencia en comento va citando las distintas disposiciones contenidas en convenios, tratados, resoluciones, acuerdos y principios internacionales que van configurando un marco jurídico supraestatal, normativa que se va incorporando y complementando en otros fallos penales sobre la misma materia – como vimos en parte en las citas expuestas –, y que a la postre pasará a integrar también la argumentación de los fallos civiles, y en definitiva de la acción de indemnización de perjuicios contra el Estado cuando se trata de violaciones a los DDHH.

Asimismo, en la sentencia en cuestión, nos encontramos con la cita a la Asamblea General de las Naciones Unidas que aprobó la Resolución N° 3.074 (XXVIII), de fecha 3 de diciembre de 1973, *Principios de cooperación internacional para el descubrimiento, el arresto, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad*, en la que se señala:

“Los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación y las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas”¹⁶⁶

¹⁶⁵ **Sentencia CS 559-2004** op. cit., considerandos 7º y siguientes; **Sentencia CA 37483-2004**, considerandos 8º y siguientes.

¹⁶⁶ **Sentencia CA Santiago 11821-2003** op. cit., considerando 40º; **Sentencia CA 5937-06**, considerando 17º; **Sentencia CA 37483-2004**, considerando 11º; **Sentencia CA 7797-06**, considerando 16º y **Sentencia CA 10279-06**, considerando 9º.

Pues bien, varios años después algunas sentencias de CA, en causas puramente civiles, van haciendo suyos estos argumentos expuestos en materia penal, transcribiendo la misma cita ¹⁶⁷.

En segundo término, esta sentencia trae a colación la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, el cual fue ratificado por Chile e incorporado a su derecho interno; señalando que ambos, en sus arts. 4º y 5º; y 7 al 10, respectivamente:

*“... prohíben en la práctica, los crímenes contra la humanidad”. Y agrega, que “ya en 1968, fue suscrita en el marco de las Naciones Unidas, la Convención que establece la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad.”*¹⁶⁸

La misma cita la encontramos en una de las sentencias civiles de CA, que vimos también en el párrafo anterior y que veremos a lo largo de todo el capítulo, pues recoge gran parte de lo que se había dicho, hasta su fecha de dictación – agosto de 2010 –, en torno a la incorporación del DI a nuestro derecho interno, y específicamente

¹⁶⁷ **Sentencia CA Santiago 217-2005** dictada el 1º de diciembre de 2008 por la Novena Sala integrada por los Ministros Dobra Lusic Nadal, Mario Rojas González y por el Abogado Integrante Roberto González Maldonado, considerando 8º; **Sentencia CA Santiago 8090-2004** dictada el 31 de diciembre de 2008 por la Novena Sala integrada por los Ministros Dobra Lusic Nadal, Mario Rojas González y por la Abogado Integrante Claudia Chaimovich Guralnik, considerando 5º; **Sentencia CA Santiago 147-2006** dictada el 2 de julio de 2009 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Dobra Lusic Nadal, Juan Cristóbal Mera Muñoz y por el Abogado Integrante Rodrigo Asenjo Zegers, considerando 7º; **Sentencia CA Santiago 3319-2007** op. cit., considerando 9º.

¹⁶⁸ **Sentencia CA Santiago 11821-2003** op. cit., considerando 43º; **Sentencia CA 5937-06**, considerando 20º; **Sentencia CA 10279-06**, considerando 10º.

lo señalado en los casos de estudio. Esta sentencia es la del caso Codocedo con Fisco, relativa a la desaparición de Guillermo Jorquera Gutiérrez.¹⁶⁹

En cuanto a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, encontramos otro fallo penal – ya citado – que refiriéndose a la Convención expresa:

“Entre las justificaciones del acuerdo se hizo referencia a que la aplicación de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes. Como el principio – de imprescriptibilidad de tales delitos – ya era conocido, la mencionada Convención se limitó a afirmarlo”¹⁷⁰. Y en el considerando siguiente, manifiesta que: “a partir de entonces la imprescriptibilidad se incorpora al derecho internacional consuetudinario o ius cogens. Para su vinculatoriedad deja de ser necesario el habérsela asumido convencionalmente por el derecho interno. De hecho, en más de una oportunidad la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha instado a su aplicación aunque no se sea Estado parte...”¹⁷¹.

A semejante conclusión llega otro de los fallos penales de CA que hemos estado viendo, el que expresa – en relación a la Convención sobre Imprescriptibilidad y a la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas – que:

¹⁶⁹ **Sentencia CA Santiago 3319-2007** op. cit., considerando 11º.

¹⁷⁰ **Sentencia CA Rol 15.765-04**; considerando 7º.

¹⁷¹ **Sentencia CA Rol 15.765-04**; considerando 8º, que sigue... “aunque no se sea Estado parte: Resoluciones Nos. 2.583(XXIV) de 15 de diciembre de 1.969, 2.712(XXV) de 15 de diciembre de 1.970, 2.840(XXV) de 18 de diciembre de 1.971 y 3.074(XXVII) de 3 de diciembre de 1.973 relativa a los Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad.

“... aunque no estén vigentes en Chile como tratados, contribuyen a dar forma a los principios de Derecho Internacional, los que sí rigen plenamente en Chile.”¹⁷²

Asimismo, una sentencia posterior de CS, ya citada y correspondiente al caso de homicidio de Vásquez y Superby, miembros del MIR, desarrolla una extensa reflexión en esta materia, a partir de la citada Convención sobre Imprescriptibilidad, señalando que:

“... si bien la norma convencional citada no se encuentra vigente en Chile, nada obstaría al reconocimiento de una norma de derecho consuetudinario y de sello similar que sí pueda vincular al Estado, en la medida que concurren los elementos que permiten acreditar la existencia de una costumbre jurídica internacional, cuales son la práctica de los Estados -como elemento material de ésta- y la “opinio iuris” internacional.”¹⁷³

Y luego de un basto análisis, que incluye citas jurisprudenciales nacionales e internacionales, así como doctrina relativa a la materia y otras citas a acuerdos, resoluciones, tratados y declaraciones de la comunidad internacional, concluye que:

“... el principio de imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, prevista en el artículo I de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, disposición que se limita a declarar la vigencia de una norma consuetudinaria preexistente sobre la materia, que es independiente, de la entrada en vigor en el ámbito interno del tratado que la recoge y que vincula aun a los Estados que, como el nuestro, no forman parte del tratado, por tener su misma fuerza obligatoria.”¹⁷⁴

Pues bien, el análisis desarrollado por esta sentencia, lo observaremos desde las referencias efectuadas por las sentencias penales de CA que la antecedieron y que hemos estado revisando.

¹⁷² **Sentencia CA 37483-2004**, considerando 11º.

¹⁷³ **Sentencia CS 559-2004** op. cit., considerando 12º; la reflexión en comento va desde este considerando al 27º.

¹⁷⁴ **Sentencia CS 559-2004** op. cit., considerando 27º.

Ahora bien, el fallo penal del caso de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, vemos que también se pronuncia respecto a la obligatoriedad y jerarquía de la normativa internacional, haciendo una reflexión a partir de la incorporación de un nuevo inciso al art. 5º de nuestra Carta Fundamental, expresando que:

“... en 1989, se agregó el siguiente inciso segundo al artículo 5º de la Constitución Política de la República: El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. El artículo 5º le otorga, así, rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto a los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”¹⁷⁵.

¹⁷⁵ **Sentencia CA Santiago 11821-2003** op. cit., considerando 45º; **Sentencia CA 10279-06**, considerando 13º; **Sentencia CA 5937-06**, considerando 21º. Más desarrollo en **Sentencia CA Santiago 11821-2003** op. cit., considerando 46º, donde citando a Francisco Cumplido C. agrega que: *“el Estado está al servicio de la persona humana. En la historia fidedigna de esta disposición constitucional quedó expresa constancia que la protección constitucional se refiere no sólo a los derechos establecidos en ella, sino a todos los que son inherentes a la naturaleza humana, como asimismo se reconoció que tales derechos no sólo son los enumerados en el texto de la Constitución, en los capítulos segundo y tercero, sino también los que formen parte del acervo cultural de la humanidad y que son propios de la naturaleza humana. Por qué resolvimos, entonces, aceptar incorporar expresamente, a lo menos, los derechos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, además de los garantizados por la Constitución ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Los que negociamos la reforma entendimos que con la frase agregada por ella se lograba que los derechos garantizados por la Constitución y por los tratados ratificados y vigentes tuvieran la misma jerarquía en el ordenamiento jurídico. En este sentido incorporábamos los derechos asegurados por los tratados a la Constitución. En*

Y finalmente, concluye que:

“... si los tratados de derechos humanos fueron incluidos en la modificación constitucional citada, se infiere que esos últimos necesariamente han de tener una

segundo término les dábamos a los referidos tratados el carácter de vinculantes para todos los órganos del Estado, ya que debían no sólo respetarlos, sino que también promoverlos. Lo incorporado a la Constitución son los derechos sustantivos, no la parte adjetiva del tratado”. (Actas de la Comisión de la Nueva Constitución, sesión 203.) y en el considerando 48º, donde citando a Humberto Nogueira, transcribe lo siguiente: “El constituyente, a través de estas disposiciones, se refiere a los artículos 1º inciso 4º, artículo 5º inciso 2º, y artículo 19 inciso 1º y Nº 26 de la Constitución Política de la República, en una interpretación armónica y finalista, reconoce que los derechos no los crea ni establece el Estado, sino que ellos emanan directamente de la dignidad y la naturaleza del ser humano; por lo tanto, el constituyente sólo se limita a reconocer tales derechos y a asegurarlos, a darles protección jurídica, a garantizarlos. Si tales derechos emanan de la naturaleza humana, ellos pertenecen al hombre por el solo hecho de ser persona y, por lo tanto, tales derechos tienen la característica de ser universales, absolutos e imprescriptibles.(...) De acuerdo al artículo 5º inciso 2º de la Constitución, los derechos humanos asegurados en el tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la constitución material y adquiriendo plena vigencia, validez y eficiencia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos... Esta obligación no sólo se deriva del artículo 5º de la Constitución, sino también de los mismos tratados internacionales, entre éstos del artículo 1º común a los Cuatro Convenios de Ginebra, de 1949, que establece el deber de los Estados Partes de respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario. (Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno. En Revista Chilena de Derecho. Vol. 23 - Nº 2 y 3. Tomo I, mayo-agosto 1996, págs.351 y ss.

*mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico nacional, que el resto de los tratados internacionales.*¹⁷⁶

En cuanto a la obligatoriedad de estos tratados, otro fallo penal mencionado en referencia a nuestro fallo principal, ha agregado, en este aspecto, que:

*“... la obligación de perseguir y sancionar este tipo de delitos, y la prohibición de autoexoneración de los mismos, emanan de principios generales de derecho internacional, entonces vigentes, y posteriormente afirmados y reiterados, los que han sido reconocidos por la comunidad internacional de la que Chile forma parte, y se encuentran consagrados en múltiples declaraciones, resoluciones, y tratados; los que hoy día forman parte del acervo jurídico de derecho internacional, que en ningún caso el Estado de Chile, y menos este Tribunal de la República, pudieren no respetar.”*¹⁷⁷

La sentencia recién transcrita, agrega, a continuación de lo expuesto, una serie de tratados que se deben considerar en los casos en estudio, tales son: la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de Naciones Unidas, de 1948, vigente en Chile desde 1953; la Convención Americana de Derechos Humanos, de 1969, en vigor internacional para Chile en 1990; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, vigente en Chile desde 1988; la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, vigente en Chile desde 1988; reiterando por último el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, ratificada por Chile en 1972 y, respecto del cual puntualiza *“aunque el texto fue publicado sólo en 1989, el país estaba obligado internacionalmente desde su ratificación.”*

¹⁷⁶ **Sentencia CA Santiago 11821-2003** op. cit., considerando 47^o. En este mismo sentido: **Sentencia CA 37483-2004**, en su considerando 14^o señala: “Que, de otra parte, como se ha reiterado en numerosas sentencias de Tribunales de la República, el artículo 5^o inciso 2^o de la Constitución Política, ha venido a reconocer y relevar el valor y primacía de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos suscritos por Chile y vigentes; los cuales ya antes tenían ese valor, preeminencia y jerarquía.”

¹⁷⁷ **Sentencia CA 37483-2004**, en su considerando 11^o.

Así también lo va reconociendo la CS en algunas de sus sentencias penales; a modo de ejemplo tenemos la del caso que hemos estado revisando, relativa al homicidio de los dos miembros del MIR y también la que rechaza la casación respecto de la sentencia de CA que nos ha servido de base en el análisis, ambas del caso de Miguel Ángel Sandoval.¹⁷⁸ Claro que, ninguna de las dos acoge la acción indemnizatoria; la primera no se pronuncia al respecto por no ser tema de casación, y la segunda, acoge la excepción de incompetencia, rechazando la casación efectuada al respecto. Sin embargo, existen otras sentencias penales de CS que hacen alusión a esta materia, y que veremos luego, pues son producto del desarrollo que ha ido teniendo la jurisprudencia y es importante que podamos ir apreciando tal evolución.

Ahora bien, este reconocimiento al carácter vinculante y jerarquía de la normativa internacional aplicable a la materia, no se inicia en las sentencias que hemos expuesto, pues la CS en la década anterior ya habría arribado a la señalada conclusión en algunas de sus sentencias, respecto de las cuales solo hemos podido tener conocimiento a través de las citas que los fallos en análisis hacen de las mismas, debido a la dificultad propia del paso del tiempo. Por lo cual, repasaremos algunas de las citas que han efectuado los fallos efectivamente levantados, relativos a las sentencias en comento.

La tradicional cita, comienza señalando que:

“... en lo que dice relación a la práctica jurisprudencial de nuestras Cortes, en que se establece la supremacía de los tratados sobre el derecho interno, citaremos los siguientes fallos de nuestra Excm. Corte Suprema:

Sentencia de la Corte Suprema, de 26 de octubre de 1995: Que se comprometería la seguridad y el honor del Estado de Chile ante la comunidad

¹⁷⁸ **Sentencia CS 559-04** op. cit., considerando 22º; **Sentencia de Casación CS 517-2004** dictada el 17 de noviembre de 2004 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Alberto Chaigneau del Campo, Enrique Cury U., Jaime Rodríguez Espoz y por los Abogados Integrantes Fernando Castro A. y Luz María Jordán A., considerando 35º.

*internacional si este Tribunal efectivamente prescindiera de aplicar las normas internacionales cuando ello fuera procedente. Pues, es un principio reconocido universalmente que las naciones civilizadas no pueden invocar su derecho interno para eludir las obligaciones y compromisos internacionales asumidos por aplicar las normas internacionales cuando ello fuera procedente. Pues, es un principio reconocido universalmente que las naciones civilizadas no pueden invocar su derecho interno para eludir las obligaciones y compromisos internacionales asumidos por dichos tratados, lo que ciertamente de producirse, debilitaría el estado de derecho;*¹⁷⁹

*Sentencia dictada por la Corte Suprema, el 30 de enero de 1996: De la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5º de la Carta Fundamental queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana, valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos;*¹⁸⁰

Sentencia dictada por la Corte Suprema, de 9 de septiembre de 1998: El Estado de Chile se impuso en los citados convenios internacionales la obligación de garantizar la seguridad de las personas (.), quedando vedado por este Convenio disponer medidas que tendieren a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe. Y en cuanto al Pacto (Internacional de Derechos Civiles y Políticos) persigue garantizar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tiene aplicación preeminente, puesto

¹⁷⁹ Fallos Penales: **Sentencia CA Santiago 11821-2003** op. cit., considerando 51º; **Sentencia CA 10279-06**, considerando 14º; **Sentencia CA 5937-06**, considerando 22º. En cita referencial **Sentencia CS 559-04** op. cit., considerando 23º.

¹⁸⁰ Fallos Penales: **Sentencia CA Santiago 11821-2003** op. cit., considerando 51º; **Sentencia CA 10279-06**, considerando 14º; **Sentencia CA 5937-06**, considerando 22º; **Sentencia CS 559-04** op. cit., considerando 22º. Fallo Civil: **Sentencia CA Santiago 3319-2007** op. cit., considerando 13º.

que esta Corte Suprema en reiteradas sentencias lo ha reconocido. Que en la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional del artículo 5º inciso 2º, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce como límite los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan imponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos;¹⁸¹

Por su parte, algunos de los fallos civiles, también se refieren a esta particular reseña al inciso 2º, incorporada con posterioridad a nuestra CPR, en varias sentencias entre las cuales cuentan algunos fallos civiles de CA y un voto disidente relativo a la materia civil del caso penal (2006); así como lo expresado en la tesis del Ministro Brito Cruz en su voto disidente contenido en los fallos civiles de la Tercera Sala de CS (2009), quien en su momento integró dos de las salas de la CA a cuyas sentencias se hace referencia¹⁸², las cuales, evaluando el carácter vinculante de los tratados

¹⁸¹ Fallos Penales: **Sentencia de Casación CS 517-2004** op. cit., considerando 51º; **Sentencia CA 10279-06**, considerando 14º; **Sentencia CA 5937-06**, considerando 22º; **Sentencia CS 559-04** op. cit., considerando 22º. Haciendo suyo el argumento; **Sentencia de Casación CS 517-2004** op. cit., considerando 35º. Fallo Civil: **Sentencia CA Santiago 3319-2007** op. cit., considerando 13º.

¹⁸² Fallos CA: **Sentencia CA 165-2001** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Jorge Zepeda Arancibia **Sentencia CA Santiago 146-2006** op. cit., considerando 10º; **Sentencia CA Santiago 4464-2001** op. cit., considerando 6º. Fallos CS: Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 2797-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 3540-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 4292-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 4163-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 3220-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 4847-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 4794-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo

internacionales expresan que su incumplimiento importaría una vulneración al art. 5º de la CPR, en virtud de lo expuesto en la reseña.

Como conclusión a lo señalado en nuestra Carta Fundamental en el artículo en comento, se ha expresado por algunos fallos que:

“... la enmienda constitucional tuvo por objeto reforzar el avance de los derechos humanos, al establecer como deber de los órganos del Estado, respetar y promover tales derechos e igualar los derechos humanos contenidos en la Carta Fundamental con los incluidos en los tratados internacionales.”¹⁸³

En este desarrollo y evolución de la jurisprudencia en orden a la incorporación del DI de los DDHH como legislación aplicable y preferente en casos como los estudiados, los fallos en comento no sólo se refieren a las resoluciones, acuerdos, declaraciones y tratados, sino que también van haciendo referencia a la jurisprudencia internacional existente. En este escenario nos encontramos con innumerables menciones a distintos casos resueltos por la Corte Interamericana de DDHH (CI), tales como Velásquez-Rodríguez, Godínez Cruz, Barrios Altos seguido contra el Gobierno del Perú, así como uno de los casos materia de nuestro estudio, que llegó a la CI; Almonacid Arellano y otro contra el Estado de Chile.

Las menciones a estos y otros casos, las observaremos cuando nos adentremos en el desarrollo de la argumentación que desde el DI se ha efectuado de la procedencia de la acción de indemnización de perjuicios propiamente tal, pues a partir

Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 5234-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 4774-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 5243-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op. cit., considerando 2º.

¹⁸³ **Sentencia CA Santiago 11821-2003** op. cit., considerando 57º; **Sentencia CA 10279-06**, considerando 15º; **Sentencia CA 5937-06**, considerando 23º; **Sentencia CA Santiago 270-2006** op. cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 3319-2007** op. cit., considerando 12.

de lo señalado por la CI en estos casos, aparece más explícita la obligación de reparar que tiene el Estado infractor en casos de violaciones a los DDHH.

III. 3. 2. Incorporación del DI en relación con la Procedencia de la Acción Civil contra el Estado

Al concluir el análisis de la discusión en torno a si la REE es una responsabilidad objetiva o subjetiva, expusimos la reflexión de uno de los fallos estudiados, que determinaba que *responsabilidad estatal surge sin necesidad de que exista falta o culpa por parte del agente, lo cual resulta lógico ya que indudablemente una violación de DDHH, por su naturaleza, supone dolo o al menos culpa estatal.* Afirmación con la que podemos estar de acuerdo o en desacuerdo, pero lo cierto es que la configuración del estatuto normativo de la REE, a partir de la incorporación del DI Humanitario, va tomando cierta distancia del debate relativo a si nos encontramos con un régimen de responsabilidad subjetiva u objetiva, para pasar más de lleno a la discusión sobre la aplicación o no aplicación de las disposiciones del DI pertinentes en estos casos. En definitiva, el DI Humanitario le roba protagonismo a la discusión en torno a un sistema determinado de responsabilidad, dado que integra nuevos elementos de juicio respecto de los cuales existirían criterios de imputación específicos y determinados por una normativa supraestatal, lo que no significa que no existan criterios de imputación.

Esto ya lo pudimos advertir en los últimos argumentos expuestos en relación a la discusión del régimen de responsabilidad aplicable¹⁸⁴, donde, citando el voto del Juez Cancado Trindade en la sentencia la CI del Caso El Amparo, se pone el acento en el incumplimiento del Estado de una obligación internacional, lo que pese a calificarse como responsabilidad objetiva, de todos modos establece un criterio de

¹⁸⁴ Ver páginas 81 y 82 vinculada a la nota al pie N° 150, cita al Voto del Juez Cancado Trindade: *"La responsabilidad internacional del Estado se compromete a partir..."*

imputación; cual es la debida diligencia de los Estados para evitar las violaciones a los DDHH.

El primero de los fallos civiles en citar esta sentencia fue, como vimos, el del caso Martínez Rodríguez con Fisco¹⁸⁵, luego del cual muchos fallos siguen su tesis y van incorporando más expresamente la normativa internacional dentro de las resoluciones. En efecto, previo al caso Martínez Rodríguez, tenemos el fallo penal de CA del caso Marfull González con Fisco, que resolviendo el tema de la incompetencia, es de los primeros fallos penales de CA en acoger la demanda de indemnización.

Por su parte, los fallos penales de CA que lo preceden con esta misma resolución, son los del Caso Albania y el caso de desaparición de Manuel Cortés Joo; sin embargo, es el fallo del caso Marfull el que incorpora en extenso la normativa del DI Humanitario para acoger la acción y rechazar la prescripción, no así los otros dos fallos, que plantean; el primero, la tesis del primer período y que se puede resumir en que por tratarse de una responsabilidad del Estado, la rige el Derecho Público y por tanto las normas del Derecho Privado, entre las cuales está la prescripción, no le son aplicables; y el segundo, tiene una tesis mixta, en lo relativo al régimen de responsabilidad entiende que se trata de una responsabilidad objetiva, y en cuanto a la prescripción, establece que no habría transcurrido el plazo para prescribir por tratarse de un delito de carácter permanente.

Pues bien, en estas sentencias civiles o penales, que se refieren a la procedencia de la acción indemnizatoria en contra del Fisco, incorporando la normativa internacional aplicable a estos casos, nos vamos encontrando con la configuración de un régimen especial de responsabilidad, que se construye a partir de un cuerpo normativo más extenso, que si bien incluye el derecho nacional, lo extiende a toda la legislación supraestatal, parte de la cual hemos revisado en el punto anterior.

Para una mayor fluidez, y al igual que en el punto anterior, donde utilizamos una sentencia desde la cual analizamos la materia, tomaremos, en este caso, la sentencia

¹⁸⁵ **Sentencia CA Santiago 165-2001** op. cit., cuya víctima es Hugo Tomás Martínez Guillón detenido en Pisagua, donde fuera luego ejecutado.

del caso Marfull González con Fisco como base para nuestra observación – en la cual el Ministro Haroldo Brito Cruz plantea su tesis en esta materia – elección efectuada con criterios semejantes, pues esta sentencia es la primera, de nuestro levantamiento de casos, en acoger la demanda de indemnización a partir de la incorporación del DI de los DDHH, ya que como vimos en el punto anterior, la sentencia que tomamos de referencia no se pronunció respecto a la demanda civil, acogiendo la excepción de incompetencia.

Lo primero a considerar en el fallo del caso Marfull¹⁸⁶, es que la reflexión en torno a la procedencia de la acción de indemnización de perjuicios en estudio, es precedida por el análisis en torno a la calificación de los hechos materia del juicio, concluyendo que en la especie se trata de un crimen contra la humanidad, sancionado por el DI de los DDHH y con carácter imprescriptible¹⁸⁷.

A esta misma conclusión llega el Ministro Zepeda, el cual en un voto disidente y una sentencia – en materia penal –, ambas de Corte de Apelaciones¹⁸⁸ y del mismo año que el fallo del caso Marfull, va desarrollando una tesis en el mismo sentido que el Ministro Brito, pero con algunos alcances distintos.

Volviendo a la calificación expuesta previamente, existe otro voto disidente, ahora del Ministro Emilio Elgueta Torres, que explicando lo ya señalado, agrega, que esto se debe a que los hechos:

¹⁸⁶ **Sentencia CA 37483-2004.**

¹⁸⁷ **Sentencia CA 37483-2004**, considerandos del 8º al 15º.

¹⁸⁸ Voto Disidente del Ministro Jorge Zepeda Arancibia **Sentencia CA Santiago 146-2006** op. cit., considerandos 2º al 8º; **Sentencia CA Santiago 4464-2001** op. cit., considerando 4º, y en su considerando siguiente agrega que: *no puede negarse la categoría de delito de lesa humanidad, de acuerdo a los antecedentes de los autos, circunstancia no refutada por la demandada al establecerse que en el caso del actor su muerte aparece dentro de aquellos casos incorporado al Informe de la Comisión Verdad y Reconciliación (Decreto Supremo N°355 de 1990, del Ministerio de Justicia).*

“... se enmarcan en una política de Estado de persecución, tortura, secuestro, muerte y desaparición de personas determinadas que profesaban o se les atribuía un ideal político distinto al sustentado por el régimen que se instaló de facto en el país, como una dictadura militar.”¹⁸⁹

En esta misma línea, relativa a la calificación de los hechos, encontramos otras sentencias; varios votos disidentes, efectuados, entre otros, por el Ministro Cisternas; y una prevención del Abogado Integrante Benito Mauriz, que pese a arribar a distintas conclusiones – lo que da cuenta de la generalización en la apreciación de estas conductas como crímenes internacionales – declaran que los hechos que fundan la demanda o querrela, en su caso, caben dentro de la calificación de crimen de lesa humanidad y configuran, por tanto, una violación grave de las normas internacionales sobre DDHH.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Voto Disidente del Ministro Emilio Elgueta Torres **Sentencia CA Santiago 888-2007** op. cit., considerando a).

¹⁹⁰ **Sentencia CA Santiago 1211-2002** dictada el 23 de marzo de 2007 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Gloria Ana Chevesich Ruiz, Mario Rojas González y por el Abogado Integrante Hugo Llanos Mansilla, considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Lamberto Cisternas Rocha **Sentencia CA Santiago 2400-2002** op. cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 3508-2002** dictada el 11 de mayo de 2007 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Lamberto Cisternas Rocha, Alejandro Madrid Crohare y por la Abogado Integrante Paola Herrera Fuenzalida, considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 3595-2002** dictada el 31 de mayo de 2007 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Lamberto Cisternas Rocha, Adriana Sottovia Giménez y por la Abogado Integrante Andrea Muñoz Sánchez, considerando 1º; Voto Disidente del Ministro Alejandro Madrid Crohare **Sentencia CA Santiago 1848-2003** dictada el 28 de septiembre de 2007 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Alejandro Madrid Crohare, Mario Rojas González y por el Abogado Integrante Jorge Lagos Gatica, considerando 1º; Voto Disidente del Ministro Lamberto Cisternas Rocha **Sentencia CA Santiago 4547-2003** dictada el 8 de noviembre de 2007 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Lamberto Cisternas Rocha, Mauricio Silva

Cancino y por el Abogado Integrante Paul Warnier Darrigrandi, considerando 1º; Voto Disidente del Ministro Jorge Dahm Oyarzún **Sentencia CA Santiago 11380-2002** dictada el 28 de noviembre de 2007 por la Novena Sala integrada por los Ministros Jorge Dahm Oyarzún, Adelita Ravanales Arriagada y por el Abogado Integrante Jorge Lagos Gatica, considerando 1º; Voto Disidente de la Fiscal Judicial Clara Carrasco Andonie **Sentencia CA Santiago 6002-2003** dictada el 28 de enero de 2008 por la Sexta Sala integrada por el Ministro Juan Cristóbal Mera Muñoz, Fiscal Judicial Clara Carrasco Andonie y por la Abogado Integrante Regina Clark Medina, considerando 1º; Voto Disidente del Ministro Lamberto Cisternas Rocha **Sentencia CA Santiago 8917-2003** dictada el 18 de marzo de 2008 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Lamberto Cisternas Rocha, Mauricio Silva Cancino y por el Abogado Integrante Osvaldo Contreras Strauch, considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 188-04** dictada el 22 de mayo de 2008 por la Séptima Sala integrada por los Ministros Alfredo Pfeffer Richter, Emilio Elgueta Torres y por el Abogado Integrante Roberto González Maldonado, considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 8132-2004** dictada el 4 de julio de 2008 por la Séptima Sala integrada por los Ministros Juan Escobar Zepeda, Emilio Elgueta Torres y por el Abogado Integrante Enrique Pérez Levetzow, considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 6995-2004** op. cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 8404-2004** dictada el 22 de julio de 2008 por la Séptima Sala integrada por los Ministros Juan Escobar Zepeda, Emilio Elgueta Torres y por el Abogado Integrante Enrique Pérez Levetzow, considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 7658-2003** op. cit., considerando 5º; **Sentencia CA Santiago 6953-2004** op. cit., considerando 6º; Voto disidente del Abogado Integrante Domingo Hernández E. **Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007** op. cit., considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 9740-2004** dictada el 6 de noviembre de 2008 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros Lamberto Cisternas Rocha, Amanda Valdovinos Jeldes y por el Abogado Integrante Roberto González Maldonado, considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 113-2005** dictada el 12 de noviembre de 2008 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros Lamberto Cisternas Rocha, Gloria Ana Chevesich Ruiz y por la Abogado Integrante Claudia Chaimovich Guralnik, considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 13065-2004** dictada el 12 de noviembre de 2008 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros Lamberto

A partir de esta concepción respecto de los hechos que fundan las demandas, el fallo del caso Marfull puntualiza:

“Tratándose de una violación a los DDHH el criterio rector en cuanto a la fuente de la responsabilidad civil está en normas y principios de derecho internacional de DDHH”¹⁹¹.

Cisternas Rocha, Gloria Ana Chevesich Ruiz y por la Abogado Integrante Claudia Chaimovich Guralnik, considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 217-2005** op. cit., considerandos 1º y 14º; **Sentencia CA Santiago 8090-2004** op. cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 10677-2006** dictada el 14 de mayo de 2009 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros Juan Escobar Zepeda, Adelita Ravanales Arriagada y por el Abogado Integrante Enrique Pérez Levezow, considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 270-2006** op. cit., considerando 3º; **Sentencia de Reemplazo CS 1528-2006** op. cit., considerando 33º; Voto Disidente de los Ministros Hugo Dolmetsch U. y Carlos Künsemuller L. **Sentencia de Casación CS 3872-2007** dictada el 13 de mayo de 2008 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmetsch U., Carlos Künsemuller L. y por los Abogados Integrantes Ricardo Peralta V. y Hernán Álvarez G.; **Sentencia de Casación CS 4691-2007** op. cit., considerandos 3º y 20º; Prevención del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op. cit., considerando 2º; Prevención del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich **Sentencia de Casación CS 514-2008** op. cit., considerando 2º.

¹⁹¹ **Sentencia CA 37483-2004** considerando 18º; **Sentencia CA Santiago 165-2001** op. cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 1211-2002** op. cit., considerando 7º; **Sentencia CA Santiago 6715-2002** op. cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 6879-2002** op. cit., considerando 1º; Voto disidente de la Abogado Integrante María Victoria Valencia Mercaido **Sentencia CA Santiago 3748-2003** dictada el 7 de mayo de 2008 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros Gloria Ana Chevesich Ruiz, Dobra Lusic Nadal y por la Abogado Integrante María Victoria Valencia Mercaido, considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 9663-2003** op. cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 13824-2006** op. cit., considerando 15º

Complementando esta idea, otras sentencias posteriores, incluyendo la del caso Martínez, han agregado a continuación de lo señalado que:

“... esto ha de ser necesariamente así porque este fenómeno de transgresiones tan graves, es muy posterior al proceso de codificación que no lo considera por responder a criterios claramente ligados al interés privado, y por haber sido la cuestión de los derechos fundamentales normada y conceptualizada sólo en la segunda mitad del siglo XX, y consagrada su existencia y tutela en Convenciones y Tratados Internacionales ratificados y actualmente vigentes en Chile”¹⁹².

En este punto, interesante resulta observar el cambio que va surgiendo en algunos jurisconsultos llamados a resolver esta materia, pues como se puede apreciar en las citas a las respectivas sentencias, la Ministro Dobra Lusic Nadal, en el cuarto de los fallos citados – Rol 3748-2003 de mayo de 2008 –, estuvo por acoger la excepción de prescripción en el caso, donde este argumento es formulado por el voto disidente de la Abogado Integrante María Victoria Valencia Mercaido. Sin embargo, algunos meses después – diciembre del mismo año y luego en julio del año siguiente¹⁹³–, presidiendo,

a); **Sentencia CA Santiago 927-2005** op. cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 8090-2004** op. cit., considerando 10º (acumulada a 68-04); **Sentencia CA Santiago 3319-2007** op. cit., considerando 16. (citando el 6715-02).

¹⁹² **Sentencia CA Santiago 165-2001** op. cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 1211-2002** op. cit., considerando 7º; **Sentencia CA Santiago 6715-2002** op. cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 6879-2002** op. cit., considerando 1º; Voto disidente de la Abogado Integrante María Victoria Valencia Mercaido **Sentencia CA Santiago 3748-2003** op. cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 9663-2003** op. cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 927-2005** op. cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 3319-2007** op. cit., considerando 16. (citando el 6715-02)

¹⁹³ **Sentencia CA Santiago 217- 2005** op. cit., considerando 6º; y **Sentencia CA Santiago 147-2006** op. cit., considerando 5º. En el primero de los fallos, antecede a lo expuesto la siguiente consideración en el numeral 5º: *“contrariamente a lo que sostiene la sentencia en alzada, la expresada prescripción debe ser desestimada, en virtud de las consideraciones que a continuación se expresarán, para lo cual se hará mención*

en cada caso, la correspondiente sala de la CA, y en el primero de los casos, redactando incluso el fallo, acoge la demanda civil expresando que:

“... en efecto, es preciso tener presente que los delitos de esta naturaleza cometidos en contra de personas opositoras al régimen militar de facto instalado en Chile en 1973, a la luz de los instrumentos internacionales suscritos, ratificados y vigentes en nuestro país, constituyen en el hecho actividades ilegítimas llevadas a cabo en forma extrajudicial, al margen de la juridicidad, y por ende, se trata de crímenes internacionales imprescriptibles”.

Asimismo, y efectuando la misma cita primeramente comentada y disentida por la Ministro en cuestión, confirmamos lo expuesto, pues presidiendo la Novena Sala de la Corte¹⁹⁴, acoge nuevamente la demanda bajo el supuesto de que la fuente de la responsabilidad civil del Estado en materia de violación a los DDHH se encuentra en las normas y principios del DI de DDHH; y al año siguiente, presidiendo la Quinta Sala del mismo Tribunal¹⁹⁵, el fallo en el que resuelve, junto a otros ministros y abogado integrante, cita, textualmente el argumento, que en un comienzo habría rechazado, fallo en el que además es su redactora.

Nos corresponde, entonces, desarrollar las referencias al DI de los DDHH, efectuadas en las distintas sentencias, que según esta tesis – planteada por el Ministro Brito, tanto en el caso Marfull, como en el caso Martínez – le son aplicables a los casos en estudio.

En la primera referencia del fallo de CA del Caso Marfull, a los convenios internacionales en materia propiamente civil, señala que:

primeramente, a algunos (los más relevantes) instrumentos internacionales suscritos por el Estado de Chile, y seguidamente, a lo que ya se ha resuelto por los tribunales del país, en particular, por la Excm. Corte Suprema”.

¹⁹⁴ **Sentencia CA Santiago 8090-2004** op. cit., considerando 10^o (acumulada a 68-04).

¹⁹⁵ **Sentencia CA Santiago 3319-2007** op. cit., considerando 16 (citando el 6715-02).

“... de acuerdo a los arts. 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADDHH), cuando ha existido una violación a los derechos humanos surge para el Estado infractor la obligación de reparar con el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”¹⁹⁶.

Estos mismos fallos, continúan con el argumento expuesto, incorporando además, jurisprudencia de la Corte Interamericana, señalando que para la misma:

“... el art. 63.1 de la Convención, "constituye una norma consuetudinaria que es, además, uno de los principios fundamentales del actual derecho de gentes tal como lo ha reconocido esta Corte (...) y la jurisprudencia de otros tribunales (...)" (Caso Aloeboetoe y otros de 1993). En un fallo reciente aplicando este criterio señala: "Tal como ha indicado la Corte, el art. 63.1 de la Convención Americana refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. De esta manera, al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación". (Caso Trujillo Oroza, de 2002, Cantoral Benavides, de 2001, Cesti Hurtado, de 2001, Villagrán Morales y otros, de 2001 y Bámaca Velásquez, de 2002).”¹⁹⁷

¹⁹⁶ **Sentencia CA 37483-2004** considerando 18º; **Sentencia CA Santiago 165-2001** op. cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 6715-2002** op. cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 6879-2002** op. cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 9663-2003** op. cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 13824-2006** op. cit., considerando 15º a); **Sentencia CA Santiago 927-2005** op. cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 8090-2004** op. cit., considerando 10º.

¹⁹⁷ **Sentencia CA 37483-2004** considerando 18º; **Sentencia CA Santiago 165-2001** op. cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 6715-2002** op. cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 6879-2002** op. cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 9663-2003** op. cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 13824-2006** op. cit., considerando 15º a); **Sentencia CA Santiago 927-2005** op. cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 8090-2004** op. cit., considerando 10º.

En algunos de los fallos transcritos, se agrega que:

“... en otras sentencias, la misma Corte ha manifestado: "Es un principio de Derecho Internacional, que la jurisprudencia ha considerado incluso una concepción general de derecho, que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente". (Caso Velásquez Rodríguez, de 1989. En el mismo sentido caso Godínez Cruz, de 1989. Asimismo la Corte cita fallos de otros tribunales en que se ha sostenido la misma doctrina, dictados los años 1927, 1928 y 1949).¹⁹⁸

En los mismos fallos aludidos de la CA, y en un voto disidente del abogado integrante Domingo Hernández, así como en un par de prevenciones de otro de los abogados que integran la CS, Benito Mauriz, se señala que:

“... la Corte también ha aclarado que el art. 63.1 de la Convención no remite al derecho interno para el cumplimiento de la responsabilidad del Estado, de manera que la obligación "no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencias del derecho nacional, sino con independencia del mismo". (Caso Velásquez Rodríguez, Serie C, N° 4, 1.988, par. 30)¹⁹⁹.

¹⁹⁸ **Sentencia CA 37483-2004** op. cit., considerando 18°; **Sentencia CA Santiago 165-2001** op. cit., considerando 1°; **Sentencia CA Santiago 6715-2002** op. cit., considerando 1°; **Sentencia CA Santiago 6879-2002** op. cit., considerando 1°; **Sentencia CA Santiago 9663-2003** op. cit., considerando 1°; **Sentencia CA Santiago 13824-2006** op. cit., considerando 15° a); **Sentencia CA Santiago 927-2005** op. cit., considerando 1°.

¹⁹⁹ **Sentencia CA Santiago 6715-2002** op. cit., considerando 1°; **Sentencia CA Santiago 6879-2002** op. cit., considerando 1°; **Sentencia CA Santiago 9663-2003** op. cit., considerando 1°; **Sentencia CA Santiago 13824-2006** op. cit., considerando 15° a); **Sentencia CA Santiago 927-2005** op. cit., considerando 1°; **Sentencia CA Santiago 8090-2004** op. cit., considerando 10°; Voto disidente del Abogado Integrante Domingo Hernández E. **Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007** op. cit., considerando 8°; Prevención del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich

A su vez, los abogados referidos en sus intervenciones en la CS, concluyen de lo expresado que:

“Para este órgano de justicia supranacional, por ende, el tema de las reparaciones por violación de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, se sitúa en una perspectiva que trasciende del derecho interno y que obliga al intérprete a resolver teniendo en cuenta exclusivamente las reglas y principios que son propios de aquel entorno, con prescindencia del ordenamiento doméstico.”²⁰⁰

A esta misma conclusión habría llegado la CS, en el fallo penal – anterior a algunos de la misma Corte recién transcritos –, en el caso Marfull donde pese a no acoger la acción indemnizatoria por dar lugar a la excepción de incompetencia revocando el fallo de la CA que acogía la demanda, señala:

“Los principios internacionales referidos, los convenios, pactos y tratados en que se reconocen los DDHH y las garantías a nivel de tribunales nacionales, gozan de primacía constitucional, cuyo colofón -de acuerdo a una interpretación progresiva y finalista de la Constitución- es que prevalecen sobre la legislación interna, puesto que se entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan. Siendo, por lo mismo, tal normativa invocable por todos los individuos, atendido el compromiso moral y jurídico del Estado ante la comunidad internacional de respetarlos, promoverlos y garantizarlos.”²⁰¹

Sentencia de Casación CS 3956-2007 op. cit., considerando 12º; Prevención del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich **Sentencia de Casación CS 514-2008** op. cit., considerando 12º.

²⁰⁰ Voto disidente del Abogado Integrante Domingo Hernández E. **Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007** op. cit., considerando 8º; Prevención del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op. cit., considerando 12º; Prevención del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich **Sentencia de Casación CS 514-2008** op. cit., considerando 12º.

²⁰¹ **Sentencia de Reemplazo CS 1528-2006** op. cit., considerando 34º.

Por su parte, el Ministro Zepeda, en las intervenciones ya referidas, vinculando esta materia a la discusión en torno a la existencia de un régimen especial de responsabilidad y a partir de lo expuesto al respecto por el Fisco en sus alegaciones, va desarrollando – como advertimos precedentemente – una tesis paralela, en el mismo sentido que la elaborada por el Ministro Brito, donde señala que; para resolver la interrogante en torno a la existencia de este régimen especial, se deben analizar dos aspectos básicos; el primero, determinar la fuente de la obligación indemnizatoria que se demanda, y en segundo término, si existe fundamento para concluir que el Estado de Chile debe soportar el cumplimiento de reparar los daños ocasionados.²⁰²

Bajo esta estructura argumentativa, los fallos en referencia establecen que las fuentes de las obligaciones civiles son el contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito, o la ley. Y añaden que en la actualidad, la existencia del delito de lesa humanidad es ampliamente reconocido, no tan sólo como Principio Internacional, sino como norma del DI Público -como también hemos podido observar en las referencias de las demás sentencias estudiadas-; y la noción de crimen de lesa humanidad produce, como consecuencia de ello, en el ámbito del ordenamiento jurídico, la obligación para el Estado de respetar los tratados sobre la materia, de acuerdo al art. 5º de la CPR, lo que significa el deber de asegurar el cumplimiento de sus disposiciones por todos los órganos y agentes del Estado.²⁰³

En virtud de lo cual concluye que:

“... la responsabilidad que pesa sobre el Estado en esta materia proviene en efecto, de la ley. Pero tal obligación de responsabilidad indemnizatoria está originada para el Estado, tratándose de violación de los Derechos Humanos, no sólo en cualquier ley, sino en una de rango mayor como lo es la Constitución Política de la República; y

²⁰² Voto Disidente del Ministro Jorge Zepeda Arancibia **Sentencia CA Santiago 146-2006** op. cit., considerando 17º; **Sentencia CA Santiago 4464-2001** op. cit., considerando 13º.

²⁰³ Voto Disidente del Ministro Jorge Zepeda Arancibia **Sentencia CA Santiago 146-2006** op. cit., considerando 17º; **Sentencia CA Santiago 4464-** op. cit., considerando 13º.

no solamente deriva de ésta, sino de los Principios Generales de Derecho Humanitario y de los Tratados Internacionales sobre la materia, como expresión concreta de los mismos. Enseguida, en estos casos, el Estado se encuentra obligado a soportar el pago de la indemnización en forma directa, en virtud a la relación de derecho público entre él y la víctima y los familiares de ésta, deber que se centra en la reparación de los daños producidos por la violación en materia penal de los Derechos Humanos, pues, no se puede alcanzar en esto una comprensión precisamente humana e integral, sin tener presente en este aspecto a la víctima y su familia. Que, en efecto el corpus iuris referido ha establecido la responsabilidad del Estado en materia de violación de los Derechos Humanos en forma directa, es decir, sin que sea dependiente de la responsabilidad de los agentes de éste; o bien, al concepto dado por el derecho administrativo de falta de servicio, es decir, establecer una mala organización o funcionamiento defectuoso de la administración (Pedro Pierry Arrau, La responsabilidad Extracontractual del Estado, Revista del Consejo del Estado, año I, julio de 2000 N° 1, página 13).²⁰⁴

Estas dos tesis paralelas y complementarias, la del Ministro Brito y la del Ministro Zepeda, que en lo medular versan sobre lo mismo, van configurando la noción en torno a la existencia de una legislación supraestatal llamada a regular estas materias. Esta noción se fue asentando, adquiriendo cada vez más fuerza y nuevos adherentes, llegando incluso a ser adscrita por nuestro máximo tribunal superior, claro que en principio, únicamente en sentencias penales.

Es así, como nos encontramos, algunos años después de las referidas sentencias de CA, específicamente a partir de septiembre del año 2008, con el primero de los fallos de CS – de los que hemos tenido acceso en este estudio – que, luego de mucho tiempo de que esta Corte acogiera excepciones, ya sea de incompetencia o prescripción, la Segunda Sala Penal, integrada por los Ministros Nibaldo Segura P., Hugo Dolmestch U., Juan Araya E., Carlos Künsemüller L. y el Abogado Integrante

²⁰⁴ Voto Disidente del Ministro Jorge Zepeda Arancibia **Sentencia CA Santiago 146-2006** op. cit., considerando 17°; **Sentencia CA Santiago 4464-2001** op. cit., considerando 14°.

Hernán Álvarez G., resolviendo el caso de homicidio calificado de Fernando Gabriel Vergara Vargas, efectivamente se pronuncia resolviendo el fondo del asunto, concluyendo, con dos votos en contra, – en un argumento que luego es citado por otras sentencias de CA y CS – que:

“... de esta manera sólo cabe acoger la acción civil deducida en autos, que tiene como objeto obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de los agentes del Estado de Chile, ya que así lo demanda la aplicación de buena fe de los tratados internacionales suscritos por nuestro país, así como la interpretación de las normas de derecho internacional consideradas ius cogens por la comunidad jurídica internacional. Dichas normas deben tener aplicación preferente en nuestro ordenamiento interno, al tenor de lo que dispone el artículo 5° de la Constitución Política de la República, por sobre aquellas disposiciones de orden jurídico nacional que posibilitarían eludir las responsabilidades en que ha incurrido el estado chileno y que invoca el Consejo de Defensa del Estado en resguardo de los intereses fiscales, a través de la actuación penalmente culpable de sus funcionarios, dando cumplimiento de este modo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.”²⁰⁵

²⁰⁵ **Sentencia de Reemplazo CS 6308-07** op. cit., considerando 20°. **Sentencia de Reemplazo CS 4961-2007** op. cit., considerando 6°; **Sentencia de Reemplazo CS 695-2008** op. cit., considerando 41°; **Sentencia de Reemplazo CS 2080-2008** dictada el 8 de abril de 2010 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Haroldo Brito Cruz y los Abogados Integrantes Nelson Pozo Silva y Maricruz Gómez de la Torre Vargas, considerando 10°. **En la CA se ha señalado lo mismo por:** Voto Disidente del Ministro Mario Rojas González en la **Sentencia CA Santiago 4299-2002** dictada el 28 de mayo de 2007 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Mauricio Silva Cancino, Mario Rojas González y por el Abogado Integrante Osvaldo Contreras Strauch, considerandos 8°, 10°, 13°, 15°, 16°, 17° y 18°; **Sentencia CA Santiago 217- 2005** op. cit., considerandos 13° y 14°; **Sentencia CA Santiago 147-2006** op. cit., considerando 10° (citando la primera

Esta y otras citas de la señalada sentencia, las podemos ver en otros fallos que adoptaron la misma tesis y que aludieron a este excepcional fallo de la CS, como referencia de resolución del Máximo Tribunal de Justicia, y que como veremos luego, también fue seguida por otras sentencias de esta misma Corte que acogieron la demanda en sentencias de la sala penal.²⁰⁶

Así pues, el señalado fallo, a continuación de lo transcrito, expresa que en estos casos se debe:

“... desestimar la alegación del Fisco, relativa a la inexistencia de una responsabilidad objetiva e imprescriptible por parte del Estado Chileno, al emanar de la ley la responsabilidad que se pretende hacer efectiva, siendo aquélla precisamente la de rango constitucional contemplada en el art. 5° de la CPR, que ha posibilitado la incorporación en el ordenamiento jurídico interno de las obligaciones contempladas por los instrumentos internacionales que recogen los principios generales del Derecho Humanitario, entre los cuales se encuentra aquélla relativa a la obligación de indemnizar los daños producidos por la violación de los DDHH.”²⁰⁷

sentencia de la referencia); **Sentencia CA Santiago 3319-2007** op. cit., considerando 14° (citando la primera sentencia de la referencia).

²⁰⁶ A modo de ejemplo en CA: **Sentencia CA Santiago 217-2005** op. cit., considerando 13°; y **Sentencia CA Santiago 147-2006** op. cit., considerando 12°. Y en CS veremos más adelante los fallos de las causas de Rol: **4662-07, 4723-07, 4691-07 y 695-08**.

²⁰⁷ **Sentencia de Reemplazo CS 6308-07** op. cit., considerando 21°. Entre las que le **siguen de CA: Sentencia CA Santiago 217-** op. cit., considerando 13°; **Sentencia CA Santiago 270-2006** op. cit., considerando 10°; **Sentencia CA Santiago 147-2006** op. cit., considerando 10°; **Sentencia CA Santiago 3319-2007** op. cit., considerando 14. Entre las que le siguen de CS: **Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007** op. cit., considerando 48°; Voto Disidente de los Ministros Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L. **Sentencia de Reemplazo CS 4961-2007** op. cit., considerando 7°; **Sentencia de Reemplazo CS 4691-2007** op. cit., considerando 52°.

En definitiva, la adhesión y desarrollo de esta tesis relativa a un régimen especial de responsabilidad para los casos de estudio, se produce a través del reconocimiento e incorporación, cada vez más recurrente en los distintos fallos, de las innumerables disposiciones del DI de los DDHH, así como de las sentencias internacionales en la materia.

Este reconocimiento e incorporación lo podemos observar, en la ya referida sentencia del caso Martínez, y las que la siguen – así como observamos en parte en el caso Marfull –, señalando que:

“La cuestión de los derechos fundamentales constituyen un sistema, y por tal razón no es posible interpretar los hechos que los afecten y las normas que los regulan de manera aislada, como tampoco pueden introducirse normas que sean consecuencia de otros criterios orientadores vinculados a finalidades que exceden la naturaleza de esta clase de derechos como son las que han sido invocadas por la demandada, porque toda conclusión alcanzada en tales circunstancias necesariamente será contraria al sistema jurídico de los derechos fundamentales.”²⁰⁸

²⁰⁸ **Sentencia CA 165-2001** op. cit., considerando 2º. Agregando a lo transcrito que: “...un sistema construido a partir de la dignidad de la persona humana/ criterios particulares, propios de la naturaleza del hecho, y por tal razón...” podemos observar el mismo argumento en: Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito **Sentencia de Casación CS 2152-2007** op. cit., considerando 3º; Voto disidente del Ministro Haroldo Brito **Sentencia de Casación CS 3028-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 2797-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 3540-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 4292-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 4163-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 3220-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 4847-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 4794-2007** op.

Y continúa el argumento expresando que:

*“... la acción no puede ser resuelta desde las normas del Derecho privado, porque estas atienden fines diferentes. De aceptarse la tesis de la excepción – relativa a la prescripción que examinaremos en el capítulo siguiente –, ciertamente se vulneraría la citada norma de la Convención Americana de Derechos Humanos y, además, la del artículo 5º de la Constitución Política de la República, que junto con reconocer el carácter vinculante de los instrumentos de Derecho internacional establece para los órganos del Estado el deber de respetar y promover los derechos fundamentales, entre los que ha de situarse el de indemnización que ha sido invocado en estos autos”.*²⁰⁹

En este mismo sentido, otros fallos civiles de CA han expresado:

“... la prescripción de la acción de que se trata no puede ser determinada a partir de las normas del derecho privado, que se refieren efectivamente a cuestiones patrimoniales, pues esas normas atienden a finalidades diferentes a aquellas que emanan del derecho internacional de los derechos humanos y del ius cogens, que importan obligaciones de respeto, de garantía y de promoción de esos derechos, así como la adopción de medidas para hacerlos efectivos. Así, por lo demás, fluye de la norma del artículo 5º de la Carta Fundamental, que junto con reconocer (...lo transcrito

cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 5234-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 4774-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 5243-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op. cit., considerando 2º.

²⁰⁹ **Sentencia CA 165-2001** op. cit., considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 6879-2002** op. cit., considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 6715-2002** op. cit., considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 9663-2003** op. cit., considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 927-2005** op. cit., considerando 2º. **En un sentido semejante, Sentencia CA Santiago 6953-2004** op. cit., considerando 6º; **Sentencia CA Santiago 7658-2003** op. cit., considerando 5º;

en el argumento anterior agrega) respetar y promover los derechos fundamentales, entre los cuales está el de la reparación de las violaciones graves a los derechos humanos, esto es, la indemnización solicitada en estos autos.²¹⁰

Asimismo, los primeros fallos que observamos, donde se plantea la tesis de Ministro Zepeda, ya manifestaban que el derecho de las víctimas y de sus familiares, de recibir la reparación correspondiente implica, la reparación de todo daño que les haya sido ocasionado, lo que se posibilita con recepción del Derecho Internacional de los DDHH en el Derecho Interno Chileno, conforme a lo dispuesto en el art. 5º inciso 2º de la CPR. En esta responsabilidad civil, el Derecho Internacional de los DDHH, protege especialmente el derecho de recibir una reparación correspondiente a las víctimas y sus familiares, estatuto normativo internacional reconocido por Chile.²¹¹

²¹⁰ **Sentencia CA Santiago 3508-2002** op. cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 3595-** op. cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 9740-2004** op. cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 113-2005** op. cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 13065-2004** op. cit., considerando 4º; **En un sentido semejante, Sentencia CA Santiago 1211-2002** op. cit., considerando 6º; **también en, Sentencia CA Santiago 188-04** op. cit.; **Sentencia CA Santiago 6995-2004** op. cit.; **Sentencia CA Santiago 8132-2004** op. cit.; **Sentencia CA Santiago 8404-2004** op. cit., todas (4) en su considerando 4º señalan que: *la referida imprescriptibilidad rige tanto para el ámbito penal como para el ámbito civil, puesto que carece de sentido, frente a la antedicha afirmación basada en el ius cogens, sostener la imprescriptibilidad para el primer ámbito y desestimarla para el segundo, aduciendo para ello que éste es patrimonial, así como también el derecho a la indemnización reclamada, y por lo mismo, privada y renunciabile.*

²¹¹ Voto Disidente del Ministro Jorge Zepeda Arancibia **Sentencia CA Santiago 146-2006** op. cit., considerando 10º; **Sentencia CA Santiago 4464-2001** op. cit., considerando 6º.

En este sentido, podemos observar el mismo predicamento en las primeras sentencias penales de CS²¹² que dan lugar a la demanda civil de indemnización de perjuicios – resolviendo el tema de la competencia igual que las sentencias de CA a partir de la interpretación del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal (CPP) – haciendo suyo éste y otros argumentos desarrollados tanto en otras sentencias penales, como en los fallos civiles de la CA, como los recién señalados. En todo caso, ninguno de los fallos expuestos son unánimes en su veredicto, y tampoco es unánime esta posición en la CS, pues siguen siendo mayoritarios los fallos penales de este Tribunal Supremo que no dan lugar a la demanda – más por incompetencia que por prescripción –, y la Sala Civil de esta Corte, continúa negando sistemáticamente todas las demandas puramente civiles hasta abril de 2010²¹³, luego de la cual de todos modos no existe, hasta la fecha, otra sentencia que en la Sala Civil de la CS otorgue la indemnización requerida. En estos casos de negativa ante la demanda el argumento recién expuesto aparece en el voto disidente del Ministro Brito Cruz.

En efecto, en su voto disidente el Ministro Brito, expresa que:

²¹² **En los mismos términos expresados: *Sentencia de Reemplazo CS 4723-2007* op. cit., considerando 10º. En un sentido semejante: *Sentencia de Reemplazo CS 6308-07* op. cit., considerando 20º; *Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007* op. cit., considerandos 40º y 42º.**

²¹³ ***Sentencia de Reemplazo CS 2080-2008*** dictada el 8 de abril de 2010 por la Tercera Sala Integrada por los Ministros Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Haroldo Brito Cruz y los Abogados Integrantes Nelson Pozo Silva y Maricruz Gómez de la Torre Vargas; fallada con el voto en contra de los dos primeros ministros enunciados; mientras que la mayoría, en el fallo de casación, reproduciendo parte importante de los argumentos ya expuestos y por exponer, a favor de esta tesis, concluye en el fallo de reemplazo que: “se declara: **i.- Se rechaza la excepción de prescripción** opuesta por el Fisco de Chile a fojas 54. **ii.-Se acoge la demanda** interpuesta en lo principal de la presentación de fojas uno y se condena al Fisco de Chile a pagar a los actores a título de daño moral la suma de ciento treinta millones de pesos (\$130.000.000) a cada uno de los demandantes, suma que deberá ser reajustada a contar desde que este fallo quede ejecutoriado.”

“El derecho a la reparación es un derecho fundamental, esto es uno de aquellos que los estados declaran para asegurar y hacer posible la convivencia democrática, el que por su naturaleza es imprescriptible.”²¹⁴

Ahora bien, la primera de las sentencias penales de CS en acoger la demanda civil, que como vimos es la del caso de homicidio calificado de Fernando Gabriel Vergara Vargas, sienta un precedente que luego es tomado por otras sentencias de la misma Corte y también por la CA. Es así como la CS, en un comienzo solo en los casos penales, y la CA en los casos tanto civiles como penales, van arribando a la misma conclusión del caso Martínez, acogiendo la acción deducida y desestimando la alegación del Fisco sobre la inexistencia de un régimen especial de responsabilidad, bajo los mismos fundamentos expresados en la sentencia penal en comento, situación que pudimos observar al comienzo del análisis del caso Vergara Vargas²¹⁵.

En definitiva, y sin perjuicio de que son escasos los fallos que logran mayoría en esta materia y dan lugar a la demanda, estas primeras sentencias penales de CS en

²¹⁴ Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 2797-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 3540-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 3220-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 4847-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 4794-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 5234-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 5243-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 4774-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op. cit., considerando 2º.

²¹⁵ Ver citas a la sentencia en las páginas 118, 119 y 120, respecto a los argumentos: “de esta manera sólo cabe acoger la acción civil...” y “desestimar la alegación del Fisco...” y sus correspondientes Notas al Pie N°s 205 y 207.

acoger la acción en estudio, y las posteriores que la siguen, recogiendo lo que ya se expresaba en varios fallos de la CA, van posicionando una nueva o más bien renovada consideración a partir de la incorporación del DI de DDHH, estimando pertinente para la acertada resolución de los casos en análisis tener en cuenta que:

“... por tratarse en la especie de un delito calificable como de “lesa humanidad”, cuya especial naturaleza jurídica impide – como se ha declarado por esta Corte (S) en casos similares, por aplicación de múltiples instrumentos internacionales y de acuerdo, también, con las normas del ius cogens, que castigan aquellos delitos que la conciencia jurídica universal considera intolerables, en relación al art. 5º, inciso (inc.) 2º de la CPR – la extinción de la responsabilidad penal del o los culpables por prescripción de la acción persecutoria, de lo que resulta, en consecuencia, asimismo, que tampoco podrá extinguirse por prescripción el deber del Estado y el derecho de la víctima u otras personas relacionadas, a la correspondiente y justa indemnización por los daños causados por el o los responsables de un crimen de tal entidad y gravedad.”²¹⁶

Esta consideración, se produce a través de la incorporación de la legislación supraestatal que hemos estado revisando, incorporación que no está exenta de dificultades, pues desde el comienzo, las sentencias en análisis, intentan develar el carácter vinculante de las declaraciones, resoluciones, tratados, y demás instrumentos internacionales, para hacer aplicable a los casos el DI de los DDHH, situación que en

²¹⁶ **En CS:** Voto Disidente de los Ministros Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemuller L. **Sentencia de Casación CS 3872-2007** op. cit.; **Sentencia de Reemplazo CS 6308-07** op. cit., considerando 21º; **Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007** op. cit., considerando 48º; Voto Disidente de los Ministros Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemuller L. **Sentencia de Reemplazo CS 4961-2007** op. cit., considerando 5º; **Sentencia de Reemplazo CS 4691-2007** op. cit., considerando 52º. **En términos semejantes:** **Sentencia de Reemplazo CS Santiago 695-2008** op. cit., considerandos 39º y 40º. **En CA:** **Sentencia CA Santiago 147-2006** op. cit., considerando 10º; (citando el fallo de CS Rol 6308-07); **Sentencia CA Santiago 3319-2007** op. cit., considerando 14º (citando el fallo de CS Rol 6308-07).

su momento observamos en los fallos penales que aún no acogían las acciones civiles y que veremos ahora, como se fue desarrollando para formar parte de la argumentación que da lugar a las demandas en cuestión.

III.3. 3. Obligatoriedad y Jerarquía de los Instrumentos Internacionales

A este respecto, cabe hacer presente lo expuesto por el Ministro Zepeda, en el señalado voto disidente y en la sentencia en que participa, donde, en este punto, señala que los convenios o tratados internacionales deben ser interpretados y aplicados de acuerdo con las reglas generales de cumplimiento del derecho internacional y de buena fe (*bonna fide*), (*pacta sunt servanda*), regla de derecho internacional que se considera *ius cogens*, y además derecho consuetudinario internacional²¹⁷.

Del mismo modo, otra sentencia posterior, refiriéndose a este derecho consuetudinario expone:

“Este nuevo "ius gentium" se ha ido conformando con una serie sucesiva de convenios y tratados internacionales de carácter universal y también de carácter regional y sectorial que conforman una red de ilícitos internacionales que, por regla general, sólo acarrear la responsabilidad del Estado al haber infringido su deber de respetar y garantizar los DDHH. La responsabilidad por infracción de estos deberes es una responsabilidad que se imputa siempre al Estado y no a las autoridades o a sus agentes. La sanción se traduce en la obligación de reparar las consecuencias de la

²¹⁷ Voto Disidente del Ministro Jorge Zepeda Arancibia **Sentencia CA Santiago 146-2006** op. cit., considerando 9º; **Sentencia CA Santiago 4464-2001** op. cit., considerando 5º.

*violación, entendiéndose que reparar significa eliminar todas las consecuencias del ilícito y consiste en la restitución cuando sea posible y cuando no, la obligación de indemnizar tanto el daño moral que se fundamenta en el sufrimiento causado a las víctimas y sus familiares, como el material que comprende el daño emergente y el lucro cesante.*²¹⁸

En este escenario, nos encontramos con otra sentencia, dictada al año siguiente de la anterior, también de CA, que va sistematizando los argumentos ya expuestos y que nos servirá de referencia en cuanto a las normas y jurisprudencia aludida en nuestros tribunales para la resolución de los casos en estudio, por quienes siguen la tesis expuesta.

Esta sentencia es la del caso Codocedo Gómez con Fisco²¹⁹, que desde su considerando 7º al 15º, logra recopilar gran parte de la normativa internacional enunciada en estos casos y se hace cargo también de discusiones anteriores en la materia. A partir del repaso que haremos de esta sentencia, podremos observar algunas de las que la precedieron y las que le sucedieron, además de ir complementándola con otras apreciaciones no contenidas en ella, vinculadas al tema de la obligatoriedad de los instrumentos internacionales en materia civil.

En primer término, debemos observar lo señalado en muchas sentencias y que ésta recoge como conclusión indiscutible, señalando que:

“... es un principio general del DI reconocido desde larga data, que toda violación a una obligación internacional entraña la obligación de proveer reparación (Corte Permanente de Justicia Internacional, sentencia de 1928). Este principio, acuñado por la Corte señalada y reiterado por la jurisprudencia internacional, ha sido recordado recientemente por la Comisión de Derecho Internacional, Informe de la Comisión de Derecho Internacional (53º período de sesiones, año 2001) y

²¹⁸ **Sentencia CA Santiago 8090-2004** op. cit., considerando 11º.

²¹⁹ **Sentencia CA Santiago 3319-2007** op. cit.

*Documentos Oficiales de la Asamblea General, 61° período de sesiones, año 2005).*²²⁰

Asimismo, la sentencia en cuestión agrega que:

*“En Derecho Internacional de los DDHH también la trasgresión de la obligación de garantizar el goce efectivo de los DDHH y de abstenerse de conculcarlos entraña la obligación de proveer reparación.”*²²¹ *“Las graves violaciones de los DDHH ocurridos en diversas épocas y países ha dado origen a una importante legislación supraestatal contenida en tratados, convenciones y pactos, que ha ido generando en la experiencia de la comunidad internacional numerosos principios generales y normas de ius cogens, que son obligatorios y vinculantes para todos los Estados. Conjunto de normas y principios internacionales que regulan la protección de las personas y asegura un estatuto penal para las víctimas, estableciendo además como un derecho irrenunciable e imprescriptible a su favor, el de la reparación, el derecho de las víctimas a ser reparadas integral y completamente por las violaciones a sus DDHH.”*²²²

Esta idea de reparación de las víctimas y sus familiares en los casos en estudio, posibilitada por la incorporación del DI en nuestro ordenamiento jurídico nacional, la pudimos observar precedentemente en algunos fallos de CA – que, recién a mediados del 2006 fueron de los primeros en desarrollar esta tesis – y de CS, y en los votos disidentes que efectúan la incorporación de DI de DDHH, cuya argumentación va en la misma línea²²³.

Asimismo, lo han entendido los Ministros de nuestro máximo tribunal, Hugo Dolmetsch y Carlos Künsemuller, al expresar, en las sentencias penales en que participan y en un voto disidente, que para la acertada resolución de la demanda civil

²²⁰ **Sentencia CA Santiago 3319-2007** op. cit., considerando 15°.

²²¹ **Sentencia CA Santiago 3319-2007** op. cit., Ibídem.

²²² **Sentencia CA Santiago 3319-2007** op. cit., considerando 15.

²²³ Ver Páginas 118 a 125, Notas al pie N°s 205 a 215, cuya evolución comienza: “Estas dos tesis paralelas...” y concluye “...situación que pudimos observar al comienzo del análisis del caso Vergara Vargas.”

efectuada deben también tenerse presente las normas internacionales sobre DDHH, en cuanto consagran el derecho de las víctimas y familiares a recibir la justa reparación, estatuto normativo internacional reconocido por Chile.²²⁴

En efecto, dos de las sentencias del párrafo anterior, desarrollando más este punto, establecen que:

“... la normativa internacional aplicable en la especie, por mandato constitucional, propende a la reparación integral de las víctimas, lo que incluye el ámbito patrimonial -de conformidad a los en Convenios y Tratados celebrados por Chile- que por disposición constitucional le son vinculantes, como ocurre v.gr., y entre otros, con la propia Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.”²²⁵

En cuanto, a la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno y obligatoriedad de los tratados internacionales, se señala que se han reconocido ambas, a través de la incorporación como tratado de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ratificada por Chile el 9 de abril de 1981, promulgada por DS N° 381 de 1981, donde en el art. 26 de la citada convención, se reconoce dicha primacía, indicando que no puede invocarse ninguna razón legítima para atropellar el cumplimiento de buena fe de las obligaciones contraídas²²⁶, lo que se corrobora en su art. 27, estableciendo que el Estado no puede invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales, de hacerlo comete un hecho ilícito que compromete la responsabilidad internacional del Estado.²²⁷ En algunas de las

²²⁴ Voto Disidente de los Ministros Hugo Dolmetsch U. y Carlos Künsemüller L. **Sentencia de Casación CS 3872-2007** op. cit.; **Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007** op. cit., considerando 44°; **Sentencia de Reemplazo CS 4691-2007** op. cit., considerando 50°.

²²⁵ **Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007** op. cit., considerando 42°; **Sentencia de Reemplazo CS 4691-2007** op. cit., considerando 45°.

²²⁶ **Sentencia de Casación CS 4691-2007** op. cit., considerando 21°.

²²⁷ Voto Disidente del Ministro Jorge Zepeda Arancibia **Sentencia CA Santiago 146-2006** op. cit., considerando 9°; **Sentencia CA Santiago 4464-2001** op. cit., considerando 5°; **Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007** op. cit., considerando 42°;

sentencias precitadas, se hace alusión a la doctrina referida a la materia correspondiente al Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2000, Humberto Nogueira Alcalá, Las Constituciones Latinoamericanas; página 231.

Pues bien, en este entendido, se va arribando a la conclusión acerca de la primacía y obligatoriedad de estas normas ius cogens, primacía que de acuerdo a la sentencia del caso Codocedo, también se ha pronunciado la doctrina penal chilena; a través de autores como Santiago Benavada y Alfredo Etcheberry.²²⁸

En el desarrollo de esta argumentación, vemos algunos de los fallos de CA precitados, haciendo referencia a que:

“Chile, junto a todos los demás Estados suscribieron la DECLARACIÓN DE TEHERAN de 1968, a través de la cual se vincularon para ser efectivos los derechos

Sentencia de Casación CS 4691-2007 op. cit., considerando 21º y **Sentencia de Reemplazo CS 4691-2007** en su considerando 45º; Voto disidente del Ministro Haroldo Brito **Sentencia de Casación CS 3028-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 2797-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 3540-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 4292-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 4163-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 3220-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 4847-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 4794-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 5234-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 5243-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 4774-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op. cit., considerando 2º

²²⁸ **Sentencia CA Santiago 3319-2007** op. cit., considerando 15.

humanos, cuyo art. 6º señala lo siguiente: Los Estados deben reafirmar su firme propósito de aplicar de modo efectivo los principios consagrados en la Carta de Naciones Unidas y en otros instrumentos internacionales en relación con los derechos humanos y libertades fundamentales. A su vez, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, es claramente obligatoria y vinculante también por la remisión que a ella efectúa el art. 29 inciso d) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. (Humberto Nogueira Alcalá “Las Constituciones Latinoamericanas,” Anuario de Derecho Constitucional, Edición 2000, Editorial CIEDLA, página 183). El fundamento anterior, además de permitir el rechazo de la alegación que por este aspecto hace el Fisco de Chile, posibilita subrayar la obligación del Estado frente a los DDHH, en cuanto éstos, por su naturaleza jurídica, constituyen obligaciones positivas y negativas del Estado, en tanto los derechos de persona tienen como contrapartida los deberes estatales, establecidos en las disposiciones constitucionales y preceptos internacionales reconocidos y aceptados por Chile, formando parte de los Tratados y Principios Internacionales del Derecho Humanitario, que consagran la responsabilidad del Estado, las que al tener tal carácter, priman por sobre otra disposición. Preceptos los anteriores a los cuales todo tribunal se encuentra sujeto al decidir lo sometido a su conocimiento y resolución, pues en su función debe conformarse primero a la batería normativa constitucional e internacional aceptada por Chile en esta materia, la cual establece claramente la responsabilidad estatal.²²⁹

En este mismo sentido vemos que otros fallos de CA y algunos votos disidentes de los Ministros Cisternas y Dahm, han efectuado la misma referencia señalando que:

“... se considera útil recordar que a partir de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, el Derecho Internacional Público ha experimentado un notable avance en relación con la protección de la persona humana, lo que ha quedado

²²⁹ Voto Disidente del Ministro Jorge Zepeda Arancibia **Sentencia CA Santiago 146-2006** op. cit., considerando 18º; **Sentencia CA Santiago 4464-2001** op. cit., considerando 15º. Respecto del último punto en un sentido semejante: **Sentencia de Reemplazo CS 4723-2007** op. cit., considerando 13º.

plasmado en numerosas Convenciones y Tratados Internacionales a los que nuestro país ha adherido e incorporado a su legislación interna y a los cuales es innecesario referirse por ser conocidas por todos aquellos que nos desempeñamos en el ámbito del derecho; 5º) Que, en consecuencia, tales normas del derecho internacional sobre derechos humanos están incorporadas y reconocidas por nuestro ordenamiento constitucional y en su virtud cabe consignar que los crímenes e infracciones referidos son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hubieren cometido, afirmación que puede entenderse emanada también del Derecho Internacional General (*ius cogens*), reconocido por las convenciones internacionales.²³⁰

²³⁰ **Sentencia CA Santiago 7895-2002** dictada el 10 de octubre de 2007 por la Novena Sala integrada por los Ministros Juan Escobar Zepeda, Jorge Dahm Oyarzún y por el Abogado Integrante Jorge Lagos Gatica, considerandos 4º y 5º; Voto Disidente del Ministro Jorge Dahm Oyarzún **Sentencia CA Santiago 11380-2002** op. cit., considerandos D) y E); **Sentencia CA Santiago 188-04** op. cit., considerandos 2º y 3º; **Sentencia CA Santiago 8132-2004** op. cit., considerandos 2º y 3º; **Sentencia CA Santiago 6995-2004** op. cit., considerandos 2º y 3º; **Sentencia CA Santiago 8404-2004** op. cit., considerandos 2º y 3º; ; Voto Disidente del Ministro Emilio Elgueta Torres **Sentencia CA Santiago 888-2007** op. cit., considerando D) y E). Respecto al considerando 4º transcrito, en los mismos términos: **Sentencia CA Santiago 10677-2006** op. cit., considerando 4º. Respecto al considerando 5º transcrito: **Sentencia CA Santiago 3508-2002** op. cit., considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 3595-2002** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Alejandro Madrid Crohare **Sentencia CA Santiago 1848-2003** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Lamberto Cisternas Rocha **Sentencia CA Santiago 4547-2003** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente de la Abogado Integrante Regina Clark Medina **Sentencia CA Santiago 6002-2003** op. cit., considerando 4º (citando otros fallos de la Corte); Voto Disidente del Ministro Lamberto Cisternas Rocha **Sentencia CA Santiago 8917-2003** op. cit., considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 9740-2004** op. cit., considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 113-2005** op. cit., considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 13065-2004** op. cit., considerando 2º; En sentido semejante

En este punto, interesante resulta observar el voto disidente del Abogado Integrante Domingo Hernández E. y la prevención del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich, quienes confirman lo expresado, pero disienten en cuanto a *“la posibilidad de extender similar status de imprescriptibilidad a las acciones dirigidas a obtener reparación por los mismos hechos.”*²³¹ Esta disidencia y prevención, junto a los demás argumentos contrarios a la tesis que hemos estado revisando y que otorga la indemnización a los afectados, la veremos en su conjunto cuando revisemos la posición mayoritaria de la CS, que finalmente se traduce en el rechazo de las demandas en estudio.

Por su parte, la CS, en su Sala Penal, como vimos en los fallos analizados al comienzo de la evolución jurisprudencial en comento, va arribando a la misma conclusión en cuanto a la obligatoriedad y jerarquía de los instrumentos internacionales, en este sentido podemos observar lo expresado en el fallo del caso Marfull, que pese a no acoger la demanda civil por estimar pertinente la excepción de incompetencia, presenta un importante aporte en cuanto al carácter vinculante de esta legislación supranacional, señalando:

“31º) Que esta normativa deriva de conceptos jurídicos antiguos de un orden superior que las leyes del hombre y de las naciones no pueden contravenir habiendo sido aceptadas, sea expresamente por tratados o tácitamente por la costumbre, para proteger la moral pública en ellas contenidas. Su principal característica distintiva es su relativa indelebilidad, ya que son reglas de derecho consuetudinario internacional que no pueden soslayarse por tratados o voluntad, sino por la formación de una posterior

también respecto al considerando 5º transcrito: *Sentencia CA Santiago 7658-2003* op. cit., considerando 5º; ***Sentencia CA Santiago 6953-*** op. cit., considerando 6º.

²³¹ Voto Disidente del Abogado Integrante Domingo Hernández E. en la ***Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007*** op. cit., considerandos 1º, 2º y 3º; Prevención del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich en la ***Sentencia de Casación CS 3956-2007*** op. cit., considerandos 1º, 2º y 3º; Prevención del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich en la ***Sentencia de Casación CS 514-2008*** op. cit., considerandos 1º, 2º y 3º.

disposición consuetudinaria de efecto contrario. La contravención de estos preceptos afecta gravemente la conciencia moral de la humanidad y obliga, a diferencia del derecho consuetudinario tradicional, a la comunidad internacional como un todo, independientemente de su rechazo, reconocimiento o aquiescencia.

El referido carácter obligatorio de los cánones de ius cogens concluyó con su transformación en derecho convencional por obra de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, ratificada por Chile el 9 de mayo de 1981, la que dispone en su artículo 53 que “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Es así como la doctrina las ha conceptualizado como aquellos dogmas o principios estructurales del orden internacional reflejo de valores fundamentales generalmente aceptados por la comunidad internacional que, en virtud de su carácter dominante, obligan a todos los Estados con independencia de su voluntad (Antonio Cassese: “Los derechos humanos en el mundo contemporáneo”, Ariel, Barcelona, primera reimpresión, año mil novecientos noventa y tres, página 241).

Las reglas ius cogens no son exclusivamente meros criterios directivos, ni juicios de valor simplemente, ni escuetos dictados de la razón, son auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conducta. Existen con independencia de su formulación y cuando las leyes las recogen, o sea, las expresan en su fórmula, no quiere decir que se esté mudando su naturaleza verdaderamente jurídica, la cual, en definitiva, es independiente y autónoma de su consagración a nivel positivo.

Por lo tanto, las máximas de ius cogens son disposiciones a partir de las cuales surgen obligaciones erga omnes, las que no pueden ser dejadas sin efecto o alteradas

*por un acuerdo entre Estados sino únicamente por una norma posterior que, al mismo tiempo, ostente el carácter de imperiosa.*²³²

Luego de lo expuesto, la citada sentencia se refiere a la primacía constitucional de los principios de DI referidos, argumentación que ya observamos al revisar lo expuesto en dicha sentencia en relación a los distintos fallos de la CI²³³. Y a continuación agrega, que:

*“... esta Corte ha reconocido en variadas oportunidades que los principios del Derecho Internacional y las normas del derecho consuetudinario forman parte del ordenamiento jurídico chileno con primacía sobre las leyes internas. En efecto, en el caso denominado Lauritzen con Fisco este tribunal sostuvo “que aún en el supuesto de que pudieren tener aplicación las leyes internas, los principios del Derecho Internacional tienen prevalencia en estos casos” (Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LVI, segunda parte, sección cuarta, página 66). Igualmente, se ha declarado que el Derecho Internacional, aun consuetudinario, tiene prevalencia sobre la legislación nacional, a pesar que el primero no se encuentre traducido en tratados o convenciones obligatorias para Chile, sino solamente en los principios de derecho internacional generalmente aceptados, los que se entienden automáticamente incorporados en el derecho chileno, sin necesidad de un acto de recepción por parte de los órganos del Estado. Afirmando que es inaceptable en derecho que un tratado internacional pueda ser modificado por un acto unilateral de uno de los contratantes (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LII, segunda parte, sección primera, página 478; Revista Fallos del Mes, septiembre de mil novecientos sesenta y nueve, páginas 223 a 224 y junio de mil novecientos setenta y cinco, página 90 y Alfredo Etcheberry O.: “El Derecho Penal en la Jurisprudencia”, tomo I, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, Santiago, Chile, año dos mil dos, páginas 38 y 39).*²³⁴

En este punto, la referida sentencia, luego de múltiples citas doctrinarias y otras jurisprudenciales, termina concluyendo que:

²³² **Sentencia de Reemplazo CS 1528-2006** op. cit., considerando 31º.

²³³ Ver cita al mismo fallo en página 116, Nota al pie N° 201.

²³⁴ **Sentencia de Reemplazo CS 1528-2006** op. cit., considerando 35º.

“En tal virtud, las reglas del derecho internacional generalmente aceptadas se entienden automática y globalmente incorporadas en el derecho interno, y deben ser aplicadas por los tribunales nacionales con preferencia al derecho interno. Primacía de las normas internacionales de Derecho Internacional General que determina que, en los delitos de lesa humanidad, dichas disposiciones actualmente recepcionadas constitucionalmente vía tratado internacional y vinculantes desde antes como Principio General del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, son obligatorias en la forma precedente.”²³⁵

En su momento vimos que este reconocimiento al carácter vinculante de la normativa internacional, se ha efectuado desde fines del siglo pasado en algunas sentencias de la CS²³⁶.

Finalmente, la sentencia penal de CS, del caso Marfull, continuando con la materia en estudio, concluye:

“Los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no sólo deriva del mentado art. 5°, sino también del 1°, inc. primero y cuarto, y 19, Nº 26°, de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales, entre éstos del art. 1° común a los Cuatro Convenios de Ginebra, que establece el deber de los Estados Partes de respetar y hacer respetar el derecho internacional humanitario.”²³⁷

En definitiva, está asentado en parte de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, la idea de obligatoriedad y primacía de las normas de ius cogens en los casos en estudio, situación que ya habíamos advertido en los primeros

²³⁵ Ídem.

²³⁶ Ver páginas 101, 102 y 103, vinculadas a las notas al pie N°s 179, 180 y 181.

²³⁷ **Sentencia de Reemplazo CS 1528-2006** op. cit., considerando 38°.

fallos penales de la CS, que se refieren a esta materia, y así como hemos observado se van exponiendo en las distintas sentencias, una serie de citas a fallos de la CI, y algunos instrumentos internacionales, que no sólo se refieren a la imprescriptibilidad de los delitos materias de los procesos, calificados como crímenes contra la humanidad, sino que también manifiestan la obligación de reparación que en estos casos corresponde al Estado. Todo lo cual, se traduce en el reconocimiento relativo a que las conductas presentadas en estos casos, a la luz de los instrumentos internacionales suscritos, ratificados y vigentes en nuestro país, constituyen una actuación ilícita, llevada a cabo al margen de la juridicidad, y por ende, integra el catálogo de los crímenes reconocidos en la comunidad internacional como de lesa humanidad, internacionalmente imprescriptibles²³⁸ y se agrega que:

“... por otro lado, y tratándose de delitos cometidos por militares en el ejercicio de su función pública, en que éstos, durante un período de extrema anormalidad institucional, representaban al gobierno de la época, y en que -al menos en el caso de autos- claramente se abusó de aquella potestad y representación, produciendo agravios de tanta gravedad como los que aquí se estudian, el Estado de Chile no puede eludir su responsabilidad legal de reparar dicha deuda de jure, no siendo suficiente ni completa su esmerada actuación durante la persecución penal. A lo anterior lo obliga, además de lo ya dicho, el Derecho Internacional, traducido en Convenios y Tratados que, por clara disposición constitucional, le son vinculantes.”²³⁹

También observamos esta reflexión elocuentemente expresada, en un fallo de CA, manifestando que: *“En el orden civil, la consideración de tratarse de hechos ilícitos cometidos por agentes del Estado, conforme a lo dispuesto en los mismos tratados y convenciones precedentemente enunciados, la necesidad de aplicar de buena fe dichos instrumentos internacionales, así como las normas que conforman el ius cogens, han hecho concluir a la doctrina y una parte importante de la jurisprudencia*

²³⁸ **Sentencia CA Santiago 3319-2007** op. cit., considerando 7.

²³⁹ **Sentencia de Reemplazo CS 4723-2007** op. cit., considerando 9°. En un sentido semejante en la misma CS ver cita en páginas 59 y 60 pie N° 109.

*que constituyen fundamento suficiente para dirigir la acción indemnizatoria en contra del propio Estado.*²⁴⁰

Procederemos pues, a algunas otras de las citas de las distintas disposiciones internacionales relevantes en estos casos, comenzando por La Asamblea General de Naciones Unidas, que por Resolución N° 2.391 (XXIII), de 26.11.1968, en vigor desde el año 1970, aprobó la “*Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad*”, disponiendo:

“Considerando que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad figuren entre los delitos de derecho internacional más grave.

Convencidos de que la represión efectiva de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad es un elemento importante para prevenir esos crímenes y proteger los derechos humanos y libertades fundamentales, y puede fomentar la confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y seguridad internacional”...

Art. 1°: Son imprescriptibles:

a) Los crímenes de guerra,...

b) Los crímenes de lesa humanidad. Cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz según la definición del Estatuto del tribunal de Nüremberg, los principios de Derecho Internacional de Nüremberg y confirmadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, así como el apartheid y el genocidio.” Por su parte, el artículo 2° de este instrumento declara que la Convención se aplica, sin distinción, a las autoridades del estado y a particulares, ya sea que hayan participado como autores, cómplices o hayan incitado directamente a la perpetración de esos crímenes y cualquiera sea el grado de desarrollo.²⁴¹ A esta alusión le sigue la ya referida, del año

²⁴⁰ **Sentencia CA Santiago 270-2006** op. cit., considerando 3°.

²⁴¹ **Sentencia CA Santiago 217-2005** op. cit., considerando 7°; **Sentencia CA Santiago 147-2006** op. cit., considerando 6°; **Sentencia CA Santiago 3319-2007** op.

1973, de la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Resolución N° 3.074 (XXVIII), de fecha 03.12.1973, *“Principios de cooperación internacional para el descubrimiento, el arresto, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.”*²⁴²

Asimismo se señala que aunque la *“Convención sobre Imprescriptibilidad de estos crímenes, no ha sido ratificada por el Estado de Chile – a la fecha de la sentencia en comento –, surge en la actualidad con categoría de norma de “ius cogens”, o principios generales del derecho penal internacional, cuya obligatoriedad en derecho interno se encuentra mandada por la CPR (art. 5, inc. 2º), de modo tal que el reconocimiento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y de los crímenes de guerra, así como el aseguramiento objetivo y expreso de los DDHH resulta indiscutible e imperativo para los tribunales nacionales. A mayor abundamiento, siendo nuestro país un Estado Parte de la ONU, se encuentra obligado a cumplir de buena fe las resoluciones de la Asamblea General”*²⁴³.

En efecto, al respecto la sentencia del caso Marfull, señala:

“En conclusión, puede decirse que la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad ha representado únicamente la cristalización de principios ya vigentes para nuestro Estado como parte de la comunidad internacional. El referido instrumento internacional, se comporta como la constatación de la existencia y expresión formal de la norma, a su más precisa sistematización y formulación de las reglas de derecho internacional en aquellas materias que ya existía práctica de los Estados (José Antonio Pastor R.: “Las Naciones Unidas y la Codificación del Derecho Internacional: Aspectos Jurídicos y Políticos”, en Las

cit., considerando 8º; **Sentencia de Reemplazo CS 1528-2006** op. cit., considerando 46º.

²⁴² Materia revisada al tratar la calificación de estos delitos, ver en página 94, sentencias en Nota al pie N° 166.

²⁴³ **Sentencia CA Santiago 217-2005** op. cit., considerando 9º; **Sentencia CA Santiago 147-2006** op. cit., considerando 8º; **Sentencia CA Santiago 3319-2007** op. cit., considerando 10º.

Naciones Unidas y el Derecho Internacional, Fernández y Quel coordinadores, Editorial Ariel, Barcelona, año mil novecientos noventa y siete, página 176).^{244 245}

Continuando con el repaso de la normativa internacional aplicable a la materia, se establece que tanto la Declaración Universal de DDHH –arts. 4º y 5º- como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas –arts. 7 al 10- ratificado por Chile e incorporado a su derecho interno, prohíben en la práctica, los crímenes contra la humanidad²⁴⁶.

En esta materia podemos volver a lo señalado en las sentencias penales de CS, algunas recogiendo lo expresado en otras sentencias de fines de los 90²⁴⁷ y otras reformulando lo comentado, como lo podemos ver en la sentencia del caso de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, que señala:

“... el Estado de Chile se impuso, al suscribir y ratificar los citados Convenios, la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados dentro de su territorio, especialmente si fueren detenidas, quedando vedadas las medidas tendientes a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe. Y en cuanto el Pacto (Internacional de Derechos Civiles y Políticos) persigue garantizar los derechos esenciales que nacen de la naturaleza humana, tiene aplicación preeminente, puesto que esta Corte Suprema en reiteradas sentencias ha reconocido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los derechos que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que

²⁴⁴ **Sentencia de Reemplazo CS 1528-2006** op. cit., considerando 47º.

²⁴⁵ Más adelante, al revisar la posición mayoritaria de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, que rechaza las demandas, veremos como éstas y otras normas internacionales, son igualmente reconocidas, pero restringida su aplicación al ámbito penal.

²⁴⁶ **Sentencia CA Santiago 3319-2007** op. cit., considerando 11º.

²⁴⁷ Ver Páginas 101, 102 y 103, Notas al pie N°s 179, 180 y 181.

*puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos.*²⁴⁸

Luego de lo cual, varias de las sentencias en comentario, hacen referencia a la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional del art. 5º inc. 2º, mención que pudimos observar en las citas a las primeras sentencias penales de CS²⁴⁹ y donde encontramos otro fallo de CS que, explicando más este punto, señala que:

*“... este carácter amplio de protección se desprende de la historia fidedigna del establecimiento del precepto aludido, puesto que su integrante Jaime Guzmán Errázuriz al recalcar que los derechos que arrancan de la naturaleza humana era "el único límite a la soberanía desde un ángulo objetivo, habida consideración que el debe proyectarse conceptualmente con la noción de bien común", de tal suerte que aun cuando esos derechos no estén en el texto constitucional "no por eso una disposición jurídica cualquiera que atentara indebidamente en contra de ellos, dejaría de ser ilegítima" (Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión 49 de veintisiete de junio de mil novecientos setenta y cuatro)*²⁵⁰.

Otra sentencia de CA, concluye que:

²⁴⁸ **Sentencia de Reemplazo CS 517-2004** op. cit., considerando 35º. **Argumento citado y transcrito por la Sentencia CA Santiago 3319-2007** op. cit., considerando 13º. **En términos muy semejantes:** Voto Disidente del Abogado Integrante Roberto González Maldonado **Sentencia CA Santiago 11201-2005** dictada el 30 de diciembre de 2008 por la Octava Sala integrada por los Ministros Cornelio Villarroel Ramírez, Pilar Aguayo Pino y por el Abogado Integrante Roberto González Maldonado, considerando 20º, agregando a lo expuesto: *“...renunciando además, a la facultad de auto exonerarse por las responsabilidades incurridas por ellos, teniendo especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe.”*

²⁴⁹ Especialmente desarrollado en Nota al pie N° 175 de las páginas 97 y 98. Y en cuanto a las citas, ver Páginas 102 y 103 Notas al pie N°s 180 y 181.

²⁵⁰ **Sentencia de Reemplazo CS 1528-2006** op. cit., considerando 38º parte final.

*“... si los tratados de derechos humanos fueron incluidos en la modificación constitucional citada, se infiere que esos últimos necesariamente han de tener una mayor jerarquía en el ordenamiento jurídico nacional, que el resto de los tratados internacionales”.*²⁵¹

Asimismo, la sentencia penal recién trascrita, del caso Marfull, señala:

“La obligación estatal que dimana de la Constitución, de los Tratados Internacionales sobre DDHH y de los Principios Generales de Derecho Internacional Humanitario, existía bajo nuestra Carta Fundamental de 1925²⁵², pues Chile al igual que hoy era un Estado Constitucional de Derecho, y le era exigible la congruencia de aquélla con los aludidos acuerdos multilaterales y axiomas. Por lo que el legislador no tiene atribución alguna para modificar por ley un acuerdo internacional y si bien podría dictarla, prescribiendo disposiciones contrarias a éste o que hiciesen imposible su cumplimiento, ese acto del órgano legislativo comportaría una contravención al ordenamiento internacional. No puede ser de otra manera, en especial respecto de los tratados de DDHH ya que “estos tienen una naturaleza distinta de la ley, en la medida que no son actos jurídicos unilaterales, sino actos jurídico bi o multilaterales en que intervienen las voluntades de diversos Estados. Además, estos tratados se constituyen no en beneficio de los estados parte sino en resguardo de la dignidad y los derechos inherentes al ser humano por el sólo hecho de ser persona. Los estados parte por tal reconocimiento constituyen una auto limitación a su soberanía, no pueden, por tanto, desvincularse unilateralmente de los tratados en materia de DDHH, sino de acuerdo al procedimiento establecido en ellos mismos” (Humberto Nogueira Alcalá: “Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos Iquote”, en Revista de Derecho, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, volumen 20, números 2 y 3, Tomo II, mayo-diciembre de 1993, pág. 887). Un acuerdo Internacional, por ende,

²⁵¹ **Sentencia CA Santiago 1211-2002** op. cit., considerando 17º.

²⁵² Referencia que vimos en otros fallos al comienzo de este capítulo, analizando la normativa aplicable; ver en página 55 Nota al pie N° 102.

*no puede dejar de aplicarse sino de conformidad con las normas de DI (Gaceta Jurídica, números 177 y 185, pág. 165 y 120 respectivamente)*²⁵³.

De este modo, y habiendo observado el desarrollo que ha existido en esta materia, y que se ha posibilitado con la incorporación del DI de los DDHH, complementamos la conclusión que ha permitido dar lugar a las demandas en estos casos y que vimos al terminar uno de los primeros temas en análisis²⁵⁴, cual es, como vimos, que cabe acoger la acción civil, que tiene como objeto obtener la reparación de los perjuicios ocasionados por el actuar de los agentes del Estado de Chile, ya que así lo demanda la aplicación de buena fe de los tratados internacionales suscritos por nuestro país, así como la interpretación de las normas de derecho internacional consideradas *ius cogens* por la comunidad jurídica internacional.²⁵⁵

Pues bien, como hemos visto, existe parte importante de la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, que han reconocido la obligatoriedad y jerarquía de los instrumentos internacionales, y del derecho internacional consuetudinario y que a partir de este reconocimiento lo incorporan en la resolución de los casos y concluyen que debe darse lugar a las demandas. Sin embargo, este reconocimiento fue resistido en un comienzo apelando a la vigencia de los señalados instrumentos – así como en su momento se apeló a la vigencia de las disposiciones pertinentes de DPUB. –, y luego de una aceptación más generalizada, su aplicación en materia civil ha sido resistida, sistemáticamente por los fallos mayoritarios de las Cortes, que tanto en materia penal respecto de su parte civil, como en los casos puramente civiles, han negado lugar a las demandas mayoritariamente.

En el señalado escenario, nos encontramos pues, con los fallos – el primero en efectuar la mención es de la Corte de Apelaciones de Valparaíso – que rechazan la aplicación de los instrumentos internacionales, expresando:

²⁵³ ***Sentencia de Reemplazo CS 1528-2006*** op. cit., considerando 37º.

²⁵⁴ Ver página 59, Nota al pie N° 108.

²⁵⁵ Más en extenso en páginas 118 y 119, con referencia a los primeros fallos penales de CS en dar lugar a las demandas civiles en estudio, en Nota al pie N° 205.

“En cuanto a la normativa internacional, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (P.I.D.C.P.) promulgado por dcto. 778, publicado en el DO de 29.04.1989, como la Convención Americana sobre DDHH (CADDHH), o Pacto de San José de Costa Rica, promulgado por dcto. 873, aparecido en el DO de 05.04.1991, son de promulgación y vigencia posteriores a la ocurrencia de los hechos materia de la causa y no pueden aplicarse retroactivamente.”²⁵⁶

En efecto, en uno de los fallos de la Sala Penal de la CS, se presenta más en extenso, respecto de uno u otro instrumento, señalando que:

“... el Pacto Interamericano de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), no se encontraba en vigor, porque no se había cumplido con lo previsto en el artículo 49 del mismo, ni se había ordenado cumplir como ley de la República, publicándose en el Diario Oficial el correspondiente decreto, lo que se verificó posteriormente, por lo que no puede ser considerado por contrariar el principio de irretroactividad de la ley penal, salvo que le sea más favorable, situación excepcional que tampoco se produce ya que lo que se pretende es privar al sentenciado de invocar una causal legal de extinción de la responsabilidad penal, y obtener la declaración de prescripción de la acción penal. Por consiguiente, no existe error de derecho al no haberla considerado para resolver tal como se hizo.”²⁵⁷ Y respecto de la CADDHH, se concluye que: “no era aplicable a la fecha de comisión de los hechos, y no ha tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal.”²⁵⁸

²⁵⁶ **Sentencia CA Valparaíso 2110-2004** op. cit., considerando 6º; Voto disidente del Abogado Integrante Domingo Hernández E. **Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007** op. cit., considerando 4º. **Respecto del PIDCP:** Voto Disidente en materia penal del Ministro Nibaldo Segura P. y del Abogado Integrante Rafael Gómez B. en la **Sentencia de Reemplazo CS 1528-2006** op. cit., considerando 6º; Voto Disidente del Ministro Rubén Ballesteros C. en la **Sentencia de Reemplazo CS 4723-2007** op. cit., considerando 10º.

²⁵⁷ **Sentencia de Casación CS 3872-2007** op. cit., considerando 12º;

²⁵⁸ **Sentencia de Casación CS 3872-2007** op. cit., considerando 15º.

Por su parte, en la Sala Civil de la CS, vemos como se ha desarrollado este argumento – para justificar la aplicación de las normas del Derecho Privado, y así acoger la excepción de prescripción –, expresando:

“Que, el fallo recurrido no ha hecho una falsa aplicación/ al estimar el fallo recurrido que la materia en discusión se encuentra regida por el derecho internacional, ha hecho una falsa aplicación/ de los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que, por una parte, dicho ordenamiento fue promulgado mediante Decreto Supremo N° 873 y publicado en el Diario Oficial, recién el 5 de enero de 1991, es decir, después de los hechos que motivan este juicio, y por otra parte, ninguna de estas disposiciones, excluye respecto de la materia en controversia la aplicación del derecho nacional. En efecto, el primero de estos preceptos sólo consagra un deber de los Estados miembros de respetar los derechos y libertades reconocidos en esta Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio, sin discriminación alguna y la segunda norma impone a la Corte Interamericana de Derechos Humanos un determinado proceder si se decide que hubo violación a un derecho o libertad protegido. Ninguno de estos dos preceptos de la Convención permite fundar la inaplicabilidad del derecho propio de cada país.”²⁵⁹

²⁵⁹ **Sentencia de Reemplazo CS 2775-2007** dictada el 10 de noviembre de 2008 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún, Pedro Pierry, Sonia Araneda Briones y por los Abogados Integrantes Rafael Gómez y Ismael Ibarra, considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 3028-2007** op. cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 2797-2007** op. cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 3540-2007** op. cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 4292-2007** op. cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 5097-2007** dictada el 20 de abril de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún, Héctor Carreño, Pedro Pierry, Sonia Araneda Briones y por el Abogado Integrante Ismael Ibarra, considerando 12º; **Sentencia de Casación CS 4163-2007** op. cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 4847-2007** op. cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 4794-2007** op. cit., considerando 9º; Prevención del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op. cit., considerando

Pues bien, el primer fallo aludido, de la CA de Valparaíso, sobre el caso de desaparición de M^a Isabel Gutiérrez Martínez, agrega a lo expuesto, que:

“La CS falló, en el considerando 7º de su sentencia de 22.10.1984, en apelación del recurso de amparo de Leopoldo Ortega y otro con el Ministerio del Interior, que encontrándose establecido en autos que ni el decreto promulgador del pacto que ordenó cumplirlo como Ley de la República, ni el texto del mismo, han sido hasta la fecha publicados en el DO, es fundado concluir que dicho pacto carece de fuerza obligatoria en Chile, al igual que, en idéntica situación carecería de ella una ley promulgada pero no publicada.”²⁶⁰

A su vez, algunos de los citados fallos y votos disidentes de CS en su Sala Penal, entre los cuales se repiten el Ministro Nivaldo Segura y Rubén Ballesteros, en relación a otro de los instrumentos internacionales aludidos e incorporados por las sentencias que acogen la indemnización, cual es la Convención sobre Imprescriptibilidad, en una primera instancia, han tratado esta materia, rechazando la aplicación de esta normativa debido a que no habría sido suscrita ni aprobada por Chile hasta la fecha – de las señaladas sentencias –, y en consecuencia, no sería aplicable ni a la fecha de comisión de los ilícitos ni en la actualidad y, por consiguiente, no habría tenido la virtud de modificar ni tácita ni expresamente las normas sobre prescripción contempladas en el Código Penal²⁶¹.

4º; Prevención del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich **Sentencia de Casación CS 514-** op. cit., considerando 4º.

²⁶⁰ **Sentencia CA Valparaíso 2110-** op. cit., considerando 10º;

²⁶¹ Voto Disidente (en lo penal) de los Ministros Nivaldo Segura P. y Rubén Ballesteros C. **Sentencia de Reemplazo CS 1489-2007** op. cit., considerando 11º; Voto disidente en materia penal del Ministro Nivaldo Segura P. y del Abogado Integrante Rafael Gómez B. **Sentencia de Reemplazo CS 1528-2006** op. cit., considerando 6º; **Sentencia de Casación CS 3872-2007** op. cit., considerando 13º; Voto disidente del Ministro Rubén Ballesteros C. **Sentencia de Reemplazo CS 4723-2007** op. cit., considerando 11º; Voto disidente de los Ministros Nivaldo Segura P. y

Ahora bien, como vimos en la evolución y desarrollo en la incorporación del DI de los DDHH, en la revisión efectuada a nuestra jurisprudencia, se fue haciendo cada vez más latente la obligación y pertinencia de la normativa internacional, en estos casos, primeramente, en materia penal y luego extensible al tema civil a través de la obligación internacional que le correspondería al Estado Chileno, de reparar a las víctimas y familiares de estos crímenes contra la humanidad. En este aspecto, encontramos y advertimos en su momento, la intervención a través del voto disidente del Abogado Integrante Domingo Hernández E. y la prevención del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich, que en esta materia, reconocen la incorporación a nuestro ordenamiento del DI de los DDHH, pero establecen una limitación en cuanto a su extensión, señalando lo siguiente:

“1º.- Que la obligación de los Estados de respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos, da origen a responsabilidad, que encuentra su base jurídica principalmente en los tratados internacionales sobre derechos humanos, como también en el Derecho Internacional consuetudinario, particularmente en aquellas de sus normas que tienen un carácter perentorio o de “ius cogens”. Entre ellas, suele citarse las violaciones practicadas por naciones que, como cuestión de política estatal, practican, alientan o toleran, entre otros ilícitos, el asesinato, la desaparición forzada de personas o la detención arbitraria prolongada.

2º.- Que, como ha quedado establecido en las reflexiones anteriores de este fallo, los crímenes de lesa humanidad -categoría a la que pertenece el investigado y sancionado en estos autos- es imprescriptible, como, por lo demás, lo ha declarado esta Corte Suprema, entre otras, en sentencias Roles Nos. 3587-05; 3452-06 y 6574-07.

3º.- Que la doctrina y la jurisprudencia disienten, empero, respecto de la posibilidad de extender similar status de imprescriptibilidad a las acciones dirigidas a obtener reparación por los mismos hechos.

Rubén Ballesteros C. **Sentencia de Casación CS 4691-2007** op. cit., considerando 12º.

En efecto, hay quienes piensan que la responsabilidad, tanto civil como penal derivada de la comisión de crímenes contra la humanidad, se sujeta a un mismo estatuto de imprescriptibilidad integral, que tiene su fuente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el que postula que todo daño acaecido en el ámbito de estos derechos, ha de ser siempre reparado integralmente, con arreglo a las normas de derecho internacional convencional, o en su defecto, del derecho consuetudinario, de los principios generales o aún de la jurisprudencia emanada de tribunales de la jurisdicción internacional, pero con exclusión del derecho interno, porque los deberes reparatorios impuestos a los Estados en ese ámbito, trascienden de las normas puramente patrimoniales del Código Civil.

*A la inversa, se ha sostenido reiteradamente, por esta misma Corte, que la acción civil pertenece al ámbito patrimonial, encontrándose por tanto regida por el Derecho Civil, toda vez que el Derecho Internacional no excluye la aplicación del derecho nacional sobre la materia, particularmente en los artículos 2.497 y 2.332, que regulan la institución de la prescripción en el área de la responsabilidad civil extracontractual, que es la que se debate en el caso.*²⁶²

Asimismo, y a partir de lo señalado en el voto disidente del Abogado Integrante Domingo Hernández recién transcrito, surge otro argumento relativo a la aplicación de esta normativa, y en particular respecto de la Convención sobre Imprescriptibilidad, que a juicio del disidente es:

“... la única norma vinculante de Derecho Internacional que permite fundar categóricamente el carácter imprescriptible de los crímenes contra la humanidad”. Así el señalado argumento, es adoptado por la sala civil de la CS, y ofrece una interpretación diversa de la citada Convención, que establece la imprescriptibilidad de

²⁶² Voto Disidente del Abogado Integrante Domingo Hernández E. en la **Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007** op. cit., considerandos 1º, 2º y 3º; Previsión del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich en la **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op. cit., considerandos 1º, 2º y 3º; Previsión del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich en la **Sentencia de Casación CS 514-2008** op. cit., considerandos 1º, 2º y 3º.

los crímenes de lesa humanidad, señalando que según la definición dada en el Estatuto respectivo, se refiere únicamente a la acción penal. Agregando que, en efecto, en el artículo IV se establece que los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas legislativas o de otra índole que fueran necesarias para que la prescripción de la acción penal o de la pena, establecida por ley o de otro modo, no se aplique a los crímenes antes indicados, y concluye:

“Sin embargo, nada dice ese precepto, que es simple receptáculo de lo ya recogido por la costumbre jurídica internacional acreditada por la práctica de los Estados, respecto de la posibilidad de extinción de la acción dirigida a reparar las consecuencias patrimoniales de estos crímenes con motivo del transcurso del tiempo.”²⁶³

De este modo, surge una nueva pugna entre las sentencias que acogen y las que rechazan las demandas en estudio, pugna que se traduce en una discusión que va más allá de todo lo expuesto, pero que es consecuencia de lo que hemos venido revisando y que se traduce en dos posturas claras, en las que se presentan parte de todos los argumentos observados en uno y otro caso. Estas dos posturas establecen lo que sigue.

Las sentencias que conceden la indemnización y los votos disidentes de las que la rechazan, a partir de la tesis elaborada, entre otros, por los Ministros Juan Escobar

²⁶³ Voto disidente del Abogado Integrante Domingo Hernández E. **Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007** op. cit., considerandos 5º y 6º. **En sentido semejante en cuanto a la aplicación exclusiva a la acción penal: Sentencia de Casación CS 3220-2007** op. cit., considerando 8º; **Sentencia de Casación CS 5234-2007** op. cit., considerando 8º; **Sentencia de Casación CS 4774-2007** op. cit., considerando 8º; **Sentencia de Casación CS 5243-2007** op. cit., considerando 8º; **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op. cit., considerando 8º; Prevención del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op. cit., considerandos 9º y 10º; **Sentencia de Casación CS 6986-2007** op. cit., considerando 13º; Prevención del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich **Sentencia de Casación CS 514-2008** op. cit., considerando 9º y 10º.

Zepeda y Haroldo Brito Cruz, expresan que la demanda o acción de indemnización de perjuicios interpuesta no es de "índole patrimonial", pues no se fundamenta en un simple incumplimiento de contrato o en controversias patrimoniales, que comúnmente se ventilan en los tribunales de justicia, sino que se fundamenta en una conducta ilícita de agentes del Estado que atentaron sin razón, pero sistemáticamente y obedeciendo a un plan trazado por las autoridades de la época, contra la integridad física de las víctimas, con las consecuencias que de esa manera de actuar se derivan para sus familiares directos, cuales son los casos de estudio, y en definitiva, la acción deducida, es una acción "simplemente humanitaria".²⁶⁴

²⁶⁴ Una de las primeras sentencias en hacer esta referencia fue la del caso de desaparición de Alfredo Rojas Castañeda, señalando en la **Sentencia CA Santiago 7895-2002** op. cit., considerando 3º, que: *"el libelo de demanda no se sustenta en un simple incumplimiento de contrato o en controversias patrimoniales que comúnmente se suscitan en el área privada del quehacer cotidiano, sino en una conducta ilícita de agentes del Estado que atentaron sin razón en contra de un ciudadano chileno, con las consecuencias que de esa conducta se derivan para sus familiares directos, cuyo es el caso de autos. He aquí entonces, la principal justificación de la demanda de indemnización de perjuicios interpuesta en lo principal de fojas 5."* **En el mismo sentido de lo transcrito en la referencia principal: Sentencia CA Santiago 10.677-2006** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Emilio Elgueta Torres **Sentencia CA Santiago 888-2007** op. cit., considerando c); Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito **Sentencia de Casación CS 2152-2007** op. cit., considerando 1º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito **Sentencia de Casación CS 3028-2007** op. cit., considerando 1º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 2797-2007** op. cit., considerando 1º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 3540-2007** op. cit., considerando 1º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 4292-2007** op. cit., considerando 1º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 4163-2007** op. cit., considerando 1º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 3220-2007** op. cit., considerando 1º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 4847-2007** op.

Por su parte las sentencias, mayoritarias aunque no siempre unánimes, que rechazan la indemnización, han expresado lo contrario a lo recién expuesto en sus fundamentos, manifestando, respecto del punto en cuestión, ciertas variaciones, que:

“En la especie se ha ejercido una acción de contenido patrimonial que persigue hacer efectiva la REE y teniendo en consideración que la CPR de 1980 y la LOCBGAE de 17.11.2001, en las cuales se ha sustentado, adquirieron vigencia con posterioridad al hecho ilícito que sirve de antecedente para reclamarla, no cabe sino aplicar las normas del CC, lo que no contraría la naturaleza especial de la responsabilidad que se persigue, en atención a que la acción impetrada pertenece al ámbito patrimonial.”²⁶⁵

cit., considerando 1º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 4794-2007** op. cit., considerando 1º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 5234-2007** op. cit., considerando 1º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 4774-2007** op. cit., considerando 1º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 5243-2007** op. cit., considerando 1º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op. cit., considerando 1º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 5600-2007** dictada el 27 de agosto de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún Miranda, Héctor Carreño Seaman, Sonia Araneda Briones, Haroldo Brito Cruz y el Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich, considerando 1º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 1510-2008** dictada el 31 de agosto de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún Miranda, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briones y Haroldo Brito Cruz, considerando 1º; **Sentencia de Casación CS 2080-2008** op. cit., considerando 6º.

²⁶⁵ **Sentencia de Casación CS 4065-2006** dictada el 29 de enero de 2008 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Ricardo Gálvez, Adalis Oyarzún, Héctor Carreño, Pedro Pierry y Sonia Araneda Briones, considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 743-2007** dictada el 25 de marzo de 2008 por la Tercera Sala integrada

Estas sentencias, retoman el tema de la normativa vigente al tiempo de ocurridos los hechos, planteada al comienzo por las sentencias citadas precedentemente, específicamente para determinar el estatuto normativo que regiría la REE, limitando el mismo a las normas contenidas en el CC. Y asimismo agregan que en la especie, resultaría aplicable el derecho interno; ya que, ninguna de las disposiciones internacionales vinculadas al tema, excluye respecto de la materia en controversia la aplicación del derecho nacional.²⁶⁶ Asunto que ya habíamos observado

por los Ministros Adalis Oyarzún, Héctor Carreño, Pedro Pierry, Sonia Araneda Briones y por el Abogado Integrante Rafael Gómez, considerando 6º; **Sentencia de Casación CS 2152-2007** op. cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 2775-2007** op. cit., considerando 8º; **Sentencia de Casación CS 3028-2007** op. cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 2797-2007** op. cit., considerando 6º; **Sentencia de Casación CS 3540-2007** op. cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 4292-2007** op. cit., considerando 6º; **Sentencia de Casación CS 4163-2007** op. cit., considerando 6º; **Sentencia de Casación CS 5097-2007** op. cit., considerando 11º; **Sentencia de Casación CS 3220-2007** op. cit., considerando 5º; **Sentencia de Casación CS 4847-2007** op. cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 4794-2007** op. cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 5234-2007** op. cit., considerando 5º; **Sentencia de Casación CS 4774-2007** op. cit., considerando 5º; **Sentencia de Casación CS 5243-2007** op. cit., considerando 5º; **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op. cit., Pulido, considerando 5º; **Sentencia de Casación CS 6986-2007** op. cit., considerando 10º; **Sentencia de Casación CS 514-2008** op. cit., considerando 11º.

²⁶⁶ **Sentencia de Reemplazo CS 2775-2007** op. cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 3028-2007** op. cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 2797-2007** op. cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 3540-2007** op. cit., considerandos 8º y 9º; **Sentencia de Casación CS 4292-2007** op. cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 4163-2007** op. cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 5097-2007** op. cit., considerando 12º; **Sentencia de Casación CS 3220-2007** op. cit., considerando 6º; **Sentencia de Casación CS 4847-2007** op. cit., considerandos 8º y 9º; **Sentencia de Casación CS 4794-2007** op. cit., considerandos

en las sentencias transcritas al referirnos a la aplicación de algunos instrumentos internacionales en particular.²⁶⁷

En esta misma línea argumentativa, contrarios a la tesis de los Ministros Escobar Zepeda y Brito Cruz, encontramos otro pronunciamiento, que también niega lugar a la indemnización, y que expresa, primero en la sentencia de casación:

“La aplicación de las normas concernientes a la prescripción contempladas en el Código Civil a las acciones en que se persigue la responsabilidad extracontractual del Estado no repugna a la naturaleza especial que ella posee, si se considera que tales acciones inciden en el ámbito patrimonial y que, en ausencia de normas positivas que establezcan su imprescriptibilidad, corresponde estarse a las reglas del derecho común que se refieren específicamente a la materia.”²⁶⁸

Y luego, de tal pronunciamiento, agrega, en la sentencia de reemplazo que:

“La reparación de los perjuicios efectivos o morales experimentados por las víctimas de la acción del Estado es una cuestión de naturaleza patrimonial, que se distingue de otros ámbitos de la responsabilidad que ella irroga y en la que el ordenamiento jurídico nacional no sólo no rechaza la aplicación de las normas del derecho privado que versan sobre la prescripción de las acciones correspondientes, sino que ordena de modo terminante que ellas rijan en este asunto.”²⁶⁹

Por su parte, en esta materia, en la prevención ya señalada del Abogado Integrantes Benito Mauriz Aymerich, expone un cierto matiz en cuanto a la aplicación de la normativa internacional, señalando que:

8º y 9º; **Sentencia de Casación CS 4774-2007** op. cit., considerando 6º; **Sentencia de Casación CS 5243-2007** op. cit., considerando 6º; **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op. cit., considerando 6º; **Sentencia de Casación CS 6986-2007** op. cit., considerando 11º; **Sentencia de Casación CS 514-2008** op. cit., considerando 12º.

²⁶⁷ Por ejemplo, en páginas 147 y 148, Nota al pie N° 261.

²⁶⁸ **Sentencia de Casación CS 4771-2007** op. cit., considerando 14º.

²⁶⁹ **Sentencia de Reemplazo CS 4771-2007** op. cit., considerando 2º.

“La circunstancia de haberse incorporado ambos instrumentos internacionales (P.I.D.C.P. y C.A.DDHH) al derecho interno con posterioridad a la comisión de los crímenes contra la humanidad que sirven de fundamento a la acción civil impetrada, no constituye, empero, obstáculo para la eventual aplicación inmediata de sus reglas en orden a la prescripción, en la medida que éstas fueren inconciliables con la legislación nacional, pero a condición, naturalmente, que no se hubiere completado el período fijado para la extinción de derechos en esta última. Sin embargo, el lapso necesario para la prescripción extintiva ya se encontraba sobradamente cumplido a la época de entrar en vigencia ambos instrumentos internacionales.”²⁷⁰

Y agrega a continuación:

“La normativa atinente, contenida en el P.I.D.C.P., concierne específicamente a la responsabilidad patrimonial del Estado por su actividad jurisdiccional, cuyo no es el caso de la especie. Por su parte, la consecuencia civil extraída de la violación de un derecho o libertad protegidos en la CADDHH, que obliga al Estado infractor, al "pago de una justa indemnización a la parte lesionada" (art. 63.1), autorizándose la ejecución en el respectivo país, "por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado" (art. 68.2), no está directamente asociada al tema de la prescripción, en la medida que los respectivos preceptos nada dicen sobre el particular.”²⁷¹

Por último, el abogado en comento concluye, que:

²⁷⁰ Prevención del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op. cit., considerando 5º; Prevención del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich **Sentencia de Casación CS 514-2008** op. cit., considerando 5º.

²⁷¹ Prevención del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op. cit., considerando 7º; Prevención del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich **Sentencia de Casación CS 514-2008** op. cit., considerando 7º.

“En el marco del sistema interamericano de DDHH, la indemnización compensatoria a las víctimas no tiene por qué traducirse, forzosamente, en una suma de dinero, por existir variados precedentes jurisprudenciales, en la Corte Interamericana de DDHH, acerca de equivalentes compensatorios distintos, que se analogan a la indemnización pecuniaria, lo que es ampliamente demostrativo de que aquélla no es insustituible ni irrenunciable y, por lo mismo, tampoco no susceptible de interrumpirse por la tácita decisión de renunciar a ella, consiguiente al no ejercicio de acciones civiles por sus titulares. En efecto, ha expresado esa Corte que el reconocimiento de responsabilidad reiterado por el agente del Estado en el curso de la audiencia pública de rigor "constituye una adecuada reparación y no procede decretar otras más" (Caso El Amparo vs. Venezuela, de 14.09.96, Reparaciones, supra 15, parr. 62).²⁷²

Volviendo a los fallos civiles de CS, que han negado lugar a la indemnización, acogiendo mayoritariamente la excepción de prescripción, observamos, en su momento, como estas sentencias rechazaron la aplicación de otro de los instrumentos internacionales, incorporados por los fallos que dan lugar a las demandas, y respecto del cual la Sala Civil de esta corte entiende referido exclusivamente a infracciones del orden penal y, consecuentemente, no pertinente en materia civil, en relación a la Convención de Ginebra sobre Tratamiento de los Prisioneros de Guerra²⁷³.

Ante esta oposición, y resistencia a incorporar el DI de los DDHH, como vimos en su momento, y el fallo que sigue resume:

“El Derecho Internacional Humanitario ha sido fruto esencialmente de la costumbre, que se entiende incorporada al llamado derecho consuetudinario de los pueblos civilizados. Por ello, la mayoría de los Tratados de DI Humanitario deben ser entendidos más como la simple codificación de obligaciones existente que como la

²⁷² Prevención del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op. cit., considerando 8º; Prevención del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich **Sentencia de Casación CS 514-2008** op. cit., considerando 8º.

²⁷³ Ver página 86, Notas al pie N° 155 y 156.

*creación de principios y reglas nuevas. Entonces, esta Corte, en concordancia con la más autorizada doctrina y jurisprudencia internacional, considera que las normas de D.I. Humanitario son parte integrante del ius cogens. Esto explica que las disposiciones humanitarias sean obligatorias para los Estados, incluso si éstos no han aprobado los tratados respectivos, por cuanto la imperatividad de esta normativa no deriva del consentimiento de los Estados, sino de su carácter consuetudinario.*²⁷⁴

Asimismo esta tesis complementa la normativa internacional con el derecho interno, señalando que

*“El sistema de responsabilidad del Eº deriva de los arts. 6º, inc. 3º de la C.P.R. y 3º y 4º de la Ley N° 18.575, LOCBGAE, y que de no aceptarse la tesis del fallo (procedencia de la acción de indemnización, en virtud de normativa internacional y nacional vinculada a la materia) quedarían inaplicadas.*²⁷⁵

²⁷⁴ **Sentencia de Reemplazo CS 1528-2006** op. cit., considerando 48º.

²⁷⁵ Voto disidente del Ministro Haroldo Brito **Sentencia de Casación CS 3028-2007** op. cit., considerando 3º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 2797-2007** op. cit., considerando 3º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 3540-2007** op. cit., considerando 3º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 4292-2007** op. cit., considerando 3º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 4163-2007** op. cit., considerando 3º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 3220-2007** op. cit., considerando 3º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 4847-2007** op. cit., considerando 3º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 4794-2007** op. cit., considerando 3º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 5234-2007** op. cit., considerando 3º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 4774-2007** op. cit., considerando 3º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 5243-2007** op. cit., considerando 3º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op. cit., considerando 3º.

Por otra parte, lo de la tesis contraria, fundamentan:

*“La REE se deduce de la regla general contenida en el art. 44 de la Ley N° 18.575, al introducir el concepto de falta de servicio, vale decir se establece una culpa del servicio. Por su parte, en las normas de los arts. 2314 y siguientes del C.C. se contiene la responsabilidad extracontractual, de carácter subjetivo, en relación al señalado art. 44 de la Ley 18.575. El Estado de Chile, como persona jurídica adquiere responsabilidad cuando el acto u omisión dañosa ha sido ejecutado por algunos de los órganos en que reside la voluntad del Estado, existiendo culpa o dolo en el actuar y dentro del ejercicio de sus funciones”.*²⁷⁶

Confirmando la incorporación de las normas del CC, y excluyendo la normativa internacional pertinente.

Lo que los defensores de la tesis que da lugar a las demandas, entienden de otra manera:

“Cobran plena vigencia aquellas disposiciones legales que atribuyen responsabilidad al Estado por los daños y perjuicios que causen los órganos de la administración; los arts. 4º de la Ley N° 18.575 (LOCBGAE), 5º inciso 2º, 6º, 19 N° 24 y 38 de la CPR, aún cuando algunas de ellas sean posteriores a los hechos en que se funda la demanda, atento particularmente a que a la luz del Derecho Internacional al cual Chile ha adherido, tales hechos y sus consecuencias son imprescriptibles”.

En este mismo sentido, se concluye:

“En atención a la normativa internacional existente analizada con ocasión de estos crímenes de lesa humanidad, que son plenamente aplicables en estos casos, y siendo ésta prevalente sobre el Derecho Interno, no puede entonces el Fisco de Chile eximirse de su responsabilidad acudiendo a excepciones contempladas en la legislación local, por resultar inaplicable en la especie y por lo razonado en razón de la

²⁷⁶

Sentencia CA Santiago 8632-2002 op. cit., considerando 2º.

categoría internacional que tiene el delito que da origen o fuente de la responsabilidad civil invocada²⁷⁷.

Por su parte, han puntualizado que:

“Las normas del derecho común interno se aplican sólo si no están en contradicción con la fuente de la obligación del Estado de reparar a las víctimas y a sus familiares de las graves violaciones a los DDHH; obligación estatal que proviene de la CPR, de los Tratados Internacionales sobre DDHH y de los Principios Generales del Derecho Internacional Humanitario²⁷⁸.”

Asimismo, se ha señalado por la CS, que:

“Resultan inatinentes las normas del derecho interno previstas en el CC sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, invocadas por el Fisco de Chile, al estar en contradicción con las normas del Derecho Internacional de los DDHH, que protegen el derecho de las víctimas y familiares a recibir la reparación correspondiente, estatuto normativo internacional que ha sido reconocido por Chile.²⁷⁹”

En definitiva, se retoma la discusión observada en torno a la normativa aplicable en esta materia, y se divide una posición y otra, entre quienes defienden la aplicación de las normas del CC que acogen la excepción de prescripción; y quienes defienden la aplicación de las normas de DI de los DDHH, de forma prevalente respecto de las de derecho interno, y en virtud de todo lo analizado, dan lugar a las demandas.

²⁷⁷ Voto Disidente del Ministro Jorge Zepeda Arancibia **Sentencia CA Santiago 146-2006** op. cit., considerando 13º; **Sentencia CA Santiago 4464-2001** op. cit., considerando 9º.

²⁷⁸ Voto Disidente del Ministro Jorge Zepeda Arancibia **Sentencia CA Santiago 146-2006** op. cit., considerando 18º; **Sentencia CA Santiago 4464-** op. cit., considerando 15º.

²⁷⁹ **Sentencia de Reemplazo CS 4723-2007** op. cit., considerando 12º;

CAPÍTULO IV PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA DE REE POR VIOLACIÓN A LOS DDHH

Este es el tema más controvertido en los fallos analizados. No sólo por que la mayoría de las sentencias en análisis se refieren a la prescripción, sino también por que es el “gran argumento” utilizado por las sentencias para rechazar la acción indemnizatoria impetrada. Es más, en varios fallos éste es el único argumento utilizado por las sentencias, ya que han considerado innecesario analizar las otras materias controvertidas si se considera la acción prescrita. En aquellos fallos donde se ha acogido la demanda, la prescripción resulta un tema relevante de tratar, toda vez que es uno de los principales escollos que deben sortear las sentencias para poder dar lugar a la acción indemnizatoria.

IV. 1. TESIS SOSTENIDAS POR LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

Entrando al análisis de los fallos en estudio, podemos distinguir cinco etapas en materia de prescripción.

Los Tribunales Superiores de Justicia, en un primer momento, sostuvieron que al estar regida esta responsabilidad por el Derecho Público, no podía aplicársele las normas de prescripción del CC. No obstante lo anterior, este criterio cambio con la sentencia emitida por la CS a partir del caso “Domic Bezic”, en el cual se decide aplicar la normativa del derecho común a la prescripción de esta acción. A partir de este fallo, la CS continuó aplicando la prescripción del CC a todos aquellos casos que perseguían la REE por violaciones a los DDHH hasta el año 2004. Durante este año la CS emite dos sentencias que agregan nuevos argumentos o criterios a la prescripción, los cuales han sido ocupados hasta la actualidad, en particular en el periodo abarcado entre los años 2004 y 2008. Nos referimos a las sentencias recaídas en los casos “María Paz

Santibáñez” y “Miguel Ángel Sandoval Rodríguez”, las cuales se refieren a la interrupción de la prescripción por la existencia de sentencia condenatoria penal y, a la incompetencia de los tribunales del crimen para conocer de la acción indemnizatoria por REE en sede penal.

No obstante esta marcada tendencia de la CS a favor de la prescripción de la acción que persigue la REA, en el mes de abril del año 2010 encontramos un giro jurisprudencial²⁸⁰ en dicho Tribunal, ya que se determina acoger la acción indemnizatoria interpuesta y no considerarla prescrita.

Estas etapas o evolución no se da con tanta claridad en las sentencias analizadas de CA, donde conviven todos los criterios expresados, independiente de la época en la cual se dictó el fallo.

IV.1.1. Naturaleza de la acción y normativa aplicable

Un primer nivel de discusión se centra en la naturaleza o clase de la acción impetrada, lo que repercute directamente en el régimen jurídico aplicable es decir si se aplican al caso normas de derecho público o de derecho privado, y que observamos en el capítulo anterior.

En la sentencia de la Ilustrísima CA de La Serena “Domic Bezic”, se sostuvo que la acción indemnizatoria no obstante fundarse en un hecho ilícito dañoso, es una acción de naturaleza diversa a la regulada en el Título XXXV, art. 2314 y siguientes del

²⁸⁰ Es necesario puntualizar que el análisis de la presente memoria sólo incluyó las sentencias emitidas hasta el primer semestre del año 2010. Por ello, no es posible señalar con propiedad que este giro jurisprudencial sienta bases para sentencias futuras, considerando especialmente que la integración de la Sala al dictarse este fallo varió considerablemente.

CC, atendida la intervención de agentes del Estado que comprometen o pueden comprometer su responsabilidad patrimonial, existiendo normas jurídicas especiales orientadas a regular la materia, por lo que se estima inaplicable en la especie la norma del art. 2332 del CC²⁸¹. En un sentido similar, pero muy posterior al fallo anterior, encontramos la sentencia Rol 6817-2005, de la Ilustrísima CA de Santiago, que sostiene que:

“... los actos de los agentes del estado están expresamente señalados en el derecho público y cuando se trata de infracciones que causan daños y perjuicios, el Estado como ente público debe indemnizarlos, no pudiendo alegar la prescripción propia de la actividad civil establecida en el CC y no existiendo en el derecho público una norma que declare expresamente prescriptible la acción ejercida que demanda la reparación, esta debe acogerse²⁸²”.

Sin perjuicio de lo anterior, encontramos abundantes fallos, desde el año 2002 en adelante, tanto de CA como de CS, que han sostenido que la acción indemnizatoria ejercida para hacer efectiva la REE es de contenido patrimonial²⁸³. Y al ser de

²⁸¹ **Sentencia CA La Serena 25495-2001** dictada el 9 de abril de 2002 por la sala integrada por los Ministros Alfredo Azancot Vallejo, María Angélica Schneider Salas y por el Abogado Integrante Ariel González Carvajal, considerando 4º.

²⁸² **Sentencia CA Santiago 6817-2005** dictada el 15 de enero de 2009 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Patricio Villarroel, Gloria Solís Romero (s) y por el Abogado Integrante Carlos López Dawson, considerando 3º.

²⁸³ **Sentencia CA Santiago 2497-1999** dictada el 24 de octubre de 2002 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros Cornelio Villarroel Ramírez, Víctor Montiglio y Rosa María Maggi Ducommun, considerando 5º; **Sentencia CA Santiago 2473-1999** dictada el 10 de diciembre de 2002 por la Octava Sala integrada por los Ministros Jorge Dahm Oyarzún, Lamberto Cisternas Rocha y por el Abogado Integrante Ángel Cruchaga Gandarillas, considerando 3º; **Sentencia CA Santiago 2839-1999** dictada el 1 de abril de 2004 por la Séptima Sala integrada por los Ministros Rubén Ballesteros Cárcamo, considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 4642-1999** dictada el 14 de mayo de 2004 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Cornelio Villarroel Ramírez,

Sonia Araneda Briones y por el Abogado Integrante Emilio Pfeffer Urquiaga, considerando 11º; **Sentencia CA Santiago 33-2000** dictada el 16 de diciembre de 2004 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros Juan Escobar Zepeda, Jorge Dahm Oyarzún y por el Abogado Integrante Domingo Hernández Emparanza, considerando 8º; **Sentencia CA Santiago 4809-2000** dictada el 9 de enero de 2006 por la Octava Sala integrada por los Ministros Sonia Araneda Briones, Raúl Rocha Pérez y por el Abogado Integrante Ángel Cruchaga Gandarillas, considerando 3º; Voto Disidente del Ministro Juan Manuel Muñoz Pardo en la **Sentencia CA Santiago 6749-2000** dictada el 8 de junio de 2006 por la Novena Sala integrada por los Ministros Juan Escobar Zepeda, Juan Manuel Muñoz Pardo y por el Abogado Integrante Marcos Thomas Dublé, considerando 1º; Voto Disidente del Abogado Integrante Ángel Cruchaga Gandarillas en la **Sentencia CA Santiago 2639-2000** dictada el 4 de julio de 2006 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Carlos Gajardo Galdames, Amanda Valdovinos Jeldes y por el Abogado Integrante Ángel Cruchaga Gandarillas, considerando 3º; **Sentencia CA Santiago 3079-2002** dictada el 3 de abril de 2007 por la Sexta Sala integrada por los Ministros Sonia Araneda Briones, Juan Cristóbal Mera Muñoz y por el Abogado Integrante Ángel Cruchaga Gandarillas, considerandos 6º y 7º; **Sentencia CA Santiago 3147-2002** dictada el 9 de abril de 2007 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Mauricio Silva Cancino, Juan Cristóbal Mera Muñoz y por la Abogado Integrante Andrea Muñoz Sánchez, considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 1470-2002** dictada el 7 de mayo de 2007 por la Séptima Sala integrada por los Ministros Rosa María Maggi Ducommun, Amanda Valdovinos Jeldes y por el Abogado Integrante Ángel Cruchaga Gandarillas, considerandos 3º y 11º; **Sentencia CA Santiago 2400-2002** dictada el 10 de mayo de 2007 por la Primera Sala integrada por los Ministros Juan Manuel Muñoz Pardo, Lamberto Cisternas Rocha y por el Abogado Integrante Benito Matriz Aymerich, considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 4299-2002** dictada el 28 de mayo de 2007 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Mauricio Silva Cancino, Mario Rojas González y por el Abogado Integrante Osvaldo Contreras Strauch, considerando 3º; **Sentencia CA Santiago 12811-2006** dictada el 20 de junio de 2007 por la Sexta Sala integrada por los Ministros Sonia Araneda Briones, Juan Cristóbal Mera Muñoz y por el Abogado Integrante Emilio

Pfeffer Urquiaga, considerando 10º; **Sentencia CA Santiago 8632-2002** dictada el 21 de agosto de 2007 por la Sexta Sala integrada por los Ministros Sonia Araneda Briones, Rosa María Maggi Ducommun y por el Abogado Integrante Emilio Pfeffer Urquiaga, considerandos 3º y 4º; **Sentencia CA Santiago 1848-2003** dictada el 28 de septiembre de 2007 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Alejandro Madrid Croare, Mario Rojas González y por el Abogado Integrante Jorge Lagos Gatica, considerando 3º; **Sentencia CA Santiago 4547-2003** dictada el 8 de noviembre de 2007 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Lamberto Cisternas Rocha, Mauricio Silva Cancino y por el Abogado Integrante Paul Warnier Darrigrandi, considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 11.380-2002** dictada el 28 de noviembre de 2007 por la Novena Sala integrada por los Ministros Jorge Dahm Oyarzún, Adelita Ravanales Arriagada y por el Abogado Integrante Jorge Lagos Gatica, considerando 3º; Voto Disidente del Ministro Mauricio Silva Cancino en la **Sentencia CA Santiago 9663-03** dictada el 16 de mayo de 2008 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Lamberto Cisternas Rocha, Mauricio Silva Cancino y por la Abogado Integrante María Victoria Valencia Mercaido, considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 6441-2004** dictada el 2 de junio de 2008 por la Octava Sala integrada por los Ministros Gloria Ana Chevesich Ruiz, Mario Carroza Espinosa y por el Abogado Integrante Carlos López Dawson, considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 66-05** dictada el 29 de octubre de 2008 por la Quinta Sala integrada por la Ministro Adelita Ravanales Arriagada, Fiscal Judicial Clara Carrasco Andonie y por el Abogado Integrante Emilio Pfeffer Urquiaga, considerandos 1º y 2º; **Sentencia CA 11201-2005** dictada el 30 de diciembre de 2008 por la Octava Sala integrada por los Ministros Cornelio Villarroel Ramírez, Pilar Aguayo Pino y por el Abogado Integrante Roberto González Maldonado, considerando 3º; Voto Disidente del Ministro Juan Cristóbal Mera Muñoz en la **Sentencia CA Santiago 270-2006** dictada el 1 de junio 2009 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Dobra Lusic Nadal, Juan Cristóbal Mera Muñoz y por el Abogado Integrante Enrique Pérez Levezow, considerando a); **Sentencia CA Santiago 888-2007** dictada el 22 de junio de 2009 por la Novena Sala integrada por los Ministros Emilio Elgueta Torres, Mario Carroza Espinosa y por el Abogado Integrante Jorge Lagos Gatica, considerando 3º; **Sentencia de Casación CS 4753-01** dictada el 15 de mayo de 2002 por la Cuarta Sala

integrada por los Ministros Marcos Libedinsky Tschorne, José Benquis Camhi, Urbano Marín Vallejo y por los Abogados Integrantes Patricio Novoa Fuenzalida y Fernando Castro Álamos, considerando 15º; **Sentencia de Reemplazo CS 1234-02** dictada el 15 de abril de 2003 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros José Benquis Camhi, Orlando Álvarez Hernández, Urbano Marín Vallejo, Jorge Medina Cuevas y por el Abogado Integrante Mauricio Jacob Ch., considerando 2º; **Sentencia de Casación CS 1558-2002** dictada el 7 de mayo de 2003 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros Marcos Libedinsky Tschorne, José Benquis Camhi, Orlando Álvarez Hernández, Urbano Marín Vallejo y Jorge Medina Cuevas, considerandos 4º y 5º; **Sentencia de Casación CS 6049-05** dictada el 27 de diciembre de 2006 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Milton Juica, Adalis Oyarzún, Rubén Ballesteros y por los Abogados Integrantes José Fernández y Arnaldo Gorziglia, considerandos 11º y 15º; **Sentencia de Casación CS 508-06** dictada el 27 de junio de 2007 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Ricardo Gálvez, María Antonia Morales, Adalis Oyarzún y por los Abogados Integrantes José Fernández y Jorge Streeter, considerando 13º; **Sentencia de Reemplazo CS 508-06** op.cit., considerando 2º; **Sentencia de Casación CS 1133-2006** dictada el 24 de julio de 2007 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Ricardo Gálvez, Jaime Rodríguez, Adalis Oyarzún, Héctor Carreño y Pedro Pierry, considerando 22º; **Sentencia de Casación CS 3458-2006** dictada el 25 de septiembre de 2007 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún, Héctor Carreño, Pedro Pierry y por los Abogados Integrantes Ricardo Peralta y Hernán Álvarez, considerando 12º; **Sentencia de Casación CS 4067-2006** dictada el 29 de octubre de 2007 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Ricardo Gálvez, Adalis Oyarzún, Fiscal Subrogante Carlos Meneses y los Abogados Integrantes Fernando Castro y Oscar Herrera, considerando 6º; **Sentencia de Casación CS 4065-2006** dictada el 29 de enero de 2008 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Ricardo Gálvez, Adalis Oyarzún, Héctor Carreño, Pedro Pierre y Sonia Araneda Briones, considerando 7º; **Sentencia de Reemplazo CS 743-07** dictada el 25 de marzo de 2008 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún, Héctor Carreño, Pedro Pierry, Sonia Araneda y el Abogado Integrante señor Rafael Gómez, considerando 6º; **Sentencia de Casación CS 2152-2007** dictada

el 28 de octubre de 2008 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Héctor Carreño, Pedro Pierre, Sonia Araneda, Haroldo Brito y por el Abogado Integrante Rafael Gómez, considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 2775-2007** dictada el 10 de noviembre de 2008 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún, Pedro Pierry,. Sonia Araneda y los Abogados Integrantes Rafael Gómez y Ismael Ibarra, considerando 8º; **Sentencia de Casación CS 3028-2007** dictada el 27 de noviembre de 2008 por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Adalis Oyarzún, Héctor Carreño, Pedro Pierry, Haroldo Brito y el Abogado Integrante Gorziglia, considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 2797-2007** dictada el 13 de enero de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún, Héctor Carreño, Haroldo Brito, Julio Torres y el Abogado Integrante Ismael Ibarra, considerando 6º; **Sentencia de Casación CS 3540-07** dictada el 14 de enero de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún Miranda, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briones y Haroldo Brito Cruz, considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 4292-07** dictada el 30 de marzo de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún Miranda, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briones y Haroldo Brito Cruz, considerando 6º; **Sentencia de Casación CS 4163-2007** dictada el 20 de abril de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún Miranda, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briones, Haroldo Brito Cruz y por el Abogado Integrante Oscar Herrera Valdivia, considerando 6º; **Sentencia de Casación CS 5097-2007** dictada el 20 de abril de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún Miranda, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briones y por el Abogado Integrante Ismael Ibarra Leniz, considerando 11º; **Sentencia de Casación CS 3220-2007** dictada el 6 de mayo de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Héctor Carreño Seaman, Sonia Araneda Briones, Haroldo Brito Cruz y por los Abogados Integrantes Arnoldo Gorziglia Balbi y Guillermo Ruiz Pulido, considerando 5º; **Sentencia de Casación CS 4847-2007** dictada el 26 de mayo de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún Miranda, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Haroldo Brito Cruz y por el Abogado Integrante Arnaldo Gorziglia Balbi, considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 4794-2007** dictada el 26

de mayo de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún Miranda, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Haroldo Brito Cruz y por el Abogado Integrante Arnaldo Gorziglia Balbi, considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 5234-07** dictada el 1 de junio de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún Miranda, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Haroldo Brito Cruz y el Abogado Integrante Guillermo Ruiz Pulido, considerando 5º; **Sentencia de Reemplazo CS 4771-2007** dictada el 10 de junio de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún Miranda, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briones y los Abogados Integrantes Alberto Chaigneau Del Campo y Roberto Jacob Chocair, considerandos 2º y 3º; **Sentencia de Casación CS 4774-07** dictada el 10 de junio de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún Miranda, Héctor Carreño Seaman, Sonia Araneda Briones, Haroldo Brito Cruz y el Abogado Integrante Arnaldo Gorziglia Balbi, considerando 5º; **Sentencia de Casación CS 5243-2007** dictada el 10 de junio de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún Miranda, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briones y Haroldo Brito Cruz, considerando 5º; **Sentencia de Casación CS 3956-2007** dictada el 6 de julio de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún Miranda, Héctor Carreño Seaman, Haroldo Brito Cruz y los Abogados Integrantes Benito Mauriz Aymerich y Guillermo Ruiz Pulido, considerando 5º; **Sentencia de Casación CS 6986-2007** dictada el 13 de julio de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún Miranda, Héctor Carreño Seaman, Sonia Araneda Briones y los Abogados Integrantes Luis Bates Hidalgo y Guillermo Ruiz Pulido, considerando 10º; **Sentencia de Casación CS 514-2008** dictada el 27 de agosto de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún Miranda, Sonia Araneda Briones, Guillermo Silva Gundelach y los Abogados Integrantes Benito Mauriz Aymerich y Arnaldo Gorziglia Balbi, considerando 11º; **Sentencia de Casación CS 5600-2007** dictada el 27 de agosto de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún Miranda, Héctor Carreño Seaman, Sonia Araneda Briones, Haroldo Brito Cruz y el Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich, considerando 5º; **Sentencia de Casación CS 1510-2008** dictada el 31 de agosto de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún

contenido patrimonial, se regiría por la normativa del derecho privado, es decir las normas del CC.

El Abogado Integrante Jorge Streeter, en Sentencia de Casación Rol 508-2006, señala que:

*“... la demanda encierra una pretensión pecuniaria, por lo que es más apropiado a los términos de esta controversia que ella se sitúe en el ámbito jurídico de las relaciones patrimoniales, más que en el de la distinción entre derecho público y derecho privado”.*²⁸⁴ Aplicándose igualmente las normas del CC.

Varias sentencias de la CA de Santiago –la mayoría emitidas por la Cuarta y Quinta Sala- señalaron que incluso si se estimara que la acción impetrada se rige por las normas de derecho público, este hecho, no obstaría a que las acciones para perseguirlas puedan extinguirse por prescripción²⁸⁵. A mayor abundamiento, la mayoría

Miranda, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briones y Haroldo Brito Cruz, considerando 7º; Voto Disidente de los Ministros Héctor Carreño y Pedro Pierre en la **Sentencia de Casación CS 2080-2008** dictada el 8 de abril de 2010 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Haroldo Brito Cruz y los Abogados Integrantes Nelson Pozo Silva y Maricruz Gómez de la Torre Vargas, considerando 1º.

²⁸⁴ Prevención del Abogado Integrante Jorge Streeter en la **Sentencia de Casación CS 508-06** op.cit., considerando 1º;

²⁸⁵ **Sentencia CA 2497-1999** op.cit., considerando 4º; **Sentencia CA 2473-1999** op.cit., considerando 10º; **Sentencia CA Santiago 2839-1999** op.cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 6174-2001** dictada el 3 de diciembre de 2004 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros Juan Escobar Zepeda, Jorge Dahm Oyarzún y por la Abogado Integrante Solange DoyharCasse, considerando 7º; **Sentencia CA Santiago 33-2000** op.cit., considerandos 7º y 8º; **Sentencia CA Santiago 8295-1999** dictada el 31 de enero de 2005 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros Jorge Dahm Oyarzún, Humberto Provoste Bachmann (s) y por el Abogado Integrante Domingo Hernández Empananza, considerandos 4º y 5º; **Sentencia de CA Santiago 9031-2001** dictada el 8 de abril de 2005 por la Séptima Sala integrada por los Ministros Juan

de estas sentencias señalan que al no existir norma alguna que establezca la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la REE o de sus órganos institucionales²⁸⁶, debe aplicarse el régimen jurídico común. A

Eduardo Fuentes Beldar, Joaquín Billar Acuña y por la Abogado Integrante Andrea Muñoz Sánchez, considerandos 4º, 5º y 6º; **Sentencia CA Valparaíso 2110-2004** dictada el 12 de octubre de 2005 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros Gonzalo Morales Herrera, María Teresa Valle Vásquez y el Abogado Integrante Bernardino Muñoz Sánchez, considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 4809-2000** op.cit., considerando 10º; Voto Disidente del Abogado Integrante Ángel Cruchaga Gandarillas en la **Sentencia CA Santiago 2639-2000** op.cit., considerando 10º; **Sentencia CA Santiago 3079-2002** op.cit., considerandos 8º y 9º; **Sentencia CA Santiago 1470-2002** op.cit., considerando 10º; **Sentencia CA Santiago 4299-2002** op.cit., considerando 1º y 7º; Voto Disidente de la Abogado Integrante Andrea Muñoz Sánchez en la **Sentencia CA Santiago 3595-2002** dictada el 31 de mayo 2007 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Lamberto Cisternas Rocha, Adriana Sottovía Giménez (s) y por la Abogado Integrante Andrea Muñoz Sánchez, considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 12811-2006** op.cit., considerando 12º; **Sentencia CA Santiago 8632-2002** op.cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 1848-2003** op.cit., considerando 7º; **Sentencia CA Santiago 11.380-2002** op.cit., considerando 6º; Voto Disidente del Ministro Alfredo Pfeiffer Richter en la **Sentencia CA Santiago 188-2004** dictada el 22 de mayo de 2008 por la Séptima Sala integrada por los Ministros Alfredo Pfeiffer Richter, Emilio Elgueta Torres y por el Abogado Integrante Roberto González Maldonado, considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 66-05** op.cit., considerando 1º y 2º; **Sentencia CA Santiago 8539-2005** dictada el 7 de enero de 2009 por la Sexta Sala integrada por el Ministro Pilar Aguayo Pino, Fiscal Judicial Beatriz Pedrals García de Cortázar y por el Abogado Integrante Nelson Pozo Silva, considerando 3º; Voto Disidente del Ministro Juan Cristóbal Mera Muñoz en la **Sentencia CA Santiago 270-2006** op.cit., considerando c); **Sentencia CA Santiago 888-2007** op.cit., considerandos 3º y 6º.

²⁸⁶ **Sentencia CA 2497-1999** op.cit., considerando 5º; **Sentencia CA 2473-1999** op.cit., considerando 9º; **Sentencia CA Santiago 2839-1999** op.cit., considerando 1º;

Sentencia CA Santiago 6174-2001 op.cit., considerando 8º; **Sentencia de CA Santiago 9031-2001** op.cit., considerandos 6º y 7º; Voto Disidente del Abogado Integrante Ángel Cruchaga Gandarillas en la **Sentencia CA Santiago 2639-2000** op.cit., considerandos 9º y 10º; **Sentencia CA Santiago 3079-2002** op.cit., considerandos 8º y 9º; **Sentencia CA Santiago 3147-2002** op.cit., considerando 1º y 2º; **Sentencia CA Santiago 2400-2002** op.cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 4299-2002** op.cit., considerando 3º y 4º; Voto Disidente de la Abogado Integrante Andrea Muñoz Sánchez en la **Sentencia CA Santiago 3595-2002** op.cit., considerando 3º; **Sentencia CA Santiago 12811-2006** op.cit., considerandos 12º y 13º; **Sentencia CA Santiago 8632-2002** op.cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 1848-2003** op.cit., considerando 11º; **Sentencia CA Santiago 11.380-2002** op.cit., considerandos 3º y 6º; **Sentencia CA 8917-2003** dictada el 18 de marzo de 2008 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Lamberto Cisternas Rocha, Mauricio Silva Cancino y por el Abogado Integrante Osvaldo Contreras Strauch, considerandos 1º y 2º; Voto Disidente del Ministro Mauricio Silva Cancino **Sentencia CA Santiago 9663-03** op.cit., considerandos 1º y 2º; Voto Disidente del Ministro Alfredo Pfeiffer Richter en la **Sentencia CA Santiago 188-2004** op.cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 6441-2004** op.cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 66-05** op.cit., considerando 1º y 2º; **Sentencia CA 11201-2005** op.cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 8539-2005** op.cit., considerando 4º; Voto Disidente del Ministro Juan Cristóbal Mera Muñoz en la **Sentencia CA Santiago 270-2006** op.cit., considerando a); **Sentencia CA 8865-2007** dictada el 20 de julio de 2009 por la Octava Sala integrada por el Ministro Juan Manuel Muñoz Pardo, Fiscal Judicial Clara Carrasco Andonie y por la Abogado Integrante Paola Herrera Fuenzalida, considerando 2º; **Sentencia de Casación CS 4753-01** op.cit., considerando 16º; **Sentencia de Casación CS 1558-02** op.cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 6049-05** op.cit., considerando 14º; **Sentencia de Casación CS 508-06** op.cit., considerando 11º; **Sentencia de Casación CS 1133-2006** op.cit., considerando 21º; **Sentencia de Casación CS 4067-2006** op.cit., considerando 8º; **Sentencia de Reemplazo CS 743-07** op.cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 2152-2007** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 2775-2007** op.cit.,

modo ejemplar podemos citar el fallo de CA de Santiago Rol 2400-2002 el que señala que:

“El art. 38 de la CPR sólo distingue entre la acción dirigida en contra del Estado y aquella que busca hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios, sin establecer bajo ninguna circunstancia la imprescriptibilidad de las acciones, las que por su contenido patrimonial, como es la indemnización de perjuicios que se persigue en el caso de autos, se rige por el derecho común.”²⁸⁷

Algunos de los fallos anteriores, dictados a partir del año 2005 en adelante, se hacen cargo del argumento que señala que la prescripción es una institución propia del derecho privado y que por tal motivo no tendría cabida en el ámbito del derecho público. Al respecto, señalan que esta afirmación no sería correcta en derecho, toda vez que la prescripción extintiva no existe solamente para las relaciones entre particulares, ni su razón de ser en el derecho patrimonial, ni su naturaleza, ni sus

considerando 10º; **Sentencia de Casación CS 3028-2007** op.cit., considerando 8º; **Sentencia de Casación CS 2797-2007** op.cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 3540-07** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 4292-07** op.cit., considerando 8º; **Sentencia de Casación CS 4163-2007** op.cit., considerando 8º; **Sentencia de Casación CS 5097-2007** op.cit., considerando 13º; **Sentencia de Casación CS 3220-2007** op.cit., considerando 6º; **Sentencia de Casación CS 4847-2007** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 4794-2007** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 5234-07** op.cit., considerando 6º; **Sentencia de Casación CS 4774-07** op.cit., considerando 6º; **Sentencia de Casación CS 4771-2007** op.cit., considerando 13º **Sentencia de Casación CS 5243-2007** op.cit., considerando 6º;; **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op.cit., considerando 6º; **Sentencia de Casación CS 6986-2007** op. cit., considerando 11º; **Sentencia de Casación CS 514-2008** op. cit., considerando 12º; **Sentencia de Casación CS 5600-2007** op. cit., considerando 6º y 9º; **Sentencia de Casación CS 1510-2008** op. cit., considerando 9º; Voto Disidente de los Ministros Héctor Carreño y Pedro Pierry en la **Sentencia de Casación CS 2080-2008** op. cit., considerando 2º y 5º.

²⁸⁷ **Sentencia CA Santiago 2400-2002** op.cit., considerando 1º;

requisitos resultan incompatibles con aquellas normas del derecho del Estado que versan sobre pretensiones monetarias, sean a favor o en contra de los entes públicos. La prescripción extintiva es de general aplicación en el derecho común patrimonial y recorre todo el ámbito de las relaciones jurídicas que tienen un objeto pecuniario, como las analizadas. Es así como el régimen común gobierna la generalidad de las relaciones y situaciones jurídicas pertinentes, en la especie aquéllas de carácter pecuniario, sin especial consideración a los sujetos de ellas ni a la cosa particular que sea el objeto de una determinada vinculación entre personas²⁸⁸

Algunas sentencias emitidas por CA han sostenido que la obligación del Estado demandada, provendría de un acto ilícito cometido por sus agentes, y por ello se trataría de casos de culpa aquiliana o responsabilidad extracontractual. Además, sostienen que no existiría un estatuto jurídico de REE propio, distinto del establecido en el Título XXXV del Libro IV del CC²⁸⁹ Y por ello la normativa aplicable en materia de prescripción serían las normas del CC²⁹⁰

²⁸⁸ **Sentencia CA Santiago 8295-1999** op.cit., considerandos 7º y 8º; **Sentencia CA Santiago 1848-2003** op.cit., considerando 7º; **Sentencia CA Santiago 66-05** op.cit., considerando 1º y 2º; **Sentencia de Casación CS 508-06** op.cit., considerando 11º; Prevención del Abogado Integrante Jorge Streeter en la **Sentencia de Casación CS 508-06** op.cit., considerando 2º.

²⁸⁹ **Sentencia CA Valparaíso 77-2004** dictada el 21 de septiembre de 2005 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Hugo Fuenzalida Cerpa y Patricio Martínez Sandoval y por el Abogado Integrante Eduardo Gertosio Ramírez, considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 5319-2000** dictada el 29 de noviembre de 2005 por la Primera Sala integrada por los Ministros Gabriela Pérez Paredes y Patricio Villarroel Valdivia y por el Abogado Integrante Nelson Pozo Silva, considerandos 3º y 5º; **Sentencia CA Santiago 4809-2000** op.cit., considerando 11º; Voto Disidente del Abogado Integrante Ángel Cruchaga Gandarillas en la **Sentencia CA Santiago 2639-2000** op.cit., considerando 11º; **Sentencia CA Santiago 3079-2002** op.cit., considerando 7º; **Sentencia CA Santiago 1470-2002** op.cit., considerando 11º; **Sentencia CA Santiago 12811-2006** op.cit., considerando 11º. **Sentencia CA Santiago 8632-2002** op.cit.,

considerando 3º; Voto Disidente del Ministro Juan Cristóbal Mera Muñoz en la **Sentencia CA Santiago 270-2006** op.cit., considerando b).

²⁹⁰ **Sentencia CA 2473-1999** op.cit., considerando 11º; **Sentencia CA Santiago 6174-2001** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de CA Santiago 9031-2001** op.cit., considerando 7º; **Sentencia CA Santiago 5402-2000** dictada el 30 de junio de 2006 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Amanda Valdovinos, Joaquín Billar Acuña y por la Abogado Integrante Andrea Muñoz Sánchez, considerando 5º; **Sentencia CA Santiago 3147-2002** op.cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 2400-2002** op.cit., considerando 1º y 2º; **Sentencia CA Santiago 4299-2002** op.cit., considerando 3º; **Sentencia CA Santiago 8632-2002** op.cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 1848-2003** op.cit., considerando 3º y 4º; **Sentencia CA Santiago 4547-2003** op. cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 11.380-2002** op.cit., considerando 3º; **Sentencia CA 8917-2003** op.cit., considerando 1º; Voto Disidente del Ministro Mauricio Silva Cancino en la **Sentencia CA Santiago 9663-03** op.cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 6441-2004** op.cit., considerando 3º; **Sentencia CA Santiago 66-05** op.cit., considerando 2º; **Sentencia CA 11201-2005** op.cit., considerando 3º; **Sentencia CA 8865-2007** op.cit., considerandos 2º y 3º; **Sentencia de Casación CS 4753-01** op.cit., considerando 17º; **Sentencia de Casación CS 1234-02** op. cit., considerando 10º; **Sentencia de Casación CS 1558-02** op.cit., considerando 5º; **Sentencia de Casación CS 6049-05** op.cit., considerando 15º; **Sentencia de Casación CS 508-06** op.cit., considerando 13º; **Sentencia de Casación CS 1133-2006** op.cit., considerando 22º; **Sentencia de Casación CS 3458-2006** op. cit., considerando 12º; **Sentencia de Casación CS 4067-2006** op.cit., considerando 6º y 8º; **Sentencia de Casación CS 4065-2006** op. cit., considerando 7º; **Sentencia de Reemplazo CS 743-07** op.cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 2152-2007** op.cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 2775-2007** op.cit., considerando 10º; **Sentencia de Casación CS 3028-2007** op.cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 2797-2007** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 3540-07** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 4292-07** op.cit., considerando 8º; **Sentencia de Casación CS 4163-2007** op.cit., considerando 8º; **Sentencia de Casación CS 5097-2007** op.cit., considerando 13º;

Aun más, encontramos fallos que señalan que la aplicación de las reglas del CC, referentes a la prescripción extintiva a las acciones que se intenten en contra del Fisco y que no tienen un plazo especial de prescripción, obedecen a un mandato explícito del legislador consignado en dicho cuerpo de leyes²⁹¹. Este mandato estaría contenido en el art. 2497 del CC, el cual preceptúa que:

“Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y

Sentencia de Casación CS 3220-2007 op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 4847-2007** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 4794-2007** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 5234-07** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 4774-07** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 5243-2007** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 4771-2007** op.cit., considerando 14º; **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 6986-2007** op. cit., considerando 14º; **Sentencia de Casación CS 514-2008** op. cit., considerando 14º; **Sentencia de Casación CS 5600-2007** op. cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 1510-2008** op. cit., considerando 9º; Voto Disidente de los Ministros Héctor Carreño y Pedro Pierry en la **Sentencia de Casación CS 2080-2008** op. cit., considerando 5º.

²⁹¹ **Sentencia CA Santiago 3079-2002** op.cit., considerando 8º; **Sentencia CA Santiago 3147-2002** op.cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 4299-2002** op.cit., considerando 3º; **Sentencia CA Santiago 8632-2002** op.cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 4547-2003** op. cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 66-05** op.cit., considerando 1º y 2º; **Sentencia de Casación CS 4753-01** op.cit., considerando 18º; **Sentencia de Casación CS 1234-02** op. cit., considerando 10º; **Sentencia de Casación CS 1558-02** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 5169-2002** op. cit., considerando 14º; **Sentencia de Casación CS 508-06** op.cit., considerando 14º; **Sentencia de Casación CS 3458-2006** op. cit., considerando 13º; **Sentencia de Casación CS 4065-2006** op. cit., considerando 8º; **Sentencia de Casación CS 4771-2007** op.cit., considerando 15º.

corporaciones nacionales y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo”.

Aun cuando algunos fallos no hacen mención a la existencia de este mandato explicito, si consideran aplicable al caso el art. referido²⁹².

²⁹² **Sentencia CA La Serena 25495-2001** op. cit., considerando 6º; **Sentencia CA La Serena 25153-2001** dictada el 26 de noviembre de 2002 por los Ministros Juan Escobar Zepeda, Alfredo Azancot Vallejo y María Angélica Schneider Salas, considerando 7º; **Sentencia CA 2473-1999** op.cit., considerando 8º; **Sentencia CA Santiago 2839-1999** op.cit., considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 6174-2001** op.cit., considerando 10º; **Sentencia CA Santiago 33-2000** op.cit., considerando 8º; **Sentencia CA Santiago 8295-1999** op.cit., considerando 7º; **Sentencia de CA Santiago 9031-2001** op.cit., considerando 8º; **Sentencia CA Valparaíso 77-2004** op. cit., considerando 6º; **Sentencia CA Valparaíso 2110-2004** op.cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 4809-2000** op.cit., considerando 8º; Voto Disidente del Ministro Juan Manuel Muñoz Pardo en la **Sentencia CA Santiago 6749-2000** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Abogado Integrante Ángel Cruchaga Gandarillas en la **Sentencia CA Santiago 2639-2000** op.cit., considerando 8º; **Sentencia CA 8795-2000** dictada el 21 de julio de 2006 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sonia Araneda Briones, Patricio Villarroel Valdivia y por el Abogado Integrante Hugo Llanos Mancilla, considerando 1º;; **Sentencia CA Santiago 3079-2002** op.cit., considerando 8º; **Sentencia CA Santiago 1470-2002** op.cit., considerando 8º; **Sentencia CA Santiago 2400-2002** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente de la Abogado Integrante Andrea Muñoz Sánchez en la **Sentencia CA Santiago 3595-2002** op.cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 12811-2006** op.cit., considerando 12º; **Sentencia CA Santiago 8632-2002** op.cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 1848-2003** op.cit., considerando 4º; Voto Disidente del Ministro Patricio Villarroel Valdivia en la **Sentencia CA Santiago 28723-2005** dictada el 29 de abril de 2008 por la Séptima Sala integrada por los Ministros Patricio Villarroel Valdivia y Mario Rojas González y por la Abogado Integrante Paola Herrera Fuenzalida, considerando 13º; Voto Disidente del Ministro Alfredo Pfeiffer Richter en la

Sentencia CA Santiago 188-2004 op.cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 11.380-2002** op.cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 66-05** op.cit., considerando 1º y 2º; **Sentencia CA 11201-2005** op.cit., considerando 4º; Voto Disidente del Ministro Patricio Villarroel Valdivia en la **Sentencia CA Santiago 6817-2005** op. cit., considerando 4º; Voto Disidente del Ministro Juan Cristóbal Mera Muñoz en la **Sentencia CA Santiago 270-2006** op.cit., considerando c); **Sentencia CA Santiago 888-2007** op.cit., considerando 4º; **Sentencia CA 8865-2007** op.cit., considerando 3º; **Sentencia de Casación CS 4753-01** op.cit., considerando 18º; **Sentencia de Casación CS 1234-02** op. cit., considerando 10º; **Sentencia de Casación CS 1558-02** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 5169-2002** op. cit., considerando 14º; **Sentencia de Casación CS 6049-05** op.cit., considerando 16º; **Sentencia de Casación CS 508-06** op.cit., considerando 14º; **Sentencia de Casación CS 1133-2006** op.cit., considerando 23º; **Sentencia de Casación CS 3458-2006** op. cit., considerando 13º; **Sentencia de Casación CS 4067-2006** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 4065-2006** op. cit., considerando 8º; **Sentencia de Reemplazo CS 743-07** op.cit., considerando 8º; **Sentencia de Casación CS 2152-2007** op.cit., considerando 10º; **Sentencia de Casación CS 2775-2007** op.cit., considerando 11º; **Sentencia de Casación CS 2797-2007** op.cit., considerando 10º; **Sentencia de Casación CS 3540-2007** op.cit., considerando 11º; **Sentencia de Casación CS 4292-2007** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 5097-2007** op.cit., considerando 14º; **Sentencia de Casación CS 4163-2007** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 3220-2007** op.cit., considerando 10º; **Sentencia de Casación CS 4847-2007** op.cit., considerando 11º; **Sentencia de Casación CS 4794-2007** op.cit., considerando 11º; **Sentencia de Casación CS 5234-2007** op.cit., considerando 10º; **Sentencia de Casación CS 4774-2007** op.cit., considerando 10º; **Sentencia de Casación CS 5243-2007** op.cit., considerando 10º; **Sentencia de Casación CS 4771-2007** op.cit., considerando 15º; **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op.cit., considerando 10º; **Sentencia de Casación CS 6986-2007** op. cit., considerando 15º; **Sentencia de Casación CS 514-2008** op. cit., considerando 15º; **Sentencia de Casación CS 5600-2007** op. cit., considerando 10º; **Sentencia de Casación CS 1510-2008** op. cit.,

En este punto cabe consignar que los Ministros de CA Raúl Héctor Pérez y Mario Rojas González, a partir del año 2007, se sumaron a este argumento, por considerar que en virtud de lo que dispone el art. 2497 del CC, existe una norma expresa y vigente en materia civil y que por lo tanto debe ser respetada²⁹³.

Encontramos una cantidad considerable de sentencias –tanto de CA como de CS- que han acogido como rechazado la acción en análisis- que reconocen que la prescripción constituye un principio general del derecho, destinado a garantizar la seguridad jurídica, salvo que por ley o en atención a la naturaleza de la materia se determine lo contrario²⁹⁴. Dentro de este grupo de fallos, existen algunos que pese a

considerando 11º; Voto Disidente de los Ministros Héctor Carreño y Pedro Pierre en la **Sentencia de Casación CS 2080-2008** op. cit., considerando 6º.

²⁹³ Previsiones de los Ministros Raúl Héctor Rocha Pérez y Mario Rojas González en la **Sentencia CA Santiago 8591-2002** dictada el 19 de julio de 2007 por la Octava Sala integrada los Ministros Raúl Héctor Rocha Pérez, Mario Rojas González y por el Abogado Integrante Marcos Thomas Dublé; Previsiones de los Ministros Raúl Héctor Rocha Pérez y Mario Rojas González en la **Sentencia CA Santiago 8653-2002** dictada el 19 de julio de 2007 por la Octava Sala integrada los Ministros Raúl Héctor Rocha Pérez, Mario Rojas González y por el Abogado Integrante Marcos Thomas Dublé; **Sentencia CA Santiago 7668-2006** dictada el 16 de agosto de 2007 por la Séptima Sala integrada por los Ministros Raúl Héctor Rocha Pérez, Dobra Lusic Nadal y por el Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich.

²⁹⁴ **Sentencia CA Concepción 2850-2001** dictada el 31 de enero de 2002 por la sala integrada por los Ministros Freddy Vásquez Zavala, Eliseo A. Araya Araya y por el Abogado Integrante Patricio Mella Cabrera, considerando 4º; **Sentencia CA 2473-1999** op.cit., considerandos 5º y 10º; **Sentencia CA Santiago 6174-2001** op.cit., considerando 6º; **Sentencia CA Santiago 8295-1999** op.cit., considerando 4º; **Sentencia de CA Santiago 9031-2001** op.cit., considerando 4º; **Sentencia CA Valparaíso 2110-2004** op.cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 4809-2000** op.cit., considerandos 6º y 9º; Voto Disidente del Abogado Integrante Ángel Cruchaga Gandarillas en la **Sentencia CA Santiago 2639-2000** op.cit., considerandos 5º y 6º; Voto Disidente de la Ministro Gloria Ana Chevesich **Sentencia CA Santiago 1211-**

2002 dictada el 23 de marzo de 2007 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Gloria Ana Chevesich Ruiz, Mario Rojas González y por el Abogado Integrante Hugo Llanos Mansilla, considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 3079-2002** op.cit., considerando 8º; **Sentencia CA Santiago 1470-2002** op.cit., considerandos 5º y 6º; **Sentencia CA Santiago 4299-2002** op.cit., considerando 3º; Voto Disidente de la Abogado Integrante Andrea Muñoz Sánchez en la **Sentencia CA Santiago 3595-2002** op.cit., considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 12811-2006** op.cit., considerando 12º; **Sentencia CA Santiago 1848-2003** op.cit., considerando 7º; **Sentencia CA Santiago 11.380-2002** op.cit., considerando 6º; **Sentencia CA Santiago 3748-2003** dictada el 7 de mayo de 2008 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros Gloria Ana Chevesich Ruiz, Dobra Lusic Nadal y por la Abogado Integrante María Victoria Valencia Mercaido, considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Alfredo Pfeiffer Richter en la **Sentencia CA Santiago 188-2004** op.cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 6936-2004** dictada el 29 de mayo de 2008 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros Lamberto Cisternas Rocha, Gloria Ana Chevesich Ruiz y por la Abogado Integrante Andrea Muñoz Sánchez, considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 6441-2004** op.cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 66-05** op.cit., considerando 1º y 2º; Voto Disidente de la Ministro Gloria Ana Chevesich Ruiz en la **Sentencia CA Santiago 113-2005** dictada el 12 de noviembre de 2008 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros Lamberto Cisternas Rocha, Gloria Ana Chevesich Ruiz y por la Abogado Integrante Claudia Chaimovich Guralnik, considerando 2º; Voto Disidente de la Ministro Gloria Ana Chevesich Ruiz en la **Sentencia CA Santiago 13065-2004** dictada el 12 de noviembre de 2008 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros Lamberto Cisternas Rocha, Gloria Ana Chevesich Ruiz y por la Abogado Integrante Claudia Chaimovich Guralnik, considerando 2º; **Sentencia CA 11201-2005** op.cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 8539-2005** op.cit., considerando 3º; Voto Disidente del Ministro Juan Cristóbal Mera Muñoz en la **Sentencia CA Santiago 270-2006** op.cit., considerando c); **Sentencia CA Santiago 888-2007** op.cit., considerando 6º; **Sentencia CA 8865-2007** op.cit., considerando 2º; **Sentencia de Casación CS 1234-2002** op. cit., considerando 8º; **Sentencia de Casación CS 5169-2002** dictada el 28 de julio de 2004 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros José Benquis C, José

sostener que la prescripción constituye un principio general del derecho, han estimado que se debe acoger la acción interpuesta.

En estos fallos podemos advertir la participación de dos Ministros de CA, don Lamberto Cisternas Rocha y don Alejandro Madrid Crohare, quienes han señalado que la dinámica evolutiva que ha registrado la prescripción en cuanto a los plazos de la misma -que en algún momento fue de 30 años y hoy es de 5- en el ámbito contractual, pone de manifiesto el carácter de convención social que tienen las normas de tipo operativo relativas a la prescripción, más que obedecer a algo sacramental o de

Luis Pérez Z, Urbano Marín V, Jorge Medina C y por el Abogado Integrante Juan Infante PH, considerandos 12º y 13º; **Sentencia de Casación CS 508-2006** op.cit., considerando 11º; **Sentencia de Casación CS 1133-2006** op.cit., considerando 20º; **Sentencia de Casación CS 3458-2006** op. cit., considerando 10º; **Sentencia de Casación CS 4067-2006** op.cit., considerando 8º; **Sentencia de Reemplazo CS 743-2007** op.cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 2152-2007** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 2775-2007** op.cit., considerando 10º; **Sentencia de Casación CS 2797-2007** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 3540-2007** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 4292-2007** op.cit., considerando 8º; **Sentencia de Casación CS 4163-2007** op.cit., considerando 8º; **Sentencia de Casación CS 5097-2007** op.cit., considerando 13º; **Sentencia de Casación CS 3220-2007** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 4847-2007** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 4794-2007** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 5234-2007** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 4774-2007** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 5243-2007** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 4771-2007** op.cit., considerando 12º; **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 6986-2007** op. cit., considerando 14º; **Sentencia de Casación CS 514-2008** op. cit., considerando 14º; **Sentencia de Casación CS 5600-2007** op. cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 1510-2008** op. cit., considerando 9º; Voto Disidente de los Ministros Héctor Carreño y Pedro Pierre en la **Sentencia de Casación CS 2080-2008** op. cit., considerando 5º.

principio jurídico inmutable. Lo que sí puede postularse respecto a la institución misma de la prescripción que, no obstante tal carácter, acepta una excepción en beneficio de algo superior como son los DDHH²⁹⁵.

En este mismo sentido, podemos encontrar varias sentencias que desde el año 2006 en adelante han introducido el argumento que señala que la litis no se trabó entre simples particulares, sino entre uno de ellos y el Estado de Chile, y que la demanda de indemnización de perjuicios interpuesta no se fundamenta en un simple incumplimiento de contrato o en controversias patrimoniales que comúnmente se ventilan en los tribunales de justicia, sino en una conducta ilícita de agentes del Estado que atentaron contra la integridad física de la víctima²⁹⁶.

²⁹⁵ Voto Disidente del Ministro Lamberto Cisternas Rocha en la **Sentencia CA Santiago 2400-2002** op.cit., considerando 5º; **Sentencia CA Santiago 3508-2002** dictada el 11 de mayo de 2007 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Lamberto Cisternas Rocha, Alejandro Madrid Crohare y por el Abogado Integrante Paola Herrera Fuenzalida, considerando 5º; **Sentencia CA Santiago 3595-2002** op.cit., considerando 5º; Voto Disidente del Ministro Alejandro Madrid Crohare en la **Sentencia CA Santiago 1848-2003** op.cit., considerando 5º; Voto Disidente del Ministro Lamberto Cisternas Rocha en la **Sentencia CA Santiago 4547-2003** op. cit., considerando 5º; Voto Disidente del Ministro Lamberto Cisternas Rocha en la **Sentencia CA 8917-2003** op.cit., considerando 5º; **Sentencia CA Santiago 9740-2004** dictada el 6 de noviembre de 2008 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros Lamberto Cisternas Rocha, Amanda Valdovinos Jeldes y por el Abogado Integrante Roberto González Maldonado, considerando 5º; **Sentencia CA Santiago 113-2005** op. cit., considerando 5º; **Sentencia CA Santiago 13065-2004** op. cit., considerando 5º.

²⁹⁶ Voto Disidente del Ministro Juan Escobar Zepeda en la **Sentencia CA 4461-2001** dictada el 22 de agosto de 2006 por la Novena Sala integrada por los Ministros Juan Escobar Zepeda, Juan Manuel Muñoz Pardo y por el Abogado Integrante Ismael Ibarra Leniz, considerandos 1º y 2º; Voto Disidente del Ministro Jorge Dahm Oyarzún en la **Sentencia CA Santiago 11.380-2002** op.cit., considerandos b) y c); **Sentencia CA 10.677-2006** dictada el 14 de mayo de 2009 por la Cuarta Sala integrada por los

El argumento anterior, ha ido evolucionado a través de los años, pudiendo apreciar esta evolución en el argumento del Ministro Haroldo Brito Cruz, el cual durante todo el año 2009 formó parte de los votos disidentes a las sentencias emitidas por la Tercera Sala de la Excelentísima CS, y fue incorporado por algunas sentencias de CA ese mismo año. Este argumento sostiene que la acción indemnizatoria deducida en los casos en análisis no es de índole patrimonial, debido a que los hechos en que se la sustenta son ajenos a una relación contractual vinculada a un negocio común o extracontractual sino, simplemente, humanitaria²⁹⁷. Por dicha razón, el art. 2497 del CC

Ministros Juan Escobar Zepeda, Adelita Ravanales Arriagada y por el Abogado Integrante Enrique Pérez Levetzow, considerandos 1º y 2º; Voto Disidente del Ministro Emilio Elgueta Torres en la **Sentencia CA Santiago 888-2007** op.cit., considerando b).

²⁹⁷ **Sentencia CA Santiago 10.677-2006** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Emilio Elgueta Torres **Sentencia CA Santiago 888-2007** op.cit., considerando c); Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 2797-2007** op.cit., considerando 1º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 3540-07** op.cit., considerando 1º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 4292-07** op.cit., considerando 1º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 4163-2007** op.cit., considerando 1º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 3220-2007** op.cit., considerando 1º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 4847-2007** op.cit., considerando 1º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 4794-2007** op.cit., considerando 1º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 5234-07** op.cit., considerando 1º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 4774-07** op.cit., considerando 1º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 5243-2007** op.cit., considerando 1º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op.cit., considerando 1º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 5600-2007** op. cit., considerando 1º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 1510-2008** op. cit., considerando

no es pertinente en esta materia, atendida la particular naturaleza de ésta²⁹⁸. Respecto de este argumento, debemos destacar que en uno de los últimos fallos²⁹⁹ emitidos por la Tercera Sala de la CS sobre REE en violaciones a DDHH, acoge esta

1º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 2152-2007** op.cit., considerando 1º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 3028-2007** op.cit., considerando 1º; **Sentencia de Casación CS 2080-2008** op. cit., considerando 6º.

²⁹⁸ Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 2152-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 3028-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 2797-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 3540-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz **Sentencia de Casación CS 4292-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 4163-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 3220-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 4847-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 4794-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 5234-07** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 4774-07** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 5243-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 5600-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 1510-2008** op. cit., considerando 2º; **Sentencia de Casación CS 2080-2008** op. cit., considerando 11º.

²⁹⁹ **Sentencia de Casación CS 2080-2008** op. cit.

argumentación, dando lugar a la acción indemnizatoria impetrada en una causa civil después de ocho años en que la CS negó sistemáticamente la indemnización.

IV.1.2. Aplicación de la Normativa Internacional sobre DDHH

Podemos advertir que frente a este punto ha existido una cierta evolución en los argumentos sostenidos por los Tribunales de Justicia en torno a incorporar normas de DI en la resolución de la materia en análisis. No obstante ello, podemos advertir que la aplicación al caso de la normativa internacional no ha sido pacífica y que subsisten dentro de los Ministros de CA como de CS distintos criterios al momento de interpretar la normativa internacional.

Es así como encontramos sentencias que plantean que tanto la CPR y la Ley N° 18.575, LOCBGAE, en las cuales se han sustentado las acciones indemnizatorias, adquirieron vigencia con posterioridad a los hechos ilícitos que sirven de antecedente para reclamar la REE³⁰⁰. El mismo argumento se ha ocupado respecto de la vigencia de las normas provenientes del derecho internacional.

³⁰⁰ **Sentencia CA Santiago 8295-1999** op.cit., considerando 6°; **Sentencia CA Valparaíso 2110-2004** op.cit., considerando 3°; Voto Disidente del Ministro Alfredo Pfeiffer Richter en la **Sentencia CA Santiago 188-2004** op.cit., considerando 3°; **Sentencia CA Santiago 6441-2004** op.cit., considerando 3°; **Sentencia CA 11201-2005** op.cit., considerando 3°; **Sentencia de Casación CS 6049-05** op.cit., considerando 12°; **Sentencia de Casación CS 4067-2006** op.cit., considerando 6°; **Sentencia de Reemplazo CS 743-07** op.cit., considerando 6°; **Sentencia de**

Existen fallos donde se señala que las normas de la CADH, entraron en vigencia después de los hechos en las cuales se han sustentado las acciones. Y agregan que ninguna de sus disposiciones excluye respecto de la materia la aplicación del derecho nacional³⁰¹. Además, encontramos sentencias que respecto a la CADH

Casación CS 2152-2007 op.cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 2775-2007** op.cit., considerando 8º; **Sentencia de Casación CS 3028-2007** op.cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 3540-07** op.cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 4292-07** op.cit., considerando 6º; **Sentencia de Casación CS 4163-2007** op.cit., considerando 6º; **Sentencia de Casación CS 5097-2007** op.cit., considerando 11º; **Sentencia de Casación CS 4847-2007** op.cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 4794-2007** op.cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 6986-2007** op. cit., considerando 10º; **Sentencia de Casación CS 1510-2008** op. cit., considerando 7º.

³⁰¹ **Sentencia CA Valparaíso 2110-2004** op.cit., considerando 6º; **Sentencia CA 8917-2003** op.cit., considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 888-2007** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 6049-05** op.cit., considerando 19º; **Sentencia de Casación CS 1133-2006** op.cit., considerando 25º y 26º; **Sentencia de Casación CS 4067-2006** op.cit., considerando 7º; Voto Disidente del Abogado Integrante Domingo Hernández E. en la **Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007** dictada el 25 de septiembre de 2008 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Nivaldo Segura P., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y los Abogados Integrantes Juan Carlos Cárcamo O. y Domingo Hernández E., considerando 4º; **Sentencia de Casación CS 2152-2007** op.cit., considerando 8º; **Sentencia de Casación CS 2775-2007** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 3028-2007** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 2797-2007** op.cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 3540-2007** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 4292-07** op.cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 4163-2007** op.cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 5097-2007** op.cit., considerando 12º; **Sentencia de Casación CS 3220-2007** op.cit., considerando 6º; **Sentencia de Casación CS 4794-2007** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 4847-2007** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 5234-**

señalan que si bien en su art. 63 contempla la reparación y una justa indemnización para quien ha sido lesionado en alguno de los derechos que protege, tal resarcimiento no corresponde si la acción para reclamarla se encuentra extinguida por la prescripción³⁰².

También se ha descartado la aplicación de la normativa internacional sobre imprescriptibilidad de las violaciones a los DDHH, limitándolas al ámbito penal. Desde el año 2005 existen fallos que han señalado que la CG, que prohíbe a las partes contratantes exonerarse a sí mismas de las responsabilidades incurridas por ella por infracciones graves que se cometan en contra de las personas y bienes protegidos por el convenio, a que alude el art. 131, debe entenderse referida a infracciones del orden penal³⁰³. Además, encontramos fallos que han señalado que las disposiciones de las

07 op.cit., considerando 6º; **Sentencia de Casación CS 4774-** op.cit., considerando 6º; **Sentencia de Casación CS 5243-2007** op.cit., considerando 6º; **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op.cit., considerando 6º; **Sentencia de Casación CS 6986-2007** op. cit., considerando 11º; **Sentencia de Casación CS 514-2008** op. cit., considerando 12º; **Sentencia de Casación CS 5600-2007** op. cit., considerando 6º; **Sentencia de Casación CS 1510-2008** op. cit., considerando 9º; Voto Disidente de los Ministros Héctor Carreño y Pedro Pierry en la **Sentencia de Casación CS 2080-2008** op. cit., considerando 2º.

³⁰² Voto Disidente del Ministro Patricio Villarroel Valdivia en la **Sentencia CA Santiago 6817-2005** op. cit., considerando 4º.

³⁰³ **Sentencia CA Santiago 8295-1999** op.cit., considerando 13º; **Sentencia de CA Santiago 9031-2001** op.cit., considerando 16º; **Sentencia CA Valparaíso 2110-2004** op.cit., considerando 7º; **Sentencia CA Santiago 3147-2002** op.cit., considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 4299-2002** op.cit., considerando 4º; Voto Disidente de la Abogado Integrante Andrea Muñoz Sánchez en la **Sentencia CA Santiago 3595-2002** op.cit., considerando 8º; **Sentencia CA Santiago 4547-2003** op. cit., considerando 2º; **Sentencia CA 8917-2003** op.cit., considerando 2º; **Sentencia de Casación CS 4753-01** op.cit., considerando 23º; **Sentencia de Casación CS 1558-02** op.cit., considerando 3º; **Sentencia de Casación CS 5169-2002** op. cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 6049-05** op.cit., considerando 20º; **Sentencia de**

CG, en particular de sus art. 130 y 131, no pueden interpretarse como una declaración de imprescriptibilidad de las obligaciones indemnizatorias que nacen de los hechos allí descritos, ni de las acciones tendientes a exigir tal responsabilidad, tanto porque tal declaración de imprescriptibilidad no se contiene de modo expreso en las convenciones referidas, como porque tratándose de obligaciones de contenido puramente patrimonial como lo son las de indemnizar a los perjudicados, la idea de la prescripción extintiva no puede rechazarse sin violentar con ello un elemental criterio de certeza y seguridad en las relaciones jurídicas que, en ese orden puramente patrimonial como se dijo, no ha sido alterado por las convenciones mencionadas ni por otro estatuto legal³⁰⁴. A mayor abundamiento, existen sentencias que señalan que esta Convención, tiene como exclusiva finalidad la regulación de situaciones relacionadas con el tratamiento de los prisioneros de guerra en la eventualidad de producirse

Casación CS 1133-2006 op.cit., considerando 27º; **Sentencia de Casación CS 3028-2007** op.cit., considerando 8º; **Sentencia de Casación CS 2797-2007** op.cit., considerando 8º; **Sentencia de Casación CS 3540-07** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 3220-2007** op.cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 4847-2007** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 4794-2007** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de Casación CS 5234-07** op.cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 4774-07** op.cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 5243-2007** op.cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op.cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 6986-2007** op. cit., considerando 12º; **Sentencia de Casación CS 514-2008** op. cit., considerando 13º; **Sentencia de Casación CS 5600-2007** op. cit., considerando 7º; **Sentencia de Casación CS 1510-2008** op. cit., considerando 9º; Voto Disidente de los Ministros Héctor Carreño y Pedro Pierry en la **Sentencia de Casación CS 2080-2008** op. cit., considerando 3º.

³⁰⁴ **Sentencia CA La Serena 25495-2001** op. cit., considerando 5º; **Sentencia CA La Serena 25153-2001** op. cit., considerando 7º; **Sentencia CA Santiago 3147-2002** op.cit., considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 4299-2002** op.cit., considerandos 4º y 6º; Quinta Sala; Voto Disidente del Ministro Mauricio Silva Cancino en la **Sentencia CA Santiago 9663-03** op.cit., considerando 2º.

guerras o conflictos armados entre países. Dicha situación fáctica, condición básica para que dicha Convención opere no ha sido planteada como concurrente en la acción indemnizatoria deducida³⁰⁵.

En el fallo “Domic Bezic”³⁰⁶ se agregó que la referencia relativa a la responsabilidad de cualquier Estado en caso de incumplimiento de lo expresado en la CG y la obligación de indemnizar en los casos que corresponda, según lo establecido en el art. 91 del Protocolo Adicional I de la CG,³⁰⁷, no es atinente a la materia del caso:

“... tanto por haberse aprobado después que se produjeron los hechos que motivan la demanda de los actores, cuanto porque no hay lugar al pago de indemnización si la acción respectiva se ha extinguido por prescripción y menos si ello ocurre merced a normas que pertenecen a un Código de aplicación general dictado con mucha anterioridad a esos hechos.”³⁰⁸

Y agrega que:

“...forzoso es reconocer que este convenio tampoco impide que se apliquen en este juicio las reglas que gobiernan de manera permanente la prescripción de la responsabilidad extracontractual del Fisco chileno. Porque, aparte de haberse aprobado con posterioridad a la fecha en que tuvieron lugar los hechos que originan la demanda y de carecer de fuerza retroactiva, la citada norma del Protocolo Adicional

³⁰⁵ Previsión del Ministro José Benquis Camhi en la **Sentencia de Casación CS 1558-2002** op.cit., considerando 4º.

³⁰⁶ **Sentencia CA La Serena 24792-2001** op. cit., considerando 4º.

³⁰⁷ Art. 91. "La parte en conflicto que violare las disposiciones, de los Convenios o del presente Protocolo, estará obligada a indemnizar si hubiere lugar a ello. Será responsable de todos los actos cometidos por las personas que formen parte de sus fuerzas armadas".

³⁰⁸ **Sentencia de Reemplazo CS 4753-2001** op. cit., considerando 7º.

sólo obliga a indemnizar "**si hubiere lugar, a ello**", lo que no ocurre si la acción respectiva se ha extinguido por prescripción."³⁰⁹

También encontramos argumentos que no hacen aplicables normas del DI a los casos en análisis en relación a otros TI:

*"La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968, establece la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra, así como de los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, sin embargo se refiere únicamente a la acción penal"*³¹⁰.

Por todo lo anterior, estos fallos concluyen que no es posible identificar en el DI normas que se contrapongan con el derecho interno en lo que concierne a la prescriptibilidad de acciones civiles provenientes de crímenes contra los DDHH, de modo tal que la aplicación al caso que interesa del art. 2332, por remisión del art. 2497, ambos del CC, resulta legítima y permite desestimar la interpuesta en estos autos, por transcurso del tiempo previsto para su extinción por esa causa³¹¹.

³⁰⁹ **Sentencia de Reemplazo CS 4753-2001** op. cit., considerando 26º.

³¹⁰ **Sentencia CA Santiago 8295-1999** op.cit., considerando 12º; **Sentencia CA Valparaíso 2110-2004** op.cit., considerando 9º; Voto Disidente del Abogado Integrante Domingo Hernández E. en la **Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007** op. cit., considerando 5º; **Sentencia de Casación CS 3220-2007** op.cit., considerando 8º; **Sentencia de Casación CS 5234-2007** op.cit., considerando 8º; **Sentencia de Casación CS 4774-07** op.cit., considerando 8º; **Sentencia de Casación CS 5243-2007** op.cit., considerando 8º; **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op.cit., considerando 8º; **Sentencia de Casación CS 6986-2007** op. cit., considerando 13º; **Sentencia de Casación CS 5600-2007** op. cit., considerando 8º; Voto Disidente de los Ministros Héctor Carreño y Pedro Pierre en la **Sentencia de Casación CS 2080-2008** op. cit., considerando 4º.

³¹¹ **Sentencia CA Valparaíso 2110-2004** op.cit., considerandos 6º, 7º, 8º, 9º y 10º; **Sentencia CA Santiago 3147-2002** op.cit., considerando 2º; **Sentencia CA Santiago**

Otros fallos sostienen que la imprescriptibilidad de la acción que persigue la REE, basada en normas del DI sobre DDHH, no rige en el ámbito civil, no solo por el carácter patrimonial de la acción deducida, sino por la ausencia de una norma específica en ese sentido en el Derecho Público, que haya modificado o alterado las normas del CC que rigen en la materia³¹².

El Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich, ha sostenido un peculiar análisis respecto de la aplicación de la normativa internacional, señalando que no obstante no encontrase vigente al tiempo de los hechos investigados, el PIDCP y la CADH, los cuales directa o indirectamente se refieren a la responsabilidad patrimonial del Estado, esta circunstancia no constituiría obstáculo para la aplicación inmediata de sus reglas en orden a la prescripción. Siempre y cuando éstas fueran inconciliables con la legislación nacional, pero a condición, que no se hubiere completado el período

4299-2002 op.cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 8582-2002** dictada el 5 de julio de 2007 por la Séptima Sala integrada por los Ministros Juan González Zúñiga, Patricio Villarroel Valdivia y por el Abogado Integrante Paul Warnier Darrigrandi; Voto Disidente del Ministro Nibaldo Segura P. y el Abogado Integrante Hernán Álvarez G. en la **Sentencia de Reemplazo CS 6308-2007** op. cit., considerando I); Voto Disidente del Abogado Integrante Domingo Hernández E. en la **Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007** op. cit., considerando 13º; Previsión del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich en la **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op.cit., considerando 17º; Previsión del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich en la **Sentencia de Casación CS 514-2008** op. cit., considerandos 3º y 17º; Previsión del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich en la **Sentencia de Casación CS 5600-2007** op. cit., considerando 3º y 17º.

³¹² **Sentencia CA Santiago 3147-2002** op.cit., considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 4299-2002** op.cit., considerandos 4º y 6º; **Sentencia CA Santiago 8582-2002** op. cit.; **Sentencia CA Santiago 1848-2003** op.cit., considerando 10º y 11º; **Sentencia CA Santiago 4547-2003** op. cit., considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 11.380-2002** op.cit., considerando 9º; Voto Disidente del Ministro Mauricio Silva Cancino en la **Sentencia CA Santiago 9663-03** op.cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 6441-2004** op.cit., considerando 4º.

fijado para la extinción de derechos en esta última, lo que no se daría en los casos en análisis, ya que el lapso necesario para la prescripción extintiva ya se encontraba sobradamente cumplido a la época de entrar en vigencia ambos instrumentos internacionales, sin que, en el lapso intermedio, se intentara hacer valer derecho alguno ante la jurisdicción competente, a objeto de provocar la interrupción civil de la prescripción en curso³¹³.

Por otro lado, tenemos aquellos fallos que han sostenido la aplicación de las normas del DI. En esta evolución, que podemos ver en las sentencias en análisis, mención especial reciben aquellos fallos de CA, que, desde el año 2006, señalaron que las normas del CC no eran aplicables a estas materias, basándose en la normativa internacional. Estos fallos señalaron que el art. 2332 del CC, que se refiere a la prescripción de la responsabilidad extracontractual, como los art. 2314 y 2515 de la misma codificación, relacionados con la prescripción extintiva, no pueden tener aplicación, toda vez que los hechos en los cuales se sustentan las demandas y sus consecuencias jurídicas son imprescriptibles a la luz del DI al cual Chile ha adherido³¹⁴.

³¹³ Previsión del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich en la **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op.cit., considerando 5º; Previsión del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich en la **Sentencia de Casación CS 514-2008** op. cit., considerando 5º; Previsión del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich en la **Sentencia de Casación CS 5600-2007** op. cit., considerando 5º;

³¹⁴ **Sentencia CA Santiago 165-2001** dictada el 10 de julio de 2006 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Alfredo Pfeiffer Richter y Haroldo Brito Cruz, y por el Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich, considerando 1º; Voto Disidente del Ministro Juan Escobar Zepeda en la **Sentencia CA 4461-2001** op. cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 6879-2002** dictada el 10 de julio de 2007 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Haroldo Brito Cruz, Carlos Gajardo Galdames y por el Abogado Integrante Nelson Pozo Silva, considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 6715-2002** dictada el 10 de julio de 2007 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Haroldo Brito Cruz, Carlos Gajardo Galdames, y el Abogado Integrante Nelson Pozo Silva, considerando 1º; Voto Disidente del Ministro Jorge Dahm Oyarzún

Es así como en varias sentencias, de CA donde participó el Ministro Haroldo Brito Cruz, se ha señalado que los términos de prescripción no son aplicables en la especie, atendida su naturaleza, circunstancias y origen del daño cuya reparación ha sido impetrada. El plazo de prescripción en esta clase de acción no ha de computarse indefectiblemente desde el hecho que debe ser indemnizado, como es la regla general. Tratándose de una violación de los DDHH, el criterio rector en cuanto a la fuente de responsabilidad civil está en normas y principios del DI de DDHH, y ello, ha de ser necesariamente así porqué este fenómeno de transgresiones tan graves, es muy posterior al proceso de codificación, que no lo considera por responder a parámetros ligados al interés privado; y por haber sido la cuestión de los derechos fundamentales normada y conceptualizada sólo en la segunda mitad del siglo XX³¹⁵.

en la **Sentencia CA Santiago 11.380-2002** op.cit., considerando g); Voto Disidente del Ministro Mauricio Silva Cancino en la **Sentencia CA Santiago 9663-03** op.cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 188-2004** op.cit., considerando 5º; **Sentencia CA Santiago 8404-2004** dictada el 22 de julio de 2008 por la Séptima Sala integrada por los Ministros Juan Escobar Zepeda, Emilio Elgueta Torres y por el Abogado Integrante Enrique Pérez Levezow, considerando 5º; **Sentencia CA Santiago 927-2005** dictada el 11 de diciembre de 2008 por la Sexta Sala integrada por el Ministro Jorge Dahm Oyarzún, la Fiscal Judicial Jimena Pinto Salazar y por el Abogado Integrante Nelson Pozo Silva, considerando 1º; **Sentencia CA 10.677-2006** op. cit., considerando 4º.

³¹⁵ **Sentencia CA Santiago 165-2001** op. cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 1211-2002** op. cit., considerandos 6º y 7º; Voto Disidente del Ministro Mario Rojas González en la **Sentencia CA Santiago 4299-2002** op.cit., considerando 7º; **Sentencia CA Santiago 6879-2002** op. cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 6715-2002** op. cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 9663-03** op.cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 7658-2003** dictada el 1 de septiembre de 2008 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Haroldo Brito Cruz, Amanda Valdovinos Jeldes y el Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich, considerando 5º; Voto Disidente del Abogado Integrante Nelson Pozo Silva en la **Sentencia CA Santiago 6524-2005** dictada el 6 de noviembre de 2008 por la Octava Sala integrada

En este mismo sentido, encontramos el siguiente argumento presente en varios votos disidentes de sentencias emitidas por la CA de Santiago y que a partir del mes de mayo de 2008 fue incorporado como argumento decisorio de la litis a las sentencias en análisis. Este señala que a partir de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el DI Público ha experimentado un notable desarrollo, plasmado en numerosas Convenciones y TI, tales normas del DI sobre DDHH, están incorporadas y reconocidas por nuestro ordenamiento constitucional. En su virtud, cabe consignar que crímenes como el que ha ocurrido en autos, son imprescriptibles cualquiera sea la fecha en que se hubieren cometido, afirmación que recoge y hace suya toda la normativa internacional³¹⁶. Estos argumentos también fueron recogidos por la CS en la sentencia de abril de 2010, dando un giro a la Jurisprudencia de dicha Corte.

por los Ministros Cornelio Villarroel Ramírez, Mario Carroza Espinosa y por el Abogado Integrante Nelson Pozo Silva, considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 927-2005** op. cit., considerando 1º; Voto Disidente del Abogado Integrante Nelson Pozo Silva en la **Sentencia CA Santiago 8539-2005** op.cit., considerando 1º y 3º; **Sentencia de Casación CS 2080-2008** op. cit., considerando 5º.

³¹⁶ Voto Disidente del Ministro Juan Escobar Zepeda en la **Sentencia CA 4461-2001** op. cit., considerando 3º; Voto Disidente del Ministro Lamberto Cisternas Rocha en la **Sentencia CA Santiago 2400-2002** op.cit., considerando 2º, 5º y 6º; Voto Disidente del Ministro Jorge Dahm Oyarzún en la **Sentencia CA Santiago 11.380-2002** op.cit., considerando e); Voto Disidente de la Abogado Integrante Regina Clark Medina en la **Sentencia CA Santiago 6002-2003** dictada el 28 de enero de 2008 por la Sexta Sala integrada por el Ministro Juan Cristóbal Mera Muñoz, Fiscal Judicial Clara Carrasco Andoníe y por la Abogado Integrante Regina Clark Medina, considerandos 4º y 5º; Voto Disidente del Ministro Lamberto Cisternas Rocha en la **Sentencia CA 8917-2003** op.cit., considerandos 2º y 3º; **Sentencia CA Santiago 188-2004** op.cit., considerandos 2º y 3º; **Sentencia CA Santiago 8132-2004** dictada el 4 de julio de 2008 por la Séptima Sala integrada por los Ministros Juan Escobar Zepeda, Emilio Elgueta Torres y por el Abogado Integrante Enrique Pérez Levetzow, considerandos 2º y 3º; **Sentencia CA Santiago 6995-2004** dictada el 4 de julio de 2008 por la Séptima Sala integrada por los Ministros Juan Escobar Zepeda, Emilio Elgueta Torres y por el

Agregan estas sentencias que, no existe razón para tratar la responsabilidad civil desde orientaciones válidas para otras materias y en el plano del derecho común interno, ya que la cuestión de los derechos fundamentales constituye un sistema, un todo, y por tal sentido no es posible interpretar los hechos que los afecten y las normas que los regulan de manera aislada, como tampoco pueden introducirse normas que sean consecuencia de otros criterios orientadores vinculados a finalidades que exceden la naturaleza de esta clase de derechos, como son las que han sido invocadas por la demandada, porque toda conclusión alcanzada en tales circunstancias necesariamente será contraria al sistema jurídico de los derechos fundamentales. No advirtiéndose ninguna razón para tal distinción, y por ello ha de entenderse que la cuestión de la prescripción de la acción no puede ser resuelta desde la perspectiva de las normas del derecho privado, por que éstas atienden fines diferentes³¹⁷.

Abogado Integrante Enrique Pérez Levezow, considerandos 2º y 3º; **Sentencia CA Santiago 8404-2004** op. cit., considerandos 2º y 3º; **Sentencia CA Santiago 7658-2003** op. cit., considerando 5º; **Sentencia CA Santiago 9740-2004** op. cit., considerandos 1º y 2º; **Sentencia CA Santiago 113-2005** op. cit., considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 13065-2004** op. cit., considerando 2º; **Sentencia CA 10.677-2006** op. cit., considerando 3º.

³¹⁷ **Sentencia CA Santiago 165-2001** op. cit., considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 3508-2002** op. cit., considerando 4º; Voto Disidente del Ministro Lamberto Cisternas Rocha en la **Sentencia CA Santiago 2400-2002** op.cit., considerando 4º; Voto Disidente del Ministro Mario Rojas González en la **Sentencia CA Santiago 4299-2002** op.cit., considerando 6º, 7º y 11º; **Sentencia CA Santiago 3595-2002** op.cit., considerando 3º; **Sentencia CA Santiago 6879-2002** op. cit., considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 6715-2002** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Lamberto Cisternas Rocha en la **Sentencia CA Santiago 4547-2003** op. cit., considerando 4º; Voto Disidente del Ministro Lamberto Cisternas Rocha en la **Sentencia CA 8917-2003** op.cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 9663-03** op.cit., considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 8404-2004** op. cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 6953-2004** dictada el 1 de septiembre de 2008 por la Cuarta

Además, sostienen que la acción indemnizatoria que persigue la REE en los casos materia de análisis, debe ser imprescriptible, en caso contrario, se estaría vulnerando el art. 5 inc. 2 de la CPR³¹⁸, que junto con reconocer el carácter vinculante de los instrumentos de DI, establece que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos fundamentales, entre los que también ha de entenderse el de indemnización³¹⁹.

Sala integrada por los Ministros Lamberto Cisternas Rocha, Amanda Valdovinos Jeldes y Abogado Integrante Francisco Tapia Guerrero, considerando 6º; **Sentencia CA Santiago 7658-2003** op. cit., considerando 5º; Voto Disidente del Abogado Integrante Nelson Pozo Silva en la **Sentencia CA Santiago 6524-2005** op. cit., considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 9740-2004** op. cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 927-2005** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Abogado Integrante Nelson Pozo Silva en la **Sentencia CA Santiago 8539-2005** op.cit., considerando 2º; **Sentencia de Casación CS 2080-2008** op. cit., considerando 8º.

³¹⁸ “... El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes...”

³¹⁹ **Sentencia CA Santiago 165-2001** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Abogado Integrante Hugo Llanos Mancilla en la **Sentencia CA 8795-2000** op. cit., considerando 6º; **Sentencia CA Santiago 1211-2002** op. cit., considerando 6º; Voto Disidente del Ministro Lamberto Cisternas Rocha en la **Sentencia CA Santiago 2400-2002** op.cit., considerando 4º; Voto Disidente del Ministro Mario Rojas González en la **Sentencia CA Santiago 4299-2002** op.cit., considerando 6º; **Sentencia CA Santiago 3595-2002** op.cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 6879-2002** op. cit., considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 6715-2002** op. cit., considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 14281-2006** dictada el 2 de agosto de 2007 por la Primera Sala integrada por los Ministros Alfredo Pfeiffer Richter, Juan Manuel Muñoz Pardo y por el Abogado Integrante señor Nelson Pozo Silva, considerando 25º; Voto Disidente

del Ministro Alejandro Madrid Croare en la **Sentencia CA Santiago 1848-2003** op.cit., considerando 4º; Voto Disidente del Ministro Lamberto Cisternas Rocha en la **Sentencia CA Santiago 4547-2003** op. cit., considerando 4º; Voto Disidente del Ministro Lamberto Cisternas Rocha en la **Sentencia CA 8917-2003** op.cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 9663-03** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Abogado Integrante Nelson Pozo Silva en la **Sentencia CA Santiago 6524-2005** op. cit., considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 9740-2004** op. cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 113-2005** op. cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 13065-2004** op. cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 217- 2005** dictada el 1 de diciembre de 2008 por la Novena Sala integrada por los Ministros Dobra Lusic Nadal, Mario Rojas González y por el Abogado Integrante Roberto González Maldonado, considerandos 13º y 14º; **Sentencia CA Santiago 927-2005** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 2152-2007** op.cit., considerando 3º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 3028-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 2797-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 3540-07** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 4292-07** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 4163-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 3220-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 4847-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 4794-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 5234-07** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 4774-07** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 5243-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia**

En este mismo sentido, se ha señalado que cabe acoger la acción civil deducida que tiene como objeto obtener la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de los agentes del Estado de Chile, ya que así lo demanda la aplicación de buena fe de los TI suscritos por el país, así como la interpretación de las normas de DI consideradas ius cogens por la comunidad jurídica internacional. Dichas normas deben tener aplicación preferente en nuestro ordenamiento interno, al tenor de lo que dispone el ya citado art. 5 de la CPR, por sobre aquellas disposiciones de orden jurídico nacional que posibilitarían eludir las responsabilidades en que ha incurrido el Estado chileno y que invoca el CDE en resguardo de los intereses fiscales, a través de la actuación penalmente culpable de sus funcionarios, dando cumplimiento de este modo a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (CVDT)³²⁰.

de Casación CS 5600-2007 op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 1510-2008** op. cit., considerando 2º; **Sentencia de Casación CS 2080-2008** op. cit., considerando 8º.

³²⁰ Voto Disidente del Ministro Mario Rojas González en la **Sentencia CA Santiago 4299-2002** op.cit., considerandos 8º, 10º, 13º,15º, 16º, 17º y 18º; **Sentencia CA Santiago 217- 2005** op. cit., considerandos 13 y 14º; **Sentencia CA Santiago 147-2006** dictada el 2 de julio de 2009 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Dobra Lusic Nadal, Juan Cristóbal Mera Muñoz y por el Abogado Integrante Rodrigo Asenjo Zegers, considerando 12º; **Sentencia CA Santiago 3319-2007** dictada el 21 de agosto de 2009 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Dobra Lusic Nadal, Maria Rosa Kittsteiner Gentiles y por el Abogado Integrante Jorge Lagos Gatica, considerando 14º; **Sentencia de Reemplazo CS 6308-07** dictada el 8 de septiembre de 2008 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Nibaldo Segura P., Hugo Dolmestch U., Juan Araya E., Carlos Künsemuller L. y por el Abogado Integrante Hernán Álvarez G., considerando 20º; Voto Disidente de los Ministros Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemuller L. **Sentencia de Reemplazo CS 4961-2007** dictada el 3 de diciembre de 2008 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemuller L., considerando 6º; **Sentencia de Reemplazo CS 2080-2008** op. cit., considerando 10º.

A mayor abundamiento, algunos fallos agregan que no sólo se vulneraría el art. 5 de la CPR, sino también la norma del art. 131 de la Convención de Ginebra (CG)³²¹, toda vez que aquel precepto pretende hacer efectiva la responsabilidad que resulta de esta clase de hechos, y no se limita a la de carácter penal. Lo mismo ocurre con el art. 27 de la CVDT³²² que se encuentra vigente desde el 27 de Enero de 1980, que previene que los Estados no pueden invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales³²³.

³²¹ **“Artículo 131. Responsabilidades de las Partes Contratantes.** Ninguna Parte Contratante podrá exonerarse, ni exonerar a otra Parte Contratante, de las responsabilidades en que haya incurrido ella misma u otra Parte Contratante a causa de las infracciones previstas en el artículo anterior.” **“Artículo 130. Infracciones graves.** Las infracciones graves a las que se refiere el artículo anterior son las que implican uno cualquiera de los actos siguientes si se cometen contra personas o bienes protegidos por el Convenio: el homicidio intencional, la tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos, el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud, el hecho de forzar a un prisionero de guerra a servir a las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o el hecho de privarlo de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones del presente Convenio.”

³²² **“Artículo 27. El derecho interno de los Estados, las reglas de las organizaciones**

internacionales y la observancia de los tratados.

1. Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado.

2. Una organización internacional parte en un tratado no podrá invocar las reglas de la

organización como justificación del incumplimiento del tratado.

3. Las normas enunciadas en los párrafos precedentes se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”

³²³ **Sentencia CA La Serena 24792-2001** dictada el 24 de Octubre de 2001 por los Ministros Isabella Ancarola Privato y Jaime Franco Ugarte y por el Abogado

En dos votos disidentes del Abogado Integrante Carlos López Dawson en fallos de la Octava Sala de la CA de Santiago, y en sentencia de la Quinta Sala de la misma CA, se ha señalado además que, de acuerdo con lo previsto en el art. 5 de la CPR, las normas convencionales y de ius cogens de DDHH se impide afectar el derecho a la justicia, de manera que no es posible aplicar la prescripción a ninguna violación de DDHH. Este principio sería además consecuente con el Estado Democrático de Derecho y se encuentra recogido en el art. 1³²⁴ de la Carta Fundamental³²⁵.

Integrante Manuel Cortés Barrientos, considerando 4º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 3028-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 2797-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 3540-07** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 4292-07** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 4163-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 3220-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 4847-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 4794-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 5234-07** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 4774-07** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 5243-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 5600-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 1510-2008** op. cit., considerando 2º; **Sentencia de Casación CS 2080-2008** op. cit., considerando 12º.

³²⁴ “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la

Se ha agregado que, por tratarse en la especie de un delito calificable como de “lesa humanidad”, cuya especial naturaleza jurídica impide la extinción de la responsabilidad penal del o los culpables por prescripción de la acción persecutoria - por aplicación de múltiples instrumentos internacionales y de acuerdo, también, con las normas del ius cogens, que castigan aquellos delitos que la conciencia jurídica universal considera intolerables, en relación al art. 5 inc. 2 de la CPR-, de lo que resulta, que tampoco podrá extinguirse por prescripción el deber del Estado y el derecho de la víctima u otras personas relacionadas, a la correspondiente y justa indemnización por los daños causados por el o los responsables de un crimen de tal entidad y gravedad³²⁶.

sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.”

³²⁵ Voto Disidente del Abogado Integrante Carlos López Dawson en la **Sentencia CA Santiago 6441-2004** op.cit., considerando 8º; Voto Disidente del Abogado Integrante Carlos López Dawson en la **Sentencia CA Santiago 7170-2004** dictada el 18 de junio de 2008 por la Octava Sala integrada por el Ministro Cornelio Villarroel Ramírez, por la Fiscal Judicial María Loreto Gutiérrez Alvear y por el Abogado Integrante Carlos López Dawson, considerando 3º; **Sentencia CA Santiago 6817-2005** op. cit., considerando 3º.

³²⁶ **Sentencia CA Santiago 3508-2002** op. cit., considerandos 1º, 2º y 3º; Voto Disidente del Abogado Integrante Nelson Pozo Silva en la **Sentencia CA Santiago**

En este mismo sentido, encontramos varias sentencias que señalan que en virtud de normas jurídicas provenientes de diversos TI, entre ellos la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), no es posible concebir la prescripción de la acción penal, y por ello resultaría ilógico la extinción de responsabilidad civil a la luz del derecho privado si la responsabilidad penal siempre será exigible³²⁷.

8539-2005 op.cit., considerando 1º y 2º; **Sentencia CA Santiago 147-2006** op. cit., considerando 12º.

³²⁷ **Sentencia CA Santiago 165-2001** op. cit., considerandos 1º y 2º; Voto Disidente del Ministro Lamberto Cisternas Rocha en la **Sentencia CA Santiago 2400-2002** op.cit., considerando 2º y 3º; **Sentencia CA Santiago 3595-2002** op.cit., considerando 6º; **Sentencia CA Santiago 6879-2002** op. cit., considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 6715-2002** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Lamberto Cisternas Rocha en la **Sentencia CA Santiago 4547-2003** op. cit., considerandos 3º y 6º; Voto Disidente del Ministro Jorge Dahm Oyarzún en la **Sentencia CA Santiago 11.380-2002** op.cit., considerando f); Voto Disidente del Ministro Lamberto Cisternas Rocha en la **Sentencia CA 8917-2003** op.cit., considerandos 1º, 2º y 3º; **Sentencia CA Santiago 9663-03** op.cit., considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 188-2004** op.cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 8132-2004** op. cit., considerandos 2º, 3º y 4º; **Sentencia CA Santiago 6995-2004** op. cit., considerandos 2º, 3º y 4º; **Sentencia CA Santiago 8404-2004** op. cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 7658-2003** op. cit., considerando 5º; **Sentencia CA Santiago 6953-2004** op. cit., considerando 6º; Voto Disidente del Abogado Integrante Nelson Pozo Silva en la **Sentencia CA Santiago 6524-2005** op. cit., considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 9740-2004** op. cit., considerando 3º; **Sentencia CA Santiago 113-2005** op. cit., considerando 6º; **Sentencia CA Santiago 13065-2004** op. cit., considerando 3º **Sentencia CA Santiago 927-2005** op. cit., considerandos 1º y 2º; Voto Disidente del Abogado Integrante Roberto González Maldonado en la **Sentencia CA 11201-2005** op.cit., considerando 16º; Voto Disidente del Abogado Integrante Nelson Pozo Silva en la **Sentencia CA Santiago 8539-2005** op.cit., considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 1857-2006** dictada el 19 de marzo de 2009 por la Octava Sala integrada por los Ministros Juan Manuel Muñoz Pardo,

El fallo de la CA de Santiago, Rol 217- 2005, ha agregado que en el orden penal la prescripción impide, ya el juzgamiento, ya el cumplimiento de una sentencia de condena (según se trate), que en la mayoría de los casos habrá de ser privativa o restrictiva de libertad, y por lo tanto su no aplicación afectará un valor que es mucho más importante que lo meramente pecuniario, como lo es la libertad personal. Por ello,

Amanda Valdovinos Jeldes y por el Abogado Integrante Francisco Tapia Guerrero, considerando 7º; Voto Disidente del Ministro Emilio Elgueta Torres en la **Sentencia CA Santiago 888-2007** op.cit., considerando f); **Sentencia CA Santiago 147-2006** op. cit., considerandos 5º y 13º;; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 2152-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 3028-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 2797-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 3540-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 4292-07** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 4163-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 3220-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 4847-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 4794-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 5234-07** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 4774-07** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 5243-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 5600-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 1510-2008** op. cit., considerando 2º.

concluyen que con mayor razón ha de estimarse imprescriptible la responsabilidad civil derivada de la comisión de delitos de lesa humanidad³²⁸.

En este sentido, encontramos algunos fallos que consideran que la prescripción de las acciones civiles, en los casos de violaciones a los DDHH, no es aplicable al tenor de los TI, que hacen imprescriptible las acciones penales. Y si se estimara que son prescriptibles, por considerarlas sólo como acciones civiles desvinculadas a las acciones penales, debería concluirse que el plazo de prescripción se inicia cuando el Estado de Derecho se ha restablecido en su total y absoluta normalidad en el país³²⁹.

Otro argumento utilizado para considerar imprescriptible la acción indemnizatoria que persigue la REE, ha sido manifestado por el Abogado Integrante Carlos López Dawson y el Ministro Haroldo Brito Cruz en varios votos disidentes emitidos en sentencias de la Octava Sala de la CA de Santiago y de la Tercera Sala de la CS, respectivamente, señalando que el derecho a la reparación es un derecho fundamental, esto es uno de aquellos que los estados declaran para asegurar y hacer posible la convivencia democrática, el que por su naturaleza es imprescriptible³³⁰. Es

³²⁸ **Sentencia CA Santiago 217- 2005** op. cit., considerando 14º.

³²⁹ **Sentencia CA Santiago 3508-2002** op. cit., considerandos 2º y 3º; **Sentencia CA Santiago 9740-2004** op. cit., considerando 3º; **Sentencia CA Santiago 113-2005** op. cit., considerando 3º; **Sentencia CA Santiago 13065-2004** op. cit., considerando 3º; Voto Disidente del Abogado Integrante Roberto González Maldonado en la **Sentencia CA 11201-2005** op.cit., considerando 22º; Voto Disidente del Ministro Emilio Elgueta Torres en la **Sentencia CA Santiago 888-2007** op.cit., considerando f).

³³⁰ Voto Disidente del Abogado Integrante Carlos López Dawson en la **Sentencia CA Santiago 6441-2004** op.cit., considerando 3º; Voto Disidente del Abogado Integrante Carlos López Dawson en la **Sentencia CA Santiago 7170-2004** op. cit., considerando 8º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 2152-2007** op.cit., considerando 3º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 2797-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 3220-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia**

importante señalar que este argumento también fue incorporado al último fallo emitido por la Tercera Sala de la CS respecto de la materia y que acoge la acción indemnizatoria impetrada.

IV.1.3. Plazo de Prescripción y forma de computarlo

En torno al plazo de prescripción aplicable a este tipo de acciones y a la forma de computarlo, varios fallos han señalado que sería aplicable la regla contenida en el art. 2332³³¹ del CC, conforme a la cual, las acciones establecidas para reclamar la responsabilidad extracontractual prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto³³². Sin perjuicio de ello, en la sentencia de CA La Serena Rol

de Casación CS 4847-2007 op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 4794-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 5234-07** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 4774-07** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 5243-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 5600-2007** op. cit., considerando 2º; Voto Disidente del Ministro Haroldo Brito Cruz en la **Sentencia de Casación CS 1510-2008** op. cit., considerando 2º; **Sentencia de Casación CS 2080-2008** op. cit., considerando 12º.

³³¹ “Las acciones que concede este título por daño o dolo, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto.”

³³² **Sentencia CA 2497-1999** op.cit., considerando 5º; **Sentencia CA La Serena 25153-2001** op. cit., considerando 6º; **Sentencia CA 2473-1999** op.cit., considerando 11º; Previsión del Ministro Víctor Montiglio Rezzio en la **Sentencia CA Santiago**

11821-2003 dictada el 5 de enero de 2004 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Víctor Montiglio Rezzio y Patricia Gómez Sepúlveda y por el Abogado Integrante Hugo Llanos Mancilla, considerando 13º; **Sentencia CA Santiago 2839-1999** op.cit., considerando 3º; **Sentencia CA Santiago 4642-1999** op. cit., considerando 11º; **Sentencia CA Santiago 6174-2001** op.cit., considerando 11º; **Sentencia CA Santiago 33-2000** op.cit., considerando 9º; **Sentencia CA Santiago 8295-1999** op.cit., considerando 9º; **Sentencia de CA Santiago 9031-2001** op.cit., considerando 7º; **Sentencia CA Santiago 5319-2000** op. cit., considerando 4º; Voto Disidente del Ministro Juan Manuel Muñoz Pardo en la **Sentencia CA Santiago 6749-2000** op. cit., considerando 5º; **Sentencia CA Santiago 5402-2000** op. cit., considerando 5º; Voto Disidente del Abogado Integrante Ángel Cruchaga Gandarillas en la **Sentencia CA Santiago 2639-2000** op.cit., considerando 11º; Voto Disidente de la Ministro Gloria Ana Chevesich en la **Sentencia CA Santiago 1211-2002** op. cit., considerando 3º; **Sentencia CA Santiago 3079-2002** op.cit., considerando 10º; **Sentencia CA Santiago 1470-2002** op.cit., considerandos 11º y 12º; **Sentencia CA Santiago 2400-2002** op.cit., considerando 2º; Voto Disidente de la Abogado Integrante Andrea Muñoz Sánchez en la **Sentencia CA Santiago 3595-2002** op.cit., considerando 3º; **Sentencia CA Santiago 12811-2006** op.cit., considerando 14º; **Sentencia CA Santiago 8632-2002** op.cit., considerando 5º; **Sentencia CA Santiago 1848-2003** op.cit., considerando 4º y 5º; **Sentencia CA Santiago 11.380-2002** op.cit., considerando 5º; Voto Disidente del Ministro Patricio Villarroel Valdivia en la **Sentencia CA Santiago 28723-2005** op. cit., considerando 12º; **Sentencia CA Santiago 3748-2003** op. cit., considerando 3º; Voto Disidente del Ministro Mauricio Silva Cancino en la **Sentencia CA Santiago 9663-03** op.cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 6936-2004** op. cit., considerando 3º; **Sentencia CA Santiago 6441-2004** op.cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 7658-2003** op. cit., considerando 6º; Voto Disidente de la Ministro Gloria Ana Chevesich Ruiz en la **Sentencia CA Santiago 113-2005** op. cit., considerando 3º; Voto Disidente de la Ministro Gloria Ana Chevesich Ruiz en la **Sentencia CA Santiago 13065-2004** op. cit., considerando 3º; **Sentencia CA 11201-2005** op.cit., considerando 4º; Voto Disidente del Ministro Patricio Villarroel Valdivia en la **Sentencia CA Santiago 6817-2005** op. cit., considerando 1º; Voto

Disidente del Ministro Juan Cristóbal Mera Muñoz en la **Sentencia CA Santiago 270-2006** op.cit., considerando e); **Sentencia CA Santiago 888-2007** op.cit., considerando 4º; **Sentencia CA 8865-2007** op.cit., considerando 4º; **Sentencia de Casación CS 1234-02** op. cit., considerando 11º; **Sentencia de Casación CS 1558-02** op.cit., considerando 8º; **Sentencia de Casación CS 5169-2002** op. cit., considerando 15º; **Sentencia de Casación CS 5914-2005** dictada el 27 de diciembre de 2006 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Ricardo Gálvez, Milton Juica y Adalis Oyarzún, y por los Abogados Integrantes Fernando Castro y Hernán Álvarez, considerando 6º; **Sentencia de Casación CS 6049-05** op.cit., considerando 17º; **Sentencia de Casación CS 508-06** op.cit., considerando 13º; **Sentencia de Casación CS 1133-2006** op.cit., considerando 24º; **Sentencia de Casación CS 3458-2006** op. cit., considerando 12º; **Sentencia de Casación CS 4067-2006** op.cit., considerando 10º; **Sentencia de Casación CS 4065-2006** op. cit., considerando 7º y 10º; **Sentencia de Reemplazo CS 743-07** op.cit., considerando 10º; **Sentencia de Casación CS 428-2003** dictada el 16 de agosto de 2008 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros José Benquis C, José Luis Pérez Z, Orlando Álvarez H, Urbano Marín V y Jorge Medina C, considerando 8º; **Sentencia de Casación CS 2152-2007** op.cit., considerando 11º; **Sentencia de Casación CS 2775-2007** op.cit., considerando 13º; **Sentencia de Casación CS 2797-2007** op.cit., considerando 11º; **Sentencia de Casación CS 3540-07** op.cit., considerando 12º; **Sentencia de Casación CS 4292-07** op.cit., considerando 10º; **Sentencia de Casación CS 4163-2007** op.cit., considerando 10º; **Sentencia de Casación CS 5097-2007** op.cit., considerando 15º; **Sentencia de Casación CS 3220-2007** op.cit., considerando 11º; **Sentencia de Casación CS 4847-2007** op.cit., considerando 12º; **Sentencia de Casación CS 4794-2007** op.cit., considerando 12º; **Sentencia de Casación CS 5234-07** op.cit., considerando 11º; **Sentencia de Casación CS 4774-07** op.cit., considerando 11º; **Sentencia de Casación CS 5243-2007** op.cit., considerando 11º; **Sentencia de Reemplazo CS 4771-2007** op.cit., considerando 5º; **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op.cit., considerando 11º; **Sentencia de Casación CS 6986-2007** op. cit., considerando 16º; **Sentencia de Casación CS 514-2008** op. cit., considerando 16º; **Sentencia de Casación CS 5600-2007** op. cit., considerando 11º; **Sentencia de Casación CS 1510-**

25495-2001, se señala el plazo de prescripción para la acción indemnizatoria que persigue la REE no estaría contemplado en el art. 2332 del CC, sino que serían aplicables las reglas generales de los art. 2514³³³ y 2515³³⁴ del mismo cuerpo legal, atendida la ausencia de otras normas especiales al respecto³³⁵.

Se ha discutido sobre la forma en que debe computarse el plazo de prescripción, por el alcance que debe darse a la expresión “perpetración del acto” utilizada por el art. 2332 del CC. En algunas sentencias, se sostiene que dicha expresión se refiere al ilícito o hecho generador del daño -es decir, la detención y posterior desaparecimiento de la víctima- que ocasiona un daño que se continúa produciendo, y por lo mismo se mantiene día a día. Por ello, concluyen, que la prescripción de la acción derivada de un hecho ilícito comienza a correr desde la producción del daño, ya que de lo contrario se podría producir el absurdo que la acción resulta prescrita antes de nacer³³⁶.

2008 op. cit., considerando 12º; Voto Disidente de los Ministros Héctor Carreño y Pedro Pierre en la **Sentencia de Casación CS 2080-2008** op. cit., considerando 7º.

³³³ “La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.

Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible.”

³³⁴ “Este tiempo es en general de tres años para las acciones ejecutivas y de cinco años para las ordinarias.

La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de tres años, y convertida en ordinaria durará solamente otros dos.”

³³⁵ **Sentencia CA La Serena 25495-2001** op. cit., considerando 6º.

³³⁶ **Sentencia CA Concepción 2850-2001** op. cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 1294-2005** dictada el 11 de noviembre de 2005 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Haroldo Brito Cruz, Carlos Gajardo Galdames y Amanda Valdovinos Jeldes, considerando 11º. Voto Disidente del Ministro Jorge Zepeda Arancibia en la **Sentencia CA Santiago 146-2006** dictada el 31 de julio de 2006 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sonia Araneda Briones y Jorge Zepeda Arancibia y por el Abogado Integrante Emilio Pfeffer Urquiaga, considerando 15º;

No obstante lo anterior, la mayoría de las sentencias analizadas que aborda este punto de discusión, sostienen, por el contrario, que dicha expresión comprende la realización de una acción u omisión que provoca el daño que motiva el resarcimiento de los perjuicios causados. Y en los casos de personas detenidas desaparecidas, el acto por el que se demanda la indemnización de perjuicios es único, y consiste en la detención de la persona, de la que se deriva su desaparición. Es decir, la desaparición es una consecuencia de la detención, y aunque tales efectos o consecuencias permanezcan en el tiempo, el plazo de prescripción, es de cuatro años y se cuenta desde la fecha del acto que los ocasiona³³⁷.

Existen otros fallos, de CA y de CS, que se han alejado de esta discusión, y sostienen que sólo es posible contar el plazo de prescripción de la acción penal desde que el Estado, por medio de sus órganos de persecución penal, formule acusación, porque este acto procesal enteramente objetivo importa el cumplimiento de un ineludible deber de esclarecimiento de estas clase de hechos, y porque entretanto no

Sentencia CA Santiago 4464-2001 dictada el 16 de noviembre de 2006 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Haroldo Brito Cruz y Jorge Zepeda Arancibia y por el Abogado Integrante Nelson Pozo Silva, considerando 11º.

³³⁷ **Sentencia CA Santiago 2839-1999** op.cit., considerando 5º; **Sentencia CA Santiago 33-2000** op.cit., considerando 11º; **Sentencia de CA Santiago 9031-2001** op.cit., considerando 14º; Voto Disidente del Ministro Juan Manuel Muñoz Pardo en la **Sentencia CA Santiago 6749-2000** op. cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 3079-2002** op.cit., considerandos 10º y 11º; **Sentencia CA Santiago 2400-2002** op.cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 12811-2006** op.cit., considerandos 14º y 15º; **Sentencia CA Santiago 1848-2003** op.cit., considerando 5º y 6º; **Sentencia CA Santiago 11.380-2002** op.cit., considerando 5º; **Sentencia CA Santiago 66-05** op.cit., considerando 4º; Voto Disidente del Ministro Juan Cristóbal Mera Muñoz en la **Sentencia CA Santiago 270-2006** op.cit., considerando f); **Sentencia CA Santiago 888-2007** op.cit., considerando 5º; **Sentencia de Casación CS 1234-02** op. cit., considerandos 13º y 14º; **Sentencia de Casación CS 5914-2005** op. cit., considerandos 6º y 7º; Voto Disidente de los Ministros Héctor Carreño y Pedro Pierry en la **Sentencia de Casación CS 2080-2008** op. cit., considerando 8º.

ha podido nacer para el directamente afectado la obligación de demandar. Por ende, si el Estado ha carecido de la capacidad para superar el estado de ignorancia acerca de los hechos, siendo de su responsabilidad el esclarecimiento de éstos, no es equitativo atribuir al particular, infinitamente más incapaz a estos efectos, la obligación de demandar y la consecuente sanción de prescripción, en circunstancias que el Estado, por las razones que fueren, ha incumplido su propia obligación. Al proceder de otra manera se afectarían criterios de justicia material plenamente aceptados por nuestro sistema jurídico³³⁸

³³⁸ **Sentencia CA Santiago 6999-1999** dictada el 16 de diciembre de 2002 por la Novena Sala integrada por los Ministros Juan Araya, Alejandro Solís y por el Abogado Integrante Domingo Hernández, considerandos 3º, 4º y 5º; **Sentencia CA Santiago 37483-2004** dictada el 18 de enero de 2006 por la Sexta Sala integrada por los Ministros Hugo Dolmestch Urra, Haroldo Brito Cruz, y por la Abogado Integrante Paulina Veloso Valenzuela, considerandos 17º y 19º; **Sentencia CA Santiago 165-2001** op. cit., considerando 3º; **Sentencia CA Santiago 21783-2003** dictada el 31 de enero de 2007 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros Jorge Dahm Oyarzún, Manuel Antonio Valderrama Rebolledo y por el Abogado Integrante Francisco Tapia Guerrero, considerando 20º; **Sentencia CA Santiago 5439-2006** dictada el 12 de octubre de 2007 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros Jorge Dahm Oyarzún, Manuel Antonio Valderrama Rebolledo, y por el Abogado Integrante Luis Orlandini Molina, considerandos 16º y 18º; **Sentencia CA Santiago 3425-2005** dictada el 28 de enero de 2008 por la Séptima Sala integrada por los Ministros Patricio Villarroel Valdivia y Mario Rojas González y por el Abogado Integrante Francisco Tapia Guerrero, considerando 5º; Voto Disidente de la Abogado Integrante María Victoria Valencia Mercaido en la **Sentencia CA Santiago 3748-2003** op. cit., considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 9663-03** op.cit., considerando 3º; Voto Disidente del Abogado Integrante Nelson Pozo Silva en la **Sentencia CA Santiago 6524-2005** op. cit., considerando 3º; **Sentencia CA Santiago 927-2005** op. cit., considerando 3º; **Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007** op. cit., considerando 45º; **Sentencia de Reemplazo CS 4723-2007** dictada el 15 de octubre de 2008 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch

En un sentido similar, varias sentencias han considerado que el acto desde el cual se debe comenzar a contar el plazo de prescripción de la acción indemnizatoria lo constituye el reconocimiento que hizo el Estado de Chile de la existencia del hecho ilícito y su participación, a través del Informe de la Comisión Verdad y Reconciliación, que fue publicado el 12 de marzo de 1991, plazo que luego habría sido renovado por la publicación de la Ley N° 19.123, el 8 de febrero de 1992, por la que el Estado reconoció su obligación de reparar el perjuicio causado³³⁹.

IV.1.4. Interrupción y Suspensión del plazo de Prescripción

U., Carlos Künsemüller L. y por el Abogado Integrante Juan Carlos Cárcamo, considerando 8°; **Sentencia de Reemplazo CS 4691-2007** dictada el 28 de enero de 2009 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Nivaldo Segura P., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y por el Abogado Integrante Oscar Herrera V., considerando 51°.

³³⁹ **Sentencia CA La Serena 25153-2001** op. cit., considerando 6°; **Sentencia CA Santiago 4642-1999** op. cit., considerando 12°; **Sentencia CA Santiago 2639-2000** op.cit., considerando 6°; **Sentencia de Reemplazo CS 4753-01** op.cit., considerando 13°; Previsión del Ministro Milton Juica y del Abogado Integrante Fernando Castro en la **Sentencia de Casación CS 5914-2005** op. cit.; Previsión del Ministro Jorge Streeter en la **Sentencia de Casación CS 508-06** op.cit., considerando 10°; Voto Disidente del Abogado Integrante Domingo Hernández E. en la **Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007** op. cit., considerando 12°; Previsión del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich en la **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op.cit., considerando 6°; Previsión del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich en la **Sentencia de Casación CS 514-2008** op. cit., considerando 6°; Previsión del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich en la **Sentencia de Casación CS 5600-2007** op. cit., considerando 6°.

Otros aspectos de la prescripción, que encontramos en las sentencias en estudio, son la interrupción y la suspensión.

La interrupción de la prescripción deja sin efecto todo el plazo transcurrido hasta el momento en que se produce el acto interruptivo, y exige que comience a contarse nuevamente de manera íntegra el plazo, si se desea obtener la prescripción liberatoria³⁴⁰. Por el contrario, en el caso de suspensión de la prescripción³⁴¹, se detiene el cómputo del plazo de prescripción durante todo el tiempo que dure la situación suspensiva, pero que, una vez desaparecida esta causal, permite que el plazo se integre sumando el tiempo que había transcurrido con anterioridad a la suspensión.

Los abogados integrantes Domingo Hernández y Benito Mauriz, en voto disidentes y prevenciones, han señalado que la misma Excelentísima CS, en algunos fallos, ha matizado la aplicación de las normas del derecho interno sobre prescripción de la responsabilidad civil extracontractual, admitiendo que el plazo del cómputo correspondiente es susceptible de computarse desde una época inicial distinta de la que establece el art. 2332 del CC, cual sería el comprendido entre la fecha de perpetración del ilícito y la asunción del nuevo gobierno democrático, que puso fin al gobierno militar el 11 de marzo de 1990 - o aun la de publicación de la Ley N° 19.723, produciéndose con ello la interrupción de la prescripción en curso, con motivo del

³⁴⁰ En Chile, la interrupción está regulada en el art. 2518 del CC: “La prescripción que extingue las acciones ajenas puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente.

Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente.

Se interrumpe civilmente por la demanda judicial; salvo los casos enumerados en el artículo 2503”.

³⁴¹ Regulado en el art. 2520 del CC: “La prescripción que extingue las obligaciones se suspende en favor de las personas enumeradas en los números 1.º y 2.º del artículo 2509.

Transcurridos diez años no se tomarán en cuenta las suspensiones mencionadas en el inciso precedente”.

reconocimiento por el Estado de su responsabilidad moral respecto de estos hechos. Esta tesitura importa una aceptación tácita por parte de la CS de la inexistencia, en ese lapso intermedio, de recursos efectivos, en la jurisdicción doméstica, para hacer frente a violaciones de las normas sobre DDHH³⁴².

Esta tesitura o matiz encuentra contrapartida en varios fallos de CA y en las prevenciones del abogado integrante Benito Mauriz, que señalan que pese a que se le atribuya a la Ley N° 19.123 efecto interruptivo, aun desde la fecha de su publicación y hasta que los actores civiles pusieron en juego la facultad jurisdiccional para resguardar su derecho, el término extintivo se encontraría, en todo caso, cumplido y, consecuentemente, extinguida la vía civil intentada³⁴³. Por ello, tampoco operaría el efecto de interrumpir naturalmente el curso de la prescripción en los términos previstos

³⁴² Voto Disidente del Abogado Integrante Domingo Hernández E. en la **Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007** op. cit., considerando 12°; Prevención del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich en la **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op. cit., considerando 16°; Prevención del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich en la **Sentencia de Casación CS 514-2008** op. cit., considerando 16°; Prevención del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich en la **Sentencia de Casación CS 5600-2007** op. cit., considerando 16°.

³⁴³ **Sentencia CA 2497-1999** op.cit., considerando 6°; **Sentencia CA La Serena 25153-2001** op. cit., considerando 6°; **Sentencia CA Santiago 6174-2001** op.cit., considerando 13°; **Sentencia CA Santiago 4642-1999** op. cit., considerando 12°; **Sentencia CA Santiago 4809-2000** op.cit., considerando 13°; Voto Disidente del Abogado Integrante Ángel Cruchaga Gandarillas en la **Sentencia CA Santiago 2639-2000** op.cit., considerando 12°; **Sentencia CA Santiago 2400-2002** op.cit., considerando 5°; **Sentencia CA Santiago 4299-2002** op.cit., considerando 8°; **Sentencia CA 8917-2003** op.cit., considerando 3°; Prevención del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich en la **Sentencia de Casación CS 3956-2007** op. cit., considerando 6°; Prevención del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich en la **Sentencia de Casación CS 514-2008** op. cit., considerando 6°; Prevención del Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich en la **Sentencia de Casación CS 5600-2007** op. cit., considerando 6°.

por el art. 2518 inc. 2³⁴⁴ del CC, por cuanto, al entrar en vigencia dicho cuerpo legal, en febrero de 1992, había transcurrido íntegramente el plazo previsto por la ley para que opere dicho medio de extinción de las acciones³⁴⁵.

Varios fallos han señalado que más allá de cual sea la tesis ocupada para computar el plazo de prescripción e incluso aun cuando se entienda esta interrumpida, el plazo de prescripción establecido en el art. 2332 se encontraría vencido:

“... ya sea desde la perpetración del hecho, o bien desde primer gobierno posterior al ejercido por las FFAA el año 1990, o desde la entrega del informe de la Comisión Verdad y Reconciliación, el 4 de marzo de 1991, hasta la fecha de notificación de la demanda, el plazo de prescripción consagrado por el art. 2332 del CC, aparece cumplido con creces. Incluso de entenderse interrumpida la prescripción- haciendo perder el tiempo transcurrido con anterioridad- con la dictación de la Ley N° 19.723, de 8 de febrero de 1992, igualmente el señalado plazo resulta satisfecho.”³⁴⁶

³⁴⁴ “La prescripción que extingue las acciones ajenas puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente.

Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente.

Se interrumpe civilmente por la demanda judicial, salvos los casos enumerados en el artículo 2503.”

³⁴⁵ **Sentencia CA Santiago 4809-2000** op.cit., considerando 13º; Voto Disidente del Abogado Integrante Ángel Cruchaga Gandarillas en la **Sentencia CA Santiago 2639-2000** op.cit., considerando 12º; **Sentencia CA Santiago 3147-2002** op.cit., considerando 3º y 5º; **Sentencia CA Santiago 4299-2002** op.cit., considerando 8º; **Sentencia de Casación CS 1133-2006** op.cit., considerando 18º; **Sentencia CA 8917-2003** op.cit., considerando 5º.

³⁴⁶ **Sentencia de CA Santiago 9031-2001** op.cit., considerando 11º; **Sentencia CA Valparaíso 77-2004** op. cit., considerando 7º; Voto Disidente de la Ministro Gloria Ana Chevesich en la **Sentencia CA Santiago 1211-2002** op. cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 3079-2002** op.cit., considerando 13º; **Sentencia CA Santiago 3147-2002** op.cit., considerando 3º; **Sentencia CA Santiago 4299-2002** op.cit.,

No sólo encontramos fallos que han computado el plazo de prescripción de un modo distinto al señalado en el art. 2332 del CC, o que han expresado que las circunstancias vividas en nuestro país durante la dictadura militar y en los primeros años de la vuelta a la democracia, constituirían razones de justicia material o causales de interrupción natural de la prescripción, sino que también encontramos fallos que han señalado que la prescripción extintiva se interrumpe también civilmente por la interposición de una demanda judicial, de conformidad con lo que prescribe el art. 2518 del CC.

Frente a ello, y basándose en la mas reciente corriente de opinión doctrinaria, algunos fallos sostienen que el término "demanda judicial" no debe ser tomado en un estricto sentido procesal, sino en uno más amplio, bastando que el acreedor recurra a los tribunales en demanda de protección, ya sea para cobrar directamente su crédito, ya sea para efectuar las gestiones previas necesarias para hacerlo, tanto es así, que el

considerando 8º; Voto Disidente de la Abogado Integrante Andrea Muñoz Sánchez en la **Sentencia CA Santiago 3595-2002** op.cit., considerando 5º; **Sentencia CA Santiago 12811-2006** op.cit., considerando 17º; **Sentencia CA Santiago 8632-2002** op.cit., considerando 5º; **Sentencia CA Santiago 1848-2003** op.cit., considerando 8º; **Sentencia CA Santiago 11.380-2002** op.cit., considerando 7º; **Sentencia CA Santiago 3748-2003** op. cit., considerando 4º; Voto Disidente del Ministro Mauricio Silva Cancino en la **Sentencia CA Santiago 9663-03** op.cit., considerando 3º; Voto Disidente de la Ministro Gloria Ana Chevesich Ruiz en la **Sentencia CA Santiago 113-2005** op. cit., considerando 4º; Voto Disidente de la Ministro Gloria Ana Chevesich Ruiz en la **Sentencia CA Santiago 13065-2004** op. cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 6936-2004** op. cit., considerando 4º; **Sentencia CA Santiago 6441-2004** op.cit., considerando 5º; **Sentencia CA Santiago 66-05** op.cit., considerando 3º; Voto Disidente del Ministro Juan Cristóbal Mera Muñoz en la **Sentencia CA Santiago 270-2006** dictada op.cit., considerandos g) y h); **Sentencia CA Santiago 888-2007** op.cit., considerando 7º.

art. 2503³⁴⁷ del mismo texto, que se relaciona también con la materia de la interrupción de la prescripción habla simplemente de recurso judicial³⁴⁸.

En este sentido, encontramos sentencias que expresan que el término de prescripción se interrumpe civilmente con la presentación de la denuncia en la causa penal, la que al ser admitida a tramitación y proveída por tribunal competente, hace improcedente dar inicio al cómputo del plazo de prescripción, ya que desaparece la base de justicia en que se funda la prescripción, cual es, no solo el transcurso del tiempo sino el silencio o la inactividad durante la relación jurídica³⁴⁹.

Otros fallos que se han opuesto a lo precedentemente referido, señalado que dentro del concepto de demanda judicial como medio jurídicamente idóneo para interrumpir la prescripción de la acción civil en el plano de la responsabilidad extracontractual, no resulta correcto incluir a la querella deducida en el proceso penal, ni entregarle el mismo efecto interruptivo, dada la diferente naturaleza y finalidad de

³⁴⁷ “Interrupción *civil* es todo recurso judicial intentado por el que se pretende verdadero dueño de la cosa, contra el poseedor.

Sólo el que ha intentado este recurso podrá alegar la interrupción; y ni aun él en los casos siguientes:

1.º Si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal;

2.º Si el recurrente desistió expresamente de la demanda o se declaró abandonada la instancia;

3.º Si el demandado obtuvo sentencia de absolución.

En estos tres casos se entenderá no haber sido interrumpida la prescripción por la demanda.”

³⁴⁸ **Sentencia CA Santiago 6999-1999** op. cit., considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 5402-2000** op. cit., considerando 5º; **Sentencia CA Santiago 7658-2003** op. cit., considerando 6º; **Sentencia de Casación CS 428-2003** op. cit., considerando 10º.

³⁴⁹ **Sentencia CA Santiago 6999-1999** op. cit., considerando 5º; **Sentencia CA Santiago 2639-2000** op.cit., considerandos 3º y 4º; **Sentencia de Casación CS 428-2003** op. cit., considerandos 11º y 12º; **Sentencia CA Santiago 7658-2003** op. cit., considerando 6º.

esta última, instrumento mediante el cual se pone en ejercicio la acción destinada a hacer efectiva la responsabilidad de quien ha incurrido en un ilícito comprendido en el ámbito del derecho punitivo³⁵⁰. Algunas sentencias agregan que el hecho de que el Código de Justicia Militar limite la intervención de las víctimas en el procedimiento, toda vez que los tribunales castrenses sólo conocen de la acción restitutoria, no constituye obstáculo alguno para formular la acción indemnizatoria ante el competente tribunal del fuero civil³⁵¹.

Apartándonos de los argumentos precedentemente referidos, pero en relación a la interrupción de la prescripción, encontramos en dos sentencias de la Séptima Sala de la CA de Santiago y en voto disidente del Abogado Integrante Roberto González Maldonado, la tesis de que el art. 2518 del CC indica que la prescripción extintiva puede interrumpirse, y debe interpretarse en relación con el art. 1456³⁵² del mismo texto, que señala que la fuerza vicia el consentimiento cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Esta norma establece una presunción, cual es considerar que se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte, o algunos de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave³⁵³. Estos argumentos no se contraponen con la normativa

³⁵⁰ **Sentencia de Casación CS 1133-2006** op.cit., considerando 14º y 15º; **Sentencia de Casación CS 4065-2006** op. cit., considerando 12º.

³⁵¹ **Sentencia CA Santiago 6999-1999** op. cit., considerando 3º; **Sentencia de Casación CS 1133-2006** op.cit., considerando 15º.

³⁵² “La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta a ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.

El temor *reverencial*, esto es, el sólo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.”

³⁵³ **Sentencia CA Santiago 6995-2004** op. cit., considerando 6º; **Sentencia CA Santiago 8132-2004** op. cit., considerando 6º; Voto Disidente del Abogado Integrante

del Derecho Civil Chileno, contenida en el CC, donde se establecen principios fundamentales de Derecho, como el que todo daño debe ser reparado; que la fuerza vicia la voluntad; que al impedido no le corre plazo, entre otros; principios que por su aplicación jurisprudencial por más de siglo y medio en nuestro país, también deben ser considerados en la especie³⁵⁴.

Y agregan que es un hecho público y notorio las circunstancias políticas y sociales existentes en Chile bajo el RM, lo que sin duda constituyó un justo temor para los actores de verse expuestas ellas o sus familiares a un mal irreparable y grave, que bien pudo ser el mismo sufrido por la víctima. Además, constituyendo el daño moral un sufrimiento interno del sujeto, un menoscabo de sus facultades merced a la aprehensión y temor que conlleva, situación que se prolonga a través del tiempo, el que no necesariamente debe ser idéntico para todas las víctimas, no es posible determinar, por imperativo legal la fecha de su cesación, por lo que en este caso no constituye un elemento objetivo la época en que las víctimas dejaron de sufrir aprehensiones y temores, esto es que cesó respecto de ellas la fuerza, época a partir de la cual recién los actores podrán ejercer las acciones indemnizatorias pertinentes. En este sentido, es que no les corrió plazo, por lo que el término de prescripción contemplado en el art. 2332 del CC debe entenderse interrumpido³⁵⁵.

Refuerza lo anterior, lo sostenido en algunos fallos respecto a la dinámica observada en el esclarecimiento de los delitos de lesa humanidad que se han investigado en el país desde su ocurrencia a partir de 1973, evolución que en muchos casos no permitió, por distintas circunstancias o razones, humanas, sociales y políticas, que los afectados concurrieran a plantear querellas -limitándose en las

Roberto González Maldonado en la **Sentencia CA 11201-2005** op.cit., considerando 4º.

³⁵⁴ **Sentencia CA Santiago 6995-2004** op. cit., considerando 5º; **Sentencia CA Santiago 8132-2004** op. cit., considerando 5º.

³⁵⁵ **Sentencia CA Santiago 6995-** op. cit., considerando 7º; **Sentencia CA Santiago 8132-2004** op. cit., considerando 7º.

primeras etapas a meras denuncias- y menos todavía, por cierto, a deducir demandas indemnizatorias³⁵⁶.

La institución de la suspensión sólo la encontramos en un fallo, el cual considera cumplido el plazo de prescripción de cuatro años, aun cuando se aplicó lo dispuesto en el art. 2520³⁵⁷ del CC, en relación con el N° 1 del art. 2509³⁵⁸ del mismo cuerpo legal, ya que los actores eran menores de edad a la fecha de la detención de su padre (la víctima):

“Pues en tal evento cobra vigencia lo que previene el inc. 2 del referido art. 2520 y se entendería que el plazo de prescripción empezó a correr diez años después

³⁵⁶ Voto Disidente del Ministro Lamberto Cisternas Rocha en la **Sentencia CA Santiago 2400-2002** op.cit., considerando 5°; **Sentencia CA Santiago 3508-2002** op. cit., considerando 5°; **Sentencia CA Santiago 3595-2002** op.cit., considerando 5°; Voto Disidente del Ministro Alejandro Madrid Croare en la **Sentencia CA Santiago 1848-2003** op.cit., considerando 5°; Voto Disidente del Ministro Lamberto Cisternas Rocha en la **Sentencia CA Santiago 4547-2003** op. cit., considerando 5°; Voto Disidente del Ministro Lamberto Cisternas Rocha en la **Sentencia CA 8917-2003** op.cit., considerando 5°; **Sentencia CA Santiago 9740-2004** op. cit., considerando 5°; **Sentencia CA Santiago 113-2005** op. cit., considerando 5°; **Sentencia CA Santiago 13065-2004** op. cit., considerando 5°.

³⁵⁷ “La prescripción que extingue las obligaciones se suspende a favor de las personas enumeradas en los números 1.º y 2.º del artículo 2509.

Transcurridos diez años no se tomarán en cuenta las suspensiones mencionadas en el inciso precedente.”

³⁵⁸ “La prescripción ordinaria puede *suspenderse*, sin extinguirse: en ese caso, cesado la causa de la suspensión, se le cuenta al poseedor el tiempo anterior a ella, si alguno hubo.

Se suspende la prescripción ordinaria, a favor de las personas siguientes:

1.º Los menores; los dementes; los sordomudos; y todos los que estén bajo la potestad paterna, o bajo tutela o curaduría;...”

*de sucedidos los hechos, esto es, el 11 de septiembre de 1983 y, consecuentemente, el plazo de cuatro años del art. 2332 del CC también estaría cumplido.*³⁵⁹

CAPÍTULO V LA PRUEBA EN LA REE POR VIOLACIÓN A LOS DDHH

³⁵⁹ **Sentencia CA Santiago 3079-2002** op.cit., considerando 13º.

Debemos advertir, antes de analizar como los Tribunales Superiores de Justicia han tratado el tema probatorio en los casos de REE por violaciones a los DDHH, que no existen muchos fallos en los que la prueba sea un asunto controversial³⁶⁰. Menos sentencias encontramos en que una vez resultas otras materias conflictivas para la resolución de estos casos –aplicación de la prescripción, declaración de competencia del tribunal o la naturaleza jurídica de la responsabilidad extracontractual-, el tema de la prueba o más bien la falta de ella, sea “el argumento” para desestimar o hacer lugar a la acción indemnizatoria³⁶¹.

³⁶⁰ 21 sentencias de Corte de Apelaciones y sólo 8 sentencias de Corte Suprema se refieren en algún aspecto a la prueba.

³⁶¹ Ver **Sentencia CA Santiago 4464-01** dictada el 16 de noviembre de 2006 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Haroldo Brito Cruz, Jorge Zepeda Arancibia y el Abogado Integrante Nelson Pozo Silva; **Sentencia CA Santiago 2237-2002** dictada el 23 de marzo de 2007 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros Jorge Dahm Oyarzún, Manuel Antonio Valderrama Rebolledo y por el Abogado Integrante Luis Orlandini Molina; **Sentencia CA Santiago 3590-2003** dictada el 11 de octubre de 2007 por la Sexta Sala integrada por los Ministros Rosa María Maggi Ducommun, Juan Cristóbal Mera Muñoz y el Abogado Integrante Emilio Pfeffer Urquiaga; **Sentencia CA Santiago 832-2004** dictada el 15 de mayo de 2008 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros Lamberto Cisternas Rocha, Gloria Ana Chevesich Ruiz y por el Abogado Integrante Manuel Habón Comandari; **Sentencia CA Santiago 1857-2006** dictada el 19 de marzo de 2009 por la Octava Sala integrada por los Ministros Juan Manuel Muñoz Pardo, Amanda Valdovinos Jeldes y por el Abogado Integrante Francisco Tapia Guerrero; **Sentencia CS 3462-2007** dictada el 29 de enero de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún, Héctor Carreño, Pedro Pierry, Haroldo Brito y el Abogado Integrante Ismael Ibarra; Prevención del Abogado Integrante Alberto Chaigneau en la **Sentencia CS 4771-2007** dictada el 10 de junio de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún Miranda, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briones y los Abogados Integrantes Alberto Chaigneau Del Campo y

En virtud de lo señalado por el art. 1689 del CC:

“Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”.

Es decir, la carga probatoria en los casos de indemnización de perjuicios en estudio corresponde al sujeto activo de la relación, a los demandantes y/o víctimas, que deben acreditar la existencia y magnitud del daño demandado y la responsabilidad del Estado en los hechos fundantes de las demandas.

Precisamente respecto de la prueba de los hechos fundantes de las demandas y la prueba del daño moral, encontramos argumentos divergentes en las sentencias en estudio.

Respecto de los hechos fundantes de las demandas, en la mayoría de los casos, al menos en los de ejecución y detención y desaparición, no se cuenta con la víctima propiamente tal, sino que los que accionan son sus familiares, los que en su mayoría desconocen los detalles de la detención, ejecución o desaparición de la víctima. Por otra parte, en los casos en que el recurrente es la víctima y también en los casos ya referidos, no se cuenta con todos los medios probatorios necesarios para acreditar el acaecimiento de los hechos y la actuación en ellos de agentes del Estado, ya que estos acontecieron hace más de 20 años atrás; y además las víctimas y sus familiares se encontraban en una posición desmejorada frente a un Estado represor y encubierto, que operaba resguardado en el más absoluto secreto.

En virtud de lo anterior, uno de los documentos acompañados por los demandantes para acreditar los hechos fundantes de la demanda y la responsabilidad del Estado en éstos, es el denominado Informe Rettig, que sindicaba como víctimas de violaciones a los DDHH a los ejecutados y detenidos desaparecidos durante el Régimen Militar. Este informe, si bien es un reconocimiento oficial del Estado Chileno, respecto de los abusos cometidos, no se trata del resultado obtenido en una

Roberto Jacob Chocair; **Sentencia CS 6736-2007** dictada el 6 de julio de 2009 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Adalis Oyarzún Miranda, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Sonia Araneda Briones y Haroldo Brito Cruz.

investigación judicial, ya que la investigación no se enmarcó dentro de un proceso judicial, sino por una comisión de profesionales designados al efecto³⁶².

La prueba del daño tampoco resulta menos conflictiva, ya que en los casos en análisis, éste es puramente moral, existiendo posiciones encontradas respecto a la necesidad de probar ésta clase de daño.

V.1. PRUEBA DE LOS HECHOS

³⁶² Tal como se reconoció en el considerando N° 4 del DS 355, de 1990 del Ministerio de Justicia. En el mismo sentido podemos citar lo señalado en el Informe Rettig *“Se estimó, en el mismo de decreto, que la vía judicial no permitía esperar que el país pudiera lograr una apreciación global sobre lo ocurrido en un plazo más o menos breve, razón por la cual se encomendó a esta Comisión realizar esta tarea. Pero, se dejó también suficientemente claro en el mismo instrumento las diferencias entre esta Comisión y los Tribunales de Justicia. Siguiendo un sólido y bien asentado principio en materia de derechos humanos, se dispuso que en caso alguno la Comisión podría asumir funciones jurisdiccionales propias de los Tribunales de Justicia ni interferir en procesos pendientes ante ellos. Para hacerlo aún más explícito se prohibió expresamente a la Comisión pronunciarse sobre la responsabilidad que, con arreglo a las leyes, pudiera haber a personas individuales por los hechos que investigara.”* Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación, Volumen I, Tomo I, Edición 1996, página 2.

Como señaláramos, uno de los problemas que han tenido los demandantes al accionar contra el Estado ha sido la prueba de los hechos, es decir, acreditar que agentes del Estado cometieron violaciones a los DDHH, ya sea por el tiempo transcurrido o por lo dificultoso que resulta recabar pruebas de dichos actos.

Con el objeto de probar los hechos, los demandantes han acompañado a los procesos el Informe realizado por la Comisión de Verdad y Reconciliación. No obstante, frente a este documento encontramos disímiles criterios de ponderación probatoria en los fallos en análisis. Por un lado, existen sentencias, del año 2007 en adelante, que de plano le niegan cualquier valor a este documento para acreditar los hechos de la causa³⁶³. Y por otro lado, la gran mayoría de las sentencias, si le entregan valor para acreditar los hechos sostenidos en la demanda³⁶⁴.

Y la CS sostuvo, en sentencia del 15 de abril del 2003, que los razonamientos que ocupan los sentenciadores en su ponderación de las probanzas producidas en el juicio, no configuran una violación de las reglas que gobiernan las pruebas³⁶⁵.

³⁶³ **Sentencia CA Santiago 2237-2002** op.cit., considerandos 2º y 3º; **Sentencia CA Santiago 832-2004** op.cit., considerando 2º; **Sentencia CA Santiago 1857-2006** op.cit., considerando 11º.

³⁶⁴ Ven en este sentido **Sentencia CA Santiago 3079-2002** dictada el 3 de abril de 2007 por Sexta Sala integrada por los Ministros Sonia Araneda Briones, Juan Cristóbal Mera Muñoz y por el Abogado Integrante Ángel Cruchaga Gandarillas, considerandos 2º, 3º, 4º y 5º; **Sentencia CA Santiago 1211-2002** dictada el 23 de marzo de 2007 dictada por la Tercera Sala integrada por los Ministros Gloria Ana Chevesich Ruiz, Mario Rojas González y por el Abogado Integrante Hugo Llanos Mansilla, considerandos 4 y 5º; **Sentencia CA Santiago 4299-2002** dictada el 28 de mayo de 2007 por la Quinta Sala, considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 4464-01** op.cit., considerando 5º; **Sentencia CA La Serena 24792-2001** dictada el 24 de octubre de 2001 por los Ministros Isabella Ancarola Privato, Jaime Franco Ugarte y el Abogado Integrante Manuel Cortés Barrientos, considerando 1º.

³⁶⁵ **Sentencia Casación CS 1234-2002** dictada el 15 de abril de 2003 por la Cuarta Sala, considerandos 1º, 2º, 3º y 4º.

Otros fallos, además de reconocerle suficiente valor probatorio al Informe en comento, señalan que los argumentos esgrimidos por parte del CDE para quitarle valor probatorio a este documento, serían improcedentes. Toda vez que, por un lado, en base a dicho informe se han llegado a varios acuerdos económicos extrajudiciales con los demandantes³⁶⁶; y, por otro lado, fue el mismo Estado, a través del Poder Ejecutivo quien aceptó como verdaderas las conclusiones entregadas por dicho Informe³⁶⁷, y no puede pretender obligar a la víctima a reconstruir hechos que en su oportunidad no pudieron ser investigados.

Encontramos dos sentencias de la Sexta Sala de la CA de Santiago que no se adentran en la discusión acerca del valor probatorio del Informe Rettig para dar por probados los hechos, toda vez que han calificado los hechos de la demanda y la

³⁶⁶ **Sentencia CA Santiago 927-2005** dictada el 11 de diciembre de 2008 por la Sexta Sala integrada por el Ministro Jorge Dahm Oyarzun, la Fiscal Judicial Jimena Pinto Salazar y el Abogado Integrante Nelson Pozo Silva, considerando 6º; **Sentencia CA Santiago 2744-2005** dictada el 1 de diciembre de 2008 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Juan Eduardo Fuentes Belmar, Gloria Solís Romero y por el Abogado Integrante Carlos López Dawson, considerando 7º; Voto disidente del Abogado Integrante Nelson Pozo Silva **Sentencia CA Santiago 6524-2005** dictada el 6 de noviembre de 2008 por la Octava Sala integrada por los Ministros Cornelio Villarroel Ramírez, Mario Carroza Espinosa y por el Abogado Integrante Nelson Pozo Silva, considerando 6º; **Sentencia CA 6817-2005** dictada el 15 de enero de 2009 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Patricio Villarroel, Gloria Solís Romero y por el Abogado Integrante Carlos López Dawson, considerando 2º; Voto Disidente del Abogado Integrante Nelson Pozo Silva en la **Sentencia CA 8539-2005** dictada el 7 de enero de 2009 por la Sexta Sala integrada por la Ministro Pilar Aguayo Pino, la Fiscal Judicial Beatriz Pedrals García de Cortázar y el Abogado Integrante Nelson Pozo Silva, considerando 6º.

³⁶⁷ **Sentencia CA Santiago 3079-2002** op.cit., considerandos 4 y 5º; **Sentencia CA Concepción 2850-2001** dictada el 31 de enero de 2001 por los Ministros Freddy Vásquez Zavala, Eliseo Araya Araya y por el Abogado Integrante Patricio Mella Cabrera, considerando 3º.

participación de agentes del Estado, como hechos públicos y notorios³⁶⁸. Uno de ellos sostiene que:

“Es un hecho histórico y, por ende, público y notorio, que el día 11 de septiembre de 1973, las Fuerzas Armadas y Carabineros, mediante un acto de fuerza, derrocaron al entonces presidente Salvador Allende, y que el Palacio de la Moneda fue atacado por fuerzas terrestres y aéreas, siendo detenido el grupo de personas que estaban en su interior y que acompañaban al referido presidente”³⁶⁹.

Otra sentencia se señala que:

“El término de una denuncia hecha por la desaparición de una víctima, por la aplicación del DL 2191 de Amnistía, reconoce la ejecución de hechos delictuosos, no desvirtuado la ocurrencia de los hechos denunciados, siendo suficiente tales cuestiones para acreditar los hechos que son públicos y notorios”³⁷⁰.

Y por último, en fallo de la Quinta Sala de la CA de Santiago se sostiene que habiéndose encontrado el cadáver de la víctima en una fosa común en un sitio cercano a un reconocido lugar de detención dirigido por efectivos del Ejército de Chile es

³⁶⁸ Véanse CALAMADREI, Piero, “La definición de hecho notorio”, en *Estudio sobre el proceso civil*, traduc. Castellano, B. Aires, p. 206; CARNELLI, Lorenzo, *El Hecho Notorio*, B. Aires, 1944; SENTÍS MELENDO, Santiago, “Hecho Notorio”, en *Revista de Derecho Procesal*, B. Aires, 1953, p. 43, 2ª parte; LORENZINI CORREA, Juan, *El Hecho Notorio*, Memoria de Licenciado, Santiago, 1950, p.64 a 68.

³⁶⁹ **Sentencia CA Santiago 3079-2002** op.cit., considerando 1º.

³⁷⁰ **Sentencia CA Santiago 6002-2003** dictada el 28 de enero de 2008 por la Sexta Sala integrada por el Ministros Juan Cristóbal Mera Muñoz, la Fiscal Judicial Clara Carrasco Andonie y por la Abogada Integrante Regina Clark Medina, considerando 3º.

posible concluir que la ejecución de la víctima fue causada por los efectivos del Ejército de Chile que lo mantenían privado de libertad³⁷¹.

En la mayoría de los fallos analizados donde no se ha acreditado la existencia del delito mediante una investigación judicial en sede penal, la prueba aportada por los demandantes se basa en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, en Informes de la Fundación Documentación y Archivo de la Vicaría de la Solidaridad y en los certificados de la pensión otorgada por el Estado a los actores en virtud de la Ley N° 19.123, entre otros. Antecedentes que, en la mayoría de los casos, han sido considerados suficientes para acreditar los hechos de las causas y la responsabilidad estatal³⁷². Sin perjuicio de ello, podemos encontrar algunas sentencias de la Tercera Sala de la CS que han considerado insuficientes estos antecedentes³⁷³.

V.2. PRUEBA DEL DAÑO

Como ya se advirtiera, esta dimensión acerca de la prueba ha resultado conflictiva, en primer término existe divergencia en los sentenciadores respecto a la necesidad de probar el daño moral.

³⁷¹ **Sentencia CA Santiago 165-2001** dictada el 10 de julio de 2006 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Alfredo Pfeiffer Richter, Haroldo Brito Cruz, y por el Abogado Integrante Benito Mauriz Aymerich, considerando 6º.

³⁷² En este sentido ver **Sentencia CA Concepción 2850-2001** op.cit., considerandos 2 y 3º; **Sentencia CA Santiago 33-2000** dictada el 16 de diciembre de 2004 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros Juan Escobar Zepeda, Jorge Dahm Oyarzún, y por el Abogado Integrante Domingo Hernández Empananza, considerando 4º; **Sentencia CA Concepción 2850-2001** op.cit., considerandos 2 y 3º.

³⁷³ **Sentencia CS 3462-2007** op.cit., considerandos 7º y 8º; Prevención del Abogado Integrante Alberto Chaigneau en la **Sentencia CS 4771-2007** op.cit.

Es así como encontramos sentencias en las cuales se señala que:

“La afirmación acerca de que los daños de naturaleza moral, por su carácter extrapatrimonial esencialmente subjetivo, no requieren de prueba alguna, y que basta darlos por establecidos cuando sí se encuentran acreditados los hechos en que ellos se originan; resulta jurídicamente inaceptable, desde que, constituyendo el daño en cuestión uno de los presupuestos de la acción indemnizatoria que se ha ejercido es menester que sea acreditado, recayendo la carga procesal pertinente sobre la parte que alega la obligación respectiva, acorde con lo que se manda en el artículo 1698 del Código Civil”³⁷⁴.

Por otra parte, otras sentencias, la mayoría de la Segunda Sala de la CS, han señalado que el daño moral no tiene una naturaleza económica y, por lo tanto, no implica un deterioro o menoscabo real en el patrimonio, susceptible de prueba y determinación directa; sino que posee una naturaleza eminentemente subjetiva. Atendida esta particularidad, no pueden aplicarse para precisar su existencia las mismas reglas que las utilizadas para la determinación de los daños materiales, que están constituidos por hechos tangibles y concretos, que indudablemente deben ser demostrados, tanto en lo que atañe a su especie como a su monto³⁷⁵.

³⁷⁴ **Sentencia CA Santiago 4461-2001** dictada el 22 de agosto de 2006 por la Novena Sala integrada por los Ministros Juan Escobar Zepeda, Juan Manuel Muñoz Pardo y por el abogado integrante Ismael Ibarra Leniz; **Sentencia CS 6736-2007** op.cit., considerando 7º.

³⁷⁵ En ese sentido ver **Sentencia CA San Miguel (hoy Pedro Aguirre Cerda) Rol 2577** dictada el 16 de enero de 1986, pronunciada por el Ministro en Visita Germán Hermosilla Arriagada considerandos 43º y 44; **Sentencia de reemplazo CS 6308-2007** dictada el 8 de septiembre de 2008 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Nivaldo Segura P., Hugo Dolmestch U., Juan Araya E., Carlos Künsemüller L. y por el Abogado Integrante Hernán Álvarez G., considerandos 23º y 24º; **Sentencia de reemplazo CS 4662-2007** dictada el 25 de septiembre de 2008 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Nivaldo Segura P., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y por los Abogados Integrantes Juan Carlos Cárcamo O. y Domingo

Siguiendo esta línea argumental, estos fallos han señalado que el daño moral demandado se encontraría establecido, mediante el establecimiento de presunciones judiciales. Presunciones que en algunos casos se basan en los vínculos de parentesco entre víctimas y demandantes, ya que:

“... acudiría en estos casos la presunción emanada de la manera como normalmente se presentan u obran las cosas, en la especie, las relaciones interpersonales, y por lo tanto no sería dable presumir en contrario o, al menos desvanecer dicha presunción, de este modo se supone que, de acuerdo a este estado normal de ser de las cosas, existía entre demandante y la víctima de violación a los DDHH un vínculo afectivo importante que, tras la pérdida del otro ser, genera un vacío y un sentimiento de dolor profundo que solo el tiempo mitiga en parte. Ciertamente es que pueden rendirse otras probanzas para apreciar en mayor medida las particularidades de esa afectación, pero su ausencia no excluye esta presunción general tan válida como otras congéneres para los efectos que se mencionan.”³⁷⁶

Hernández E, considerando 53º; **Sentencia de reemplazo CS 4691-2007** dictada el 28 de enero de 2009 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Nivaldo Segura P., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y por el Abogado Integrante Oscar Herrera V., considerando 54º; **Sentencia CA Santiago 270-2006** dictada el 1 de junio de 2009 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Dobra Lusic Nadal, Juan Cristóbal Mera Muñoz y por el Abogado Integrante Enrique Pérez Levezow, considerando 11º.

³⁷⁶ **Sentencia CA San Miguel (hoy Pedro Aguirre Cerda) Rol 2577** op.cit., considerando 43º; **Sentencia de reemplazo CS 6308-2007** op.cit., considerandos 25º y 26º; **Sentencia de reemplazo CS 4662-2007** op.cit., considerandos 53º y 54º; **Sentencia de reemplazo CS 4691-2007** op.cit., considerandos 55º, 56º y 57º. Ver además **Sentencia CA La Serena 24792-2001** op.cit., considerando 7º; **Sentencia CA Antofagasta 13967-2001** dictada el 7 de enero de 2002; **Sentencia CA Concepción 2850-2001** op.cit., considerando 6º; **Sentencia CA Santiago 37483-2004** dictada el 18 de enero de 2006 por la Sexta Sala integrada por los Ministros Hugo Dolmestch Urra, Haroldo Brito Cruz, y por la Abogada Integrante Paulina Veloso Valenzuela,

Uno de dichos fallos sostiene además que el art. 1 de la CPR dispone en su inc. final que:

"... es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia."

Y agrega que debe propender al fortalecimiento de ésta, y no cabe duda que la detención y desaparición de un padre de familia constituyen una grave transgresión al deber que se impuso el propio Estado a través de todos los órganos que lo conforman. La destrucción de una familia mediante la práctica de una desaparición forzada implica la lesión a derechos extramatrimoniales de gran valor, entre los cuales se puede citar el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona; derecho cautelado en el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política³⁷⁷.

La Segunda Sala de la CS, en algunos fallos, ha construido la presunción en base a la acreditación de la existencia del delito, en virtud de lo cual acreditado:

considerando 21º, **Sentencia CA Santiago 165-2001** op.cit., considerando 7º; **Sentencia CA Santiago 146-2006** dictada el 31 de julio de 2006 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sonia Araneda Briones, Jorge Zepeda Arancibia y por el Abogado Integrante Emilio Pfeffer Urquiaga. considerando 19º; **Sentencia CA Santiago 4464-2001** op.cit., considerando 16º; **Sentencia CA Santiago 4299-2002** op.cit., considerando 1º; **Sentencia CA Santiago 6879-2002** dictada el 10 de julio de 2007 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Haroldo Brito Cruz, Carlos Gajardo Galdames y por el Abogado Integrante Nelson Pozo Silva, considerando 7º; **Sentencia CA Santiago 6715-2002** dictada el 10 de julio de 2007 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Haroldo Brito Cruz, Carlos Gajardo Galdames, y el Abogado Integrante señor Nelson Pozo Silva, considerando 8º; **Sentencia CA Santiago 9663-2003** dictada el 16 de mayo de 2008 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Lamberto Cisternas Rocha, Mauricio Silva Cancino y por la Abogado Integrante María Victoria Valencia Mercado, considerando 7º; **Sentencia CA Santiago 270-2006** op.cit., considerando 11º.

³⁷⁷ **Sentencia CA Concepción 2850-2001** op.cit., considerando 6º.

“... forzoso es concluir que se ha producido daño moral y que debe ser reparado, lo que no podría ser de otra forma en tanto que materialmente es difícil medir con exactitud la intensidad con que las lesiones han afectado al ofendido, por la naturaleza del perjuicio producido. De todo lo cual se concluye que este tipo de menoscabo, no requiere ser fundamentado ni probado considerando el carácter espiritual que reviste.”³⁷⁸

Sentencias de CA, basan su presunción en la calificación efectuada por el Informe Rettig de víctima de violación de DDHH y la finalidad de la pensión obtenida, al señalar que el daño moral se encontraría acreditado, teniendo en consideración que los actores obtuvieron los beneficios que consagró la Ley N° 19.123, cuya finalidad de acuerdo a su art. 2 fue la de reparación del daño moral a las víctimas que indica el mismo cuerpo legal³⁷⁹.

No obstante, estos criterios han sido cuestionados por el abogado integrante Alberto Chaigneau del Campo, en voto de prevención, al señalar que dichas presunciones vulnerarían lo establecido en el art. 1689 del CC. El abogado señala que:

“La decisión de dar por establecidos los hechos del desaparecimiento forzado por agentes del Estado de la víctima en base a indicios constituidos por el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, al Informe de la Fundación Documentación y Archivo de la Vicaría de la Solidaridad y con los certificados de la pensión otorgada por el Estado a los actores dada su relación de parentesco con la víctima. Y estimar que nada indica que los actores no hayan soportado daños de

³⁷⁸ **Sentencia de reemplazo CS 6308-2007** op.cit., considerando 25°; **Sentencia de reemplazo CS 4662-2007** op.cit., considerando 53°; **Sentencia de reemplazo CS 4691-2007** op.cit., considerando 55°.

³⁷⁹ **Sentencia CA La Serena 25153-2001** dictada el 26 de noviembre de 2002 por los Ministros Juan Escobar Zepeda, Alfredo Azancot Vallejo y María Angélica Schneider Salas, considerando 5°; **Sentencia CA Santiago 3319-2007** dictada el 21 de agosto de 2009 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Dobra Lusic Nadal, María Rosa Kittsteiner Gentile y Abogado Integrante Jorge Lagos Gatica, considerando 21°.

carácter moral, vulneran el art. 1698 del CC, debido a que a los demandantes corresponde probar los hechos en los cuales se funda su acción, a saber las circunstancias del desaparecimiento de la víctima y el daño moral que esto ocasionó, de otro modo se estaría eximiendo a los actores de la obligación probatoria que sobre ellos pesaba³⁸⁰.

CAPÍTULO VI COMPATIBILIDAD ENTRE LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS DEMANDADA Y PENSIONES U OTROS BENEFICIOS OTORGADOS POR EL ESTADO A LAS VÍCTIMAS.

Esta es otra materia controvertida, pues no se ha zanjado la discusión legal acerca de la incompatibilidad entre la acción indemnizatoria estudiada con los beneficios obtenidos por los demandantes a través de los programas de reparación³⁸¹. Estos programas de reparación contienen los beneficios otorgados por el Estado Chileno a las víctimas de violaciones a los DDHH y surgen luego de la elaboración de informes que ordenó efectuar el Estado Chileno -una vez restaurada la democracia- sobre las violaciones a los DDHH ocurridas durante el régimen militar.

VI.1. ORIGEN DE LAS PENSIONES U OTROS BENEFICIOS OTORGADOS POR EL ESTADO A LAS VÍCTIMAS

³⁸⁰ Prevención del abogado integrante Alberto Chaigneau Del Campo en ***Sentencia de casación CS 4771-2007*** op.cit.

³⁸¹ Ley N° 19.123 y la Ley N° 19.992.

Como señaláramos, las pensiones u otros beneficios otorgados por el Estado surgen de programas de reparación. Estos programas son el resultado de las recomendaciones realizadas por un grupo de profesionales, encomendados para ello por el Estado Chileno, y para la elaboración de informes acerca de las más graves violaciones a los DDHH ocurridas durante el RM. Estos informes son:

1.- El **Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación**³⁸², que es la conclusión final³⁸³ del trabajo realizado por la [Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación](#) sobre las violaciones a los DDHH, respecto a ejecutados políticos y detenidos desaparecidos, acaecidas en Chile durante el [Régimen Militar](#). Dicha comisión sesionó alrededor de nueve meses y su informe cubrió el periodo que va desde el [11 de septiembre](#) de [1973](#) hasta el [11 de marzo](#) de [1990](#). Concluye el Informe que un total 2.130 personas fueron calificados como víctimas de violaciones de DDHH y 168 fueron calificados como víctimas de violencia política. Del total, los casos de detenidos desaparecidos identificados fueron 979 y 1.319 corresponden a muertos³⁸⁴. Además, el Informe propuso una serie de medidas compensatorias para los familiares de las víctimas, muchas de las cuales fueron implementadas en los años siguientes, a través de la [Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación](#) que funcionó entre los años 1992 a 1997.

La Ley N° 19.123³⁸⁵ creó la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, y estableció una pensión de reparación además de otros beneficios a favor de las personas que la propia ley señaló.

³⁸² Conocido como Informe Rettig, debido a quien fuera designado como presidente de la Comisión que lo elaboró, el jurista [Raúl Rettig](#).

³⁸³ [9 de febrero](#) de [1991](#).

³⁸⁴ Ver Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación http://www.ddhh.gov.cl/ddhh_rettig.html

³⁸⁵ Publicada en el DO el 8 de febrero de 1992.

Dicha ley, dictada el 8 de febrero de 1992, al tenor de lo expresado en el Mensaje³⁸⁶ con que se remitió al Congreso Nacional, tuvo por finalidad, en términos generales, reparar³⁸⁷ precisamente el daño moral y patrimonial que afectó a los familiares directos de las víctimas. Por ello concedió una pensión mensual de reparación y otros beneficios a los familiares de la víctimas de violaciones a los DDHH o de la violencia política individualizados en el Volumen Segundo del Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y de las que se reconozcan en tal calidad por la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, de acuerdo con lo prevenido en el art. 17³⁸⁸ de ese texto legal. El monto de la pensión es la suma indicada en el art. 19³⁸⁹ de la ley, más el porcentaje equivalente a la cotización para salud, y no está sujeto a otra cotización previsional y se reajusta en conformidad con lo dispuesto en el art. 14 del DL 2448, de 1979, y establece que la pensión podrá

³⁸⁶ Boletín N° 316/06 de la Sesión 41 de 3 de abril de 1991, de la Cámara de Diputados.

³⁸⁷ En el proyecto de ley se entiende por reparación: “Un conjunto de actos que expresen el reconocimiento y la responsabilidad que le caben al Estado en los hechos y circunstancias que son materia del citado Informe. (...) Ha de ser un proceso orientado al reconocimiento de los hechos conforme a la verdad, a la dignificación moral de las víctimas y a la consecución de una mejor calidad de vida para las familias más directamente afectadas...”

³⁸⁸ “Artículo 17. Establécese una pensión mensual de reparación en beneficio de los familiares de las víctimas de violaciones a los DDHH o de la violencia política, que se individualizan en el Volumen Segundo del Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y de las que se reconozcan en tal calidad por la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, conforme a lo dispuesto en los artículos 2°, N° 4, y 8°, N° 2.”

³⁸⁹ “Artículo 19. La pensión mensual establecida en el artículo 17 ascenderá a la cantidad de \$140.000, más el porcentaje equivalente a la cotización para salud; no estará sujeta a otra cotización previsional que aquélla, y se reajustará en conformidad a lo dispuesto en el artículo 14 del DL.2.448, de 1979, o en las normas legales que reemplacen la referida disposición. Esta pensión podrá renunciarse”.

renunciarse. Los beneficiarios de la pensión; la forma de distribución y de acrecimiento entre ellos se señalan en el art. 20³⁹⁰.

³⁹⁰ “Artículo 20. Serán beneficiarios de la pensión establecida en el artículo 17, el cónyuge sobreviviente, la madre del causante o el padre de éste cuando aquella faltare, renunciare o falleciere, la madre de los hijos de filiación no matrimonial del causante o el padre de éstos cuando aquella fuere la causante y los hijos menores de 25 años de edad, o discapacitados de cualquier edad. Para los efectos de la presente ley se considerará discapacitado al hijo que presente daño físico, intelectual o sicológico o de debilitamiento de sus fuerzas, físicas o intelectuales, que en forma presumiblemente permanente le produzcan una disminución de a lo menos un cincuenta por ciento en su capacidad para desempeñar un trabajo normal, proporcionado a su edad, sexo y a sus actuales fuerzas, capacidad, formación o grado de instrucción. La declaración y revisión de la discapacidad corresponderá a la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez del respectivo Servicio de Salud, en la forma que determine el Reglamento. La discapacidad sobreviniente dará derecho a la pensión no obstante hubiere cesado el goce, en conformidad con lo que se dispone en el artículo 22, la que en tal caso será compatible con cualquier otro beneficio de seguridad social establecido en la ley. La pensión se distribuirá entre los beneficiarios indicados precedentemente, de la siguiente forma: a) un 40% para el cónyuge sobreviviente; b) un 30% para la madre del causante o para el padre de éste cuando aquella faltare, renunciare o falleciere; c) un 40% para la madre, o el padre, en su caso, de los hijos de filiación no matrimonial del causante; si concurrieren más, a cada uno de ellos corresponderá el porcentaje indicado, aun cuando con ello se exceda el monto de la pensión establecida en el artículo 19, y d) un 15% para cada uno de los hijos del causante menores de 25 años, y discapacitados de cualquier edad. En el evento de concurrir más de un hijo, todos y cada uno de ellos llevarán un 15% de la pensión, incluso cuando con ello se exceda su monto establecido en el artículo 19. En el caso que al momento del llamamiento existiere sólo un único beneficiario, éste llevará una pensión total ascendente a \$ 100.000.-, más la cotización y el reajuste establecido en el artículo 19. Si al momento del llamamiento no existiere uno o más de los beneficiarios señalados en las letras a), b) o c) de este artículo y concurrieren más de

Además de la pensión de reparación que regula el citado art. 17 de la Ley N° 19.123, el art. 23³⁹¹ otorgó a los familiares de las mismas víctimas una bonificación compensatoria de monto único equivalente a doce meses de pensión sin el porcentaje equivalente a la cotización para salud, la que no se considera renta para ningún efecto legal, no esta sujeta a cotización previsional alguna y se pagará a los beneficiarios de la pensión, en las mismas proporciones y con iguales acrecimientos que este beneficio.

un hijo, la cuota que le habría correspondido al beneficiario faltante se destinará en primer término a la solución del todo o parte de las cuotas correspondientes a tales hijos. Si aplicada esta regla se produjere un remanente, éste se destinará preferentemente a la solución del todo o parte de la cuota correspondiente a eventuales beneficiarias adicionales de aquellas señalada en la letra c) de este artículo. Si aún así se produjere un remanente, éste acrecerá a todos los beneficiarios que existan a prorrata de sus derechos, hasta completar el monto total de la pensión señalado en el artículo 19. Igual acrecimiento operará en el evento de no concurrir hijos. En el caso que cualquiera de los beneficiarios fallezca o cese en conformidad a esta ley en el goce del beneficio, o lo renunciare, operará el mismo acrecimiento, de modo que la pensión sea distribuida en su integridad, con la excepción de que quede sólo un único beneficiario, caso en el cual la pensión se reducirá a la suma de \$100.000.- más la cotización y el reajuste establecido en el artículo 19 de esta ley”.

³⁹¹ “Artículo 23. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 17, otórgase a los familiares de las víctimas a que se refiere el artículo 18, una bonificación compensatoria de monto único equivalente a doce meses de pensión, sin el porcentaje equivalente a la cotización para salud, la que no se considerará renta para ningún efecto legal. Esta bonificación no estará sujeta a cotización alguna y se pagará a los beneficiarios indicados en el artículo 20, en las proporciones y con los acrecimientos que procedan, señalados en el citado artículo. Esta bonificación se deferirá y su monto se determinará definitiva e irrevocablemente en favor de los beneficiarios que hayan presentado la solicitud prevista en los incisos cuarto y quinto del artículo precedente, dentro de los plazos allí establecidos, extinguiéndose el derecho a ella para los beneficiarios que la presenten fuera de plazo”.

Dicha ley no estableció expresamente ninguna incompatibilidad de los beneficios concedidos conforme a sus art. 17 y 23 con otra indemnización por el daño moral que pueda corresponder a las mismas personas. Además, el art. 24³⁹² de la ley declara que la pensión de reparación será compatible con cualquiera otra, de cualquier carácter de que goce o que pudiere corresponder al respectivo beneficiario.

2.- El Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura³⁹³, fue elaborado por dicha comisión, la cual fue creada para esclarecer la identidad de las personas que sufrieron privación de libertad y torturas por razones políticas, por actos de agentes del Estado o de personas a su servicio, en el período comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, durante la dictadura militar.

El objeto de dicho informe era suplir las carencias de la Comisión Rettig, que sólo pudo pronunciarse sobre quienes habían muerto o desaparecido a manos de agentes del Estado durante la dictadura militar. Las torturas y prisiones no fueron contempladas con anterioridad. Mediante este acto, se pretendió reivindicar la dignidad de estas otras víctimas de la dictadura.

El 28 de noviembre de 2004 se dio a conocer al país el Informe, el cual fue elaborado en base al testimonio de más de 35 mil chilenos detenidos y sometidos a apremios ilegítimos tras el golpe de Estado. La nómina de víctimas³⁹⁴ establecida por la Comisión ha servido de base a los beneficios dispuestos por la Ley N° 19.992, de 24 de diciembre de 2004.

³⁹² “Artículo 24.- La pensión de reparación será compatible con cualquiera otra, de cualquier carácter, de que goce o que pudiere corresponder al respectivo beneficiario. Será, asimismo, compatible con cualquier otro beneficio de seguridad social establecido en las leyes”.

³⁹³ Conocido como Informe Valech debido a quien fuera designado como presidente de la Comisión que lo elaboró, Monseñor Sergio Valech.

³⁹⁴ Esta nómina será ampliada, toda vez que, actualmente, el trabajo de calificación de la Comisión Valech ha sido reabierto a través del INDH, según art. 3 transitorio de la Ley 20.405, 10 de diciembre de 2009. .

Puesto que este Informe fue efectuado en el año 2004, las sentencias en revisión no hacen referencia al Informe Valech. No obstante, los fundamentos analizados respecto de la incompatibilidad de la acción indemnizatoria y los beneficios obtenidos por las víctimas y/o sus familiares, serían aplicables para los beneficios otorgados tanto por la Ley N° 19.123 y por la Ley N° 19.992.

VI.2. TESIS SOSTENIDAS POR LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

Antes de comenzar el análisis de los argumentos encontrados en los fallos en análisis respecto a esta materia, cabe señalar que, si bien es un tema controvertido, sólo encontramos cinco fallos de CA³⁹⁵ y dos de CS³⁹⁶ que ocupan el argumento de la incompatibilidad como argumento principal para desestimar las demandas. Y por otro lado, no son muchos más los fallos que hacen alusión a esta materia³⁹⁷.

VI.2.1. Tesis que sostiene la incompatibilidad de la indemnización demandada y las pensiones u otros beneficios otorgados por el Estado

³⁹⁵ Sentencias de CA de Valparaíso 2556-2003; CA de Santiago 4299-2002; CA de Santiago 8295-1999; CA de Santiago 11201-2005 y CA de Santiago 12.811-2006.

³⁹⁶ Sentencias de CS 4753-2001 y 4938-2001.

³⁹⁷ 25 sentencias de CA y 6 de CS. Ver tabla N° 13.

La discusión respecto a este tema se encuentra, como ya adelantamos, en si los beneficios otorgados por la Ley N° 19.123 son o no compatibles con la acción indemnizatoria impetrada.

Las sentencias que se han inclinado por la tesis de la incompatibilidad se han fundado en los siguientes argumentos:

- El legislador, al promulgar la Ley N° 19.123, tuvo como intención establecer una reparación moral y patrimonial a las víctimas.
- Ambos beneficios tienen naturaleza y contenido pecuniario, se financian con recursos públicos y persiguen análogas finalidades reparatorias.

El primer fallo que se refirió a esta materia controvertida fue en el caso Domic Bezic, Maja c. Fisco, emitido por la CS³⁹⁸, que entendió que el principal beneficio previsto por dicha ley, es decir, la pensión mensual de reparación, tuvo propósitos de desagravio o satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria, y que tal propósito concordaba con la finalidad perseguida con el proyecto de ley, según lo expuesto en el Mensaje del Poder Ejecutivo, argumentación que fue replicada por varias otras sentencias³⁹⁹.

³⁹⁸ **Sentencia de reemplazo CS 4753-2001** dictada el 15 de mayo de 2002 por la Sala integrada por los Ministros Marcos Libedinsky Tschorne, José Benquis Camhi, Urbano Marín Vallejo y por los Abogados Integrantes Patricio Novoa Fuenzalida y Fernando Castro Álamos, considerando 16°.

³⁹⁹ **Sentencia CA Santiago 4642-1999** dictada el 14 de mayo de 2004 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Cornelio Villarroel Ramírez, Sonia Araneda Briones y por el Abogado Integrante Emilio Pfeffer Urquiaga, considerando 5°, 6° y 7°; **Sentencia CA Santiago 8295-1999** dictada el 31 de enero de 2005 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros Jorge Dahm Oyarzún, Humberto Provoste Bachmann (s) y por el Abogado Integrante Domingo Hernández Emparanza, considerando 16°; **Sentencia CA Santiago 9031-2001** dictada el 8 de abril de 2005 por la Séptima Sala integrada por los Ministros Juan Eduardo Fuentes Belmar, Joaquín Billard Acuña y por

Lo que subyace a esta argumentación, es que todo el daño moral demandado por las víctimas ya habría sido compensado vía la obtención de la pensión de la Ley N° 19.123, por lo tanto no cabría ser compensado dos veces por un mismo daño.

Para reafirmar dicha argumentación, se utiliza un argumento de texto, señalando que el art. 24 de la Ley N° 19.123 establece la compatibilidad de esta pensión de reparación respecto de toda otra pensión, no extendiéndose a otros beneficios o indemnizaciones⁴⁰⁰.

Además, basan la incompatibilidad que existiría entre la indemnización por daño moral demandada y la pensión otorgada por la citada ley, en el art. 19, el cual señala que la pensión mensual de reparación es renunciable. Es decir, los beneficiarios tienen la oportunidad de optar por no acogerse a la ley con el fin de quedar en situación de reclamar o demandar otros resarcimientos por los mismos hechos, lo que demostraría

la abogado integrante Andrea Muñoz Sánchez, considerando 18°; Voto disidente del Ministro Jorge Zepeda Arancibia **Sentencia CA Santiago 4464-2001** dictada el 16 de noviembre de 2006 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Haroldo Brito Cruz, Jorge Zepeda Arancibia y por el Abogado Integrante Nelson Pozo Silva; **Sentencia de reemplazo CS 4938-2001** dictada el 3 de septiembre del 2003 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Ricardo Gálvez, Domingo Yurac, Humberto Espejo, María Antonia Morales y por el Abogado Integrante Manuel Daniel, considerando 3°; **Sentencia de reemplazo CS 1963-2005** dictada el 11 de octubre de 2006 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Ricardo Gálvez, Milton Juica, Adalis Oyarzún y por los Abogados Integrantes José Fernández y Arnaldo Gorziglia, considerandos 5° y 6°.

⁴⁰⁰ **Sentencia CA Santiago 4642-1999** op. cit., considerando 9°; **Sentencia CA Santiago 6174-2001** dictada el 3 de diciembre de 2004 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros Juan Escobar Zepeda, Jorge Dahm Oyarzún y por la Abogado Integrante Solange DoyharCasse, considerando 14°; **Sentencia CA Santiago 8295-1999** op. cit., considerando 16°; **Sentencia de reemplazo CS 4753-2001** op. cit., considerando 17°;; **Sentencia de reemplazo CS 4938-2001** op. cit., considerando 4°; **Sentencia de reemplazo CS 1963-2005** op. cit., considerando 7°.

que dicha pensión tiene un carácter reparatorio y que es excluyente de otras indemnizaciones⁴⁰¹.

En conclusión, el goce de la pensión de reparación, no puede ser conciliable con el pago por parte del Fisco de una indemnización por el mismo concepto, toda vez que indemnizar importa resarcir un daño o perjuicio, es decir, compensar un daño, perjuicio o agravio, de acuerdo con el sentido natural y obvio de estos términos⁴⁰².

Una segunda dimensión en la discusión de esta materia, dice relación con el tipo de reparación a la que hace alusión la pensión de la Ley N° 19.123. Esta segunda dimensión se expresa claramente argumentando⁴⁰³ que no es posible dejar de considerar el otorgamiento de la pensión establecida por la Ley N° 19.123, al pronunciarse sobre estas demandas por el mismo daño deducidas por personas que

⁴⁰¹ **Sentencia CA Valparaíso 2556-2003** dictada el 10 de marzo de 2005 por la Tercera Sala, considerando 2°; **Sentencia de reemplazo CS 4753-2001** op. cit., considerando 18°; **Sentencia de reemplazo CS 4938-2001** op. cit., considerando 5°; **Sentencia de reemplazo CS 1963-2005** op. cit., considerando 8°.

⁴⁰² **Sentencia CA Santiago 4642-1999** op. cit., considerando 8° y 10°; **Sentencia CA Santiago 6174-2001** op. cit., considerando 14°; **Sentencia CA Santiago 8295-1999** op. cit., considerando 17°; **Sentencia CA Santiago 9031-2001** op. cit., considerando 19°; Voto disidente del Ministro Jorge Zepeda Arancibia **Sentencia CA Santiago 4464-2001** op. cit.; **Sentencia CA Santiago 12811-2006** dictada el 20 de junio de 2007 por la Sexta Sala integrada por los Ministros Sonia Araneda Briones, Juan Cristóbal Mera Muñoz y por el Abogado Integrante Emilio Pfeffer Urquiaga, considerando 19°; **Sentencia CA Santiago 11201-2005** dictada el 30 de diciembre de 2008 por la Octava Sala integrada por los Ministros Cornelio Villarroel Ramírez, Pilar Aguayo Pino y por el Abogado Integrante Roberto González Maldonado, considerando 7°; **Sentencia de reemplazo CS 4753-2001** op. cit., considerandos 16° y 19°; **Sentencia de reemplazo CS 4938-2001** op. cit., considerandos 2° y 3°; **Sentencia de reemplazo CS 1963-2005** op. cit., considerando 10°.

⁴⁰³ Argumento utilizado tanto para acoger, rebajando el monto de lo demandado, como para rechazar la demanda de indemnización de perjuicios.

han impetrado y recibido la bonificación compensatoria y demás prestaciones, todos las cuales tienen naturaleza y contenido pecuniarios, se financian con recursos del Presupuesto de la Nación y persiguen análogas finalidades reparatorias de los perjuicios de los afectados⁴⁰⁴.

Existen sentencias que han sostenido que, independientemente de su condición de adecuada o no, lo cierto es que el Estado ha concedido una pensión reparatoria con

⁴⁰⁴ **Sentencia CA Concepción 2850-2001** dictada el 31 de enero de 2001 por los Ministros Freddy Vásquez Zavala, Eliseo Araya Araya y por el Abogado Integrante Patricio Mella Cabrera, considerando 6º; **Sentencia CA La Serena 24792-2001** op. cit., considerando 9º; **Sentencia CA Santiago 4642-1999** op. cit., considerando 7º; **Sentencia CA Santiago 6174-2001** op. cit., considerando 14º; **Sentencia CA Santiago 2639-2000** dictada el 4 de julio de 2006 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Carlos Gajardo Galdames, Amanda Valdovinos Jeldes y por el Abogado Integrante Ángel Cruchaga Gandarillas, considerando 7º; **Sentencia CA Santiago 3508-2002** dictada el 11 de mayo de 2007 por la Tercera Sala integrada por los Ministros Lamberto Cisternas Rocha, Alejandro Madrid Crohare y por el Abogado Integrante Paola Herrera Fuenzalida, considerando 8º; **Sentencia CA Santiago 3595-2002** op. cit., considerando 8º; Voto Disidente del Ministro Lamberto Cisternas Rocha en la **Sentencia CA Santiago 4547-2003** dictada el 8 de noviembre de 2007 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Lamberto Cisternas Rocha, Mauricio Silva Cancino y por el Abogado Integrante señor Paul Warnier Darrigrandi, considerando 8º; Voto Disidente del Abogado Integrante Nelson Pozo Silva en la **Sentencia CA Santiago 8539-2005** dictada el 7 de enero de 2009 por la Sexta Sala integrada por el Ministro Pilar Aguayo Pino, Fiscal Judicial Beatriz Pedrals García de Cortazar y por el Abogado Integrante Nelson Pozo Silva, considerando 8º; **Sentencia de reemplazo CS 4753-2001** op. cit., considerandos 16º y 19º; **Sentencia de reemplazo CS 4938-2001** op. cit., considerando 3º; **Sentencia de reemplazo CS 1963-2005** op. cit., considerando 9º.

arreglo a la Ley N° 19.123, de manera que no ha habido ausencia de reparación⁴⁰⁵. En este mismo sentido, el Ministro Jorge Zepeda Arancibia en voto disidente agrega que:

“... las medidas decretadas por el Estado de Chile en esta materia de violación de los DDHH en contra de la población civil, luego del Golpe de Estado de 1973, constituyen una debida reparación en los términos del art. 63.1 de la CADH”⁴⁰⁶.

VI.2.2. Tesis que sostiene compatibilidad de la indemnización demandada y las pensiones u otros beneficios otorgados por el Estado

Las sentencias que se han inclinado por la tesis de la compatibilidad se han fundado en los siguientes argumentos:

- La indemnización demandada tiene un carácter reparatorio, mientras que la pensión de la Ley N° 19.123 es sólo asistencial.
- La pensión establecida en la Ley N° 19.123 es una liberalidad, mientras que la indemnización es obligatoria.
- Mientras que en la pensión es irrelevante la situación económica de la víctima, no ocurre lo mismo con la indemnización.

⁴⁰⁵ **Sentencia CA Santiago 4642-1999** op. cit., considerando 7° y 8°; **Sentencia CA Santiago 9031-2001** op. cit., considerando 19°; **Sentencia CA Santiago 4299-2002** dictada el 28 de mayo de 2007 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Mauricio Silva Cancino, Mario Rojas González y por el Abogado Integrante Osvaldo Contreras Strauch, considerando 7°.

⁴⁰⁶ Voto disidente del Ministro Jorge Zepeda Arancibia **Sentencia CA Santiago 4464-2001** op. cit.

Los fallos, tanto de CA como de CS, que afirman la compatibilidad entre indemnización y pensión, han seguido los argumentos esgrimidos por la sentencia emitida por la CA de La Serena en el caso “Domic Bezic, Maja c. Fisco”⁴⁰⁷, sosteniendo que la Ley N° 19.123 no establece de modo alguno incompatibilidad entre la indemnización por daño moral demandada y la pensión otorgada por la citada ley⁴⁰⁸. Son estos fallos con sus argumentos los que marcan la tendencia actual de nuestros Tribunales respecto de esta controversia.

Basan esta argumentación en que no se puede suponer que la Ley N° 19.123 se dictó para reparar todo el daño moral inferido a las víctimas de DDHH. El espíritu de

⁴⁰⁷ **Sentencia CA La Serena 24792-2001** dictada el 24 de octubre de 2001 por los Ministros Isabella Ancarola Privato, Jaime Franco Ugarte y por el Abogado Integrante Manuel Cortés Barrientos., considerando 8°.

⁴⁰⁸ **Sentencia CA Santiago 1294-2005** dictada el 11 de noviembre de 2005 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Haroldo Brito Cruz, Carlos Gajardo Galdames y Amanda Valdovinos Jeldes, considerando 11°; Voto Disidente de la de la abogado integrante Andrea Muñoz Sánchez en la **Sentencia CA Santiago 3595-2002** dictada el 31 de mayo 2007 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Lamberto Cisternas Rocha, Adriana Sottovía Giménez (s) y por la Abogado Integrante Andrea Muñoz Sánchez, considerandos 9° y 10°; **Sentencia CA Santiago 28723-2005** dictada el 29 de abril de 2008 por la Séptima Sala integrada por los Ministros Patricio Villarroel Valdivia, Mario Rojas González y por la abogado integrante Paola Herrera Fuenzalida, considerando 7°; **Sentencia CA Santiago 10677-2006** dictada el 14 de mayo de 2009 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros Juan Escobar Zepeda, Adelita Ravanales Arriagada y por el Abogado Integrante Enrique Pérez Levezow, considerando 6°; **Sentencia de reemplazo CS 4662-2007** dictada el 25 de septiembre de 2008 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Nibaldo Segura P., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y por los abogados integrantes Juan Carlos Cárcamo O. y Domingo Hernández, considerando 49°; **Sentencia de reemplazo CS 4723-2007** dictada el 15 de octubre de 2008 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y por el Abogado Integrante Juan Carlos Cárcamo, considerando 14°.

la Ley respecto de los beneficios por ella contemplados, dice relación con el objetivo de coordinar, ejecutar y promover las acciones que fueran necesarias para el cumplimiento de las recomendaciones contenidas en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, circunstancias que en ningún caso pueden confundirse con aquellas que emanan del derecho común, relativas a la responsabilidad civil como consecuencia de un delito, por lo que claramente la acción ejercida tanto para requerir la bonificación y la pensión mensual como el que la habilitó para demandar en estos autos, emanan de fuentes diversas⁴⁰⁹.

En un sentido similar, encontramos dos votos disidentes emitidos por los abogados integrantes de la Octava Sala de la CA de Santiago presidida por el Ministro Cornelio Villarroel que expresan que, no es efectivo que las acciones legislativas que ha tomado el Estado, en el sentido de intentar una reparación del daño causado mediante el otorgamiento de indemnizaciones y pensiones de carácter asistencial, tenga el efecto de paliar el daño moral. A lo más, dichos actos son voluntarios, pero al no ser fijados por una decisión judicial, o ser aprobados mediante algunas de las

⁴⁰⁹ **Sentencia CA Santiago 217-2005** dictada el 1 de diciembre de 2008 por la Novena Sala integrada por los Ministros Dobra Lusic Nadal, Mario Rojas González y por el Abogado Integrante Roberto González Maldonado, considerando 15°; **Sentencia CA Santiago 147-2006** dictada el 2 de julio de 2009 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Dobra Lusic Nadal, Juan Cristóbal Mera Muñoz y por el Abogado Integrante Rodrigo Asenjo Zegers, considerando 14°; **Sentencia CA Santiago 3319-2007** dictada el 21 de agosto de 2009 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Dobra Lusic Nadal, María Rosa Kittsteiner Gentile (s) y por el Abogado Integrante Jorge Lagos Gatica, considerando 19°; **Sentencia de reemplazo CS 6308-2007** dictada el 8 de septiembre de 2008 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Nivaldo Segura P., Hugo Dolmestch U., Juan Araya E., Carlos Künsemüller L. y por el Abogado Integrante Hernán Álvarez G., considerando 22°; **Sentencia de reemplazo CS 4662-2007** op. cit., considerando 49°; **Sentencia de reemplazo CS 4723-2007** op. cit., considerando 14°.

formas de terminar las acciones civiles, no tienen ningún efecto liberatorio para las víctimas o sus familiares⁴¹⁰.

Otros fallos han sostenido que la alegación de no proceder la indemnización reclamada por haberse otorgado la pensión establecida en la Ley N° 19.123 debe ser rechazada, por cuanto es palmario que ésta última no obstante sus motivaciones y texto es puramente asistencial, destinada sólo a establecer condiciones de sobrevivencia y no indemnizatorias⁴¹¹.

⁴¹⁰ Voto Disidente del Abogado Integrante Roberto González Maldonado en la **Sentencia CA Santiago 11201-2005** op. cit., considerando 17°; Voto disidente del Abogado Integrante Carlos López Dawson **Sentencia CA Santiago 7170-2004** dictada el 18 de junio de 2008 por la Octava Sala integrada por el Ministro señor Cornelio Villarroel Ramírez, Fiscal Judicial María Loreto Gutiérrez Alvear y por el Abogado Integrante Carlos López Dawson, considerando 21°.

⁴¹¹ **Sentencia CA Concepción 2850-2001** op. cit., considerando 6°; **Sentencia CA Santiago 1294-2005** op. cit., considerando 11°; **Sentencia CA Santiago 6879-2002** dictada el 10 de julio de 2007 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Haroldo Brito Cruz, Carlos Gajardo Galdames, y por el Abogado Integrante Nelson Pozo Silva, considerando 7°; **Sentencia CA Santiago 6715-2002** dictada el 10 de julio de 2007 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Haroldo Brito Cruz, Carlos Gajardo Galdames, y por el Abogado Integrante Nelson Pozo Silva, considerando 8°; **Sentencia CA Santiago 10677-2006** op. cit., considerando 6°.

CAPÍTULO VII INCOMPETENCIA ABSOLUTA DE LOS TRIBUNALES DEL CRÍMEN PARA CONOCER LA ACCIÓN DE REE POR VIOLACIONES A LOS DDHH

Esta materia controvertida, sólo la encontramos en causas penales, en las cuales las víctimas de violaciones a los DDHH, además de perseguir la responsabilidad penal de los agentes del Estado que intervinieron en ellas, han demandado al Estado Chileno por indemnización de perjuicios a causa de los mismos hechos investigados en sede criminal.

La posibilidad de demandar civilmente en sede penal se sustenta en el art. 10 del CPP. Éste artículo fue modificado el año 1989, y su nuevo texto ha generado controversia respecto a la competencia del juez del crimen para conocer de la acción indemnizatoria en análisis.

El art. 10 del CPP, antes de ser modificado por el art. 1 N° 7 de la Ley N° 18.857, de 6 de diciembre de 1989, era el siguiente:

"De todo delito nace acción penal para el castigo del culpable; y puede nacer acción civil para obtener la restitución de la cosa o su valor y la indemnización establecida por la ley a favor del perjudicado".

Luego de la referida modificación el texto actual del precepto señala:

"Se concede acción penal para impetrar la averiguación de todo hecho punible y sancionar, en su caso, el delito que resulte probado.

En el proceso penal podrán deducirse también, con arreglo a las prescripciones de este Código, las acciones civiles que tengan por objeto reparar los efectos civiles del hecho punible, como son, entre otras, las que persigan la restitución de la cosa o su valor, o la indemnización de los perjuicios causados.

En consecuencia, podrán intentarse ante el juez que conozca del proceso penal las acciones civiles que persigan la reparación de los efectos patrimoniales que las conductas de los procesados por sí mismas hayan causado o que puedan atribuírseles

como consecuencias próximas o directas, de modo que el fundamento de la respectiva acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal”.

VII.1. TESIS SOSTENIDAS POR LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

La controversia ha analizar se ha centrado en las condiciones en que debe deducirse la acción civil, dentro del proceso penal, ya que para algunos jueces sus facultades aparecen, actualmente, limitadas, en cuanto a su amplitud y extensión, si se comparan con la redacción, en términos genéricos y amplios del texto anterior. Este tipo de argumento lo encontramos exclusivamente en fallos emitidos por la CS, ya que los fallos de CA acogen la excepción de incompetencia basándose solamente en que el fundamento de la acción indemnizatoria, es decir la responsabilidad del Estado, es de distinta naturaleza a la responsabilidad civil derivada de un delito o cuasidelito, no haciendo alusión a la modificación sufrida por el art. 10 del CPP.

La adopción de esta tesis, implica para las víctimas volver a demandar la indemnización en sede civil. Al cierre de esta investigación no existen sentencias civiles recaídas en casos en que los jueces penales se declararan incompetentes. Una vez que esto suceda, se abrirán nuevos ámbitos de debate. Primero, en relación a la interrupción de la prescripción y, en segundo lugar, a si corresponderá probar la existencia de perjuicios existiendo una sentencia penal condenatoria⁴¹².

En cambio, para otros fallos y jueces la pretensión indemnizatoria que se admite en sede penal presenta como única limitación que el fundamento de la acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del

⁴¹² Las autoras de este estudio consideran que la prescripción se ve interrumpida con la querrela criminal y, en sede civil, no será necesario discutir acerca de la existencia del daño, sino que sólo en torno al monto de la indemnización.

proceso penal, aceptando que la REE tiene como fundamento los ilícitos penales investigados en cada una de las causas en que recaen.

VII.1.1. Tesis de la Incompetencia Absoluta de los Tribunales del Crimen para conocer la acción de REE por violaciones a los DDHH

En las sentencias que consideran que la acción indemnizatoria dirigida contra el Estado en un proceso penal no puede ser conocida en esta sede, encontramos la primera de ellas en el caso “Segura Soto, Pabla del Carmen con DINA”⁴¹³. Esta sentencia señala como argumento para acoger la excepción de incompetencia, en primer lugar, que:

“...el demandante civil se limitó a perseguir la responsabilidad del Estado en virtud de su responsabilidad objetiva, estatuida en el artículo 38 de la Constitución Política de la República, que establece que cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera afectar al funcionario que hubiera causado el daño, lo que se ve corroborado por lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley Nº 18.875, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que indica que el Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran afectar al funcionario que los hubiera ocasionado”⁴¹⁴.

⁴¹³ Caso “Miguel Ángel Sandoval Rodríguez”, **sentencia CA Santiago 11821-2003** dictada el 05 de enero de 2004 por la Quinta Sala integrada por los Ministros Víctor Montiglio Rezzio, Patricia Gómez Sepúlveda y por el Abogado Integrante Hugo Llanos Mansilla.

⁴¹⁴ **Sentencia CA Santiago 11821-2003**, *Ibíd.*, considerando 126º N° 1.

Y que en virtud de lo establecido en el art. 10 del CPP, cita utilizada por la mayoría de los fallos, tanto para aquellos fallos que acogen y rechazan la excepción de incompetencia:

“... podrá deducirse en el proceso penal con arreglo a las prescripciones del mismo, las acciones civiles que tengan por objeto reparar los efectos civiles del hecho punible, como son, entre otras, los que persigan la restitución de la cosa o su valor o la indemnización de los perjuicios causados. De modo que el fundamento de la respectiva acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso”⁴¹⁵.

⁴¹⁵ **Sentencia CA Santiago 11821-2003**, *Ibidem*, considerando 126° N° 3; **Sentencia CA Santiago 4014-2005** dictada el 07 de noviembre de 2005 por la Octava Sala integrada por los Ministros Sonia Araneda Briones, Raúl Héctor Rocha Pérez y por el Abogado Integrante Ángel Cruchaga Gandarillas, considerando 5°; **Sentencia de Reemplazo CS 3215-2005** dictada el 30 de mayo de 2006 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Alberto Chaigneau, Enrique Cury, Nibaldo Segura, Jaime Riodríguez y Rubén Ballesteros, considerando 63°; **Sentencia de Reemplazo CS 45-2006** dictada el 27 de junio de 2007 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Alberto Chaigneau del C., Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E. y por los Abogados Integrantes Fernando Castro A. y José Fernández R., considerando 8°; **Sentencia de Reemplazo CS 6188-2008** dictada el 13 de noviembre de 2006 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Alberto Chaigneau del C., Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y Hugo Dolmestch U., considerando 40°; **Sentencia de Reemplazo CS 1489-2007** dictada el 27 de diciembre de 2007 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Alberto Chaigneau del C., Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C. y Hugo Dolmestch U., considerando 18°; **Sentencia de Reemplazo CS 1528-2007** dictada el 24 de enero de 2008 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Alberto Chaigneau del C., Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E. y por los Abogados Integrantes Domingo Hernández E. y Rafael Gómez, considerando 4°; Voto disidente del Ministro Nibaldo Segura **Sentencia de Reemplazo CS 6308-2007** dictada el 8 de septiembre de 2008 por la Segunda Sala

En seguida, las sentencias que acogen la excepción de incompetencia agregan que, por ello el juez del crimen sólo *“está facultado por la ley para conocer del daño que ha provocado la comisión de un delito o cuasidelito y su correspondiente indemnización, lo que encuentra su fundamento legal en el artículo 2314 del Código*

integrada por los Ministros Nivaldo Segura P., Hugo Dolmestch U., Juan Araya E., Carlos Künsemüller L. y por el Abogado Integrante Hernán Álvarez G., considerando 1°; Voto disidente del Ministro Nivaldo Segura y del Abogado Integrante Domingo Hernández **Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007** dictada el 25 de septiembre de 2008 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Nivaldo Segura P., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y por los Abogados Integrantes Juan Carlos Cárcamo O. y Domingo Hernández E., considerando 1°; Voto disidente de los Ministros Jaime Rodríguez y Rubén Ballesteros **Sentencia de Reemplazo CS 4723-** dictada el 15 de octubre de 2008 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y por el Abogado Integrante Juan Carlos Cárcamo O., considerando 1°; **Sentencia de Reemplazo CS 4961-2007** dictada el 3 de diciembre de 2008 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L. considerando 5°; Voto disidente de los Ministros Nivaldo Segura y Rubén Ballesteros **Sentencia de Reemplazo CS 4691-2007** dictada el 28 de enero de 2009 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Nivaldo Segura P., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y por el Abogado Integrante Oscar Herrera V., considerando 1°; **Sentencia de Reemplazo CS 3788-2008** dictada el 20 de abril de 2009 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Nivaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y Carlos Künsemüller L., considerando 2°; Voto disidente de los Ministros Jaime Rodríguez y Rubén Ballesteros **Sentencia de Reemplazo CS 2581-2009** dictada el 26 de abril de 2010 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L. y por el Abogado Integrante Alberto Chaigneau del C., considerando A°.

Civil”⁴¹⁶. En este sentido, al otorgar la ley a un juez especial “cuya misión es juzgar los ilícitos penales y sus partícipes, en forma excepcional la de conocer las responsabilidades civiles que emanan de los mismos hechos punibles y que por tanto es de aplicación restrictiva”⁴¹⁷.

Algunas de estas sentencias manifiestan que:

“... el juez del Crimen está inhabilitado, por falta de competencia, para conocer de acciones civiles indemnizatorias o reparatorias que procedan de hechos distintos de aquellos que provocaron la tipicidad”⁴¹⁸.

⁴¹⁶ **Sentencia CA Santiago 11821-2003**, op. cit., considerando 126° N° 4; **Sentencia de Reemplazo CS 3215-2005** op. cit., considerando 64°; **Sentencia de Reemplazo CS 45-2006** op. cit., considerandos 14° y 15°; **Sentencia de Reemplazo CS 6188-2008** op. cit., considerando 42°; **Sentencia de Reemplazo CS 1489-2007** op. cit., considerando 20°; **Sentencia de Reemplazo CS 1528-2007** op. cit., considerando 6°; Voto disidente del Ministro Nivaldo Segura **Sentencia de Reemplazo CS 6308-2007** op. cit., considerando 3°; Voto disidente del Ministro Nivaldo Segura y del Abogado Integrante Domingo Hernández **Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007** op. cit., considerando 3°; Voto disidente de los Ministros Jaime Rodríguez y Rubén Ballesteros **Sentencia de Reemplazo CS 4723-07** op. cit., considerando 2°; **Sentencia de Reemplazo CS 4961-2007** op. cit., considerando 7°; Voto disidente de los Ministros Nivaldo Segura y Rubén Ballesteros **Sentencia de Reemplazo CS 4691-2007** op. cit., considerando 3°; **Sentencia de Reemplazo CS 3788-2008** op. cit., considerandos 3° y 4°; Voto disidente de los Ministros Jaime Rodríguez y Rubén Ballesteros **Sentencia de Reemplazo CS 2581-2009** op. cit., considerando C°.

⁴¹⁷ Ibíd.

⁴¹⁸ **Sentencia CA Santiago 11821-2003**, op. cit., considerando 126° N° 7; **Sentencia CA Santiago 4014-2005** op. cit., considerando 5°; **Sentencia de Reemplazo CS 3215-2005** op. cit., considerando 65°; **Sentencia de Reemplazo CS 3788-2008** op. cit., considerando 4°.

La sentencia del caso “Segura Soto, Pabla del carmen con DINA”, además señala que se debe tener en cuenta que la acción indemnizatoria impetrada y analizada en este capítulo se funda en:

“... la institución del artículo 38 de la Constitución Política de la República, referida a la responsabilidad de la administración del Estado, de sus organismos o de las Municipalidades, por los actos de sus agentes, tiene sus fundamentos en el reconocimiento que la propia Carta Política hace, de los principios de juridicidad y legalidad plasmados en sus artículos 6º y 7º que señalan que todos los órganos del Estado sin distinción alguna, deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella y sólo actúan válidamente, previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. De tal manera que si ello no ocurre, el Estado en su condición de ente creado por el soberano para servir sus fines del bien común, debe responder, sin perjuicio de las responsabilidades personales de sus actores”⁴¹⁹

Se concluye que dicha institución es de distinta naturaleza y origen que aquella que establece la responsabilidad civil derivada del delito o del cuasidelito⁴²⁰.

Por último, señala la citada sentencia que:

“... la competencia otorgada por el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal al Juez del Crimen, no comprende la de conocer la responsabilidad del Estado por las consecuencias civiles de los actos administrativos, lo que en estricto derecho, corresponde conocer a la Justicia Civil, a través de un juicio declarativo y de lato conocimiento”⁴²¹.

⁴¹⁹ Ibídem, considerando 126º N° 5.

⁴²⁰ Ibídem, considerando 126º N° 6.

⁴²¹ **Sentencia CA Santiago 11821-2003**, op. cit., considerando 126º N° 7; **Sentencia CA Santiago 4014-2005** op. cit., considerandos 6º y 8º; **Sentencia de Reemplazo CS 3215-2005** op. cit., considerando 65º y 68º; **Sentencia de Reemplazo CS 6188-2008** op. cit., considerando 42º y 45º; **Sentencia de Reemplazo CS 1528-**

Argumento que es recogido por otros fallos tanto de CA como de CS. En este mismo sentido varias sentencias emitidas por la Segunda Sala de la CS han agregado que:

“... al demandar la responsabilidad extracontractual del Fisco, además del daño, será necesario probar la falta de servicio, así como el nexo causal entre la conducta que merece ser calificada como tal y el desmedro ocasionado, extremos ajenos a aquellos que conceden competencia al juez del crimen y que escapan a los comportamientos que constituyen las acciones ilícitas investigadas, puesto que su fundamento impone comprobar que el origen del perjuicio experimentado corresponde a una falta o infracción del órgano administrativo a sus deberes jurídicos ordinarios, introduciendo en la discusión aspectos que van más allá del hecho punible objeto del proceso penal. De lo que se deriva que la pretensión civil promovida en autos no resulta amparada por el ordenamiento especial de atribución, previsto en el inciso segundo del artículo 10 de la compilación procesal penal, y, por tanto, la magistratura criminal está inhabilitada, por falta de competencia, para zanjar la acción civil presentada, correspondiéndole, en estricto derecho, su conocimiento a la justicia civil, a través de un juicio declarativo y de lato conocimiento”⁴²².

2007 op. cit., considerando 11°; **Sentencia de Reemplazo CS 3788-2008** op. cit., considerandos 4° y 8°.

⁴²² **Sentencia de Reemplazo CS 45-2006** op. cit., considerando 12°; **Sentencia de Reemplazo CS 6188-2008** op. cit., considerando 45°; **Sentencia de Reemplazo CS 1489-2007** op. cit., considerando 23°; **Sentencia de Reemplazo CS 1528-2007** op. cit., considerando 11°; Voto disidente del Ministro Nivaldo Segura **Sentencia de Reemplazo CS 6308-2007** op. cit., considerando 8°; Voto disidente del Ministro Nivaldo Segura y del Abogado Integrante Domingo Hernández **Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007** op. cit., considerando 7°; Voto disidente de los Ministros Jaime Rodríguez y Rubén Ballesteros **Sentencia de Reemplazo CS 4723-07** op. cit., considerando 5°; **Sentencia de Reemplazo CS 4961-2007** op. cit., considerando 12°; Voto disidente de los Ministros Nivaldo Segura y Rubén Ballesteros **Sentencia de Reemplazo CS 4691-2007** op. cit., considerando 7°; Voto disidente de los Ministros

Como adelantamos, sólo los fallos de CS se han hecho cargo de la modificación sufrida por el art. 10 del CPP y de cómo esta modificación influye para considerar que el juez del crimen es incompetente para conocer la acción indemnizatoria dirigida contra el Estado Chileno.

El primero de dichos fallos recayó en el caso “Aron Svigilisky, Ana M^a c. Contreras y otros”, dicho fallo junto a otras sentencias en el mismo sentido, señalan que, con la modificación introducida al texto del art. 10 del CPP:

“... se puede establecer que las condiciones en que debe deducirse la acción civil, dentro del proceso penal, aparecen, actualmente, limitadas, en cuanto a su amplitud y extensión, si se comparan con la redacción, en términos genéricos y amplísimos, del texto anterior. Imponiendo como exigencia para gozar de dicho sistema especial de competencia, que el sostén fáctico de la respectiva acción civil importe exclusivamente el mismo juzgamiento que reclama la acción típica, antijurídica y culpable, es decir, el órgano jurisdiccional debe estar en condiciones de emitir un sólo juicio de ilicitud acerca del hecho, del que se desprendan tanto las consecuencias penales cuanto las civiles que derivan del respectivo comportamiento, de suerte tal que la responsabilidad civil fluya de aquel y no se extienda a actos, que si bien relacionados, no lo integran. Tal predicamento importa una restricción a la causalidad mediata como fuente de la obligación de indemnizar, evitándose de ese modo el juzgamiento de una indefinida cadena causal que se podría alejar considerablemente del ilícito indagado y de la que pudiera resultar un daño que no sea consecuencia necesaria del comportamiento del agente. En otras palabras, lo que ha hecho la ley procesal penal es explicar y mencionar la doble causalidad comprendida tácitamente en la ley civil sobre responsabilidad extracontractual (inmediata y mediata) con la ventaja de aplicar una limitación de la causalidad mediata con el objeto de eludir el enjuiciamiento de terceros distintos de los participantes en el hecho y que además se relacionen indirectamente con estos últimos. En definitiva, al magistrado del crimen le

Jaime Rodríguez y Rubén Ballesteros **Sentencia de Reemplazo CS 2581-2009** op. cit., considerando F°.

*queda impedido juzgar la responsabilidad civil de terceros ajenos al injusto, cuando el fundamento de la petición civil exorbita la tipicidad penal*⁴²³.

Tanto en el caso referido, como en la sentencia de la demanda caratulada “Abarzúa Rojo, Mariana c. Pinochet y otros”, se reconoce que la conclusión arribada en relación a que el juez del crimen, está inhabilitado, por falta de competencia, para conocer de acciones civiles indemnizatorias o reparatorias que procedan de hechos distintos de aquellos que provocaron la tipicidad; es un cambio en el criterio utilizado por la CS al resolver contiendas similares. Este cambio se fundamenta según estos fallos en:

*“... el tenor literal de la norma en estudio, que la disposición del artículo 172 del Código Orgánico de Tribunales, en cuanto precisa que "El tribunal que conoce del proceso criminal es competente para resolver acerca de la responsabilidad civil que pueda afectar a terceros a consecuencia de un delito..." -que no ha sido modificado por la ley Nº 19.665 (D.O. 09.03.00)- y la del artículo 40 del Código de Procedimiento Penal, que señala "La acción civil puede entablarse contra los responsables del hecho punible, contra los terceros civilmente responsables y contra los herederos de unos y otros", deben, para estos efectos, estimarse derogadas en forma tácita, en los términos del artículo 52 del Código Civil, por la citada modificación del referido artículo 10 del Estatuto de Enjuiciamiento Criminal*⁴²⁴.

⁴²³ **Sentencia de Reemplazo CS 3215-2005** op. cit., considerando 64°; **Sentencia de Reemplazo CS 1528-2007** op. cit., considerando 6°; **Sentencia de Reemplazo CS 3788-2008** op. cit., considerando 3°; Voto disidente del Ministro Nibaldo Segura **Sentencia de Reemplazo CS 6308-2007** op. cit., considerando 3°; Voto disidente del Ministro Nibaldo Segura y del Abogado Integrante Domingo Hernández **Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007** op. cit., considerando 3°; **Sentencia de Reemplazo CS 4961-2007** op. cit., considerando 7°; Voto disidente de los Ministros Nibaldo Segura y Rubén Ballesteros **Sentencia de Reemplazo CS 4691-2007** op. cit., considerando 3°.

⁴²⁴ **Sentencia de Reemplazo CS 3215-2005** op. cit., considerando 66°; **Sentencia de Reemplazo CS 3788-2008** op. cit., considerando 5°.

A este argumento, se ha agregado por otras sentencias de CS que la restricción de la acción civil en el proceso penal, que la limita a interponerla sólo en contra del imputado, reservando el ejercicio de la acción civil por parte de sujetos distintos de la víctima o en contra de un sujeto diverso del imputado, directamente ante el juez civil, se ve corroborado por el art. 59 del CProP, en cuanto establece la facultad de la víctima de entablar en el proceso penal las acciones que tuvieren por objeto perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible, pero sólo respecto del imputado, excluyendo la intervención de terceros, sea como civilmente perjudicados sea como civilmente responsables, las que deberán plantearse ante el tribunal civil que fuere competente⁴²⁵.

VII.1.2. Tesis de la Competencia de los Tribunales del Crimen para conocer la acción de REE por violaciones a los DDHH

⁴²⁵ **Sentencia de Reemplazo CS 3215-2005** op. cit., considerando 68°; **Sentencia de Reemplazo CS 45-2006** op. cit., considerando 14°; **Sentencia de Reemplazo CS 6188-2008** op. cit., considerando 42°; **Sentencia de Reemplazo CS 1489-2007** op. cit., considerando 20°; **Sentencia de Reemplazo CS 1528-2007** op. cit., considerando 9°; Voto disidente del Ministro Nivaldo Segura **Sentencia de Reemplazo CS 6308-2007** op. cit., considerando 6°; Voto disidente del Ministro Nivaldo Segura y del Abogado Integrante Domingo Hernández **Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007** op. cit., considerando 6°; Voto disidente de los Ministros Jaime Rodríguez y Rubén Ballesteros **Sentencia de Reemplazo CS 4723-07** op. cit., considerando 3°; **Sentencia de Reemplazo CS 4961-2007** op. cit., considerando 10°; Voto disidente de los Ministros Nivaldo Segura y Rubén Ballesteros **Sentencia de Reemplazo CS 4691-2007** op. cit., considerando 6°; **Sentencia de Reemplazo CS 3788-2008** op. cit., considerando 7°; Voto disidente de los Ministros Jaime Rodríguez y Rubén Ballesteros **Sentencia de Reemplazo CS 2581-2009** op. cit., considerando C°.

En aquellas sentencias que argumentan el rechazo a la excepción de incompetencia⁴²⁶, señalan que el juez del crimen si es competente para conocer de la acción indemnizatoria contra el Estado, encontramos el caso “Marfull González, Pedro c. Pinochet y otros”, fallado el 18 de enero del año 2006 junto con el voto disidente del Ministro Jorge Dahm Oyarzún en fallo emitido por la Novena Sala de la CA de Santiago. Sostienen respecto del art. 10 del CPP que:

“... la ley 18.857 que modificó el referido artículo no tuvo por objeto restringir, sino que ampliar el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, incorporando además de la acción indemnizatoria y restitutoria la denominada acción civil reparatoria general. Y más aún, una interpretación sistemática con relación a los preceptos 40, 430, 447, 450 y 500 N° 7 del Código de Procedimiento Penal, llevan lógicamente a concluir que la ley ha contemplado expresamente la posibilidad de dirigir la acción civil dentro del proceso penal, sea contra el directamente responsable sea contra el tercero”⁴²⁷.

Además agregan que:

⁴²⁶ En las **Sentencias de CA Santiago 11914-2005 (Caso Albania), 16196-1994 (Caso Degollados) y 13824-2006** no existe pronunciamiento acerca de la competencia del Juez del Crimen para conocer de la acción indemnizatoria dirigida contra el Estado, no obstante ello hacen lugar a ésta. Por otra parte las **Sentencias de CS 4723-2007 y 2581-2009** hacen suyos los argumentos utilizados en los fallos de primera instancia para rechazar la excepción de incompetencia y hacer lugar a la indemnización de perjuicios contra el Estado.

⁴²⁷ **Sentencia CA Santiago 37483-2004** dictada el 18 de enero de 2006 por la Sexta Sala integrada por los Ministros Hugo Dolmestch Urra, Haroldo Brito Cruz y por la Abogado Integrante Paulina Veloso Valenzuela, considerando 17°; Voto Disidente Jorge Dahm Oyarzún **Sentencia CA Santiago 888-2007** dictada el 27 de diciembre de 2007 por la Novena Sala integrada por los Ministros Juan Escobar Zepeda, Jorge Dahm Oyarzún y por el Abogado Integrante Ángel Cruchaga Gandarillas, considerando A°.

“... por expresa disposición legal, no procede aplicar el artículo 59 del nuevo Código Procesal Penal, como lo pretende el recurrente, según lo dispuesto en los artículos 8º transitorio de la Constitución Política, 484 del Código Procesal Penal y 4º transitorio de la Ley Orgánica del Ministerio Público”⁴²⁸.

En el mismo sentido, dos sentencias emitidas por la Cuarta Sala de la CA de Santiago, integrada en ambos casos por los Ministros Jorge Dahm, Manuel Valderrama y por el Abogado Integrante Luis Orlandini, agregan que en virtud del inc. 2 del art. 10 del CPP podrán deducirse las acciones civiles que tengan por objeto reparar los efectos civiles del hecho punible, como son las que persigan la indemnización de los perjuicios causados. No quedando dudas en cuanto a que toda reparación de los efectos civiles del hecho punible puede ser demandada mediante las correspondientes acciones civiles, pudiendo concluir que el tribunal en lo penal está planamente habilitado para conocer, juzgar y resolver sobre la demanda de indemnización de perjuicios producidos por la conducta ilícita de los querellados autores del delito, que así causaron dichos perjuicios⁴²⁹.

A mayor abundamiento, encontramos varias sentencias de CS que han agregado respecto de la amplitud que significó la modificación al art. 10 del CPP, que:

“... una lectura atenta del nuevo artículo 10 citado, da cuenta del carácter plural que pueden revestir las acciones civiles en el proceso penal, incluyéndose no sólo las restitutorias e indemnizatorias, con un contenido claramente más amplio que la anterior legislación, sino que también comprende acciones prejudiciales y precautorias, así como algunas reparatorias especiales, lo que claramente demuestra que lo que se

⁴²⁸ **Sentencia CA Santiago 37483-2004** op. cit., considerando 17º; Voto Disidente Jorge Dahm Oyarzún **Sentencia CA Santiago 888-2007** op.cit., considerando Cº.

⁴²⁹ **Sentencia CA Santiago 6428-2006** dictada el 6 de junio de 2007 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros Jorge Dahm Oyarzún, Manuel Valderrama Rebolledo y por el Abogado Integrante Luis Orlandini Molina, considerandos 4º y 5º; **Sentencia CA Santiago 5439-2006** dictada el 12 de octubre de 2007 por la Cuarta Sala integrada por los Ministros Jorge Dahm Oyarzún, Manuel Valderrama Rebolledo y por el Abogado Integrante Luis Orlandini Molina, considerando 15º.

*quiso con la reforma, fue ampliar el ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, excluyendo el conocimiento de aquellas acciones civiles que persigan perjuicios remotos o nulidades de contrato o actos, si bien relacionados con el hecho perseguido, no constitutivos de él mismo*⁴³⁰.

En virtud de ello, actualmente el art. 10 del CPP presenta como única limitación que las acciones civiles que persigan la reparación de los efectos patrimoniales que las conductas de los procesados por sí mismas hayan causado o que puedan atribuírseles como consecuencias próximas o directas, obliguen a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal. Limitación que significa una exigencia en el campo de la causalidad, en términos que el fundamento de la

⁴³⁰ Voto disidente del Ministro Alberto Chaigneau **Sentencia de Reemplazo CS 45-2006** op. cit., considerando 3°; Voto disidente del Ministro Hugo Dolmestch **Sentencia de Reemplazo CS 6626-2005** dictada el 12 de noviembre de 2007 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Nivaldo Segura, Rubén Ballesteros, Jaime Rodríguez, Hugo Dolmestch y por el Abogado Integrante José Fernández, considerando 3°; Voto disidente del Ministro Alberto Chaigneau **Sentencia de Reemplazo CS 6188-2008** op. cit., considerando 3°; Voto disidente del Ministro Alberto Chaigneau **Sentencia de Reemplazo CS 1489-2007** op. cit., considerando 3°; Voto disidente del Ministro Hugo Dolmestch **Sentencia de Reemplazo CS 3925-2005** dictada el 27 de diciembre de 2007 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Nivaldo Segura, Rubén Ballesteros, Hugo Dolmestch, Patricio Valdés y Héctor Carreño, considerando 3°; Voto disidente del Ministro Alberto Chaigneau **Sentencia de Casación CS 1528-2007** op. cit., considerando 3°; **Sentencia de Reemplazo CS 6308-2007** op. cit., considerando 15°; **Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007** op. cit., considerando 36°; Voto disidente del Ministro Hugo Dolmestch **Sentencia de Reemplazo CS 4961-2007** op. cit., considerando 3°; **Sentencia de Reemplazo CS 4691-2007** op. cit., considerando 39°; Voto disidente de los Ministros Hugo Dolmestch y Carlos Künsemüller **Sentencia de Reemplazo CS 879-2008** dictada el 15 de abril de 2009 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Nivaldo Segura, Jaime Rodríguez, Rubén Ballesteros, Hugo Dolmestch y Carlos Künsemüller , considerando 3°.

pretensión civil deducida, debe emanar de las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal⁴³¹.

El primer fallo que rechaza la excepción de incompetencia es de la CA y se caratula “Joo Joo, Luisa Faustina c. Crassnoff y otro”, el cual fue fallado el 11 de noviembre de 2005⁴³². Este fallo señala que en el contexto histórico en que aparecen desarrollados los hechos motivo de la investigación, donde la actividad del Estado se amparaba de situaciones excepcionales, se desplegó un amplio operativo de seguridad que derivó en la materialización de los delitos analizados. Por ello debe entenderse dentro de la expresión contemplada en la parte final del inc. 3 del art.10 “*de modo que el fundamento de la respectiva acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que*

⁴³¹ **Sentencia CA Santiago 37483-04** op. cit., considerando 17°; **Sentencia CA Santiago 6428-2006** op. cit., considerandos 4° y 5°; **Sentencia CA Santiago 5439-2006** op. cit., considerando 15°; Voto Disidente Jorge Dahm Oyarzún **Sentencia CA Santiago 888-2007** op. cit., considerando A°; Voto disidente del Ministro Alberto Chaigneau **Sentencia de Reemplazo CS 45-2006** op. cit., considerando 1°; Voto disidente del Ministro Hugo Dolmestch **Sentencia de Reemplazo CS 6626-2005** op. cit., considerando 1°; Voto disidente del Ministro Alberto Chaigneau **Sentencia de Reemplazo CS 6188-2008** op. cit., considerando 1°; Voto disidente del Ministro Alberto Chaigneau **Sentencia de Reemplazo CS 1489-2007** op. cit., considerando 1°; Voto disidente del Ministro Hugo Dolmestch **Sentencia de Reemplazo CS 3925-2005** op. cit., considerando 1°; Voto disidente del Ministro Alberto Chaigneau **Sentencia de Casación CS 1528-2007** op. cit., considerando 1°; **Sentencia de Reemplazo CS 6308-2007** op. cit., considerando 13°; **Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007** op. cit., considerando 34°; Voto disidente del Ministro Hugo Dolmestch **Sentencia de Reemplazo CS 4961-2007** op. cit., considerando 1°; **Sentencia de Reemplazo CS 4691-2007** op. cit., considerando 37°; Voto disidente de los Ministros Hugo Dolmestch y Carlos Künsemuller **Sentencia de Reemplazo CS 879-2008** op. cit., considerando 1°.

⁴³² **Sentencia CA Santiago 1294-05** dictada el 11 de noviembre de 2005 por la Sexta Sala integrada por los Ministros Hugo Dolmestch Urrea, Haroldo Brito Cruz y por la Abogado Integrante Paulina Veloso Valenzuela.

constituyen el hecho punible” que se encuentra comprendida la responsabilidad civil del Estado -de naturaleza extracontractual- por la infracción a su deber de comportarse prudentemente, ya que su actividad relativa a crear las situaciones de riesgo, hicieron propicia la desaparición de la víctima⁴³³.

Las demás sentencias que rechazan la excepción de incompetencia señalan que:

*“... resulta indubitado en la situación que nos convoca, que el fundamento de la acción civil deducida por el querellante emana de las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal”*⁴³⁴.

Dos de ellas han agregado que:

⁴³³ **Sentencia CA Santiago 1294-05** op. cit., considerando 9°.

⁴³⁴ **Sentencia CA Santiago 1294-05** op. cit., considerando 10°; **Sentencia CA Santiago 37483-04** op. cit., considerando 17°; Voto Disidente Jorge Dahm Oyarzún **Sentencia CA Santiago 888-2007** op. cit., considerando B°; Voto disidente del Ministro Alberto Chaigneau **Sentencia de Reemplazo CS 45-2006** op. cit., considerando 2°; Voto disidente del Ministro Hugo Dolmestch **Sentencia de Reemplazo CS 6626-2005** op. cit., considerando 2°; Voto disidente del Ministro Alberto Chaigneau **Sentencia de Reemplazo CS 6188-2008** op. cit., considerando 2°; Voto disidente del Ministro Alberto Chaigneau **Sentencia de Reemplazo CS 1489-2007** op. cit., considerando 2°; Voto disidente del Ministro Hugo Dolmestch **Sentencia de Reemplazo CS 3925-2005** op. cit., considerando 2°; Voto disidente del Ministro Alberto Chaigneau **Sentencia de Casación CS 1528-2007** op. cit., considerando 2°; **Sentencia de Reemplazo CS 6308-2007** op. cit., considerando 14°; **Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007** op. cit., considerandos 35° y 38°; Voto disidente del Ministro Hugo Dolmestch **Sentencia de Reemplazo CS 4961-2007** op. cit., considerando 2°; **Sentencia de Reemplazo CS 4691-2007** op. cit., considerandos 38° y 41°; Voto disidente de los Ministros Hugo Dolmestch y Carlos Künsemuller **Sentencia de Reemplazo CS 879-2008** op. cit., considerando 2°.

“... resulta necesario determinar si en la especie, se encuentra acreditada o no la concurrencia de los baremos de causa (delito) y efecto (daño) por un lado, y el puente causal que una ambos extremos, situación que exige y requiere del examen del mérito de autos. Así, el resultado de tal praxis procesal arroja como conclusión que en la especie todos y cada uno de los requisitos antes singularizados aparecen no tan solo concurrentes, sino que además satisfechos. No escapa a estos sentenciadores - por encontrarse en el centro de la cuestión a resolver- la actuación punible de los hechos -condenados en cuanto agentes del Estado- lo que determinó específicamente sus participaciones como autores en la modalidad de lo que se conoce como “dominio de la voluntad mediante un aparato de poder organizado”⁴³⁵.

Por lo tanto:

“... se encuentra suficientemente acreditado que los autores, actuando oficialmente en ejercicio de sus funciones, y excediéndose abusivamente de la órbita de sus atribuciones, ocasionaron, en cuanto agentes del Estado los perjuicios o daños cuya indemnización se demanda”⁴³⁶.

Además de ello, algunos de estos fallos han sostenido que la Constitución Política de la República de Chile, en virtud de lo dispuesto en su art. 6, es convergente con lo dispuesto por los art. 3 y 4 de la Ley N° 18.575, en relación a la responsabilidad por los daños que causen sus funcionarios o los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, mismo principio se encontraría incorporado en la ley común en el art. 2320 del CC. En virtud de los referidos hitos y normas sobre responsabilidad del Estado, no cabría más que concluir que el daño moral causado por la conducta ilícita del funcionario o agente del Estado autor de los delitos de la investigación, debe

⁴³⁵ **Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007** op. cit., considerando 35°; **Sentencia de Reemplazo CS 4691-2007** op. cit., considerando 38°;

⁴³⁶ **Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007** op. cit., considerando 38°; **Sentencia de Reemplazo CS 4691-2007** op. cit., considerando 41°;

ser indemnizado por el Estado, ya que así lo disponen las normas de derecho pertinentes⁴³⁷.

Complementando lo anterior, se ha señalado que la circunstancia de que se trate de una violación a los derechos humanos obliga al sentenciador a interpretar las normas a la luz de toda la normativa internacional aplicable en la especie por mandato constitucional, que propende a la reparación integral de las víctimas, de modo que las víctimas puedan materialmente obtener la reparación civil adecuada⁴³⁸. Algunos de estos fallos, los de CA, han sostenido además que:

“... repudiaría a la justicia más elemental, si después de más de veinte años que demoró el Estado, a través de sus Tribunales, de determinar fehacientemente la verdad de lo ocurrido y sancionar a los responsables, no obstante la acción de la

⁴³⁷ **Sentencia de Reemplazo CS 6308-2007** op. cit., considerando 18°; **Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007** op. cit., considerando 39°; **Sentencia de Reemplazo CS 4691-2007** op. cit., considerando 42°.

⁴³⁸ **Sentencia CA Santiago 37483-04** op. cit., considerando 17°; Voto Disidente Jorge Dahm Oyarzún **Sentencia CA Santiago 888-2007** op. cit., considerando D°; Voto disidente del Ministro Alberto Chaigneau **Sentencia de Reemplazo CS 45-2006** op. cit., considerando 5°; Voto disidente del Ministro Hugo Dolmestch **Sentencia de Reemplazo CS 6626-2005** op. cit., considerando 5°; Voto disidente del Ministro Alberto Chaigneau **Sentencia de Reemplazo CS 6188-2008** op. cit., considerando 5°; Voto disidente del Ministro Alberto Chaigneau **Sentencia de Reemplazo CS 1489-2007** op. cit., considerando 5°; Voto disidente del Ministro Hugo Dolmestch **Sentencia de Reemplazo CS 3925-2005** op. cit., considerando 5°; Voto disidente del Ministro Alberto Chaigneau **Sentencia de Casación CS 1528-2007** op. cit., considerando 5°; **Sentencia de Reemplazo CS 6308-2007** op. cit., considerando 20°; **Sentencia de Reemplazo CS 4662-2007** op. cit., considerando 40°; Voto disidente del Ministro Hugo Dolmestch **Sentencia de Reemplazo CS 4961-2007** op. cit., considerando 5°; **Sentencia de Reemplazo CS 4691-2007** op. cit., considerando 43°; Voto disidente de los Ministros Hugo Dolmestch y Carlos Künsemüller **Sentencia de Reemplazo CS 879-2008** op. cit., considerando 5°.

*denunciante y querellante, padre de la víctima, se le ordenare a este último iniciar otro proceso, esta vez ante la justicia civil, para obtener una reparación económica, por los mismos hechos ilícitos de autos*⁴³⁹.

El Ministro Jorge Zepeda en voto disidente en sentencia emitida por la Segunda Sala de la CA de Santiago, entrega argumentos para rechazar la excepción de incompetencia, distintos a los ya referidos. Al respecto señala que es necesario detenerse en la entidad de delito contra la humanidad o de lesa humanidad, y en que la fuente del perjuicio cuya indemnización se solicita se funda, en primer término, en el agravio moral que provoca el delito, por la estrecha y directa relación de parentesco y familia existente entre demandantes y víctima. El primer aspecto que se debe considerar, es la razón de justicia material que permite la intervención del querellante y demandante civil en autos, tanto en la investigación penal como en la civil hasta el punto que la satisfacción de ambos intereses quedan involucrados, sin que uno de ellos deba quedar sacrificado. Tal justicia material fluye de manera clara al considerar que, gracias a la intervención en lo civil dentro del proceso penal, hace que la demanda indemnizatoria siga la suerte de lo penal, lo que, en consecuencia, significa que el acopio de pruebas del proceso penal deben recibir una valoración en la parte civil y la integración permite resolver ambos aspectos de responsabilidad involucrados; la indemnización íntegra de los perjuicios, que junto a los derechos a la verdad y a la justicia, son garantías que no pueden escindirse, para así lograr los fines esenciales que reconoce expresamente el art. 5 de la CPR. Agrega que la reparación a la víctima y a sus familiares de los perjuicios sufridos por ellos, forma parte de una institución de vasto alcance jurídico, cuyas disposiciones forman parte de todo el sistema de Derecho. Si el perjudicado por el delito, ha recurrido a la alternativa de integrar su demanda civil dentro del propio proceso penal, debe recibir del sistema jurídico todo el marco de derechos, con sus efectos o consecuencias que se encuentren

⁴³⁹ **Sentencia CA Santiago 1294-05** op. cit., considerando 9°; **Sentencia CA Santiago 37483-04** op. cit., considerando 17°; Voto Disidente Jorge Dahm Oyarzún **Sentencia CA Santiago 888-2007** op. cit., considerando D°.

estrechamente relacionados y sean atinentes al desarrollo de la investigación y juzgamiento penal⁴⁴⁰.

Ahora bien, teniendo en consideración, el carácter de delito de lesa humanidad, ello también determina que los daños causados, y la posibilidad de restablecimiento de los derechos, y, en suma, los móviles de la indemnización reparatoria, no se limiten simplemente al análisis de ésta en si, sino que se extiende hasta el descubrimiento de la verdad determinante del ilícito, provocándose de esta forma la realización de la justicia material. En consecuencia, la categoría de crimen de lesa humanidad del delito, en cuanto a la indemnización de perjuicios, hace aplicable también -en lo que dice relación al acceso a la justicia para las víctimas y sus familiares para conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente (Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 14 de marzo de 2001, citada anteriormente)- los convenios o tratados internacionales que deben ser interpretados y aplicados de acuerdo con las reglas generales de cumplimiento del DI y de buena fe, regla de derecho internacional que se considera ius cogens, y además derecho consuetudinario internacional, sin perjuicio de encontrarse también estipuladas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el que se encuentra vigente en nuestro país, la cual establece en su artículo 27, que el Estado no puede invocar su propio Derecho Interno para eludir sus obligaciones internacionales, de hacerlo comete un hecho ilícito que compromete la responsabilidad internacional del Estado⁴⁴¹.

De esta forma, el derecho de las víctimas y de sus familiares, de recibir la reparación correspondiente, implica la reparación de todo daño que les haya sido

⁴⁴⁰ Voto disidente del Ministro Jorge Zepeda **Sentencia CA 146-2006** dictada el 31 de julio de 2006 por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sonia Araneda Briones, Jorge Zepeda Arancibia y por el Abogado Integrante Emilio Pffefer Urquiaga, considerandos 1° al 7°.

⁴⁴¹ Voto disidente del Ministro Jorge Zepeda **Sentencia CA 146-2006** op. cit., considerandos 8° y 9°.

ocasionado, lo que se posibilita con la recepción del DI de los DDHH en el Derecho Interno chileno, conforme a lo dispuesto en el art. 5 de la CPR⁴⁴².

CAPÍTULO VIII ESTADÍSTICAS.

La búsqueda de las sentencias objeto de nuestro análisis no fue fácil. Partimos con 4 o 5 fallos y hoy contamos, para efectos de éste capítulo⁴⁴³ con 163 casos, con sus respectivas instancias. Cabe mencionar que no pudimos encontrar un lugar donde poder obtener la información requerida para su sistematización, ocupando varios años de la investigación en recolectar fallos judiciales, que como veremos se concentran en los años 2007 y 2008 para Corte de Apelaciones y 2009 para CS.

Para la realización de este capítulo seleccionamos 163 causas encontradas a lo largo de nuestra investigación. Como se puede observar en la tabla 1, la mayoría de ellas se concentra en los Tribunales de la Jurisdicción de Santiago y fueron presentadas en sede civil.

⁴⁴² Voto disidente del Ministro Jorge Zepeda **Sentencia CA 146-2006** op. cit., considerandos 10°.

⁴⁴³ Para efectos de construir el resto de los capítulos, la lista de casos se extiende aproximadamente a 190 casos.

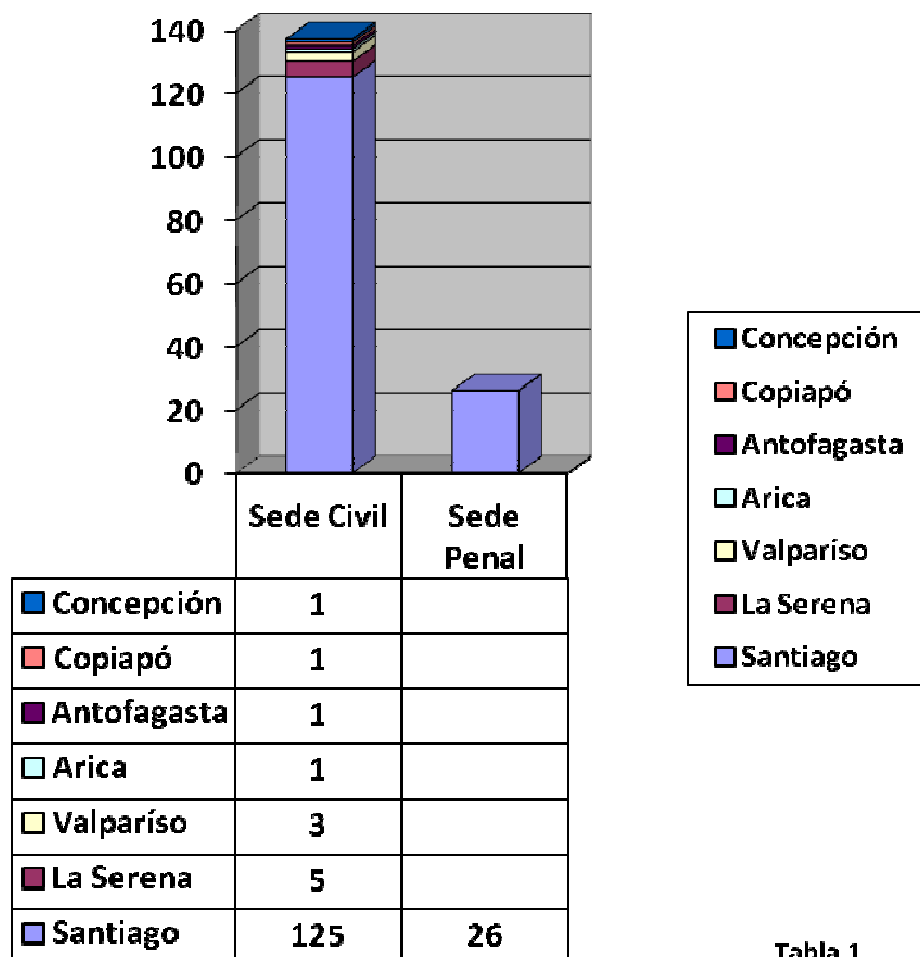


Tabla 1

De las 163 causas, contamos con los montos de indemnización solicitados en 148 de ellas. El promedio del dinero demandado por concepto de indemnización asciende a la suma de 742 millones de pesos. La cifra demandada más baja corresponde a 20 millones de pesos, en la causa “Joo Joo, Luisa Faustina c. Krassnoff y otro”. La cifra más alta corresponde a 10.120 millones de pesos, suma demandada en la causa “Guzmán Rojas, Hugo y otros/Caso Albania”. Para este último caso, es

preciso señalar que el 18 de junio de 2007, el Fisco llegó a un acuerdo con los demandantes civiles, obligándose a pagar, por concepto de indemnización de daños y perjuicios por la REE en las violaciones de DDHH de las víctimas de la investigación, la suma de 300 millones de pesos a cada uno de los 37 demandantes⁴⁴⁴.

En sólo 20 de los casos en análisis⁴⁴⁵ se ha indemnizando a las víctimas y/o familiares de violaciones de DDHH. Como podemos observar en la tabla 2, de estos 20 casos, 10 han concluido por acuerdos arribados entre las partes, y a todos ellos les precedía una sentencia favorable a los demandantes en primera instancia⁴⁴⁶. De los 10 casos restantes, en 4 se rechazó el recurso de casación interpuesto, quedando firmes las sentencias de CA que dieron lugar a las demandas. En el resto de los casos, 6 de ellos, se dictaron por la CS sentencias de reemplazo, en las cuales se decidió acoger la demanda interpuesta y por ende, hacer lugar a las indemnizaciones solicitadas⁴⁴⁷, todos estos fallos fueron emitidos con posterioridad al mes de septiembre de 2008.

⁴⁴⁴ Es decir, el Fisco debió cancelar la suma total de 11.100 millones de pesos.

⁴⁴⁵ 12 casos en sede civil y 8 en sede penal.

⁴⁴⁶ “Fernández Cárcamo, William y otros c. Fisco”, “Santibáñez Viani, María Paz c. Fisco”, “Albornoz Amaya”, “Fisco de Chile c. Sanhueza Ros, Luis y otros”, “Marín Millie, Gladys y otro c. Palma Ramírez Cesar y otros”, “Ortega Fuentes, María Isabel c. Fisco”, “Urrutia Villa, Mario c. Palma Ramírez y otros”, “González Norambuena, María Ester c. Arellano Stark y otros”, “Lagos Lagos, Ramona y otro c. García Guzmán, Luis y otro” y “contra Michea y otros (González Betancourt y otros)/Caso Degollados”.

⁴⁴⁷ Sólo 1 caso en sede civil.

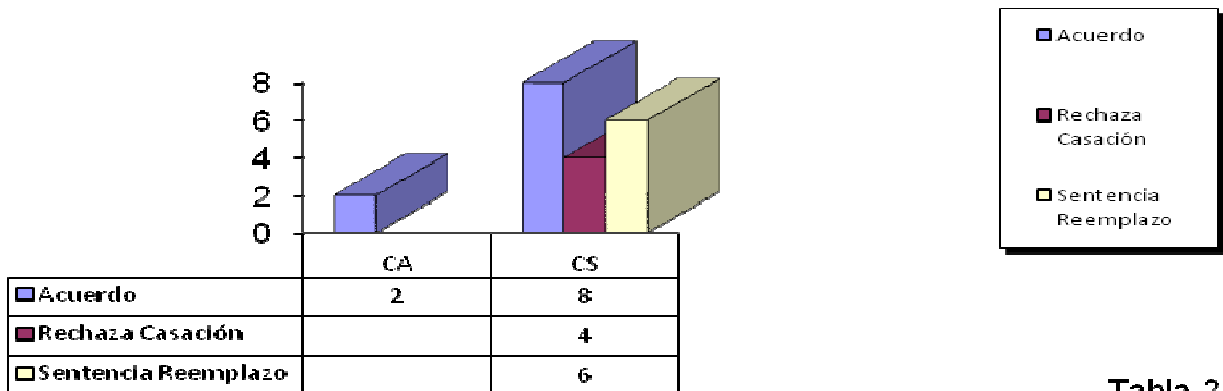


Tabla 2

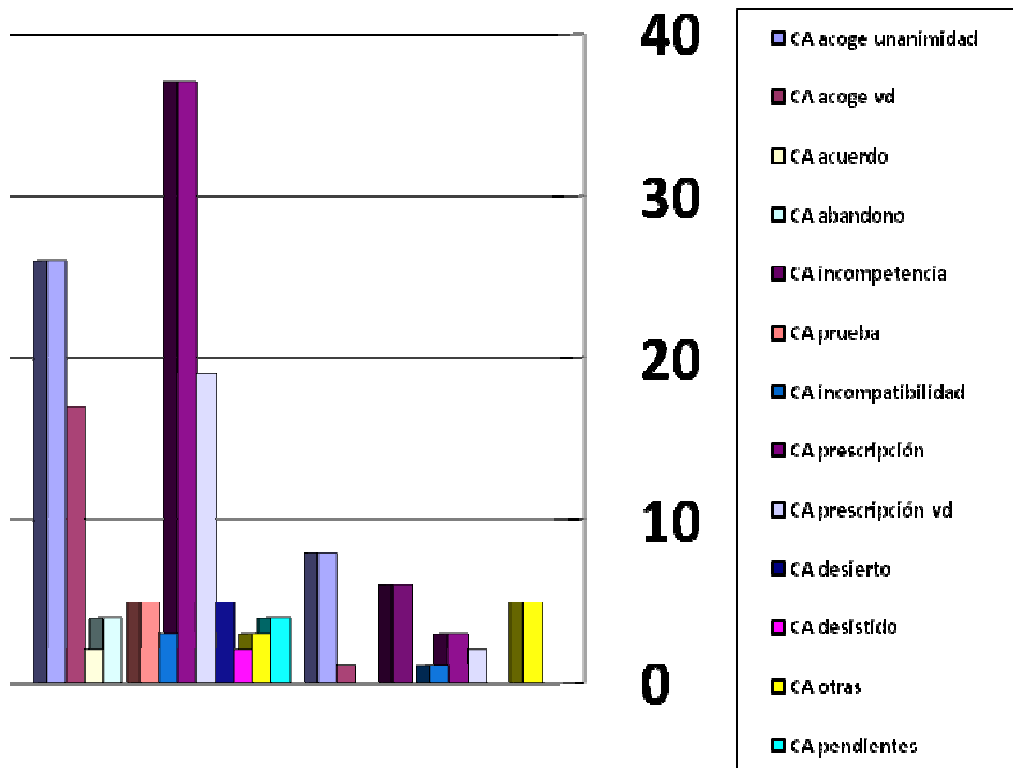
Debemos mencionar que en los casos “Farias Olgún con Fisco” y “Jería Silva, Víctor c. Fisco”, la parte demandante no apeló las sentencias dictadas en primera instancia, en las cuales se falló rechazar la demanda interpuesta a causa de que la acción interpuesta se encontraría prescrita.

De los 163 casos en análisis, 53 demandas civiles fueron acogidas en CA, 35 de ellos por unanimidad y 18 con votos disidentes⁴⁴⁸. De estos casos, en 48 encontramos los argumentos de los integrantes de la CA, en los 5 casos restantes, los Ministros y abogados integrantes sólo se remiten a confirmar la sentencia en alzada, haciendo suyos los argumentos de primera instancia. Encontramos en casi igual número⁴⁴⁹ de casos que rechazaron la acción interpuesta por encontrarse ésta prescrita.

⁴⁴⁸ Los votos disidentes fueron emitidos por los Ministros Alfredo Pfeiffer Richter, Gloria Ana Chevesich Ruiz, Patricio Villarroel Valdivia, Mauricio Silva Cancino, Juan Manuel Muñoz Pardo, Juan Cristóbal Mera Muñoz, Jorge Zepeda Arancibia, Adelita Ravanales Arriagada y por los Abogados Integrantes Ángel Cruchaga Gandarillas, Jorge Lagos Gatica y Andrea Muñoz Sánchez.

⁴⁴⁹ 61 casos, 40 acogen por unanimidad, 21 con votos disidentes de los Ministros Juan Escobar Zepeda, Lamberto Cisternas Rocha, Alejandro Madrid Crohare, Jorge Dahm Oyarzún, Emilio Elgueta Torres, Carlos Cerda Fernández, Jorge Zepeda Arancibia, Amanda Valdovinos Jeldes, y por los Abogados Integrantes Hugo Llanos Mansilla, Carlos López Dawson, Francisco Tapia Guerrero, Regina Clark Medina,

Tabla 3

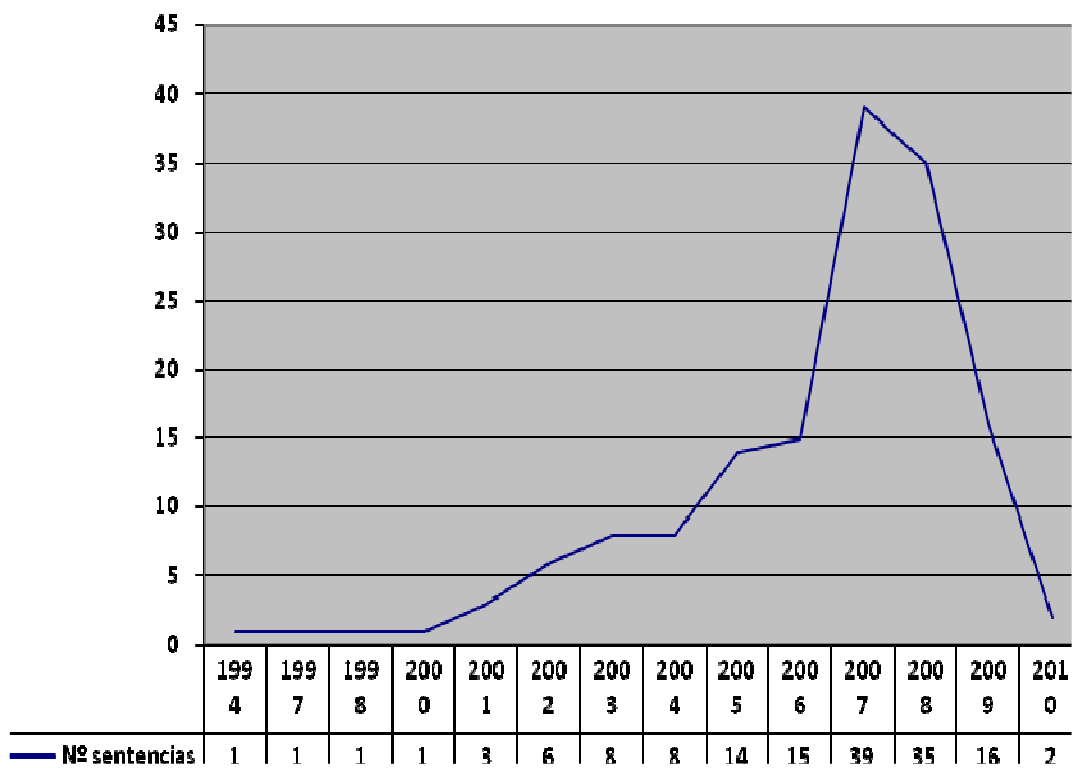


	Sede Civil	Sede Penal		Sede Civil	Sede Penal
CA acoge unanimidad	26	8	CA prescripción	37	3
CA acoge voto disidente (vd)	17	1	CA prescripción vd	19	2
CA acuerdo	2		CA desierto	5	
CA abandono	4		CA desistido	2	
CA incompetencia		6	CA otras	3	5
CA prueba	5		CA pendientes	4	
CA incompatibilidad	3	1			

Nelson Pozo Silva, María Victoria Valencia Mercaido. En 28 casos sólo confirmaron la sentencia de alzada.

La distribución de los fallos en CA la podemos apreciar en el siguiente gráfico, en el cual podemos notar que la actividad jurisprudencial para los casos en análisis se concentró entre los años 2007 y 2008.

Tabla 4



A continuación mostramos como han fallado los Ministros Integrantes de CA en los fallos en análisis:

	Ha Lugar ⁴⁵⁰	Prescripción ⁴⁵¹	Incompatibilidad ⁴⁵²	Incompetencia ⁴⁵³	Prueba ⁴⁵⁴	Otras ⁴⁵⁵
Jorge Dahm Oyarzún	2007 4 sentencias 2008 2 sentencias	2002 1 sentencia 2004 2 sentencias 2007 1 voto disidente (vd)	2005 1 sentencia	2005 1 sentencia 2007 1 vd	2007 1 sentencia	2008 1 sentencia (abandono)
Gloria Ana Chevesich Ruiz	2007 1 vd 2008 2 vd	2007 1 sentencia 2008 3 sentencia			2008 1 sentencia	
Lamberto Cisternas Rocha	2007 2 sentencia 2008 5 sentencias 2009 1 sentencia	2002 1 sentencia 2007 2 vd 2008 2 vd			2008 1 sentencia	2007 1 sentencia (L. pendencia)

⁴⁵⁰ Los jueces que se encuentran dentro de este criterio acogieron la demanda de indemnización de perjuicios por REA.

⁴⁵¹ Los jueces que se encuentran dentro de este criterio negaron lugar a la acción impetrada, utilizando como justificación principal para ello, que la acción se encontraba prescrita.

⁴⁵² Los jueces que se encuentran dentro de este criterio no dieron lugar a la demanda, justificando su decisión en la incompatibilidad existente entre la pensión de reparación y la indemnización solicitada por las víctimas.

⁴⁵³ Los jueces que se encuentran dentro de este criterio no dieron lugar a la demanda, señalando que el tribunal ante el cual se impetró la acción indemnizatoria no era competente para conocer dicha materia.

⁴⁵⁴ Los jueces que se encuentran dentro de este criterio no dieron lugar a la demanda, razonando en sentido que la prueba aportada en cada proceso no fue suficiente para acreditar los hechos en que se basó cada demanda.

⁴⁵⁵ Los jueces que se encuentran dentro de este criterio no dieron lugar a la demanda, esgrimiendo otros criterios, como por ejemplo litis pendencia y abandono del procedimiento.

Juan Escobar Zepeda	2006 1 sentencia 2007 1 sentencia 2008 3 sentencias 2009 2 sentencias	2004 2 sentencias 2006 1 vd 2008 1 sentencia		2007 1 sentencia		
	Ha Lugar	Prescripción	Incompatibilidad	Incompetencia	Prueba	Otras
Cornelio Villarroel Ramírez		2002 1 sentencia 2004 1 sentencia 2008 2 sentencias 2009 1 sentencia		2008 1 sentencia		
Dobra Lusic Nadal	2008 2 sentencias 2009 2 sentencias	2007 2 sentencia 2008 1 sentencia			2009 1 sentencia	2004 1 sentencia (abandono) 2007 1 sentencia (L. pendencia)
Manuel Valderrama Rebolledo	2007 3 sentencias	2007 1 sentencia			2007 1 sentencia	
Víctor Montiglio Rezzio		2002 1 sentencia		2004 1 sentencia 2005 1 sentencia		
Humberto Provoste Bachmann (s)			2005 1 sentencia			
Adelita Ravanales Arriagada	2009 1 vd	2007 1 sentencia 2008 2 sentencias				
Alejandro Solis Romero	2002 1 sentencia 2009 2 sentencia	2008 2 sentencias				
Amanda Valdovinos Jeldes	2005 2 sentencias 2006 1 sentencia 2008 3 sentencias 2010 1 sentencia	2006 1 sentencia 2007 1 sentencia			2009 1 sentencia	2007 1 sentencia
Rosa María Maggi Ducommun		2002 1 sentencia 2007 5 sentencia				
Juan Araya Elizalde	2002 1 sentencia 2005 1 sentencia	2003 1 sentencia				
Emilio Elgueta Torres	2008 4 sentencias	2009 1 vd				
(s) Pilar Aguayo Pino		2009 1 sentencia	2008 1 sentencia			2004 1 sentencia (abandono)
(s) María Eugenia Campo Alcayaga					2009 1 sentencia	
Mario Carroza Espinosa		2008 2 sentencia 2009 1 sentencia				2004 1 sentencia (abandono)
Juan Manuel Muñoz Pardo	2006 1 vd 2010 1 vd	2006 1 sentencia 2007 2 sentencia 2008 1 sentencia 2009 1 sentencia		2005 1 sentencia	2009 1 sentencia	
Juan Cristobal Mera Muñoz	2009 2 vd	2007 5 sentencia 2008 2 sentencia 2009 1 sentencia				2008 1 sentencia (abandono)
Raúl Rocha Pérez	2005 2 sentencia 2008 1 sentencia	2007 4 sentencias		2005 1 sentencia		

Mario Rojas González	2007 1 sentencia 2008 5 sentencias	2007 3 sentencias 2009 1 sentencia		2007 1 vd	2007 1 sentencia	2006 2 sentencias
	Ha Lugar	Prescripción	Incompatibilidad	Incompetencia	Prueba	Otras
Mauricio Silva Cancino	2005 1 sentencia 2008 1 vd 2010 1 vd	2007 2 sentencias 2008 1 sentencia		2007 1 sentencia		
Sonia Araneda Briones		2004 1 sentencia 2006 2 sentencias 2007 5 sentencias	2007 1 sentencia	2005 1 sentencia		
Juan González Zúñiga		2006 1 sentencia 2007 4 sentencia		2005 1 sentencia		2007 1 sentencia (L. pendencia)
Omar Astudillo Contreras		2007 1 sentencia				
Gabriela Pérez Paredes	2005 1 sentencia	2003 1 sentencia 2005 1 sentencia		2005 1 sentencia		
Alfredo Pfeiffer Richter	2006 1 vd 2008 1 vd	2007 1 sentencia 2008 1 sentencia 2009 1 sentencia				
Patricio Villarroel Valdivia	2008 1 sentencia y 1 vd 2009 1 vd	2005 1 sentencia 2006 1 sentencia 2007 1 sentencia 2008 2 sentencia 2009 1 sentencia			2007 1 sentencia	2007 1 sentencia
Haroldo Brito Cruz	2005 1 sentencia 2006 3 sentencias 2007 2 sentencias 2008 1 sentencia					2006 1 sentencia (C. juzgada)
Carlos Gajardo Galdames	2005 1 sentencia 2006 1 sentencia 2007 2 sentencias			2005 1 sentencia		
Juan Eduardo Fuentes Belmar		2005 1 sentencia 2008 1 sentencia				
Joaquín Billard Acuña	2008 1 sentencia	2005 1 sentencia 2006 1 sentencia		2005 1 sentencia		2004 1 sentencia (abandono)
Patricia Gómez Sepúlveda				2004 1 sentencia		
Adriana Sottovía Giménez	1 sentencia					
Jorge Zepeda Arancibia	2003 1 sentencia 2006 1 vd	2006 1 vd				2006 1 sentencia
Carlos Cerda Fernandez		2009 1 vd		2005 1 sentencia		
Rubén Ballesteros	2003 1 sentencia	2004 1 sentencia				
Maria Rosa Kittsteiner Gentiles	2005 1 sentencia 2010 1 sentencia					
Hugo Dolmestch Urra	2006 1 sentencia					2006 1 sentencia (C. juzgada)

	Ha Lugar	Prescripción	Incompatibilidad	Incompetencia	Prueba	Otras
Regina Clark Medina		2008 1 vd				
Alejandro Madrid Crohare	2005 1 sentencia	2005 1 vd		2005 1 sentencia		
Julio Miranda Lillo			2005 1 sentencia			
María Angelica Repetto García			2005 1 sentencia			

Tabla 5

Como podemos apreciar de la tabla 5, varios Ministros de Corte han variado su criterio respecto de acoger o rechazar la demanda por prescripción. El Ministro Jorge Dahm, a partir del año 2007, modifica su criterio, y comienza acoger las demandas⁴⁵⁶, igual que los Ministros Lamberto Cisternas, a partir del mismo año⁴⁵⁷, Dobra Lusic, a partir de fines del año 2008⁴⁵⁸, y Joaquín Billard, a partir del año 2008⁴⁵⁹. En sentido contrario, el Ministro Rubén Ballesteros varió su criterio a partir del año 2004⁴⁶⁰, acogiendo la excepción de prescripción.

También podemos observar cambios de criterio que obedecen a periodos cortos de tiempo, como por ejemplo en los Ministros Juan Escobar Zepeda, quien en general acoge las demandas de indemnización, pero en el año 2008 dictó sentencia donde se acogió la excepción de prescripción⁴⁶¹; Manuel Valderrama Rebolledo, que a mediados del año 2007 también acoge la excepción de prescripción⁴⁶², y a fines de ese

⁴⁵⁶ A partir de la sentencia del caso “Arancibia, Ismael y otros c. Pinochet”.

⁴⁵⁷ A partir de la sentencia del caso “Espinoza Olea, Carmen c. Fisco”.

⁴⁵⁸ A partir de la sentencia del caso “Antoine Lazzerini, Wilma Elena y otro c. Fisco”.

⁴⁵⁹ A partir de la sentencia del caso “Marín Millie, Gladys y otro c. Palma Ramírez Cesar y otros”.

⁴⁶⁰ A partir de la sentencia del caso “Uribe Vásquez con Fisco”.

⁴⁶¹ Sentencia “Salas Farías, Georgina Rubí c. Fisco”.

⁴⁶² Sentencia “Vargas Contreras, María Graciela c. Fisco”.

mismo año vuelve a su criterio inicial, acogiendo la demanda de indemnización⁴⁶³. Lo mismo sucede con los Ministros Alejandro Solís y Amanda Valdovinos.

Mención especial tienen los Ministros Raúl Rocha y Mario Rojas, quienes varían su criterio en el año 2007, y así lo previenen en los fallos⁴⁶⁴, acogiendo la excepción de prescripción. No obstante lo anterior, en el año 2008 los dos Ministros registran sentencias donde acogen la demanda⁴⁶⁵.

La siguiente tabla muestra como han fallado los Abogados Integrantes y Fiscales Judiciales integrantes de las CA en los fallos analizados:

	Ha Lugar	Prescripción	Incompatibilidad	Incompetencia	Prueba	Otras
Eduardo Jara Miranda		2003 1 sentencia				
Niño Tejada			2005 1 sentencia			
Rodrigo Asenjo Zegers	2009 2 sentencias					
Claudia Chaimovich Guralnik	2008 3 sentencias 2009 1 sentencia 2010 1 sentencia					
Solange DoyharCasse		2004 1 sentencia				
Roberto González Maldonado	2008 3 sentencias		2008 1 vd			
Manuel Hazbún Comandari					2008 1 sentencia	
Domingo Hernández Empanza	2002 1 sentencia	2004 2 sentencias	2005 1 sentencia			
Luis Orlandini Molina	2007 2 sentencias				2007 1 sentencia	

⁴⁶³ Sentencia “Fisco de Chile c. Sanhueza Ros, Luis y otros”.

⁴⁶⁴ Previsiones de ambos Ministros en sentencias “Castro Córdova, Jaime Gonzalo c. Fisco” y “Del Campo Wiff, Paula con Fisco”.

⁴⁶⁵ Sentencias “Abarzúa Rojo, Mariana c. Pinochet y otros”; “Riveros Silva, Miguel con Fisco”; “Antoine Lazzerini, Wilma Elena y otro c. Fisco”; “García Vivanco, Mónica y otros c. Fisco” y “Saavedra Canales, Jorge Mario c. Fisco”.

	Ha Lugar	Prescripción	Incompatibilidad	Incompetencia	Prueba	Otras
Francisco Tapia Guerrero	2007 1 sentencia 2008 2 sentencia	2007 1 vd 2008 1 vd			2007 1 sentencia 2009 1 sentencia	
Andrea Muñoz Sánchez	2007 1 vd	2005 1 sentencia 2006 2 sentencias 2007 1 sentencia 2008 1 sentencia 2009 1 sentencia				
Enrique Pérez Levezow	2008 3 sentencias 2009 2 sentencias					
María Victoria Valencia Mercaido	2008 1 sentencia	2008 1 vd				
Ismael Ibarra Leniz		2006 1 sentencia				
Paulina Veloso Valenzuela	2006 1 sentencia					2004 1 sentencia (abandono)
Ángel Cruchaga Gandarillas		2002 1 sentencia 2007 1 sentencia		2005 1 sentencia 2007 1 sentencia		2008 1 sentencia (abandono)
Jorge Lagos Gatica	2007 1 vd	2007 2 sentencias 2009 1 sentencia				
Padro Esquivel Santander					2009 1 sentencia	
María Loreto Gutiérrez Alvear		2008 1 sentencia				
Antonio Barra Rojas	2010 1 sentencia	2009 1 sentencia				
Oscar Herrera Fuenzalida	2007 1 sentencia 2008 1 sentencia	2007 1 sentencia 2009 1 sentencia				
Carlos López Dawson	2009 1 sentencia	2008 3 vd				
Eduardo Morales Robles						2007 1 sentencia (L. pendencia)
Nelson Pozo Silva	2005 1 sentencia 2006 1 sentencia 2007 2 sentencias 2008 2 sentencias	2005 1 sentencia 2007 1 vd 2008 1 vd 2009 1 vd				2006 1 sentencia
Benito Mauriz Aymerich	2005 1 sentencia 2006 1 sentencia 2008 1 sentencia	2007 2 sentencia				
Oswaldo Contreras Strauch		2008 1 sentencia		2007 1 sentencia		
Hugo Llanos Mansilla	2007 1 sentencia	2006 1 vd 2008 1 sentencia		2004 1 sentencia		2006 1 sentencia (L. pendencia)
Emilio Pfeffer Urquiaga		2004 1 sentencia 2006 1 sentencia 2007 4 sentencias 2008 2 sentencias				
Angela Radovic Schoepen				2005 1 sentencia		2004 1 sentencia (abandono)
Paul Warnier Darrigrandi		2007 2 sentencias				
Jaime Guerrero Pavez		2009 1 sentencia				
Oscar Herrera Valdivia		2008 1 vd				
Roberto Mallorga Lorca						2006 1 sentencia (C. juzgada)
Clara Carrasco Andonie	2009 1 vd	2007 1 sentencia 2008 2 sentencias 2009 2 sentencias				
	Ha Lugar	Prescripción	Incompatibilidad	Incompetencia	Prueba	Otras
Beatriz Pedrals García de Cortazar		2009 1 sentencia				
Jimena Pinto Salazar	2008 1 sentencia					
281enjamín Vergara Hernández		2006 1 sentencia				
Marcos Thomas Duble	2006 1 sentencia 2008 1 sentencia	2006 1 sentencia 2007 2 sentencias				
Daniel Calvo Flores		2009 1 sentencia				

Respecto de esta última tabla, también podemos ver cambios de criterios en los Abogados Integrantes Domingo Hernández, Oscar Herrera, Nelson Pozo, Benito Mauriz y Marco Thomas.

A continuación mostramos como han fallado las distintas Salas de la CA de Santiago, y como se puede observar que no existe tendencia o inclinación clara en relación a un modo de enfrentar la REE en ninguna de dichas salas:

	Ha Lugar	Prescripción	Incompatibilidad	Incompetencia	Prueba	Otras
Primera Sala		3 sentencias (2 con vd)				
Segunda Sala	4 sentencias	5 sentencias (2 con vd)				
Tercera Sala	3 sentencias (1 con vd)	2 sentencias (1 con vd)	1 sentencia	1 sentencia		2 sentencias
Cuarta Sala	9 sentencias (3 con vd)	6 sentencias (2 con vd)	1 sentencia		2 sentencias	
Quinta Sala	10 sentencias (8 con vd)	9 sentencias (4 con vd)	1 sentencia	2 sentencias		
Sexta Sala	4 sentencias	9 sentencias (2 con vd)	1 sentencia			1 sentencia
Séptima Sala	7 sentencias (3 con vd)	9 sentencias (1 con vd)		1 sentencia		1 sentencia
Octava Sala	2 sentencias (1 con vd)	11 sentencias (4 con vd)	1 sentencia	1 sentencia	1 sentencia	1 sentencia
Novena Sala	6 sentencias (2 con vd)	3 sentencias (2 con vd)		1 sentencia	1 sentencia	2 sentencias

Tabla 7

En la CS, 10 casos fueron acogidos a favor de los demandantes, ya sea porque se rechazó la casación interpuesta o porque se dictó sentencia de reemplazo. Además, en 8 casos se llegó a acuerdo entre los demandantes civiles y el Fisco. En un total de 61 casos se rechazó la demanda interpuesta, negando lugar a la indemnización solicitada por los familiares y/o víctimas de violaciones a los DDHH.

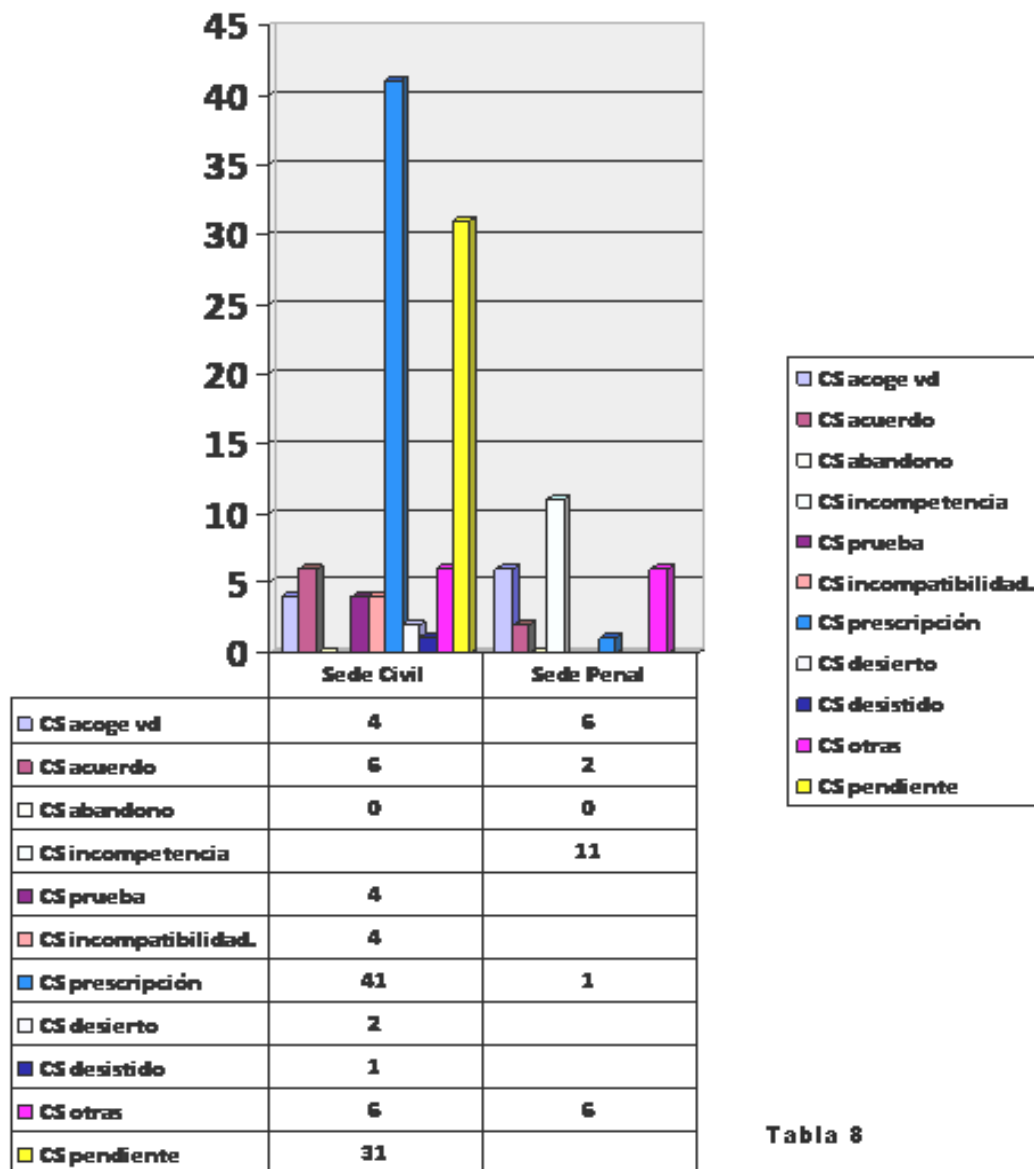
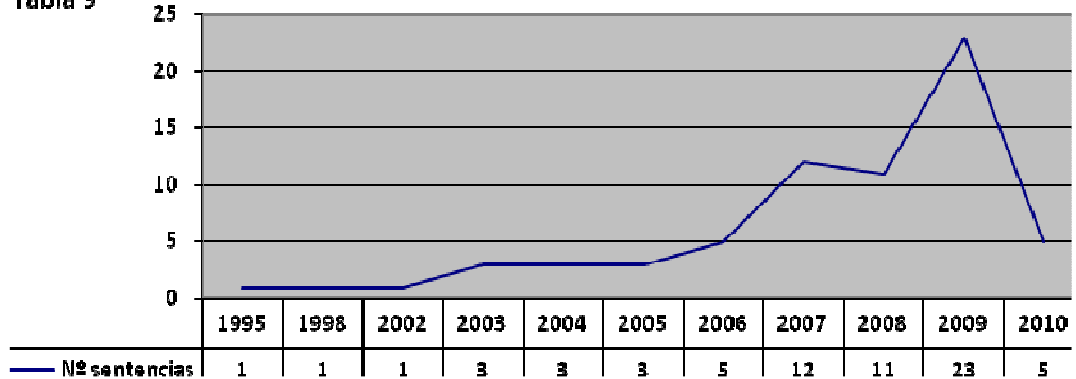


Tabla 8

La distribución de los fallos en CS la podemos apreciar en el siguiente gráfico, en el cual podemos notar que la actividad jurisprudencial para los casos en análisis se concentró en el año 2009, situación que se explica por la gran cantidad de casos fallados en CA durante los años 2007 y 2008.

Tabla 9



En la siguiente tabla mostramos como han fallado los Ministros Integrantes de la CS en los fallos en análisis:

	Ha Lugar	Prescripción	Incompatibilidad	Incompetencia	Prueba	Otros
Adalis Oyarzún		2005 1 sentencia 2006 3 sentencias 2007 3 sentencias 2008 4 sentencias 2009 20 sentencias 2010 1 sentencias	2006 1 sentencia 2009 1 sentencia			
Alberto Chaigneau				2004 1 sentencia 2006 1 sentencia 2007 3 vd 2008 1 vd		2007 2 sentencias
Carlos Künsemüller	2008 3 sentencias 2009 1 sentencia 2010 1 sentencia	2008 1 vd		2008 1 vd 2009 2 vd		2007 1 sentencia
Domingo Yurac			2003 1 sentencia			
Enrique Cury				2004 1 sentencia 2006 1 sentencia		
Enrique Tapia	1998 1 sentencia					
Guillermo Silva		2009 1 sentencia 2010 1 sentencia				
Haroldo Brito	2010 1 sentencia	2008 2 vd 2009 14 vd 2010 2 vd	2009 1 vd		2009 2 sentencias	
	Ha Lugar	Prescripción	Incompatibilidad	Incompetencia	Prueba	Otros
Héctor Carreño	2010 1 vd	2007 2 sentencias 2008 4 sentencias 2009 17 sentencias 2010 2 sentencias	2009 1 sentencia	2007 1 sentencia		
Hugo Dolmestch	2008 3 sentencias 2009 1 sentencia 2010 1 sentencia	2008 1 vd		2007 4 vd 2008 1 vd 2009 2 vd		2007 3 sentencias

Humberto Espejo			2003 1 sentencia			
Jaime Rodríguez	2008 1 vd 2010 1 vd	2007 1 sentencia		2004 1 sentencia 2006 1 sentencia 2007 4 sentencias 2008 2 sentencias 2009 2 sentencias		2007 3 sentencias
Jorge Rodríguez	1998 1 sentencia					
José Benquis	2004 1 sentencia	2003 2 sentencias 2004 1 sentencia				
José Luis Pérez	2004 1 sentencia 2005 1 sentencia	2004 1 sentencia				
Juan Araya	2008 1 sentencia					
Julio Torres		2009 1 sentencia				
María Antonia Morales		2006 2 sentencias		2003 1 sentencia		
Milton Juica		2005 1 sentencia 2006 2 sentencias	2006 1 sentencia			
Nibaldo Segura	2008 2 vd 2009 1 vd			2006 1 sentencia 2007 5 sentencias 2008 2 sentencias 2009 2 sentencias		2007 3 sentencias
Orlando Álvarez	2004 1 sentencia 2005 1 sentencia	2003 1 sentencia				
Oscar Carrasco	1998 1 sentencia					
Patricio Valdés				2007 1 sentencia		
Pedro Pierry	2010 1 vd	2007 2 sentencias 2008 5 sentencias 2009 13 sentencias 2010 1 sentencia	2009 1 sentencia			
Rubén Ballesteros	2008 1 vd 2009 1 vd 2010 1 vd	2006 1 sentencia 2008 1 sentencia		2006 1 sentencia 2007 4 sentencia 2008 1 sentencia 2009 2 sentencias		2007 3 sentencias
Ricardo Gálvez		2005 1 sentencia 2006 2 sentencias 2007 2 sentencias 2008 1sentencia	2003 1 sentencia 2006 1 sentencia			
Sergio Muñoz		2009 1 sentencia				
Servando Jordán	1998 1 sentencia					
	Ha Lugar	Prescripción	Incompatibilidad	Incompetencia	Prueba	Otros
Sonia Araneda		2008 4 sentencias 2009 14 sentencias 2010 3 sentencias	2009 1 sentencia			
Urbano Marín	2004 1 sentencia 2005 1 sentencia	2002 1 sentencia 2003 1 sentencia 2004 1 sentencia				

Tabla 10

Al analizar la tabla 10, podemos observar mayor consistencia en las decisiones de los Ministros de CS, comparándolos con los de CA, sólo observando en 4 Ministros cambios de criterios. Los Ministros José Benquis, José Luis Pérez, Orlando Álvarez y Urbano Marín en el año 2004, rechazan la casación interpuesta contra sentencia de CA en el caso “Santibáñez Viani, María Paz c. Fisco”, dejando firme dicho fallo que hizo lugar a la demanda, variando con ello su criterio.

También podemos ver que algunos Ministros de CA pasaron a integrar la CS, como Rubén Ballesteros, Hugo Dolmestch, Haroldo Brito y Sonia Araneda, todos los cuales continúan ocupando en CS los criterios utilizados en CA.

La siguiente tabla muestra como han fallado los Abogados Integrantes y Fiscales Judiciales integrantes de las CS en los fallos analizados:

	Ha Lugar	Prescripción	Incompatibilidad	Incompetencia	Prueba	Otros
Alberto Chaigneau	2010 1 sentencia	2010 1 vd			2009 1 sentencia	
Arnaldo Gorziglia		2006 1 sentencia 2008 1 sentencia 2009 6 sentencias 2010 1 sentencia	2006 1 sentencia			
Arturo Montes	1998 1 sentencia					
Benito Mauriz		2009 4 sentencias 2010 2 sentencias				
Domingo Hernández	2008 1 vd			2008 1 vd		2007 4 sentencias
Fernando Castro		2004 1 sentencia 2005 1 sentencia 2007 1 sentencia		2007 1 sentencia		2007 1 sentencia
Guillermo Ruiz		2009 5 sentencias				
Hernán Álvarez	2008 1 sentencia	2005 1 sentencia 2007 1 sentencia 2008 1 sentencia				
	Ha Lugar	Prescripción	Incompatibilidad	Incompetencia	Prueba	Otros
Ismael Ibarra		2008 1 sentencia 2009 3 sentencias				
Jorge Medina	2004 1 sentencia	2003 1 sentencia 2004 1 sentencia 2010 1 vd				
Jorge Streeter		2005 1 sentencia				
José Fernández	2005 1 sentencia	2006 3 sentencias	2006 1 sentencia	2007 2 sentencias		
Juan Carlos Cárcamo	2008 2 sentencias					
Juan Infante		2004 1 sentencia				

Luis Bates		2009 1 sentencia				
Luz María Jordán				2004 1 sentencia		
Manuel Daniel			2003 1 sentencia			
Maricruz Gómez	2010 1 sentencia					
Mauricio Jacob		2003 1 sentencia				
Nelson Pozo	2010 1 sentencia					
Oscar Herrera	2009 1 sentencia	2007 1 sentencia 2009 1 vd				
Rafael Gómez		2008 3 sentencias		2008 1 sentencia		
Ricardo Peralta		2007 1 sentencia 2008 1 sentencia				
Carlos Meneses		2007 1 sentencia				
Roberto Jacob	2005 1 sentencia	2009 1 sentencia				

Tabla 11

Respecto de los Abogados Integrantes de CS, podemos señalar en primer lugar que don Alberto Chaigneau, de ser Ministro de CS, ha pasado a integrar esta última como Abogado Integrante, teniendo en esta última calidad la oportunidad de hacer mayoría sus disidencias como Ministro, haciendo lugar a la demanda de indemnización de perjuicios.

Por otro lado, podemos observar que varios Abogados Integrantes de CA han pasado a integrar la CS con esta misma calidad. Estos abogados son Benito Mauriz, Domingo Hernández, Nelson Pozo, Oscar Herrera Valdivia e Ismael Ibarra. La mayoría de ellos no ha variado su criterio, salvo por el caso del abogado Benito Mauriz, que en CA, salvo por 2 sentencias emitidas en el 2007, era de la tesis de acoger la acción indemnizatoria, y actualmente ha variado su criterio en el sentido de acoger la excepción de prescripción.

Por último, podemos observar cambios en los criterios aplicados en CS por los Abogados Integrantes Hernán Álvarez, que en 2008 emite sentencia que acoge finalmente la demanda por REE⁴⁶⁶, Jorge Medina en el mismo sentido pero a partir del año 2004⁴⁶⁷ y José Fernández, que en sentido contrario varía su criterio a partir del año 2006⁴⁶⁸, acogiendo la excepción de prescripción.

⁴⁶⁶ Sentencia "Fisco de Chile c. Sanhueza Ros, Luis y otros".

⁴⁶⁷ Sentencia "Vergara Jofré, Julio Artemio c. Fisco".

A continuación mostramos como han fallado las Salas de la CS, donde si podemos advertir tendencias. La Segunda Sala de competencia penal, en general se ha inclinado por acoger la excepción de incompetencia del juez del crimen para resolver la acción indemnizatoria contra el Estado. Por otra parte, la Tercera Sala de competencia civil se inclina de manera abrumadora por acoger la excepción de prescripción.

	Ha Lugar	Prescripción	Incompatibilidad	Incompetencia	Prueba	Otros
Segunda Sala (Penal)	5 sentencias	1 sentencia		11 sentencias		4 sentencias
Tercera Sala (Civil)	1 sentencia	37 sentencias	3 sentencias		4 sentencias	
Cuarta Sala (Civil hasta 2005)	2 sentencias	3 sentencias	1 sentencia			

Tabla 12

A continuación presentamos cuadro con sentencias, tanto de CA como de CS, que hacen alusión a la compatibilidad entre la indemnización de perjuicios demandada por REA y las pensiones u otros beneficios otorgados por el Estado a las víctimas de violaciones de DDHH y sus familiares.

Corte de Apelaciones		Corte Suprema	
Rol	Fecha Sentencia	Rol	Fecha Sentencia

⁴⁶⁸ Sentencia “Manríquez Ulloa c. Fisco”.

Concepción Rol 2850-2001	31 de enero de 2001	Rol 4753-2001	15 de mayo de 2002
La Serena Rol 24792-2001	24 de octubre de 2001	Rol 4938-2001	3 de septiembre de 2003
Santiago Rol 4642-1999	14 de mayo de 2004	Rol 1963-2005	11 de octubre de 2006
Santiago Rol 6174-2001	3 de diciembre de 2004	Rol 6308-2007	8 de septiembre de 2008
Santiago Rol 8295-1999	31 de enero de 2005	Rol 4662-2007	25 de septiembre de 2008
Valparaíso Rol 2556-2003	10 de marzo de 2005	Rol 4723-2007	15 de octubre de 2008
Santiago Rol 9031-2001	8 de abril de 2005		
Santiago Rol 1294-2005	11 de noviembre de 2005		
Santiago Rol 2639-2000	4 de julio de 2006		
Santiago Rol 4464-2001	16 de noviembre de 2006		
Santiago Rol 3508-2002	11 de mayo de 2007		
Santiago Rol 4299-2002	28 de mayo de 2007		
Santiago Rol 3595-2002	31 de mayo 2007		
Santiago Rol 12811-2006	20 de junio de 2007		
Santiago Rol 6715-2002	10 de julio de 2007		
Santiago Rol 6879-2002	10 de julio de 2007		
Santiago Rol 4547-2003	8 de noviembre de 2007		
Santiago Rol 28793-2005	29 de abril de 2008		
Santiago Rol 7170-2004	18 de junio de 2008		
Santiago Rol 217-2005	1 de diciembre de 2008		
Santiago Rol 11201-2005	30 de diciembre de 2008		
Santiago Rol 8539-2005	7 de enero de 2009		
Santiago Rol 10677-2006	14 de mayo de 2009		
Santiago Rol 147-2006	2 de julio de 2009		
Santiago Rol 3319-2007	21 de agosto de 2009		

Tabla 13

CONCLUSIÓN

En nuestra introducción, señalamos que este trabajo pretendía “capturar una imagen en un espacio de tiempo específico y delimitado”; imagen que podía dar lugar a distintas interpretaciones. Pues bien, a lo largo de nuestra investigación acerca de lo fallado por los Tribunales Superiores de Justicia de nuestro país, en materia REE en

casos de violación a los DDHH por muerte, tortura y desaparición a partir del año 1990 -desde el retorno a la democracia- hasta nuestros días, sobre hechos acaecidos desde el 11 de septiembre de 1973 hasta el 11 de marzo de 1990, pudimos observar y ahora concluir que en este terreno la discusión acerca de cómo resolver la REE por violaciones a los DDHH, ha dado lugar a distintas tesis respecto de las materias controvertidas. Éstas no sólo presentan variaciones temporales, asociadas muchas veces a las concepciones doctrinarias nacionales e internacionales según la época sino también pudimos apreciar variaciones en los criterios aplicados por un mismo juez, quienes son los llamados a resolver estos asuntos. Dentro de esta perspectiva, es importante destacar la diferencia de criterios ocupados por las CA y lo resuelto por la CS.

En este escenario, pudimos observar que en un primer período – 1990 a 2002 – prácticamente la totalidad de los casos –escasos en este período–concluyeron dando lugar a la indemnización de parte del Estado, ya sea, mediante un acuerdo celebrado entre las partes⁴⁶⁹, o bien, a través de un pronunciamiento a favor de las demandas, de nuestros Tribunales Superiores de Justicia⁴⁷⁰.

En este primer período, la tesis que daba lugar a las demandas, fue construida a partir de la idea de una REE constitucional, la cual era imprescriptible, regida, exclusivamente por las normas de Derecho Público, excluyendo las normas del Derecho Privado, y que fue evolucionando, junto al desarrollo doctrinario, en torno a la concepción de la misma bajo un régimen de responsabilidad objetiva.

Luego, a partir del caso Domic Bezic con Fisco⁴⁷¹, desde el año 2002 al 2004, se efectuó un giro en la jurisprudencia de aquel entonces, pues en el señalado caso, la CS resolvió negar lugar a la demanda, acogiendo la excepción de prescripción,

⁴⁶⁹ Por ejemplo en los casos de Carmen Gloria Quintana y de Milenko Cordero Quinzacara, en los cuales los demandantes fueron víctimas directas de las violaciones a los DDHH.

⁴⁷⁰ Entre los que pudimos encontrar el caso de muerte de Mario Fernández López y el caso Degollados.

⁴⁷¹ Mayo de 2002.

opuesta desde un comienzo por el demandado Fisco. Con este giro jurisprudencial, los ministros llamados a resolver este asunto se dividen en dos posturas:

- La tesis mayoritaria, que acoge la prescripción, negando lugar a las demandas;
- La tesis que da lugar a las demandas, y que ante este giro jurisprudencial se ve obligada a evolucionar en sus argumentos, desde el primeramente planteado (REE constitucional, absoluta y objetiva) hacia la configuración de un régimen especial de responsabilidad, que va incorporando la normativa internacional sobre DDHH. Esta evolución que se presenta desde los casos penales, que van incorporando esta legislación supraestatal para resolver los temas de sede penal, pero que continúa –mayoritariamente– rechazando las demandas civiles opuestas en esta sede, no por prescripción, sino por incompetencia.

Ahora bien, y como observamos en nuestro estudio, la mayoría de los fallos dictados por la CS en los casos penales y la totalidad en los casos puramente civiles, hasta abril de 2010, han optado por la primera de las tesis esbozadas, rechazando sistemáticamente la indemnización por la REE en casos de violaciones a los DDHH; fallando a favor de la incompetencia en los casos penales y a favor de la prescripción en los casos puramente civiles.

En la CA, en cambio, estas dos posturas, se encuentran claramente presentes y casi equiparadas en número de sentencias, inclinándose levemente la balanza hacia la posición de la prescripción. A estos casos, se deben sumar los rechazos a las demandas por otros argumentos, tales como la falta de prueba, la incompatibilidad con los beneficios otorgados por el Estado a las víctimas, o bien, en las causas penales, por la incompetencia.

Podemos observar, que en las sentencias dictadas entre los años 2004 al 2008, al criterio de la prescripción, se le suma un nuevo criterio que dice relación con la competencia. Dentro de este criterio, encontramos dos vertientes utilizadas por la CS. Por un lado, y a partir del caso “María Paz Santibáñez”⁴⁷², se matiza el criterio de

⁴⁷² Sentencia CS Rol 428-2003, dictada el 16 de agosto de 2004.

prescripción, al aceptar que esta se interrumpe con la denuncia efectuada ante la Justicia Militar, por ello, existiendo condena se puede iniciar la acción civil. Por otro lado, con el caso “Miguel Ángel Sandoval Rodríguez”⁴⁷³ se resolvió que los tribunales del crimen no eran competentes para conocer la acción civil interpuesta contra el Estado, sino que lo eran los tribunales ordinarios, ya que la responsabilidad demandada es una responsabilidad especial que impide que el juez penal conozca de esta acción⁴⁷⁴.

En el siguiente periodo, desde el año 2008 al 2010, se sigue utilizando por la CS, casi sin matices, el argumento de la prescriptibilidad.

Al cerrar nuestra investigación, la CS varió este criterio, declarando imprescriptible la acción y dando lugar a la demanda⁴⁷⁵. Sin embargo, no podemos advertir si se trata de un giro definitivo en los argumentos y criterios utilizados por la CS o si se debe solamente a la integración de la Sala^{476 477}.

En la CA se presenta una situación difícil de explicar: la variación de criterios y resoluciones de algunos de sus integrantes –sean Ministros, Fiscales o Abogados Integrantes- que en una primera instancia aparecen dando lugar a las demandas, luego, rechazan las mismas por prescripción o algún otro de los argumentos

⁴⁷³ Sentencia CS Rol 517-2004, dictada el 17 de noviembre de 2004.

⁴⁷⁴ Argumento que se sustenta en el art. 10 del CPP.

⁴⁷⁵ Sentencia CS Rol 2080-2008, dictada el 8 de abril de 2010.

⁴⁷⁶ Tercera Sala integrada por los Ministros Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Haroldo Brito Cruz y los Abogados Integrantes Nelson Pozo Silva y Maricruz Gómez de la Torre Vargas.

⁴⁷⁷ Durante el segundo semestre del año 2010 y primer semestre del año 2011, las sentencias de la CS se han seguido inclinando por declarar prescriptible la acción indemnizatoria demandada y por utilizar los criterios de competencia elaborados en los casos “María Paz Santibáñez” y “Miguel Ángel Sandoval Rodríguez”. Sentencia CS Rol 8311-2009, dictada el 19 de enero de 2011; Sentencia CS Rol 2263-2010, dictada el 27 de abril de 2011; Sentencia CS Rol 5219-2008, dictada el 9 de mayo de 2011; Sentencia CS Rol 558-2009, dictada el 23 de junio de 2011.

señalados, y meses, en algunos casos, o años después, dan lugar a las acciones interpuestas desechando lo argumentado en el ínterin o en el comienzo, según el caso o viceversa. Esta situación, puede explicarse respecto de algunos magistrados por la influencia que tiene en ellos la clara tendencia que encontramos en la CS, o bien, por la evolución que va teniendo la tesis que da lugar a las demandas, o en definitiva por la influencia que pueden tener otros.

En cuanto al desarrollo de cada una de estas tesis, en atención a lo observado en nuestro estudio, pudimos apreciar que la tesis de la prescripción aparece con una mayor consistencia, dado que se mantiene a lo largo del tiempo bajo los mismos supuestos planteados desde el comienzo, defendiéndose de sus opositores, a la luz de las mismas disposiciones, y por lo demás tiene el respaldo del máximo Tribunal de la República.

Sin perjuicio de lo señalado, nos parece que esta tesis tiene una importante falencia respecto al desarrollo e incorporación del DI de los DDHH, pues salvo algunas prevenciones, esta postura se resiste a la aplicación del DI de DDHH en estos asuntos. Esta resistencia se afirma en un argumento estrictamente formal que tiene que ver con los procedimientos internos para la vigencia de esta normativa supraestatal, y por la separación absoluta, que efectúan en estos casos de las implicancias penales y civiles de los mismos. Esta tesis, al desconocer la aplicación de parte importante del DI de los DDHH, específicamente en lo relacionado con la obligación de reparación que le compete a cada Estado infractor en este tipo de casos, entendiendo la trascendencia que tiene hoy el DI de los DDHH, y la relevancia que implica su aplicación y cumplimiento en el escenario internacional en un mundo globalizado, representa una actuación cuestionable y poco sostenible en el tiempo de parte de nuestro máximo tribunal de justicia.

Por su parte, la tesis que da lugar a las demandas, tiene una evolución y desarrollo más flexible y adaptable a las concepciones doctrinarias tanto nacionales como internacionales. En un comienzo, excluye la aplicación de las normas del Código Civil (CC), restringiendo el estatuto normativo correspondiente a las normas del Derecho Público. Luego complementa su argumentación incorporando la noción de

responsabilidad objetiva, para finalmente dar paso a la inclusión de la normativa internacional, respecto de la cual hace primar el DI de los DDHH, por sobre las disposiciones del CC, rechazándose de este modo la prescripción, en virtud de la universalmente aceptada obligación que tiene el Estado de reparar a las víctimas y familiares en los casos de violaciones a los DDHH. De todos modos, esta tesis aparece como menos consistente, por un lado por el rechazo sostenido que parte importante de la doctrina nacional ha tenido a la noción de la REE a partir de un sistema de responsabilidad objetiva; y, por el otro, debido al escaso apoyo que ha presentado esta tesis en la CS.

En sintonía con lo señalado por parte importante de la doctrina nacional en esta materia, nos parece que la principal falencia de esta tesis es establecer que la REE en los casos de violación a los DDHH, debe entenderse bajo el sistema de responsabilidad objetiva. Nos parece que esta tesis yerra en la interpretación de la concepción de este sistema de responsabilidad. Pues una cosa es señalar que en los casos de violación a los DDHH el Estado infractor tiene la obligación de reparar, y otra cosa muy distinta es afirmar que la señalada víctima, para obtener dicha reparación, sólo deberá acreditar el daño y la relación causal. Este problema en la interpretación se produce justamente porque la calificación de los casos en estudio como delitos contra la humanidad cometidos por agentes del Estado y la determinación de las víctimas y sus familiares, como tales, es justamente una determinación previa que constituye un criterio de imputabilidad que configura la culpa y/o dolo presente en estos casos, razón por la cual no podemos hablar de una responsabilidad objetiva, sino que simplemente el criterio de imputación en estos casos, ha sido resuelto previamente, ya sea por una investigación judicial (en la mayoría de los casos) o por un reconocimiento de parte del propio Estado como resultado de una investigación histórico-político-social (en los casos exclusivamente referidos en el Informe Rettig y Valech).

Asimismo, otra de las falencias detectadas en esta revisión, tiene que ver con dos elementos que se deben tener en consideración al momento de valorar los daños. El primer elemento dice relación con la necesidad ineludible de requerir en materia de indemnización de perjuicios la elaboración y desarrollo de ciertos criterios mínimos para la evaluación del daño moral a la hora de fijar una suma de dinero determinada en

este tipo de casos, criterios que permiten dar respaldo al establecimiento de los mismos, y a su vez otorgan garantías de imparcialidad, objetividad y equidad, evitando diferencias.

El segundo elemento, dice relación con tener en consideración en estos casos, los beneficios efectivamente otorgados por el Estado a través de las distintas medidas legislativas, en virtud de las cuales se otorgó asistencia a las víctimas y sus familiares. Ya que si bien estos beneficios tuvieron un carácter asistencial y no indemnizatorio, de todos modos constituyen un aporte de parte del Estado Chileno, cuyo origen y destino tienen la misma causal.

Nos parece necesario tomar posición ante las tesis expuesta, postura que presumimos se pudo observar en la forma en que expusimos los antecedentes recavados y en los énfasis manifestados a lo largo de nuestro trabajo, y que no es otra que la adopción de la tesis que da lugar a las demandas, con las salvedades expuestas en el párrafo precedente, en cuanto a la crítica efectuada a la misma.

A esta conclusión arribamos, porque entendemos que el Estado Chileno debe responsabilizarse y reparar los daños ocasionados por las violaciones ocurridas en Chile a su amparo y cometidas por sus propios agentes, y en este sentido se ha fallado a la luz del DI de los DDHH por la Corte Interamericana de DDHH. Las víctimas tienen derecho a la reparación integral, y esto no es más que investigación y sanción a los ejecutores de las violaciones a los DDHH y el resarcimiento del daño moral ocasionado.

Este derecho a la reparación integral debe ser confrontado necesariamente con la institución de la prescripción tan resguardada por la CS. Y en este sentido concordamos con lo señalado por algunos fallos, que manifiestan que si bien la institución de la prescripción es relevante para la seguridad jurídica, no es menos cierto que los plazos de ésta han ido evolucionando, lo cual demuestra que no son inmutables y que pueden subordinarse al derecho de las víctimas de obtener una reparación integral.

Por lo demás, es preciso señalar que en varios de los casos estudiados pudimos constatar –en nuestra visita a la Vicaría de la Solidaridad- las innumerables acciones judiciales, políticas y sociales que se ejercieron en su momento, en algunos casos por las víctimas, pero mayoritariamente por los familiares de las mismas, para intentar encontrar la verdad y obtener justicia en estos casos.

Estas acciones judiciales –recursos de amparo, protección, denuncias, querellas, etc.-, durante el RM, además de infructuosas, eran riesgosas, lo que llevó a que los procesos de investigación y acción judicial, se postergaran hasta la vuelta a la democracia, e incluso, algunos años después, pues la estabilización del nuevo régimen y las sensibilidades propias de la época, dificultaban cualquier proceso de búsqueda de la verdad, existiendo en algunos miembros de la sociedad, aún en democracia, la negación absoluta de lo ocurrido.

Por todo lo expresado, resulta al menos cuestionable hablar de prescripción, institución que no solo persigue la certeza y estabilidad jurídica en nuestro ordenamiento, sino que también se presenta como un castigo o sanción a la inactividad de las partes, situación que en los casos en comento no se produce en la realidad, sino que simplemente se trata de una actividad ilegítimamente silenciada, en muchos casos; o bien una inactividad, producto del legítimo temor de los afectados. Por lo demás, habrá que ver que ocurre con el tema de la prescripción en los casos penales donde se interpuso la acción civil y el tribunal se declaró incompetente, situación que llevó a muchos de los afectados a iniciar un nuevo proceso en los tribunales civiles, donde se renueva esta discusión y se incorpora a ella como elemento determinante la interrupción producida por el accionar en sede penal, además de otras discusiones en torno a la existencia de los perjuicios, en fin, discusiones que se están dando en los tribunales de primera instancia y comienzan a trasladarse a nuestras cortes, manteniendo este tema vigente y pendiente de resolución.

Finalmente, es del todo razonable y esperable que la actividad de las víctimas y sus familiares se concentrara en un comienzo, en establecer al menos parte de la verdad; y muy posteriormente, ante la mayoría de los casos sobreseídos temporal o definitivamente, o respecto de los cuales se aplicó la ley de amnistía o donde las penas

aplicadas resultaron bastante menores frente a la entidad de los delitos investigados, los afectados buscaran un reconocimiento de la responsabilidad del Estado. Esto no es más que incorporar el concepto de justicia material a los casos analizados, el cual hace confrontar como ya vimos el contexto histórico a los casos en estudio, y a la institución de la prescripción, sus fundamentos y características; así como incorporar otros principios del derecho internacionalmente reconocidos, como la buena fe y la correspondiente responsabilidad del Estado, aspectos que sólo son considerados por algunos fallos⁴⁷⁸.

⁴⁷⁸ En efecto, esta reflexión la pudimos observar, primeramente en los casos penales, como en el caso Marfull en el fallo de CA, donde terminando el considerando 17º expresa: *“Que por lo demás, la circunstancia de que se trate de una violación a los derechos humanos obliga al sentenciador a interpretar las normas de modo que las víctimas puedan materialmente obtener la reparación civil adecuada. Repudiaría a la justicia más elemental, si después de más de veinte años que demoró el Estado, a través de sus Tribunales, de determinar fehacientemente la verdad de lo ocurrido y sancionar a los responsables, no obstante la acción de la denunciante y querellante, padre de la víctima, se le ordenare a este último iniciar otro proceso, esta vez ante la justicia civil, para obtener una reparación económica, por los mismos hechos ilícitos de autos;”* Y agrega en su considerando 19º: *“Que así las cosas, sólo podría aplicarse la norma civil de prescripción de la acción por la responsabilidad estatal y empezar a contar el plazo respectivo desde la época en que el Estado ha terminado la investigación penal, concretado ello en la acusación fiscal. Sólo desde entonces, en el que aparece clara la responsabilidad estatal, oportunidad procesal para deducir las acciones civiles respectivas, resulta posible que el querellante deduzca la acción civil correspondiente. A este respecto se considerará que el querellante, actor civil, ya en enero del año 1974, sólo tres meses después de la fecha en que ocurrieron los hechos ilícitos, tuvo la iniciativa de solicitar a los tribunales competentes, a la época un Tribunal militar, que se procediera a la investigación de los hechos, iniciativa que continúa durante todo el proceso. Y del expediente queda claro que tan demorosa investigación y tardío resultado es de responsabilidad del Estado. Por lo mismo resultaría enteramente injusto y contrario a derecho que la consecuencia negativa de*

En definitiva, creemos que, pese a ser minoritaria, y con las salvedades de las críticas expuestas en estas conclusiones, la tesis que da lugar a las demandas de indemnización de perjuicios y que expresa: tratándose de una violación a los DDHH el criterio que debe regir la fuente de la responsabilidad civil debemos buscarlos en normas y principios de DI de DDHH, es la correcta, por lo que nos parece que tanto los escasos fallos penales de CS⁴⁷⁹, que han acogido las demandas de indemnización,

tal demora la sufriera la propia querellante, beneficiándose el Fisco de Chile. Ello obsta a la justicia material y a principios elementales de buena fe.” Posteriormente, la observamos también en algunos casos civiles, con alusiones semejantes a la anterior, más resumidas, y también a través de referencias histórico-jurídicas, como la efectuada por el Ministro Muñoz en su voto disidente en la causa 5570-07, donde expresa, en su considerando: “4°.- *Que esta responsabilidad del Estado-Administrador es posible fundarla, además, en las disposiciones de derecho internacional humanitario.*

En efecto, para una adecuada resolución de la presente causa resulta indispensable establecer el contexto normativo e histórico vigente en nuestro país a la fecha en que ocurrieron los hechos: 13 de octubre de 1973. Es así que el 11 de septiembre de 1973 los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y el director general de Carabineros, constituyeron una Junta de Gobierno, procediendo a “destituir al gobierno”, “asumiendo el Poder” y “el Mando Supremo de la Nación”, por las razones que consignan en el Bando N° 5 y Decreto Ley N° 1, clausurando el Congreso Nacional, el Tribunal Constitucional y otras instituciones, como, además, hicieron cesar en sus funciones a algunas organizaciones sindicales, para mantener la “tranquilidad social” y se declaró ilícitos y disueltos los partidos políticos, respetando la “Constitución y las Leyes de la República, en la medida en que la actual situación del país lo permitan”, ejerciendo los poderes Constituyente, Ejecutivo y Legislativo, de acuerdo a la normativa que se dieron, según se advierte de lo dispuesto en los decretos leyes N°s 1, 12, 25, 27, 77, 78, 119, 127, 130, 133, 198, 527, 778 y 991, entre otras. (...)”

⁴⁷⁹ CS 6304-07; 4662-07; 4723-07; 4691-07 y 2581-09.

como el único fallo civil de CS⁴⁸⁰ que existe en el mismo sentido, deben ir perfeccionando esta tesis e imponiéndose en nuestros Tribunales Superiores de Justicia.

En todo caso, y como parte de las conclusiones de este trabajo, no podemos dejar de advertir ciertas variables, no precisamente jurídicas, que han determinado los resultados judiciales en estos casos. Por una parte, y como ya lo expresáramos en su momento, pudimos observar a distintos miembros de la CA, que participando en los fallos de diferentes casos en estudio, han pasado de una tesis a otra, rechazando o dando lugar a las demandas, sin mayores prevenciones, ni explicación fácilmente deducible. Si bien, como señalamos, en algunos casos el cambio de criterio coincide con los cambios experimentados en la CS, por lo cual se entiende la influencia que el Tribunal Superior puede ejercer respecto de los miembros de la CA; en otros casos, no existe necesariamente alguna coincidencia que pueda confirmar esta influencia u otra variable⁴⁸¹.

Por otra parte, la conformación de las salas, tanto en CA como en CS, pero especialmente en esta última Corte – donde en los fallos, tanto en su Sala Civil como en la Penal, es absolutamente determinante a la hora de resolver estos casos, pues existen ciertos Ministros que siempre fallan en un mismo sentido.

De este modo pudimos observar, como en la Sala Penal de la CS, los Ministros Segura, Ballesteros y Rodríguez han estado siempre por acoger la excepción de incompetencia del juez del crimen y la de prescripción; en cambio los Ministros Dolmestch y Künsemüller, han estado siempre por conceder la acción indemnizatoria, y el Ministro (hoy Abogado Integrante) Chaigneau, que hasta el 2006 acogiera la tesis de la incompetencia del juez del crimen, a partir del 2007 se suma a estos últimos, concediendo las demandas en cuestión.

Asimismo, en la Sala Civil de la CS los Ministros Oyarzún, Carreño, Pierry, Araneda y Gálvez –entre otros– han estado siempre por acoger la excepción de prescripción.

⁴⁸⁰ Ver CS 2080-08

⁴⁸¹ Raúl Rocha Pérez y Mario Rojas González (ambos ministros ver 2007 y 2009)

Mientras que el Ministro Brito ha presentado sistemáticamente su voto disidente, apoyando la tesis que da lugar a las demandas, y en escasas ocasiones ha sido acompañado por otro Ministro⁴⁸² o algún abogado integrante, que siguen y complementan su tesis.

⁴⁸² En uno de los casos levantados, al que aludimos en una cita anterior, lo apoya el Ministro Sergio Muñoz, con un extenso repaso de la evolución de la responsabilidad del Estado en nuestra jurisprudencia, donde entre otros aspectos destaca: *“toda interpretación debe efectuarse considerando la norma fundamental, buscando y prefiriendo la que mejor resguarde los derechos garantidos por la Constitución.”* Luego, en su repaso por la jurisprudencia reconoce que: *“Son casos específicos en que se hace efectiva la responsabilidad del Fisco, puesto que los tribunales hacen esfuerzos y diversas distinciones para excluirla.”* Agrega: *“Sobre la base de la reglamentación internacional vigente en nuestro país, en el estado actual del desarrollo de la conciencia universal, no se debe razonar en demasía para afirmar que existen derechos humanos fundamentales, los cuales ninguna persona o autoridad de un Estado puede desconocer, entre los cuales indudablemente se encuentra la vida, la seguridad personal y la integridad física y psíquica.”* Continúa expresando que: *“Reconocida la existencia y fuerza obligatoria tanto de los tratados solemnes, como de los protocolos, acuerdos en forma simplificada, declaraciones y suscripción de declaraciones internacionales, sean estas bilaterales o multilaterales, que constituyen e integran el sistema de fuentes del Derecho Internacional que la República debe respetar y cumplir, tanto en el ámbito interno como en sus relaciones con otras potencias, los tribunales de justicia y este magistrado tienen la obligación de aplicar tales instrumentos internacionales obligatorios para nuestro país, por cuanto “el término tratado” es el más adecuado para abarcar todos los acuerdos internacionales, sobre los que existe una gran variedad de denominaciones.” (...)* *“Esta decisión se enmarca, además, en el hecho reconocido y aceptado por nuestro país, que ante la inobservancia del derecho internacional, los tribunales internacionales no se constituyen en una instancia revisora del mérito del proceso, sino que se limitan a declarar la transgresión, responsabilizando al Estado, al que le imponen adopte las medidas pertinentes para reparar a los afectados. Entre las autoridades que pueden*

Bajo esta última premisa, que indica que la integración de las salas es de suma relevancia a la hora de obtener un fallo favorable o no para las víctimas y familiares de violaciones a los DDHH, encontramos el único fallo civil de CS, ya citado, que da lugar a la demanda. Situación excepcionalísima, que se produce pues el Ministro Brito cuenta con dos votos que apoyan su tesis, debido a la presencia de dos abogados integrantes –Nelson Pozo Silva y Maricruz Gómez-, conformación que no se ha vuelto a producir, por lo que éste es el único fallo civil de CS que en los últimos 8 años ha dado lugar a la demanda.

Lo expuesto, nos parece a lo menos cuestionable, ya que **una materia de tal trascendencia**, tanto para el Estado como para las víctimas y sus familiares⁴⁸³,

generar dicha responsabilidad internacional se encuentran los tribunales de justicia, los cuales, por este mismo hecho, sin duda deben tener presente la legislación internacional al momento de resolver los conflictos particulares, de hecho la Corte Suprema ha debido emitir informes a la Cancillería para explicar el proceder de los tribunales ante casos concretos, los que han sido sometidos a la jurisdicción de la Comisión y Corte Interamericana de Justicia.” Para concluir finalmente: “12°.- Que sobre la base de tales antecedentes de hecho y de derecho, los sucesos a que se refiere la presente causa tienen la connotación necesaria para ser calificados como generadores de responsabilidad, puesto que fueron perpetrados por agentes del Estado. Corresponde igualmente dejar asentado, que la referencia a los regímenes de responsabilidad claramente establecidos en la actualidad, son producto de un mayor desarrollo de nuestro país, que ha terminado por concretar lo que ha sido reconocido por la jurisprudencia con anterioridad, de forma tal que no se trata de aplicar esta normativa, sino los principios que la inspiran, los que han estado siempre vigentes, sin perjuicio de considerar que las normas de derecho público rigen in actum, especialmente las constitucionales, entre las que se encuentra el inciso segundo del artículo 38 de la Carta Fundamental.”

⁴⁸³ Para el Estado Chileno es gran trascendencia, ya un fallo desfavorable implica desembolsar una cantidad de dinero considerable. Recordamos a estos efectos la suma de dinero que debió pagar el Estado en virtud del acuerdo arribado con los demandantes civiles del Caso Albania.

dependa, por una parte de la conformación de la respectiva Sala de la CS que corresponda, y por la otra, del poder de convencimiento de los Ministros que sustentan determinadas tesis respecto de los demás integrantes de la Sala, pues como señaláramos precedentemente, existen miembros de las salas, que en ocasiones – y como expusimos en el capítulo de estadísticas – cambian de parecer y se suman a la decisión de la mayoría de la correspondiente sala, pasando de una posición a otra, sin mayor explicación. Todo lo cual implica, que la reparación de las víctimas y sus familiares, y finalmente la determinación de la REE en los casos de estudio queda supeditada al azar; pues en algunos casos la indemnización será concedida y en otros –la mayoría por el momento- la indemnización será rechazada.

La situación planteada produce inequidad e injusticia respecto de los demandantes, la cual proviene desde los Tribunales Superiores de Justicia de nuestro país.

Nos parece pues, incomprensible que quede al arbitrio de la integración de las Salas la determinación de la REE en caso de violaciones a los DDHH, ya que dicha decisión trae aparejada consecuencias muy relevantes -pues por una parte le significa al Estado de Chile el desembolso de importantes sumas de dinero, en los casos donde se conceden las demandas y, en cambio, total impunidad en los casos donde se rechazan las mismas; y por el otro, le significa a las víctimas y a sus familiares, una respuesta en su búsqueda por verdad y justicia, solo en aquellos casos donde se da lugar a sus acciones y, absoluto desamparo en los casos donde se les niega tal posibilidad- y además influye sustancialmente en la percepción internacional de nuestro país, como un Estado responsable, respetuoso y comprometido con el cumplimiento de los compromisos y normativas internacionales –en los casos que se acogen las demandas-, o bien, un Estado infractor, irrespetuoso y desentendido del DI de los DDHH llamado a regir estos asuntos.

Debido a lo expuesto, nos parece que la falta de un estatuto normativo claro con disposiciones que puedan atender a las características particulares de la REE, y en especial a la derivada de violaciones sistemáticas a los DDHH, da espacio suficiente para tan variadas interpretaciones que como hemos visto, finalmente se traducen en arbitrariedades que no resultan aceptables de tolerar. Por ello, sostenemos que, más

allá de la tesis que la legislación acoja, se hace **necesario regular en forma definitiva e inequívoca la Responsabilidad del Estado Administrador.**

BIBLIOGRAFÍA

CALAMADREI, Piero. “La definición de hecho notorio”, en *Estudio sobre el proceso civil*, traduc. Castellano, B. Aires.

CALDERA DELGADO, Hugo. “Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política del Estado de 1980”, Editorial Jurídica de Chile, año 1982.

CARNELLI, Lorenzo. “El Hecho Notorio”, B. Aires, 1944.

CORDERO VEGA, Luis, “La Responsabilidad de la Administración del Estado. Bases para una sistematización”, Lexis Nexos, Santiago, 2003.

CORRAL TALCIANI, Hernán. “La responsabilidad de los órganos del Estado: ¿régimen constitucional o régimen civil?”, en *Cuadernos de Extensión Jurídica*, Universidad de Los Andes, N° 7, Santiago, 2003.

CRUZ VILLALON, Pedro. “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, N° 25, enero-abril, 1989.

DE AHUMADA RAMOS, Francisco. “La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, Elementos Estructurales: Lesión de Derechos y Nexo Causal entre la lesión y el Funcionamiento de los Servicios Públicos”, segunda edición, Aranzandi, Elcano (Navarra), 2004.

DEL BARRIO, Alvaro, y LEÓN, José, “Terrorismo, Ley antiterrorista y Derechos Humanos”, Programa de Derechos Humanos, Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Santiago 1991.

DIEZ-PICAZO, Luis María. “Sistema de Derechos Fundamentales”, Segunda Edición, Civitas, Madrid, 2005.

DOMINGUEZ HIDALGO, Carmen A. “El daño moral”, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II, Santiago, 2000.

DWORKIN. Ronald. “Los Derechos en serio”, trad. De María Guastavino, cuarta reimpresión, Ariel, Barcelona, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. “Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal”, Quinta Edición, Trotta, Madrid, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. “Derechos y garantías. La ley del más débil”. Segunda Edición, Trotta, Madrid, 2001.

FIAMMA OLIVARES, Gustavo. “La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicio” *RCHDUC 16, N° 2*, año 1989.

Informe de la Comisión de Verdad y Reconciliación, en <http://www.ddhh.gov.cl/>

Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, en <http://www.comisionvalech.gov.cl/>

LIRA, Elizabeth. “La política de reparación por violaciones a los DDHH en Chile”. Versión original en español del capítulo “The Reparations Policy for Human Rights Violations in Chile” del Handbook of Reparations, ed. Pable de Greiff, Centro Internacional para la Justicia Transicional, Oxford University Press, Nueva York, 2006.

LORENZINI CORREA, Juan. “El Hecho Notorio”, Memoria de Licenciado, Santiago, 1950.

PIERRY ARRAU, Pedro. “Algunos aspectos de la responsabilidad del estado por falta de servicio” en *RDJ, T. 92, N° 2*, año 1995.

QUINTANILLA PÉREZ, Alvaro. “¿Responsabilidad por actos lícitos?” en *RDCDE N° 1*. 1999.

SENTÍS MELENDO, Santiago. “Hecho Notorio”, en *Revista de Derecho Procesal*, B. Aires, 1953, 2ª parte.

SOTO KLOSS, Eduardo. “Derecho Administrativo. Bases Fundamentales. Tomo II. Principio de Juricidad”. Editorial Jurídica de Chile, 1996.

SOTO KLOSS, Eduardo. “La responsabilidad del Estado administrados, un principio general del derecho público chileno” en *RDJ, T. 73, primera parte, sección derecho*, 1976.

