



UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Derecho

**CRITERIOS PARA
LA REPARACIÓN POR VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS
EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE CHILE**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Álvaro Aburto Guerrero

Christian Muñoz Palma

Profesor guía: Claudio Nash Rojas

2015

Santiago, 18 de diciembre de 2014

Señor
Director
Departamento Derecho Internacional
Facultad de Derecho - Universidad de Chile
Presente

De mi consideración,

Es muy grato informar a usted la memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de don **Álvaro Aburto Guerrero** y don **Christian Muñoz Palma**, titulada "**CRITERIOS PARA LA REPARACIÓN POR VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE CHILE**".

El tema propuesto es relevante ya que ha estado presente en la jurisprudencia de la Corte Suprema los últimos años, con criterios dispares que incluso en algún momento motivaron una decisión del Pleno de nuestro máximo tribunal. Esta discusión no solo ha tenido relevancia desde el punto de vista jurídico, sino que también un impacto en el ámbito político y social, principalmente, esto último en relación con las víctimas de violaciones de derechos humanos ocurridas en la dictadura. Esta Memoria para optar al grado de Licenciados en Ciencias Jurídicas y Sociales viene a aportar en esa discusión y es la perspectiva de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, lo cual no puede sino ser valorado.

La memoria está estructurada en cuatro capítulos más un apartado de conclusiones. La distribución de los capítulos es la siguiente: contexto normativo y jurisprudencial de las graves violaciones a los derechos humanos en Chile. (Cap. I); naturaleza jurídica de las acciones de reparación. Una aproximación al estatuto jurídico aplicable (Cap. II); la dialéctica judicial (Cap. III); el estatuto de responsabilidad estatal

por violaciones a los derechos humanos y sus limitaciones (Cap. IV); y, un apartado con Conclusiones.

No hay duda alguna que esta Memoria logra el objetivo que busca el sistema de memorias de grado, que es, identificar un problema jurídico de relevancia, analizarlo a la luz de la discusión más actualizada y contrastar la aplicación nacional con los estándares internacionales, particularmente, con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relevante en el ámbito de la responsabilidad del Estado y las reparaciones por violaciones de derechos humanos. Este esquema de trabajo permite a los memoristas hacer un estudio en profundidad y con sentido crítico. A efectos de este informe, lo que me interesa destacar este último punto. Los memoristas no se limitan a describir el problema, sino que avanzan en una propuesta de solución que es creativa y demuestra conocimiento no solo del tema, sino del Derecho en general.

Un aspecto sustantivo que me interesa destacar es la amplitud de casos consultados de nuestra jurisprudencia en materia de reparaciones por violaciones de derechos humanos ocurridas en la dictadura. Ese amplio espectro de casos de por sí es un aporte al debate nacional.

Esta memoria, no tengo duda alguna, es un aporte a un debate que comienza en Chile y debe ser considerado el primer paso en un proceso de análisis que espero los memoristas continúen a futuro.

De acuerdo con todos estos antecedentes, califico la memoria con nota 6,5.

Es cuanto puedo informar a usted.



Claudio Nash Rojas
Profesor Guía

Santiago, 26 de enero 2015

SEÑOR DECANO:

Por medio de la presente, cumpla con el deber de informar, en mi calidad de profesor informante, la memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales que han presentado los alumnos egresados de esta facultad, señores Álvaro Aburto Guerrero y Christian Muñoz Palma, y que lleva por título "**Criterios para la reparación por violaciones a los Derechos Humanos en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile**".

Corresponde destacar desde ya que la temática abordada por los alumnos egresados de esta Universidad resulta del todo trascendente, no solo pues es evidente la importancia práctica que tiene este tema en el estado actual de nuestro desarrollo jurídico, sino pues sin duda estamos en presencia de una democracia que intenta consolidarse, no sin algunas dificultades. Y en tal sentido, el determinar el reconocimiento real de los derechos humanos y la manera en que los entes del Estado velan por su adecuado respeto y promoción, es un aporte innegable que los alumnos abordan de buena manera.

Se trata de un análisis principal, pero no únicamente, jurisprudencial de los criterios de reparación más relevantes en el ámbito de las violaciones a los derechos humanos ocurridas en Chile. Es decir, si bien es cierto, el sentido de la obra que comentamos parece ser el extraer principios a partir de criterios más o menos uniformes sostenidos por el máximo tribunal patrio, el trabajo de los memoristas no se limita a la mera exposición formal de esos criterios, sino que se analizan concienzudamente, y muchas veces, se analizan y critican, sin duda, con el ánimo de enriquecer el necesario debate.

El trabajo que debo informar parte de una constatación fáctica innegable en materias propias de protección de los derechos humanos, cual es la insuficiencia del marco normativo nacional, especialmente manifestada hace algunos años, que llevó a abogados y otros operadores del sistema, a reclamar la debida protección de sus derechos, fuera del ámbito de las fronteras o, en otras muchas ocasiones, pretendiendo la aplicación directa del derecho internacional y en especial, el atingente al derecho internacional para la protección de los derechos humanos, lo que tiene efectos tanto en el derecho

internacional, al validar su aplicación y permitirnos ser parte, en mi parecer, cada vez más del conjunto de naciones; y en el derecho interno, al entenderse el Estado y sus agentes como partes de una comunidad internacional. Este punto de vista permite superar sin muchas dificultades la pretendida dualidad entre derecho interno y derecho internacional.

La finalidad declarada de este trabajo, considerando que, en cierto modo, aún impera la dicotomía recién anotada, es dilucidar la pretendida diferencia entre ley y derecho, para arribar a una conclusión, superada esta duda, de si el Estado de Chile incurre en responsabilidad en aquellos casos en que se ha negado la demandada reparación.

Formalmente, el trabajo se ha dividido en una introducción explicativa, en la que se plantean los fines generales del trabajo, algo de la historia del desarrollo histórico de los derechos humanos; IV capítulos sucesivos y las conclusiones generales de su trabajo.

El Capítulo I, más bien de contexto, se refiere al ámbito normativo y jurisprudencia de las graves violaciones a los derechos humanos ocurridas en Chile, con especial señalamiento de las respuestas que han dado los tribunales nacionales a los procesos por estas infracciones. Se contienen acá datos con relación a la incidencia de tales hechos en el desarrollo histórico reciente nacional y el contexto normativo que, de una u otra manera, permitió la ocurrencia de tan graves hechos, pasando esencialmente por los estados de sitio y de la eventual existencia de un estado de guerra interna. La respuesta jurisprudencial varió significativamente entre criterios de aplicación irrestricta de la ley de amnistía, en una primera época, a aquella situación en que el empleo de este decreto ley, se ha limitado o eliminado.

El Capítulo II se destina por los alumnos memoristas a determinar la naturaleza jurídica de las acciones de reparación, por la vía de intentar determinar el estatuto jurídico aplicable, haciendo un análisis de la jurisprudencia más relevante, para determinar los polos entre los cuales ha orbitado la jurisprudencia, a saber, el carácter patrimonial de las reparaciones, propia del derecho común o privado, regulado principalmente en el Código Civil, por una parte, y, por la otra, la naturaleza afín al derecho humanitario que puede atribuirse a esta clase de reparaciones, que vincula estas reparaciones de una manera más inmediata al derecho internacional de los derechos humanos. A partir de estas posiciones, los alumnos egresados precisan el objetivo de su trabajo, al intentar preguntas más precisas, como, por ejemplo,

¿qué fuentes jurídicas y criterios interpretativos son los llamados a regir estas controversias?; ¿son las acciones reparatorias compatibles con las pensiones que forman parte de lo que se conoce en general como leyes de reparación?; y ¿resulta aplicable a estas acciones la prescripción extintiva regulada en el código civil?

A continuación, analizan el marco regulatorio del derecho interno, desde la Constitución Política de la República, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y el Código Civil. Otro tanto hacen con normas del derecho internacional; y en todos estos casos, lo hacen con referencia a algunas sentencias que han sido profundamente estudiadas por los alumnos egresados. Este examen de las sentencias referidas, hacia el final del capítulo, les permite tomar partido, indicando que en su parecer “que al enfrentarse a estas acciones y pretensiones no es necesario el calificar su naturaleza para aplicar un derecho frente a otro”.

Ya en el Capítulo III, denominado “La Dialéctica Judicial”, los postulantes se preparan a abordar el problema de la fundamentación del sistema de derechos humanos y además, a exponer diversas posiciones sobre interpretación jurídica que se debaten en las sentencias estudiadas, analizando al efecto, doctrina y jurisprudencia especializada.

Parten estos análisis de ciertos supuestos del todo pertinentes, como la soberanía y legitimidad como presupuestos de los derechos humanos y fundamento además de su interpretación. Así, hacia las medianías de este capítulo, abordan, en mi parecer, uno de los mayores aportes de este trabajo, cuales son los criterios de interpretación en esta clase de asuntos, dentro de los cuales, desde luego, se recoge como herramienta el reconocimiento de los derechos humanos, lo cual abre una interesante ventana, en el sentido de que los derechos humanos dejan de ser solamente garantías, sino que además, son mecanismos interpretativos.

Más allá de lo anterior, con el fin de abordar de manera íntegra los tópicos referentes a la interpretación, analizan en primer lugar los criterios de interpretación tradicional del Código Civil y posteriormente, tratan directamente la problemática referente a si las lagunas en materia de reparaciones por violaciones a los derechos humanos son en realidad un vacío legal o más bien un problema de interpretación. Finalmente, se detienen en el estudio particular de normas interpretativas en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, como el principio de interpretación en

favor de la persona, etc., los que han sido analizados, siempre, desde la óptica jurisprudencial.

En el Capítulo IV, denominado "El Estatuto de Responsabilidad Estatal por Violaciones a los Derechos Humanos y sus Limitaciones", se analiza y expone por los alumnos egresados la controversia que existe en relación al régimen de responsabilidad del Estado y, luego, los regímenes de responsabilidad que se han concebido por la Excm. Corte Suprema para estos casos. Así, parten en rigor de la premisa en este capítulo del trabajo que la Corte Suprema ha creado distintos estatutos de responsabilidad, motivo por el cual estudian las diversas posturas sobre la responsabilidad del Estado en el Derecho Chileno (origen constitucional, falta de servicio, etc.) y las críticas que se han formulado a las mismas. Luego, secuencialmente, se analiza el estatuto de la responsabilidad del Estado por violaciones a los derechos humanos, siguiendo el prisma de la Corte Suprema, yendo desde aquella postura que hace primar las reglas del Código Civil, a aquella que se refugia en el ámbito del derecho internacional. Luego, siguen con las limitaciones a la responsabilidad del Estado por las violaciones a los derechos humanos, haciendo un análisis profundo e interesante respecto de la llamada "excepción de pago" y de la prescripción.

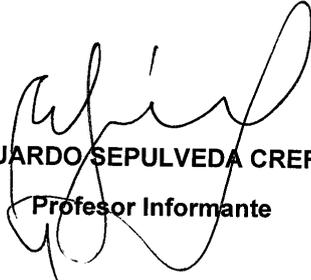
Tras este largo estudio, los alumnos memoristas presentan las conclusiones de su trabajo, dentro de las que aparece muy pertinente destacar la conclusión en el sentido de que las sentencias que acogen las figuras de extinción de responsabilidad vulneran un límite cierto del sistema, cual es la prohibición de autoexonerarse. Los apartados referentes a la función del juez en el sistema de creación del derecho y la discrecionalidad judicial, permiten abrir un interesante debate sobre estos temas, pero cuando menos, puede sostenerse que las conclusiones son perfectamente coherentes con el resto del trabajo emprendido, en mi parecer, exitosamente.

Ha sido posible percibir a través de todas las páginas el interés y la dedicación puesta en su tarea por los postulantes. En cuanto a la forma, ha sido una exposición extraordinariamente bien ordenada, utilizando muy adecuadamente las citas pertinentes, con un lenguaje claro, preciso, y una bibliografía muy adecuada y abundante, sin extensiones desmedidas y sin perder de vista el motivo central de su trabajo.

En virtud de las consideraciones y razones expuestas en mi calidad de profesor informante, y atendido lo señalado, reglamentariamente,

evalúo la memoria presentada por los egresados de derecho de nuestra facultad, señores Álvaro Aburto Guerrero y Christian Muñoz Palma, y que lleva por título **“Criterios para la reparación por violaciones a los Derechos Humanos en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile”** con nota de aprobación siete (7,0)

Saluda atentamente al Sr. Decano



EDUARDO SEPULVEDA CRERAR
Profesor Informante



UNIVERSIDAD
DE CHILE

UNIVERSIDAD DE CHILE

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Derecho

**CRITERIOS PARA
LA REPARACIÓN POR VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS
EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE CHILE**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Álvaro Aburto Guerrero

Christian Muñoz Palma

Profesor guía: Claudio Nash Rojas

Abreviaturas.

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos.

CIDFP: Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CNVR: Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación.

CPR: Constitución Política de la República.

DIDH: Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

DIP: Derecho Internacional Público.

DL: Decreto Ley.

ECS: Excelentísima Corte Suprema.

ICA: Ilustrísima Corte de Apelaciones.

ICM: Ilustrísima Corte Marcial.

LOC: Ley Orgánica Constitucional.

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

INDICE

INTRODUCCIÓN.	7
CAPÍTULO I. CONTEXTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LAS GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS EN CHILE.	13
I. Violaciones a los derechos humanos en Chile.	13
II. Contexto normativo.	15
III. Respuesta de los tribunales nacionales ante las violaciones a los DD.HH	18
CAPÍTULO II. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ACCIONES DE REPARACIÓN. UNA APROXIMACIÓN AL ESTATUTO JURÍDICO APLICABLE.	27
Reglas positivas de derecho interno.	29
Reglas positivas en el derecho internacional.	30
I. Razonamientos contenidos en las sentencias de casación relativas a la naturaleza jurídica de las acciones reparatorias.	31
1. Las acciones deducidas tienen naturaleza patrimonial.	31
2. Las acciones reparatorias tienen una naturaleza internacional o humanitaria.	39
3. Nuestras observaciones. Un enfoque desde la complejidad y la labor de la interpretación judicial.	53
CAPÍTULO III. LA DIALÉCTICA JUDICIAL.	58
I.- La soberanía y legitimidad como presupuesto de los derechos humanos y como fundamento de su interpretación.	59
1.- La soberanía en el derecho internacional.	59
2. La legitimidad como fundamento del sistema de Derechos Humanos.	70
II.- De la fundamentación a la interpretación.	72
1.- ¿Un problema de fuentes del Derecho? Recapitulación.	73
2.- Criterios para la interpretación judicial, y la posibilidad de reglar la discrecionalidad del juez.	75
3. La hermenéutica judicial en el Derecho chileno.	80
3.1. La interpretación jurídica tradicional en el Derecho Privado.	80

3.2. ¿Laguna legal o problema de interpretación?	85
4. La hermenéutica judicial en el sistema de derechos humanos.	90
4.1. El principio de buena fe como herramienta hermenéutica, y de integración normativa.	90
4.2. Los principios de interpretación en favor de la persona y de interpretación evolutiva como criterios rectores para el juez nacional.	95
4.3. La fuerza normativa del ius cogens internacional como parámetro para la interpretación y la integración jurídica.	101
4.4. Diálogo judicial con las jurisdicciones internacionales, y el control de convencionalidad.	107
5.- ¿Resulta legítimo pensar la interpretación del DIDH, como manifestación de un programa ético-normativo?	114
CAPÍTULO IV. EL ESTATUTO DE RESPONSABILIDAD ESTATAL POR VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS LIMITACIONES.	117
I. Reflexiones previas.	117
II. Sobre la Responsabilidad del Estado en Chile.	118
1. Posturas relativas al fundamento de la responsabilidad del Estado en el Derecho chileno.	120
1.1. Doctrina de la responsabilidad estatal de origen constitucional.	121
1.2. Doctrina de la responsabilidad estatal por culpa del servicio.	123
1.3. Doctrina de la responsabilidad objetiva relativa del Estado.	129
2. Críticas que se formulan a estas posturas.	130
2.1. Respecto a la doctrinas que sostienen que la responsabilidad estatal tiene un fundamento constitucional	130
2.2. Detractores a la doctrina de la responsabilidad subjetiva de la actividad estatal	132
3. Síntesis del problema.	132
III. Estatuto de Responsabilidad Estatal por violaciones a los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema.	133

1. Algunas Prevenciones.	134
2. Posición que afirma que para determinar la responsabilidad por violaciones a los Derechos Humanos, rigen las reglas del Derecho Civil.	135
3. Respecto a que de la responsabilidad por violaciones a los Derechos Humanos rige, a partir de determinados criterios hermenéuticos, una interacción normativa entre fuentes internas e internacionales.	143
IV. Sobre las limitaciones a la responsabilidad estatal por violaciones a los derechos humanos.	150
V. Excepción de pago, o incompatibilidad entre leyes de reparación y acciones judiciales indemnizatorias.	151
1. Acercamiento al problema.	151
2. Excepción de pago. Sobre la incompatibilidad de los beneficios y las acciones reparatorias.	155
3. Los fondos contenidos en la leyes de reparación y las acciones indemnizatorias son compatibles.	157
VI. Limitación de la responsabilidad del Estado por el transcurso del tiempo. Excepción de prescripción de la acción.	164
1. Antecedentes del problema.	164
2. La responsabilidad estatal se extingue por el transcurso del tiempo.	165
2.1. No existe regla que establezca la imprescriptibilidad genérica de las acciones indemnizatorias. Orientaciones interpretativas básicas.	166
2.2. La prescripción de las acciones como principio y presupuesto de la seguridad de las relaciones jurídicas.	169
2.3. ¿Desde cuándo se cuenta el plazo de la prescripción?	173
3. La responsabilidad estatal es imprescriptible.	177
3.1 Existencia de una regla de imprescriptibilidad. Orientaciones interpretativas básicas.	178
3.2. Búsqueda de una solución coherente para la acción penal y civil.	185
CONCLUSIONES	188

BIBLIOGRAFÍA 195

ANEXOS 210

Anexo N°1: Fallo de casación y sentencia de reemplazo dictados en causa Rol N°2182-1998 Episodio “Colegio Médico-Eduardo González Galeno” de fecha veintiuno de enero de dos mil trece, ingreso Corte Suprema N°10665-2011. 210

Anexo N°2: Respuesta dada por el Gobierno de Chile con fecha 27 de junio de 2014 a la petición P-1676-09 Miguel Ángel Rodríguez Gallardo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 263

INTRODUCCIÓN.

Si atendemos al desarrollo del Derecho Internacional, y en particular al derrotero del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es innegable que ha sido en el marco de sus más abiertas vulneraciones, de sus más decididas negaciones y atropellos en que han germinado sus semillas más robustas. León Felipe, en el curso de la guerra civil española de 1936, escribió: “Hay una flor en el mundo / que sólo puede crecer si se le riega con sangre. / La sangre del hombre está no sólo hecha para mover su corazón, / sino para llenar los ríos de la Tierra, / las venas de la Tierra / y mover el corazón del mundo.”¹

Es en este contexto de digamos cruda pedagogía, en que se ha desarrollado el DIDH, y ha sido precisamente en la jurisprudencia de los tribunales internacionales que han sucedido a esos episodios -v.g. tribunales de Tokio y Nuremberg- donde se han enaltecido los principios que posteriormente se hicieran carne en la convenciones internacionales.

Así las cosas la jurisprudencia ha tenido un impacto creciente en la determinación de los estándares de la convivencia democrática. En su camino los individuos y colectivos han buscado la satisfacción de sus garantías fundamentales, al tiempo que los Estados, ven en ésta, la determinación de sus obligaciones. Esta creciente importancia de la jurisprudencia le ha dado al derecho una vitalidad y dinamismo inédito que ha ido en congruencia con el permanente sentido de cambio que tienen las sociedades contemporáneas.

En Chile existe una innegable tendencia por parte de los litigantes a sostener en estrado el derecho internacional como una fuente normativa que obliga directamente al Estado, y por supuesto, a la judicatura. Así, por ejemplo, las garantías procesales de los particulares, principalmente en lo que se refiere al sistema procesal penal como a procedimientos administrativos, son permanente debatidas llamando a colación no sólo los reglamentos, leyes, o las garantías del debido proceso legal dispuestas en el artículo 19 de la Constitución Política de la República, sino que recurriendo directamente a las convenciones internacionales, a la costumbre internacional, y a los principios de derecho

¹ LEÓN FELIPE. “El Payaso Tiene La Palabra (1938)”. En: “Antología Rota”. Editorial Losada, Bs. As. 1998. Página 52.

internacional, y en especial, a los del DIDH. Igual cuestión ha sucedido con los derechos de los niños, de los pueblos indígenas y de los migrantes, sujetos de derechos que han tenido que lidiar con regulaciones construidas para contextos distintos, muchas veces con sellos abiertamente discriminatorios. Este proceso de internacionalización ha permitido a las personas buscar amparo más allá de las fronteras del derecho nacional, ya que, en muchos casos sucede que el legislador nunca se puso en el contexto de la realidad que hoy les toca experimentar. Es por esto que cuando un tribunal nacional decide, en sus resoluciones jurisdiccionales, incorporar a su argumentación la perspectiva internacional está contribuyendo a generar la práctica del Estado como un elemento integrante de la costumbre internacional al tiempo que constituye una forma de ir construyendo diálogo judicial. Del mismo modo cuando el Estado, a través de sus tribunales, resuelve un conflicto de trascendencia jurídica donde pueden verse afectados bienes jurídicos que la comunidad internacional ha considerado como especialmente trascendentes para la convivencia democrática y condicionantes para que los estados se muevan en el foro internacional, no sólo está dando una solución concreta a un caso particular, sino que está encarnando principios jurídicos, fijando patrones de conducta, y en definitiva, está señalando a los ciudadanos los límites de lo tolerable. Es en esta función de vital trascendencia en que el Estado puede verse sujeto a responsabilidad internacional.

Constituye una máxima del Derecho Internacional que los primeros llamados a garantizar y promover el respeto a los derechos humanos son los Estados, ocupando los organismos internacionales un rol más bien orientador y fiscalizador de estas obligaciones, a la vez que subsidiario en materia jurisdiccional. Es por estas razones que los instrumentos internacionales comprenden dentro de los imperativos jurídicos, dirigidos a los Estados Partes, la necesidad de que éstos garanticen a los particulares la existencia de recursos judiciales eficaces (Pacto de Derechos Civiles y Políticos artículo 2 N° 3 letra b; Convención Americana sobre Derechos Humanos artículo 25, sólo por citar algunos ejemplos) al tiempo que ordena que se asegure una justa y adecuada reparación a las víctimas de estas violaciones (es el caso de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura en su artículo 14) junto con la necesidad que se remuevan las trabas internas que impidan el goce efectivo de los derechos consagrados en dichos instrumentos.

Como se observa, el DIDH, obliga a los Estados a que: primero, aseguren el goce efectivo de sus derechos humanos; segundo, que otorguen a los sujetos de estos derechos la posibilidad cierta de activar los recursos judiciales que sean eficaces para

salvaguardar tales garantías -constituyendo este derecho a recurrir no sólo una medida procesal, sino un derecho humano autónomo-; y por último, obligando al Estado a reparar a las víctimas de estas violaciones, siendo imperativo que se dispongan los medios para que dichas vulneraciones no se repitan². Como observa Antônio Augusto Cançado Trindade, la necesidad de utilizar previamente de los recursos internos pone en evidencia la interacción del derecho interno y el derecho internacional³.

Surge entonces la siguiente interrogante ¿cómo deben los tribunales relacionar el derecho interno con el derecho internacional?

Resulta evidente que esta pregunta no merece mayores consideraciones cuando es un tribunal internacional el llamado a resolver un litigio, caso en que no cabe sino concluir que deberá aplicarse el derecho internacional, tanto en lo que se refiere a las fuentes aplicables como a los criterios hermenéuticos. Las interrogantes surgen entonces cuando la cuestión se ventila ante un tribunal nacional.

Tradicionalmente se sostuvo una visión dualista del derecho internacional y el derecho nacional, en que se puso énfasis en la diferencia de los sistemas, los que habrían estado llamados a regir “ámbitos” distintos de la realidad jurídica. En este contexto difícilmente podía buscarse que los tribunales nacionales arribaran a soluciones satisfactorias desde el punto de vista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁴, siendo recurrente que los tribunales sostuvieran que los particulares no podían apelar directamente a éste derecho -al DIDH- para obligar al Estado Nacional. Es posible que esta negativa formara parte de una estrategia para reafirmar un concepto -a nuestro juicio erróneo- de la soberanía nacional, otras veces, era el corolario de una noción sobre fuentes del derecho que exigía que el derecho internacional fuera incorporado al derecho nacional mediante leyes que replicaran su normativa bajo las exigencias del derecho interno. Si bien hemos conjugado las operaciones precedentes en tiempo pasado el lector podrá observar, en el desarrollo de esta investigación, que esta forma de argumentar persiste en los tribunales chilenos que bajo postulados formalistas exigen que el derecho internacional se adapte a las exigencias del derecho nacional para que sus imperativos sean considerados como normas, propiamente jurídicas. A este respecto, y a pesar de

² Debemos agregar a esta triada la Garantía de No Discriminación (V.G. Artículo 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.)

³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI”. Editorial Jurídica de Chile. 2da. Edición, Santiago, año 2006. página 306

⁴ *Ibidem*. Página 271.

que el presente trabajo no corresponde a lo que llamaríamos una tesis sobre filosofía del derecho, no podremos obviar algunas reflexiones de esa índole. Sostendremos que este tipo de argumentación forma parte de lo que en general se conoce como positivismo jurídico, racionalidad en que el derecho se entiende como un mecanismo de normas articuladas de distinta jerarquía, que adquieren validez en la unidad estatal o supraestatal. Esta formulación, tan característica de nuestra formación profesional, opera como un poderoso impedimento para que la magistratura conciba los términos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, bajo los propios principios orientadores de este derecho, manteniendo así la exigencia de que el derecho internacional responda a los imperativos formales y conceptuales del derecho interno, al tiempo que vacía al derecho de normatividad fundamental, aplicando muchas veces un derecho sin derecho. Por su puesto que el DIDH es justificable desde una perspectiva positivista, lo que queremos destacar es que en los fallos que estudiaremos existe una persistente identificación entre derecho y ley, y entre interpretación y exégesis.

Hacemos esta prevención no sólo por cuestiones filosóficas, sino sobre todo, para que el lector comprenda el tipo de análisis que queremos realizar. En la presente investigación estudiaremos el tratamiento que ha hecho la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile a las acciones reparatorias que se han dirigido contra el Estado por violaciones a los derechos humanos ocurridas durante la dictadura cívico militar que transcurrió desde el 11 de septiembre de 1973 hasta el mes de marzo de 1990. En el desarrollo del trabajo será permanente la referencia a las soluciones jurisprudenciales de tribunales internacionales, especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esto puede llevar al entendido de que haremos un análisis comparado, sin embargo, nuestro propósito es un tanto distinto. Lo que buscaremos es mostrar la manera en que los tribunales nacionales adoptan decisiones judiciales internacionales en el foro nacional, buscando soluciones más allá del maniqueísmo jurídico clásico, en pos de asegurar la convivencia de las obligaciones nacionales e internacionales y la determinación de criterios objetivos para la observancia del Derecho. Es por ello que resaltaremos aquellas soluciones jurisdiccionales que se fundan en una *visión de conjunto* del derecho, destacando las sentencias que no ven impedimentos para razonar jurídicamente más allá de la *geografía* de la norma, y que se permiten pensar el derecho conforme a sus *objetivos* y *finés*, poniendo énfasis en la teleología de las reglas jurídicas, que no es otra que la protección de las personas. Trataremos de exponer que ello no conlleva el privilegiar el Derecho Internacional sobre el Interno, sino, que simplemente

pretende la realización práctica de los ordenamientos jurídicos de las comunidades democráticas.

Al exponer estos problemas creemos estar en condiciones de responder a la siguiente interrogante: *¿Estamos ante un conflicto relativo a interpretación jurídica, o bien ante un conflicto de fuentes del derecho?* Pensamos, que una vez que se responda satisfactoriamente lo anterior podremos determinar si en los casos en que el Estado de Chile, a través de sus tribunales de justicia, ha negado reparar a las víctimas de violaciones a los derechos humanos, podría incurrir en responsabilidad internacional.

En *términos metodológicos* haremos una revisión sistemática de las sentencias de casación dictadas por la Excelentísima Corte Suprema de Justicia de Chile en que se ha debatido el derecho a reparación de las víctimas de crímenes de guerra y de lesa humanidad durante la dictadura cívico militar (1973 a 1990). Estos casos son abordados bajo el prisma de la Responsabilidad del Estado, y al tratarse de una muestra de sentencias que se extiende por más de una década, nos permitirán constatar la elaboración de una dogmática particular, al tiempo que atestigüaremos un ámbito en que la judicatura ha tomado un rol innovador en la creación de derecho y determinación de criterios orientadores, pese a las limitaciones que ha mostrado el recurso de casación como unificador de jurisprudencia.

Para hacer esto dividiremos el cuerpo de nuestra investigación en los siguientes apartados:

En primer lugar haremos una breve relación histórica jurídica de las violaciones a los derechos humanos durante el periodo ya señalado. El objetivo de este apartado será fijar el marco de la discusión, ello porque, buena parte del debate ante la Corte Suprema se refiere a *qué derecho* es el más adecuado para regir los hechos denunciados en los libelos.

En segundo lugar, analizaremos cómo se ha conceptualizado en los fallos analizados la *naturaleza jurídica* de las acciones reparatorias, y cómo a partir de ello se ha determinado el que sería el entramado jurídico aplicable.

Habiendo situado jurídicamente la discusión, en tercer lugar, trataremos de disipar algunas interrogantes que surgen al abordar las relaciones entre el del DIDH y el Derecho

Interno, al tiempo que expondremos la existencia de una dialéctica particular para abordar la normativa llamada a dirimir estos asuntos.

Luego, pondremos atención en los regímenes de responsabilidad del Estado que se debaten en estas sentencias, y por último analizaremos la legitimidad de los límites que podrían imponerse a la responsabilidad estatal, buscando adelantar una de las consecuencias que pueden seguirse de estas sentencias, esto es, el surgimiento de *responsabilidad internacional* del Estado de Chile.

Este último aspecto -el del surgimiento de la responsabilidad internacional para nuestro Estado- es de vital importancia para Chile, ya que, éste ha sido condenado previamente por infracción a sus obligaciones internacionales en materias de derechos humanos, encontrándose aún pendiente la satisfacción de las consecuencias de esas condenas⁵.

Tema aparte es la pugna entre las salas especializadas de la Corte Suprema en cuanto a la solución de estos casos, y el estéril resultado que tuvo el pronunciamiento del pleno de la Corte Suprema cuando conoció de estos asuntos⁶. Pensamos que el análisis profundo de este punto es una cuestión más bien de sociología del derecho⁷, ya que, si bien en los fallos se expresan diferencias dogmáticas muy ricas de estudiar, el hecho de que las salas fallen sistemáticamente en sentidos opuestos responde a una cuestión política. Política en el sentido de que la oposición en las sentencias de casación es el resultado, más o menos esperable, que se sigue de la modalidad de elección de los ministros de la Corte Suprema, y los Senadores, y de cómo se relacionan sectores ideológicos dentro de la propia Corte Suprema para determinar la composición de las salas. Sin obviar la enorme trascendencia que reporta esta cuestión -que en definitiva en buena parte determina la realidad judicial del país- en nuestro análisis buscaremos atender a los argumentos en sí mismos más que a sus motivaciones axiológicas.

⁵ Lo anterior resulta patente en el caso del homicidio de Luí Almonacid Duménez, en que si bien las posturas que apoyan la amnistía de los crímenes de guerra y de lesa humanidad hoy son minoritarias, ello responde más bien a las composiciones de las salas de la Corte Suprema derivadas de los acuerdos políticos en el nombramiento de los ministros, ya que, el Decreto Ley N° 2.191 que establece la amnistía para estos graves delitos sigue vigente.

⁶ Nos referimos al fallo de casación Ingreso Corte Suprema N°10.665-2011, caratulado como "Colegio Médico Eduardo González Galeno."

⁷ INFORME ANUAL DE DERECHOS HUMANOS EN CHILE. AÑO 2005. Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. "Sistema Judicial y Derechos Humanos ". páginas 167 y siguientes; y "Verdad y Justicia respecto de las violaciones del pasado", páginas 263 y siguientes

CAPÍTULO I. CONTEXTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL DE LAS GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS EN CHILE.

“Por ello la labor de la justicia y los jueces que la encarnaron (...) fue en realidad una labor titánica y paciente. No se estaba luchando contra sujetos aislados, indefensos, sino que se bregaba contra una inmensa organización con un gran poder material y político.”

Nelson Caucoto Pereira y Héctor Salazar Ardiles⁸.

Pensamos que antes de adentrarnos al análisis pormenorizado de las sentencias de la Corte Suprema que han abordado las reparaciones por violaciones a los derechos humanos es necesario un breve preámbulo, que por su trascendencia hemos decidido intitularlo como capítulo primero. Éste tiene al menos dos objetivos: fijará nuestro escenario de estudio al tiempo que circunscribirá el debate que hemos anunciado en nuestra introducción. Por otro lado, pensamos que obviar esta breve reseña además de dificultar la comprensión del contexto normativo que explica nuestro objeto de estudio, impediría al lector una justa comprensión de los esfuerzos que se han comprometido en estas faenas tal como lo señala la nota que nos sirve de encabezado.

I. Violaciones a los derechos humanos en Chile.

Definir el marco en el cual se producen las violaciones en Chile resulta esencial para problematizar adecuadamente las nociones que iremos desarrollando en este trabajo. Ciertamente es que existe abundante producción de trabajos en relación a las violaciones masivas a los derechos humanos que se produjeron en nuestro país durante la dictadura cívico militar iniciada el 11 de septiembre de 1973, elaboración que ha sido nutrida desde las más diversas disciplinas tales como el periodismo, la historia social y política, la psicología, el derecho, la economía, etc. El hecho de que exista una multiplicidad de faenas intelectuales emprendidas para asir el periodo que va desde 1973 a 1990 resulta a estas alturas evidente, el país fue refundado en esos años lo que conllevó transformaciones estructurales del modo de vida de millones de personas.

Dicho proceso de refundación que utilizó como herramienta política de estabilidad el terror de la población, hizo por ende casi imposible cualquier avance para esclarecer

⁸ CAUCOTO, Nelson y SALAZAR, Héctor. “La noche de los corvos. El caso degollados o un verde manto de impunidad”. Ceibo Ediciones. Santiago, año 2013. Página 203.

las violaciones a los derechos humanos. Liliana Galdámez para caracterizar este periodo utiliza la noción de *contexto de macrocriminalidad* que definió Kai Ambos como aquel en donde una estructura de poder organizado se organiza para reprimir al enemigo y asegurarse impunidad⁹.

Como resultado de esta situación según han arrojado las comisiones de verdad fueron hechas desaparecer 1.183 personas, otras 2.008 fueron ejecutadas y al menos 35.868 personas fueron torturadas¹⁰, cifras que en ningún caso son cerradas, puesto que progresivamente se han incorporado nuevas víctimas que un principio no se les calificó como tales¹¹.

Pese a este estado de criminalidad organizada, financiada y ejecutada desde el estado, las personas que fueron objeto de tales crímenes, al menos desde el punto de vista conceptual, no estaban desprovistas de amparo jurídico, es más, es posible, y más que eso, es necesario sostener que existía un marco normativo establecido para su protección y en ultima ratio diseñado para la punición de las conductas desplegadas para secuestrarlas, asesinarlas o torturarlas¹².

Tras el sitio del palacio de gobierno y desplegadas las fuerzas armadas en todo el territorio nacional, Chile estaba de hecho en estado de guerra, siendo su declaración pública por parte de la jefatura militar sólo una confirmación discursiva de una realidad asentada e innegable. Dicho esto, entró a regir en todo el territorio un contexto legal especial, se declaró el tiempo de Guerra, se organizaron Consejos de Guerra, y los detenidos adquirieron así la condición de prisioneros de Guerra, haciendo plenamente operativos los Convenios de Ginebra, esto, a pesar de que la Justicia Militar no aceptó dichas invocaciones, cuestión que como veremos fue mantenida por los tribunales ordinarios mucho más allá de la derrota electoral de la dictadura.

⁹ GALDAMEZ ZELADA, Liliana. "Impunidad y tutela judicial de graves violaciones a los Derechos Humanos". Editorial Librotecnia. Santiago, año 2011, p. 172.

¹⁰ Fuente: Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior: [www. http://www.ddhh.gov.cl/](http://www.ddhh.gov.cl/); y Archivo digital de las Violaciones a los Derechos Humanos por la Dictadura Militar en Chile (1973-1990): www.memoriaviva.cl. (consultada en junio de 2014)

¹¹ V.G. caso de Manuel Jesús Pardo Cornejo. Causa por secuestro sustanciada ante la I. Corte de Temuco ROL N° 114.35.

¹² Es importante destacar que estas nomenclaturas no son propias del derecho chileno. Las figuras típicas de acuerdo a las definiciones del código penal son: Secuestros calificados, Homicidios calificados y Lesiones.

II. Contexto normativo.

Durante todo el periodo en comento rigió un conjunto de disposiciones legales emanadas de la Junta Militar, que buscaron su fundamento en la Constitución Política de 1925. Dicho contexto normativo estaba al menos constituido por los siguientes cuerpos. El Decreto Ley N° 1 dictado por el régimen militar dispuso que el mando de la nación era asumido por la Junta de Gobierno, la que, de acuerdo al Decreto Ley N°128 de 1973, importaba el ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo, ejerciendo los dos primeros mediante decretos leyes. Por su parte, la Constitución de 1925, vigente a la época, otorgaba al Presidente de la República la facultad de declarar el Estado de Sitio; sin embargo, en el evento que ello se efectúe por conmoción interior dicha decisión debería adoptarla el Congreso Nacional (artículo 72 N° 17). Es en este concierto legal que la Junta de Gobierno mediante el D.L. N° 3 declaró el Estado de Sitio en atención a la *situación de conmoción interior* que se vivía en ese momento, asumiendo, la Junta de Gobierno, la Comandancia en Jefe de las Fuerzas que operarían en la emergencia. Esta situación se complementó en cuanto a sus efectos por el artículo 1° del Decreto Ley N° 5, de fecha 12 de septiembre de 1973, el que declara *interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar*, en el sentido que *el estado de sitio decretado por conmoción interna, en las circunstancias que vive el país debe entenderse “estado o tiempo de guerra”* para los efectos de la penalidad que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes especiales y, en general, para todos los demás efectos de *“dicha legislación”* (los destacados son propios).

A pesar de esta evidente integración normativa con el DIH, por razones obvias, la Justicia Militar desechó el tratamiento de los cautivos como prisioneros de guerra, arguyendo que el artículo 3° común de las Convenciones de Ginebra sólo era aplicable en nuestro país para conflictos internacionales, y en la especie las fuerzas militares estaban enfrascadas *sólo* en una guerra interna¹³.

El referido Estado de Sitio se prolongó por la dictación de sucesivos Decretos Leyes, además de los arriba señalados; el Decreto Ley N°360 de fecha 16 de Marzo de 1974; luego el Decreto Ley N°641 de fecha 11 de Septiembre de 1974; el Decreto Ley N°922 de fecha 11 de Marzo de 1975; el Decreto Ley N°1181 de fecha 11 de Septiembre de 1975; el Decreto Ley N°1369 de fecha 11 de Marzo de 1976; el Decreto Ley N°1550 de

¹³ Sentencia Rol 6-73, Consejo de Guerra San Fernando, 28 de noviembre de 1974.

fecha 11 de Septiembre de 1976; el Decreto Ley N°1688 de fecha 11 de Marzo de 1977 y el Decreto Ley N°1889 de fecha 10 de Septiembre de 1977. Sin perjuicio que durante todo este período fue declarado asimismo el Estado de Emergencia ya por Decreto Ley o Decretos Supremos.

Así, a pesar de lo resuelto por la Justicia Militar, y en consonancia con lo que resolvería recién el año 2004 la Corte Suprema¹⁴, a partir de 1973 estábamos en presencia de un conflicto armado interno sin carácter internacional, todo ello para los efectos de la aplicación de las normas del derecho internacional humanitario establecidas en los CONVENIOS DE GINEBRA, vigente en Chile desde su publicación en el Diario Oficial los días 17, 18, 19 y 20 de Abril de 1951.

Mucho se ha discutido si acaso es necesario precisar para efectos del derecho a aplicar si existió o no una *guerra* en Chile a partir del 11 de septiembre de 1973. Lo cierto es que todo este debate resulta inoficioso, porque dicha nomenclatura se aplica a los conflictos internacionales y no a los internos. Ahora bien, no obstante esta precisión, es importante hacer notar, siguiendo a Bustos Valderrama, que aún en ese caso, esto es el de guerra civil, los Convenios de Ginebra son plenamente aplicables en atención a que estamos en presencia de un alzamiento de un grupo subversivo organizado que ejerce control territorial y que se alza en contra de un Gobierno establecido legalmente. Surge para el intérprete preguntarse ¿cuáles son esos bandos disidentes que justifican la existencia de un conflicto armado interno de esa naturaleza?, con agudeza el autor citado sostiene que *no resulta fácil de explicarse cómo, incluso en nuestros Tribunales de Justicia, ha llegado a trastocarse la visión de los hechos históricos, llegando a exigirse que quienes luchaban contra las Fuerzas Armadas y de Orden cumplieran con los requisitos referidos (grupos insubordinados con un mando organizado que ejercen control territorial), haciendo que el gobierno que formaran estas últimas -las FF AA y de Orden- fuera la autoridad legítima, en contra de la cual se alzaban grupos subversivos.*¹⁵ Reafirmado el punto, el autor sentencia: *la condición de insubordinados fueron las Fuerzas Armadas y de Orden*¹⁶.

¹⁴ Nos referimos a la sentencia dictada por el Secuestro Calificado de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez dictada el 11 de enero de 2004 en causa Rol N° 517-2004.

¹⁵ BUSTOS VALDERRAMA, Crisólogo. "Estudio del artículo tercero del Convenio de Ginebra de 1949, relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, y del Protocolo adicional II de 1977". Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado N° 12, Santiago, diciembre de 2004, p. 83.

¹⁶ *Ibidem*.

Al mismo tiempo es necesario notar que la integración normativa no sólo se da respecto al derecho convencional¹⁷ que proviene de los tratados, sino que además por las normas del derecho internacional consuetudinario, derecho de gentes, de los cuales fluyen normas imperativas, obligatorias y con efectos permanentes, inderogables y erga omnes, denominadas *ius cogens*¹⁸. Así entonces, se sostiene que la normativa que sanciona los graves crímenes de guerra y los de lesa humanidad entran en la categoría de normas *ius cogens*, que todos los Estados del mundo deben investigar y sancionar en su caso, quedando prohibida toda exoneración de la responsabilidad de sus partícipes.

¹⁷ Pues bien, cual entonces sería esta normativa aplicable. Al respecto, y dado que éste punto no es el núcleo de nuestra investigación, hemos de señalar que las normas más relevante son las siguientes. El artículo 3º de la Convención de Ginebra: “En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes contratantes, cada una de las partes contendientes tendrá la obligación de aplicar por lo menos las disposiciones siguientes:

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención, o por cualquiera otra causa, serán, en toda consecuencia, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo. “

A tal efecto, están y quedan prohibidos para cualquier tiempo y lugar, respecto de las arriba mencionadas: a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidos como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y enfermos serán recogidos y cuidados;

El artículo 149 de la Convención de Ginebra: “Las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, sea cual fuera la nacionalidad de ellas. Podrá, también si lo prefiere, y según las prescripciones de su propia legislación, pasar dichas personas para que sean juzgadas, a otra Parte contratante interesada en la persecución, siempre que esta última haya formulado contra ellas cargos suficientes.

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

El artículo 150º señala, a su turno: “Las infracciones graves a que alude el artículo anterior son las que implican alguno de los actos siguientes si son cometidos contra personas o bienes protegidos por el Convenio: homicidio intencional, tortura o tratos inhumanos, incluso las experiencias biológicas, el causar a propósito grandes sufrimientos o realizar atentados graves a la integridad física a la salud, la destrucción y apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares y ejecutadas en gran escala de manera ilícita y arbitraria”.

El artículo 151 de la Convención de Ginebra, indica: “Ninguna parte contratante podrá exonerarse a sí misma ni exonerar a otra Parte contratante de las responsabilidades en que incurre ella misma u otra Parte contratante respecto a las infracciones previstas en el artículo precedente”.

¹⁸ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, vigente en Chile, reconoce en sus artículos 53 y 54 las normas denominadas de “*ius cogens*” y las define como aquella norma interpretativa de derecho internacional generalmente aceptada y “reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario, y sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter...”

En este punto quizás es necesario hacer un alcance. Los hechos que son descritos en los libelos que dieron lugar a las sentencias de casación que estudiaremos presentan al menos dos situaciones distinguibles. Aquellos hechos ocurridos antes de la dictación del Decreto Ley N°2191 de Amnistía, momento en que cesaría el explícito estado de guerra, y aquellos hechos ocurridos con posterioridad a su dictación. En el primer periodo resulta innegable a la luz de los fallos que se estudiarán, que se estaba en presencia de un conflicto armado no internacional, pero respecto del segundo momento es necesario notar que existen algunas controversias, por lo que los delitos perpetrados en dicho periodo no adquirirían la doble tipicidad como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, sino sólo de lesa humanidad, lo que en todo caso no obsta la dimensión internacional de los ilícitos.

III. Respuesta de los tribunales nacionales ante las violaciones a los DD.HH.¹⁹

En este apartado haremos un breve recuento del derrotero jurisprudencial de la Corte Suprema relativo a las violaciones a los Derechos Humanos en Chile durante la última dictadura. Podrá notar el lector que el énfasis está puesto en las tendencias penales del desarrollo jurisprudencial. Esto se debe a que el desarrollo argumentativo referido a las reparaciones ha sido ciertamente tributario de las condenas penales, ya que, sólo una vez que la Corte Suprema varía de criterio en la aplicación de la amnistía y la prescripción es que se comienza a reparar a las víctimas. En el curso de la investigación podremos ver en detalle la razón de esto, por ahora nos limitaremos a adelantar que este fenómeno se debe a que el máximo tribunal ha concluido que dado que los crímenes perpetrados son imprescriptibles así lo son también las acciones reparatorias. Lamentablemente no existe una muestra de un razonamiento independiente a las consideraciones penales, y esto se debe a que de todas las causas que ha conocido la Sala Constitucional relativas a reparaciones por violaciones a los DD.HH. durante la dictadura cívico militar sólo en una oportunidad se falló acogiendo las acciones²⁰. Dicho esto, resulta claro porque en este apartado nos limitaremos a exponer las tendencias referidas a fallos en su aspecto penal.

¹⁹ Ver GALDAMEZ, Liliana. "Impunidad y tutela judicial de graves violaciones a los Derechos Humanos". Obra Citada, p. 171-213.

²⁰ Nos referimos al fallo de casación en ECS Rol N° 2080-2008, Tercera Sala. Carátula: María Isabel Ortega Fuentes / Fisco de Chile. Víctima: Washington Cid Urrutia.

A partir de lo expuesto por Liliana Galdámez²¹, podemos señalar que la senda jurisprudencial conoce los siguientes momentos: 1) Aplicación de la Amnistía y la Prescripción; 2) El cese progresivo de la aplicación de la Amnistía y la Prescripción; 3) La aplicación del Derecho Internacional y la imprescriptibilidad de los crímenes. Es posible agregar un cuarto momento, en plena vigencia, en que se aplica la prescripción gradual de los delitos como atenuante muy calificada para rebajar las penas.²²

El primer periodo que se extiende desde 1973 hasta 1998, estuvo caracterizado por la ausencia, por parte de la Corte Suprema, de voluntad para ejercer sus facultades fiscalizadoras respecto del actuar de los otros tribunales que declinaron, en buena medida, a ejercer su jurisdicción. Es así como fueron rechazados sistemáticamente los recursos de amparo que se presentaron en favor de los detenidos haciendo caso omiso de los ruegos que muchas veces se le hicieron llegar personalmente a las máximas autoridades de la Corte Suprema, magistratura que tuvo condescendencia para con la Junta Militar, sólo rota por circunstancias extraordinarias. Es en este contexto que el presidente de la Comisión de Chilena de Derechos Humanos, Jaime Castillo Velasco, denunciara en 1983 que la Corte Suprema se limitara a dictar siempre fallos en favor del gobierno, distorsionando incluso a veces la ley²³. Es evidente que en este contexto la aplicación de las garantías y principios del Derecho Internacional resultaba impensable.

Asumido el gobierno de Patricio Aylwin Azocar y hasta 1998, se aplicó irrestrictamente el Decreto Ley N°2.191. De hecho la Corte Suprema realizó el valor de la amnistía como un instrumento legítimo e idóneo para dotar de paz a la conveniencia social. Procesalmente se adoptó como criterio aplicar la Ley de Amnistía aun antes de investigar las denuncias o establecer responsabilidades. Fue tal la univocidad que el Pleno del Máximo Tribunal ordenó que esta debiera aplicarse sin restricciones²⁴. Al mismo tiempo, y en oposición a lo que hemos sostenido más arriba, la Corte Suprema mantuvo que en Chile no se dieron los presupuestos fácticos necesarios para hacer aplicables los Convenios de Ginebra, ya que, a juicio del máximo tribunal del país en Chile no hubo un

²¹ GALDAMEZ, Liliana (2011). "Impunidad y tutela judicial de graves violaciones a los Derechos Humanos". Obra citada, pp. 178 y ss.

²² Ver FERNANDEZ NEIRA, Karinna. "La prescripción gradual, aplicada a los delitos de lesa humanidad / Karinna Fernández Neira". Tesis para postular al grado de Magister en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Año 2010. páginas 54 y siguientes. (consultada en junio de 2014)

²³ AMORÓS, Mario. "Después de la Lluvia: Chile, la memoria herida". Editorial Cuarto Propio, Santiago año 2004. p. 176.

²⁴ ECS. Rol N° 4.711-1993.

conflicto armado de carácter interno. Así, a la Corte Suprema le pareció que *del precipitado Decreto Ley N°5, se colige que éste interpreta el artículo 418 del Código de Justicia Militar para el sólo efecto de aplicar la legislación en tiempo de guerra, sin que en realidad concurrieran los presupuestos de un conflicto bélico como el que se hace mención en los Convenios de Ginebra*²⁵. Como señalamos más arriba al llamar a colación el razonamiento de Crisólogo Bustos Valderrama, la Corte sostenía que al no existir un bando organizado armado en Chile que se opusiera al gobierno no se configuraban la hipótesis de los Convenios de Ginebra²⁶, incurriendo el máximo tribunal en dos errores, a saber: El DIH no exige que estemos ante una guerra civil para que éste se torne aplicable, de hecho siquiera utiliza dicho concepto; segundo, como señalara Bustos Valderrama, sí existieron grupos armados que se alzaron contra el gobierno y ejercieron control territorial, estos fueron las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones.²⁷ A este respecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con posterioridad a los fallos citados señaló que:

“49. El problema de las amnistías ha sido considerado por la Comisión en diversas oportunidades, por reclamos contra Estados partes en la Convención Americana que, en busca de mecanismos de pacificación y reconciliación nacional, han recurrido a éstas dejando en desamparo a un sector dentro del que se hallan muchas víctimas inocentes de la violencia, las que se ven privadas del derecho a la justicia en sus justos reclamos contra quienes cometieron excesos y actos de barbarie en su contra.

*50. La Comisión reiteradamente ha señalado que la aplicación de las amnistías hace ineficaces y sin valor las obligaciones internacionales de los Estados partes impuestas por el artículo 1.1 de la Convención; en consecuencia constituyen una violación de dicho artículo y eliminan la medida más efectiva para poner en vigencia tales derechos, cual es el enjuiciamiento y castigo a los responsables.”*²⁸

Como excepción a esta lógica Karinna Fernández Neira cita 4 fallos emanados de los tribunales de justicia que habrían dado los primeros pasos para el enjuiciamiento efectivo de estos ilícitos, estos son: a) Sentencia pronunciada el 20 de septiembre de 1993, por el Juez de Letras de Lautaro, fallo que constituye la primera condena en Chile en una causa por violaciones a los derechos humanos emanada, claro está de un tribunal de primera instancia. En ésta se desechó la aplicación de la amnistía y la prescripción, ya

²⁵ ECS. Rol N° 5.566, citado por GALDEMEZ, Liliana. Obra citada, año 2011. página 181.

²⁶ ECS. Rol N° 28-1997

²⁷ BUSTOS VALDERRAMA, Crisólogo. “Estudio del artículo tercero del Convenio de Ginebra de 1949, relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, y del Protocolo adicional II de 1977”. Obra citada, p. 83.

²⁸ INFORME N° 34/96. CASOS 11.228, 11.229, 11.231 y 11282 CHILE. 15 de octubre de 1996. Comisión de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos.

que, al tratarse de ilícitos de carácter permanente -secuestro y sustracción de menores- se entendía que tales delitos estaban en constante estado de consumación; b) Un fallo emanado de la Corte de Apelaciones de Santiago donde se desechó la solicitud de revocación de procesamiento solicitada por el agente Osvaldo Romo, por los secuestros de Bárbara Uribe y su cónyuge Edwin Van Yurick (Rol Ingreso N° 38.638-94). En ésta, la Corte resolvió que los Convenios de Ginebra eran aplicables al disponer dichos cuerpos que *a los Estados Partes les queda prohibido exonerarse a sí mismos o exonerar a otras Partes contratantes de las responsabilidades surgidas por infracción a lo dispuesto en los Convenios, de manera que los delitos que constituyen infracciones graves a la Convención, son imprescriptibles y no sujetos a amnistía*. Además, el fallo agrega que el referido Decreto Ley N°2191 se *opone a lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. No obstante el énfasis del sentenciador, dicho fallo finalmente fue revocado por la Corte Suprema confirmando la aplicación del Decreto Ley de Amnistía; c) La sentencia pronunciada por el homicidio calificado del ex canciller chileno Orlando Letelier (Corte Suprema Ingreso Rol N°1-91, con fallo de fecha 30 de mayo de 1995); d) La sentencia condenatoria pronunciada por la Corte Suprema el 27 de octubre de 1995, como consecuencia de los homicidios de Manuel Guerrero Ceballos, Santiago Nattino Allende y José Manuel Parada Maluenda. Estas dos últimas sentencias no estaban dentro del periodo abordado por la amnistía y se había interrumpido la prescripción pero de igual forma constituyen claros avances en la condena de los graves crímenes perpetrados durante la dictadura²⁹.

Sin duda, a esta situación es necesario agregar eventos políticos ineludibles que comenzaron a hacer cambiar la correlación de fuerzas en los tribunales chilenos como fue el nombramiento de nuevos ministros en la Segunda Sala de la Corte Suprema, y la detención del entonces Senador Vitalicio Augusto Pinochet Ugarte en Londres.

Un hito que permite caracterizar esta nueva y precaria apertura, es el fallo dictado por la Corte Suprema el 9 septiembre de 1998, revocando la decisión de la Corte Marcial de decretar el sobreseimiento definitivo en la causa del secuestro del joven dirigente sindical Pedro Poblete Córdova quien fuera hecho desaparecer por la DINA en julio de

²⁹ FERNÁNDEZ, Karinna. "La prescripción gradual, aplicada a los delitos de lesa humanidad / Karinna Fernández Neira". Tesis para postular al grado de Magister en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Año 2010. Obra citada. Páginas 56 y siguientes.

1974. El referido fallo introduce las siguientes cuestiones: En primer lugar se sostiene que previa a la aplicación del Decreto Ley N°2191 sobre Amnistía del año 1978 el juez instructor debe determinar la identidad de los delincuentes:

“Que ello se sigue que para aplicar la amnistía, debe estar igualmente determinada la persona del delincuente en forma clara e indubitada, única manera de extinguir a su respecto la pena que debiera corresponderle por su participación en los sucesos investigados; concluyéndose de lo razonado que al aplicar una causal de extinción de responsabilidad penal que, de acuerdo a los antecedentes expuestos no está llamada a decidir el pleito, se ha incurrido en un nuevo error de derecho por los magistrados del fondo.”³⁰

Esta afirmación que desde luego resulta limitada e insatisfactoria desde la perspectiva del DIDH y el DIH, permitió al menos satisfacer una de las aristas de las políticas transicionales en consonancia con los objetivos que se planteó la CNVR, esto es, conocer la verdad. Es así como algunos jueces que eran, no obstante partidarios de la aplicación del Decreto Ley N°2191 sobre Amnistía realizaron importantes labores de investigaciones que hoy han redundado en condenas, como es el caso del Ministro de la Corte de Apelaciones Víctor Montiglio Rezzio (QEPD) quien estuvo hasta su retiro del poder judicial a cargo del caso Rol N°2182-1998 Operación Colombo, denominación dada a la acción criminal destinada a encubrir el secuestro de 119 personas durante el periodo comprendido en la Ley de Amnistía de 1978.

Al mismo tiempo y como segunda cuestión trascendental, el citado fallo realizaba la importancia de determinar el paradero de la víctima, porque de lo contrario se debía entender que el delito continuaba ejecutándose de manera que su consumación transcendía el periodo de tiempo establecido para la vigencia de la amnistía como modo de extinguir la responsabilidad penal, reforzando de este modo la tesis del secuestro permanente:

“Que, en otra perspectiva, ha de considerarse que se dio comienzo a la perpetración de los hechos el 19 de julio de 1974, ignorándose hasta esta fecha el destino y paradero de Pedro Poblete Córdova, por lo que es posible que el o los ilícitos que hubieren de establecerse excedieran el ámbito temporal y sustantivo de aplicación de Decreto Ley 2.191.”³¹

En cuanto a la aplicación del derecho internacional la Corte Suprema consideró, abandonando lo sostenido en sus fallos precedentes, que en la especie se daban las

³⁰ ECS Rol N° 469-1998. Considerando 8°.

³¹ ECS. Rol N° 469-1998. Considerando 11°.

condiciones fácticas para la aplicación del los Convenios de Ginebra, puesto que, a juicio del tribunal, en el contexto del secuestro del Sr. Poblete se daban los supuestos del conflicto armado no internacional:

“Que, en el siguiente punto a considerar, ha de tenerse presente que luego del 11 de septiembre de 1973, en que las Fuerzas Armadas destituyeron al gobierno y asumieron el poder, el que expresaron comprendía el ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo; se dictó así por la Junta de Gobierno, a la sazón, el 12 de septiembre de 1973 el Decreto Ley N° 5, que en su artículo 1° declaró interpretado el artículo 418 del Código de Justicia Militar y estableció que el estado de sitio decretado por conmoción interna (situación que regía al 19 de julio de 1974), debía entenderse como "estado o tiempo de guerra" para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo contenida en el Código referido y demás leyes penales y para todos los efectos de dicha legislación.

Y entre esta última indudablemente se encontraban vigentes, como hoy, los Convenios de Ginebra de 1949, ratificado por Chile y publicado en el Diario Oficial de 17 al 20 de abril de 1951, que en su artículo 3° (Convenio Relativo a la Protección de Personas Civiles en Tiempo de Guerra) obliga a los Estados contratantes, en caso de conflicto armado sin carácter de internacional ocurrido en su territorio, al trato humanitario incluso de contendientes que hayan abandonado sus armas, sin distinción alguna de carácter desfavorable, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar (...)³²

A pesar de esto, la preferencia normativa hacia el derecho internacional no continuó desarrollándose sino en fechas más recientes, a partir de la sentencia de casación por el secuestro de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, fallo pronunciado recién el año 2004.

A este hito debemos agregar que la Corte Suprema comenzó a sustraer estas causas desde la justicia militar a la ordinaria, cuestión que se vio reforzada con el nombramiento de jueces con dedicación exclusiva.

Como señalamos un nuevo periodo se abre con la sentencia condenatoria por el secuestro del sastre de 26 años de edad Miguel Ángel Sandoval Rodríguez. El fallo de casación que dictara la Corte Suprema el año 2004 adopta claramente como criterio orientador la aplicación del derecho internacional, al tiempo que se sirve de éste para dar un contexto a sus decisiones sorteando las impugnaciones de la defensa en orden a que el sentenciador aplicó normas que no estaban formalmente incorporadas al sistema jurídico chileno.

“(…) Sin perjuicio de ello y con el solo propósito de ahondar en las razones de este rechazo a la impugnación intentada, es menester consignar que la alegación del

³² ECS Rol N° 469-1998, considerando 9°.

recurrente en orden a que el fallo sub lite aplicó legislación no vigente en nuestra Patria al momento de ocurrir los hechos, debe también ser desechada por la razones expuestas en el razonamiento cuarto de esta resolución, en el sentido que el veredicto de segundo grado no se asila en dichas normas para condenar a su defendido, sino que lo hace en el artículo 141 del Código sancionatorio, ilustrando su decisión con las reglas de la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas, la doctrina de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas y la resolución que creó el Tribunal Internacional para juzgar los delitos perpetrados en la ex Yugoslavia, así como el Estatuto de la Corte Penal Internacional. De lo anterior fluye claramente que la condena en comento se asentó en el artículo 141, incisos 1º y 4º, del Código punitivo, que reprime el delito de secuestro calificado, lo que resulta evidente de la sola lectura del fundamento trigésimo tercero del fallo en revisión, y no en las regulaciones que invoca el impugnante, las cuales sólo dan cuenta de la importancia del delito cometido y como, a través del tiempo, se ha tratado de reforzar aún más la idea del respeto a la libertad individual como un bien jurídico de la mayor importancia, así como el reconocimiento a la vida y dignidad de las personas y de quienes tienen el justo y legítimo derecho de conocer el paradero de los que han sido detenidos.”³³

Pensamos que en esta argumentación resulta patente que los Ministros decidieron buscar la solución que mejor garantizaba la protección de los bienes jurídicos en juego. En esto orden de cosas, la Corte Suprema es clara en determinar que está vedado el auto-sustraerse de responsabilidad criminal cuando se perpetran crímenes de tal envergadura, al tiempo que resuelve dar aplicación preferente a las Convenciones Internacionales que buscan amparar los derechos que le fueron privados al Sr. Sandoval Rodríguez, disponiendo que:

“Que, en consecuencia, 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 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 puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos.”³⁴

Por último, otro hito innegable, destacado por Liliana Galdámez, corresponde a la dictación del fallo de casación por la sala penal de la Corte Suprema en el asunto conocido como caso Chena³⁵. En éste junto con profundizar en la idea de que tras el

³³ ECS Rol N° 517-2004. Fallo de casación del 17 de noviembre de 2004. Considerando 18°.

³⁴ ECS. Rol N° 517-2004. Considerando 35°.

³⁵ GALDAMEZ, Liliana (2011). “Impunidad y tutela judicial de graves violaciones a los Derechos Humanos”. Obra citada. p. 200.

golpe de estado se generaban los supuestos de aplicación del artículo 3° común a las Convenciones de Ginebra, incorpora a sus basamentos la noción de *ius cogens*, como fuente normativa aplicable para estos asuntos, definiendo su carácter como norma jurídica y su alcance como principio formativo. Pese a la extensión del razonamiento nos permitimos su transcripción dada la claridad y pertinencia del mismo para las cuestiones que veremos más adelante.

*“Que la indicada consagración del derecho de gentes y su aceptación permite considerar que existía a la época del hecho criminoso de autos, un sistema de protección de derechos obligatorio para el Estado de Chile, independientemente del consentimiento expreso de las naciones vinculadas y que se conoce como reglas imperativas de derecho internacional o *ius cogens*. Tales patrones se imponen a los Estados y prohíben los crímenes de lesa humanidad, incluso durante el desarrollo de conflictos de carácter internacional o internos. Este derecho perentorio internacional implica el rechazo in limine por las naciones civilizadas de injustos que repugnan a la conciencia humana y que constituyen crímenes contra la humanidad.*

*Dichas disposiciones conforman el derecho internacional preceptivo el cual junto con el derecho internacional convencional, forman parte integrante del derecho chileno.*³⁶

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 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 mil novecientos sesenta y nueve, ratificada por Chile el nueve de mayo de mil novecientos ochenta y uno, 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 (...)

*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*

³⁶ ECS. Rol N° 3125-2004. Considerando 31°.

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 modificadas por un acuerdo entre Estados sino únicamente por una norma posterior que, al mismo tiempo, ostente el carácter de imperiosa.³⁷

Como se observa, el desarrollo jurisprudencial de los tribunales nacionales en el tratamiento a las violaciones a los derechos humanos no fue ni es en absoluto un labor llana, por lo que, sólo su comprensión en contexto permite vislumbrar de los desafíos, de las más diversas índoles, a los que se deben enfrentarse los sentenciadores, retos que sin duda definirán en buena medida los resultados que comentaremos en esta memoria investigativa.

³⁷ ECS. Rol N° 3125-2004.Considerando 32°.

CAPÍTULO II. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ACCIONES DE REPARACIÓN. UNA APROXIMACIÓN AL ESTATUTO JURÍDICO APLICABLE.

“¿En primer lugar, teniendo en cuenta que estamos ante un tribunal de Derecho, una de las primeras interrogantes que plantearíamos ante esta afirmación es ¿ si lo que nos debe preocupar es la vigencia plena de la ley o la vigencia plena de Derecho? “

Gonzalo Aguilar Carvallo³⁸

Como señalamos al introducir esta investigación, en el seno del máximo tribunal se ha debatido intensamente respecto a cuál es el mejor modo de enfrentar este problema que ante los jueces se ha presentado lleno de complejidades. Así, los sentenciadores han discurrido acerca de qué normas y principios son los llamados a resolver el conflicto, y cuáles son los criterios interpretativos que de mejor manera permiten arribar a una solución satisfactoria desde el punto de vista de la postura que han adoptado los jueces. Es muy probable que la decisión esté en muchos casos preconcebida por los sentenciadores, sea en atención a posturas políticas, valorativas, y jurídicas desarrolladas con anterioridad al conocimiento del asunto, ahora no siendo nuestro objetivo el desentrañar las profundas razones que podría tener el sentenciador, trataremos sólo de exponer los argumentos tal cual quedan de manifiesto en los fallos, y observar en ellos, los razonamientos jurídicos.

Una de las herramientas que ha utilizado el máximo tribunal para dirimir las normas, principios, y criterios interpretativos aplicables ha sido determinar qué naturaleza jurídica tendrían las acciones reparatorias que dieron lugar a los procesos que terminaron siendo resueltos por la Corte Suprema en sus sentencias de casación³⁹. Este elemento de análisis suele ser una de las primeras cuestiones a dilucidar en cualquier estudio de Derecho, y esto es evidente, pues permite determinar el objeto de análisis. Es quizás, precisamente, esta necesidad y obviedad de la pregunta la que hace que el debate en torno a la naturaleza jurídica de una acción, de una relación jurídica, de un derecho, etc.,

³⁸ AGUILAR CARVALLO, Gonzalo. “Evolución de la jurisprudencia en materia de imprescriptibilidad de la acción civil en casos de violación de los derechos humanos”. Gaceta Jurídica N° 341. Santiago, Año 2008. P. 20.

³⁹ Nos referimos tanto a las acciones deducidas ante Jueces de Letras en lo Civil, como ante Ministros en Visita Extraordinaria o Ministros de Fuero.

sea especialmente conflictiva, pues su determinación condicionará buena parte del análisis posterior.

En el asunto que nos toca abordar los ministros del máximo tribunal muchas veces han condicionado sus conclusiones a la naturaleza de la acción elaborando, al respecto, dos posturas. En la primera de éstas la Corte Suprema ha afirmado que estamos frente a acciones *eminentemente patrimoniales*, cuestión que lleva a que el estatuto jurídico aplicable sea sin más el derecho patrimonial, que en nuestro sistema jurídico corresponde en su dimensión de derecho común al estatuto regulado a partir del Código Civil⁴⁰. La segunda posición adoptada por el máximo tribunal del país, sostiene que las acciones tienen una *naturaleza humanitaria*, y que así las cosas, deberíamos adoptar una decisión a partir de los postulados del derecho internacional, en particular en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. Como se observa, la determinación de la naturaleza de las acciones se ha usado como presupuesto para las decisiones que en definitiva denegarán o concederán las reparaciones, esto, bajo una medida manifiestamente maniquea que obligaría al intérprete a elegir entre estatutos jurídicos que son entendidos como distintos y exteriores entre sí.

En las sentencias que pasaremos a analizar, la adopción de una u otra de las hipótesis hace surgir a su vez nuevas interrogantes: primero, *¿qué fuentes jurídicas y criterios interpretativos son los llamados a regir estas controversias?*; segundo *¿son las acciones reparatorias compatibles con las pensiones que forman parte de lo que se conoce en general como leyes de reparación?*; y finalmente *¿resulta aplicable a estas acciones la prescripción extintiva regulada en el código civil?* En los capítulos siguientes intentaremos responder cada una de estas preguntas.

Es así como el presente capítulo tiene un fin eminentemente descriptivo. El propósito es que el lector note el nudo del conflicto, y observe que a los jueces, a pesar de sostener decisiones contradictorias, les asistirá siempre la pretensión de resguardar la coherencia del sistema jurídico y la necesidad de observar los imperativos que rigen su labor jurisdiccional.

Así mismo, es necesario aclarar una cuestión conceptual. Si bien las nociones *acción* y *pretensión* son perfectamente distinguibles, -refiriendo la primera una cuestión

⁴⁰ DUCCI CLARO, Carlos. "Derecho Civil Parte General". Editorial Jurídica de Chile, 4ta edición. Santiago, año 2008. Páginas 14 y 15.

procesal, esto es, el mecanismo dirigido al estado para que ejerza jurisdicción, y la pretensión, como una declaración donde se busca un pronunciamiento específico del tribunal que en realidad se dirige ante o contra la otra parte del litigio- en nuestro estudio nos referiremos al término acción para englobar la pretensión, siendo la razón muy sencilla, puesto que cada vez que la Corte Suprema se refiere a la naturaleza de la pretensión habla de acción. Pensamos que esto es preferible a que cada vez que se lea acción en los fallos tengamos que hacer el alcance técnico.

Por último, para que el lector pueda tener una visión más precisa de la discusión es necesario hacer presente las reglas positivas que enmarcan el debate, sin perjuicio de otras que iremos analizando en el curso de esta memoria de título. Pensamos que, al menos para entender de mejor modo este capítulo es necesario atender al contenido de las siguientes normas:

Reglas positivas de derecho interno:

Constitución Política de la República.

Artículo 1° inciso 4°: “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.”

Artículo 5 inciso 2°: “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.”

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.”

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.”

Artículo 38 inciso 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.”

Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Artículo 4°: “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.”

Artículo 42 inciso 1°: “Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio.”

Código Civil.

Artículo 4° del Código Civil: Las disposiciones contenidas en los Códigos de Comercio, de Minería, del Ejército y Armada, y demás especiales, se aplicarán con preferencia a las de este Código.

Artículo 2314: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.

Artículo 2332. “Las acciones que concede este título⁴¹ por daño o dolo, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto.”

Artículo 2497: “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.”

Artículo 2514: 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

Reglas positivas en el derecho internacional:

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Artículo 1.1: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

⁴¹ Este artículo está contenido en el mismo título que el artículo anterior (Título XXXV).

Artículo 2: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

Artículo 63.1: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Artículo 26: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”

Artículo 27: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”

I. Razonamientos contenidos en las sentencias de casación relativas a la naturaleza jurídica de las acciones reparatorias.

En el presente apartado expondremos una muestra representativa de las consideraciones que han hecho los Ministros de la Corte Suprema al determinar la naturaleza jurídica de estas acciones. El lector debe tener presente que a lo largo de los años de discusión jurisprudencial los argumentos se han ido consolidando, enriqueciendo y evolucionando al menos en general- lo que ha redundado en que muchas veces los razonamientos se vayan reiterando de un fallo a otro, tanto en las decisiones de mayoría como en los votos de los disidentes, de hecho en varias oportunidades se puede constatar que los considerandos son exactamente los mismos. Es por ello que carece de sentido citar todos los fallos, limitándonos a traer a colación los más relevantes, aquellos que contengan razonamientos inéditos y más desarrollados, citando al pie aquellas sentencias que reiteren dichos fundamentos. Hacemos notar que los destacados en las sentencias citadas siempre serán nuestros.

1. Las acciones deducidas tienen naturaleza patrimonial.

El lector podrá notar de inmediato, al observar los considerandos que pasamos a destacar, que los sentenciadores tienen plena conciencia del problema jurídico al que se ven enfrentados. Por ello resulta ilustrativo iniciar su estudio con las consideraciones del

abogado integrante de la Sala Penal del Máximo Tribunal Sr. Hernández, quien junto con oponerse a la reparación adoptada por la sala, señaló:

“3°.- 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.

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”⁴².

Abriendo este derrotero, en uno de los primeros fallos de la Corte Suprema al respecto dictado el 15 de abril del año 2003, el máximo tribunal expuso en la sentencia de remplazo lo siguiente:

“SEGUNDO: Que la indemnización de los daños efectivos o morales que sufren los afectados por la acción de los órganos del Estado es asunto de índole patrimonial, en el que por mandato legal expreso impartido por el artículo 2497 del Código Civil, tienen cabal aplicación las normas de este Código relativas a la prescripción, en ausencia de preceptos especiales (...).”⁴³

La Corte acoge de esta manera el argumento sostenido en el Recurso de Casación presentado por el Consejo de Defensa del Estado en atención a que la “acción ejercida en este caso en contra del Fisco de Chile es eminentemente crediticia o patrimonial”⁴⁴. En este caso, tanto el recurrente como la Corte se limitan a afirmar la naturaleza de la pretensión sin entrar a analizar su contenido, carencia argumentativa que como veremos se reiterará en las sentencias posteriores.

⁴² ECS Rol N° 4662-2007, “Segunda Sala, Episodio: “Liquiñe”. Voto disidente abogado Integrante Hernández.

⁴³ ECS Rol N° 1234-2002, Cuarta Sala Mixta, Cartelado: “Pizini Burdiles con Fisco”, sentencia de remplazo de fecha 15 de abril de 2003.

⁴⁴ Ver fallo de casación, en la misma causa, donde se anula la sentencia de segunda instancia que acogió la demanda.

En el mismo sentido se pronunció 4 años después la Tercera Sala del máximo tribunal al estimar que:

“VIGÉSIMO PRIMERO: Que, en el señalado orden de ideas, cabe apuntar que, dentro de la legislación nacional, no existe norma alguna en que se establezca la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales;

*VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, siguiendo la misma línea de razonamientos, debe tenerse presente que la aplicación de las normas sobre prescripción contempladas en el Código Civil a las acciones mediante las cuales se persigue la responsabilidad extracontractual del Estado no repugna a la naturaleza especial que ella posee, **dado que tales acciones pertenecen al ámbito patrimonial** y que, por ende, en ausencia de preceptos que consagren su imprescriptibilidad, corresponde estarse a las reglas del derecho común, referidas determinadamente a la materia”⁴⁵.*

Es importante destacar que los considerandos precedentes contienen una afirmación, por cierto polémica, relativa a que *no existe norma alguna en que se establezca la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales*. En éste último caso la Corte está dando por sentada una discusión para nada pacífica relativa al fundamento normativo de la responsabilidad del Estado. En esta rama del derecho público se sigue debatiendo si esta responsabilidad tiene su fuente en el derecho privado o si hunde su raíz en el derecho público⁴⁶. Se echa de menos entonces en el fallo citado que la Corte exponga con claridad qué postura está adoptando al respecto, y no sólo que se limite a afirmar la no existencia de una regla positiva sin más. Ello es de vital importancia, puesto que, en el Derecho Público, entiéndase Constitución Política y Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, no existe norma que establezca una extinción de las acciones de responsabilidad por el transcurso del tiempo.

En el mismo orden de cosas la misma sala dictaminó con fecha 29 de enero de 2008 lo siguiente:

“SÉPTIMO: Que, en la especie, se ha ejercido una acción de contenido patrimonial que persigue hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado, de manera que, no cabe sino aplicar las normas del Código Civil. En efecto, la idea

⁴⁵ ECS Rol N° 1133-2006, Tercera Sala, Caratulados: “Neira con Fisco de Chile” sentencia que rechaza casación deducida por la demandante de fecha 25 de julio de 2007; Víctima: Arsenio Poupin Oissel.

⁴⁶ Véase VIÑUELA HOJAS, Mauricio. “La Responsabilidad del Estado Chileno por hechos de la administración: Avances y Retrocesos”. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte. Año 13, Volumen N° 1, 2006, Coquimbo, pp. 171 a 191.

de aplicar las reglas de la prescripción extintiva que contiene 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 inciden en el ámbito patrimonial de esa responsabilidad y que, en ausencia de normas positivas que las hagan imprescriptibles, corresponde estarse a las reglas del Derecho Común que se refieren específicamente a la materia, entre las que se encuentra el artículo 2332 del Código Civil, que versa directamente sobre ella.

OCTAVO: Que **esto no ocurre merced a una aplicación supletoria** de dicha normativa, **sino que se produce directamente, por mandato explícito del legislador expresado en el artículo 2497 del Código Civil**, que dispone que “las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo”, **extendiendo al Fisco, entre otras personas, sus normas sobre prescripción.**⁴⁷

Luego el día 14 de octubre del año siguiente resolvió:

“QUINTO: Que **en la especie se ha ejercido una acción de contenido patrimonial** que persigue hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado, de manera que **no cabe sino aplicar en materia de prescripción las normas del Código Civil**, lo que no contraría la naturaleza especial de la responsabilidad que se persigue en atención a que la acción impetrada pertenece, como se ha dicho al ámbito patrimonial.”⁴⁸

Las dos sentencias anteriores señalan en iguales términos que *en la especie se ha ejercido una acción de contenido patrimonial que persigue hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado, de manera que no cabe sino aplicar en materia de prescripción las normas del Código Civil*. Si bien la sentencia no lo expresa parece ser que lo que está haciendo la Corte es concluir que las acciones son patrimoniales por expresarse en los libelos pretensiones cifradas en dinero. Sin perjuicio de que resulta deseable que los tribunales se arriesguen a buscar soluciones reparatorias que vayan más allá de la restitución pecuniaria⁴⁹, no puede obviarse que en los procesos seguidos por el Código de Procedimiento Civil, es necesario que los litigantes determinen con claridad sus pretensiones, ya que, si estos procesos terminaran en sentencias de condena, lo resuelto será objeto de un estricto control por vía de casación, en concreto, podrían ser anuladas por *ultra petita*. Sentada esta necesidad no concordamos con el razonamiento de la Corte, puesto que, una cosa es la concreción del quantum de una

⁴⁷ ECS Rol N° 4065-2006, Tercera Sala, Caratulados: “París con Fisco de Chile”, sentencia que acoge casación deducida por el Fisco de Chile de fecha 29 de enero de 2008.

⁴⁸ ECS Rol N° 5570-2007, Tercera Sala Caratulados: “López López con Fisco de Chile”, sentencia que rechaza casación en el fondo deducida por la demandante de fecha 14 de octubre de 2009.

⁴⁹ Ver NASH ROJAS, Claudio. “Responsabilidad internacional del Estado en la jurisprudencia internacional y la experiencia chilena”. Thomson Reuters, Santiago, 2013, pp. 116 y ss.

pretensión y otra distinta es la determinación de su naturaleza, que tiene que ver con una cuestión de fundamentos que exige, por cierto, explorar los bienes jurídicos que se buscan amparar en el ejercicio del derecho a petición. Creemos que este razonamiento está relacionado con una tendencia cosificadora del derecho chileno colegida, probablemente, del espíritu patrimonialista de la Constitución Política que ha obligado, a veces con buenas intenciones, a equiparar todos los derechos al derecho de propiedad⁵⁰. Un buen ejemplo de esto son las acciones de protección de garantías constitucionales donde los recurrentes muchas veces deben equiparar sus derechos a la garantía de propiedad, a saber, propiedad sobre el contrato de salud, propiedad sobre el cargo, propiedad sobre una matrícula escolar para evitar la expulsión de un estudiante⁵¹, etc.

Otra de las formas en que ha razonado la Corte para hacer inaplicable los criterios internacionales es impedir que las normativas del derecho público que rigen la responsabilidad del estado resulten aplicables al caso de autos, esto por tratarse de normas que habrían entrado en vigencia con posterioridad a la comisión de los delitos que dan origen a las acciones reparatorias. Este razonamiento circunscribiría entonces el marco normativo sólo al derecho común civil, es decir, a las reglas establecidas en el Código Civil.

“SÉPTIMO: Que en la especie se ha ejercido una acción de contenido patrimonial que persigue hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado por lo que cabe desechar el primer capítulo de casación, en cuanto pretende aplicar las **Normas Constitucionales y la **Ley de Bases de la Administración**, por cuanto la Carta Fundamental de 1980 y la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración N° 18.575 de 17 de noviembre de 2001, **adquirieron vigencia con posterioridad al hecho ilícito que sirve de antecedente para reclamar la****

⁵⁰ Respecto a la cosificación del derecho en el derecho civil, en particular en los derechos subjetivos o personales que derivan de un contrato ver LOPEZ SANTA MARÍA, Jorge. “Los contratos, Parte General”. 4a. ed. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005. Capítulo: La fuerza obligatoria de los contratos frente al legislador. Pp. 287 y ss.

⁵¹ “este tribunal considera que se ha afectado la garantía constitucional prevista en el artículo 19 N° 3, ya que la autoridad ha actuado fuera de sus facultades para aplicar la sanción, ya que no se ajustó a los procedimientos regulares que son los que la habilitan para actuar de ese modo, y también existe a nuestro entender vulneración del Art. 19 N° 24, toda vez que para la mayoría de las alumnas es un gran logro haber obtenido matrícula en el Liceo N° 7 de Niñas, considerando que es un Liceo de excelencia gratuito y las alumnas recurrentes, tienen una especie de derecho de propiedad en cuanto alumnas regulares del establecimiento educacional que les permite continuar siendo alumnas si no se prueba objetivamente que hayan faltado a sus deberes por hechos que guarden proporción con la extrema medida aplicada (cancelación de matrícula), que coarta su derecho, el que de acuerdo a la legislación educacional vigente, posibilita que en caso de repitencia puedan hacer de nuevo el curso en el mismo colegio (art. 11 de la Ley N° 20.370 Ley General de Educación)”. Corte de apelaciones de Santiago, Tercera Sala, cuatro de mayo de dos mil doce.

responsabilidad extracontractual del Estado, por lo que no cabe sino aplicar, en materia de prescripción, las normas del Código Civil, tal como lo ha hecho la sentencia impugnada, lo que no contraría la naturaleza especial de la responsabilidad que se persigue, en atención a que la acción impetrada pertenece -como se ha dicho- al ámbito patrimonial.”⁵²

Al hacer inaplicables estas normas en atención a la época de su entrada en vigencia, no habría reenvío posible desde las normas Constitucionales hacia el Derecho Internacional Público. Pensamos que esta argumentación conlleva un juicio erróneo que consiste en entender que el Derecho Internacional y en particular el DIDH, no puede ser invocado directamente por los sujetos que están amparados por éste. Como explicaremos más adelante los actores de estos litigios y en general los intervinientes en cualquier proceso que comprometa derechos humanos, pueden invocar directamente el cuerpo jurídico protector que comprende el DIDH sin poder ser obstáculo para ello el derecho interno, cuestión que como estudiaremos, en ningún caso tiene por efecto soslayar las soberanías nacionales o lesionar los mecanismos que cada comunidad política se dé autónomamente para generar normas de derecho.⁵³

Haciendo eco de los fallos citados, la Tercera Sala en causa Rol N° 3220-2007, rechazando la casación en el fondo deducida por los familiares del estudiante de 20 años detenido por la DINA el 17 de julio de 1974, Ramón Osvaldo Núñez Espinoza, resolvió:

“QUINTO: Que en la especie se ha ejercido una acción de contenido patrimonial que persigue hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado, de manera que no cabe sino aplicar en materia de prescripción las normas del Código Civil, lo que no contraría la naturaleza especial de la responsabilidad que se persigue en atención a que la acción impetrada pertenece -como se ha dicho- al ámbito patrimonial.”⁵⁴

⁵² ECS Rol N° 3028-2007, Tercera Sala, Caratulados: “Lavín Benavente con Fisco de Chile”.

⁵³ En el mismo sentido al expuesto en el fallo recién citado se han pronunciado las siguientes sentencias de casación de la Excm. Corte Suprema Rol N° 2775-2007, Tercera Sala (considerando 8°), sentencia que rechaza la casación en el fondo deducida por la demandante de fecha 10 de noviembre de 2008; Víctima: César Arturo Emilian; Rol: 3540-2007, Tercera Sala (Considerando 7°); Víctimas: Gregorio José Liendo Vera y Juan Bautista Ávila Velásquez; Rol: 4292-2007, Tercera Sala (Considerando 6°); Víctima: René Roberto Acuña Reyes; Rol: 4163-2007, Tercera Sala (Considerando 6°), Víctima: Ricardo Manuel Weibel Navarrete; Rol: 5097-2007, Tercera Sala (Considerando 11°), Víctima: José Hernán Carrasco Vásquez; y Rol: 637-2009, Tercera Sala (Considerando 8°), Víctima: Mario Fernández González.

⁵⁴ De igual modo ver sentencias ECS: Rol 4774-2007, Tercera Sala (Considerando 5°), Víctima: Modesta Carolina del Carmen Wiff Sepúlveda (detenida desaparecida); Rol 5243-2007, Tercera Sala (Considerando 5°), Víctima: Juan Alejandro Vargas Contreras (detenido desaparecido); Rol 4832-2008, Tercera Sala (Considerando 5°), Víctima: Juan Humberto Albornoz Prado (Patio 29); Rol 7105-2008, Tercera Sala

Bajo el mismo principio rector se resolvió:

“DECIMO CUARTO: Que 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, entre las que figura el artículo 2332 del Código Civil, que versa directamente sobre la prescripción de la responsabilidad extracontractual”⁵⁵.

A su vez en la sentencia de reemplazo se señala:

“SEGUNDO: 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”⁵⁶.

En este punto nos gustaría destacar una de las cuestiones que se ha debatido en estrado. Ésta dice relación a si, efectivamente, es dable sostener que las normas del Código Civil de 1857 sean aplicables a estos casos, en otras palabras, si las hipótesis normativas establecidas en el Título XXXV del Libro IV de dicho cuerpo legal rigen las cuestiones debatidas en éstos litigios.

Es evidente que el legislador del Código Civil no pudo tener en vista las profundas transformaciones que experimentaría el Derecho Internacional en el siglo XX, aunque sí

(Considerando 5º), Víctima: Juan Luis Rivera Matus; Rol 3639-2009, Tercera Sala (Considerando 5º), Víctima: Alfonso Araya Castillo (detenido desaparecido); Rol 8887-2009, Tercera Sala (Considerando 4º), Víctima: Héctor Patricio Vergara Doxrud (detenido desaparecido); Rol 2724-2010, Tercera Sala (Considerando 7º), Víctima: Carlos Gaete López (detenido desaparecido, Patio 29); Rol 3913-2011, Tercera Sala (Considerando 6º), Víctima: Luciano Aedo Hidalgo (detenido desaparecido); Rol 9885-2011, Tercera Sala (Considerando 4º), Víctima: Pedro Millalén Huenchuñir (detenido desaparecido); Rol 11829-2011, Tercera Sala (Considerando 5º), Víctima: José Enrique Conejeros Troncoso (detenido desaparecido); Rol 6920-2011, Tercera Sala (Considerando 5º), Víctima: María Rebeca Espinoza Sepúlveda (detenida desaparecida); Rol 672-2011, Tercera Sala (Considerando 6º), Víctima: Juan Luis Quiñones Ibaceta (detenido desaparecido); Rol 12357-2011, Tercera Sala (Considerando 5º), Víctima: Sergio Sebastián Montecinos Alfaro (detenido desaparecido); Rol 9660-2011, Tercera Sala (Considerando 5º), Víctima: Francisco Baltazar Godoy Román (detenido desaparecido); Rol 4734-2012, Tercera Sala (Considerando 5º), Víctimas: Salvador Álamos Rubilar, José Héctor Borquez Levicán, Daniel Antonio Castro López, Carlos Alberto Cayumán Cayumán, Carlos Segundo Figueroa Zapata, Isaías José Fuentealba Calderón, Luis Armando Lagos Torres, Alberto Segundo Reinante Raipán, Luis Alfredo Rivera Catricheo, Alejandro Antonio Tracanao Pincheira y Eliseo Maximiliano Tracanao Valenzuela; Rol 7495-2012, Tercera Sala (Considerando 5º), Víctima: Elsa Victoria Leuthner Muñoz (detenido desaparecido); Rol 6110-2012, Tercera Sala (Considerando 5º), Víctima: Carlos Contreras Maluje (detenido desaparecido).

⁵⁵ ECS Rol N° 4771-2007, Tercera Sala, Caratulados: “Blanca Carrasco Oñate y otros con Fisco de Chile”.

⁵⁶ *Ibidem*.

pudo tener en vista las condiciones de su generación, siendo la guerra, la violencia masiva y sistemática del poder en contra de las poblaciones civiles o contra los soldados en guerra una cuestión que ha acompañado al género humano por milenios. Cabe preguntarse entonces ¿es atendible que las normas que regulen el actuar de los animales fieros, de los hijos mal portados, o de la servidumbre de los señores, sean aplicables al actuar doloso de aparatos de Estado organizados para eliminar a parte de la población civil?

Por otra parte surge, en este punto una cuestión de buena fe procesal por parte del Estado. En los juicios dirigidos por particulares en contra del Fisco de Chile, la defensa de los intereses fiscales, esto es aquella ejercida por el Consejo de Defensa del Estado, ha esgrimido permanentemente que al Estado le asiste un estatuto jurídico propio, diverso al que es aplicable entre privados. Igualmente, dicha institución ha negado jurisdicción y competencia a los tribunales ordinarios para conocer de las acciones de los administrados que reclaman de sus actuaciones, esto, a pesar, que ha requerido de esos mismos tribunales y en los mismos juicios, que resuelvan en su favor, en particular respecto a las excepciones que interpone, como sucede en estos casos. Estas inconsistencias, no tan inusuales en el proceder de las partes de un proceso es lo que se conoce como la *Doctrina de los Actos Propios*, la que nos señala que resulta *inadmisible toda pretensión contradictoria con comportamientos observados anteriormente por el mismo sujeto que hace valer dicha pretensión*⁵⁷.

Esta doctrina ha sido recogida por la jurisprudencia chilena deponiéndose que:

*“Que al actuar de la forma que lo hicieron los ejecutados (...), es hacer valer un derecho o una pretensión en contradicción con la anterior conducta de la misma persona, importando un perjuicio en contra del acreedor, lo que no resulta aceptable, de acuerdo al principio acogido por este tribunal, por la doctrina, y que inspira además disposiciones como es la del artículo 1683 del Código Civil y otras de nuestra legislación, principio que recibe el nombre de teoría del acto propio. Se expresa en la forma latina venire cum factum non valet, lo que implica que no es lícito hacer valer un derecho o una pretensión en contradicción con la anterior conducta de la misma persona, y siempre que este cambio de conducta o comportamiento importe un perjuicio en contra de otro o sea contrario a la ley, las buenas costumbres o la buena fe”*⁵⁸.

“En el mismo sentido se ha pronunciado el Ministro Cerda en un voto de disidencia donde señaló que: *En este sentido resulta sorprendente y contraria al hecho propio, como*

⁵⁷ PARDO DE CARVALLO, Inés. “La doctrina de los Actos Propios”. Revista de Derechos de la Universidad Católica de Valparaíso N° XIV, Año 1991-1992, p. 67.

⁵⁸ ECS en fallo de casación del 20 de abril de 2004 Rol N° 3097-2003. Considerando N° 4.

a la buena fe que debe orientar las defensas de las partes, la afirmación de la demandada, en orden a la “inexistencia de un régimen especial de responsabilidad del Estado”, expresando que el “derecho común en materia de responsabilidad extracontractual, se encuentra contenido en nuestro Código Civil en el Título XXXV, denominado “De los Delitos y Cuasidelitos”, artículo 2314 y siguientes”, hecho que en concepto del disidente debiera destacarse adecuadamente y resolver en consecuencia, puesto que pugna con todas las latas argumentaciones proferidas a lo largo de los años por el Consejo de Defensa del Estado, organismo que planteaba este tratamiento especial sosteniendo los poderes exorbitantes de la Administración por la función de servicio público que desarrolla, manteniendo hasta ahora la teoría de los poderes implícitos.”⁵⁹

Cerrando este apartado nos gustaría citar una sentencia del año 2013, que a pesar de separarla casi 11 años de la que transcribimos al iniciar este capítulo se limita a dar por sentada la naturaleza de las acciones sin profundizar mayormente en su contenido:

“DECIMO: Que para una adecuada resolución del asunto debatido por las partes ha de considerarse que en la especie se ha ejercido una acción de contenido patrimonial que persigue hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado, de manera que no cabe sino aplicar en materia de prescripción las normas del Código Civil, lo que no contraría la naturaleza especial de la responsabilidad que se persigue en atención a que la acción impetrada pertenece -como se ha dicho- al ámbito patrimonial.”⁶⁰

2. Las acciones reparatorias tienen una naturaleza internacional o humanitaria.

Continuando con el orden de nuestra investigación nos toca analizar aquellas sentencias de casación dictadas por la Excelentísima Corte Suprema en las que se ha resuelto determinar que las acciones reparatorias deducidas por los actores tienen por su especial situación una naturaleza no patrimonial. Como ya vimos, al iniciar este capítulo esta conclusión ha tenido como corolario la aplicación de fuentes del DIDH y del DIH, y por tanto, el acogimiento de las pretensiones indemnizatorias.

En nuestro análisis pondremos especial atención a los votos de disidencia de algunos Ministros de la Corte Suprema, quienes han sido particularmente profusos en el desarrollo de sus argumentos.

En uno de sus tantos votos de disidencia como integrante el Ministro Haroldo Brito, señaló en extenso lo siguiente:

⁵⁹ ECS Rol N° 2724-2010, Tercera Sala, Caratulados: “Gaete Rubio con Fisco de Chile.”

⁶⁰ ECS Rol N° 4742-2012, Tercera Sala. Caratulado: “Flor Rivera con Fisco de Chile”.

“1ª.- La acción indemnizatoria deducida en autos por los señores Claudio y José Manuel Lavín Benavente y Gloria Elena Benavente Franzani, hijos y cónyuge de Claudio Lavín Loyola ultimado en octubre 1973 por agentes del Estado integrantes de la denominada “Caravana de la Muerte” que actuaron al margen de sus atribuciones, **no es de índole patrimonial como se ha asegurado, porque los hechos en que se la sustenta son ajenos a una relación contractual vinculada a un negocio común o extracontractual sino, simplemente, humanitaria;** y es de esta clase en razón de que la pretensión de los actores se fundamenta en haberse dado muerte al progenitor y cónyuge en completa indefensión por militares que disponían de gran poder de coerción.

2ª.- Que, aún cuando el Código Civil en su artículo 2.497 señala que las reglas de prescripción “se aplican igualmente a favor y en contra del Estado” no son pertinentes a esta materia, atendida su particular naturaleza según se ha puesto de manifiesto. Por ello la sentencia impugnada que la declara infringe dicha norma y, también, por falta de aplicación las contenidas en los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En efecto, es así porque de acuerdo con esta última norma la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícito queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas a pretexto de hacer primar preceptos de derecho interno. A este respecto, también, debe tenerse presente el carácter consuetudinario de estas normas, y que atendida su naturaleza estas no son creadas sino simplemente reconocidas por los estados, de lo que deriva su ineludible aplicación.

En efecto, si en virtud de normas jurídicas como las citadas **no es posible concebir la prescripción de la acción penal, cabe preguntarse que podría justificar que este motivo de extinción de responsabilidad fuese pertinente a la responsabilidad civil** conforme con los extremos del Derecho Privado si la responsabilidad penal siempre será exigible.

La cuestión de los derechos fundamentales constituyen un sistema construido a partir de criterios particulares, propios de la naturaleza del hecho, y por tal razón **no es posible interpretar las normas que los regulan de manera aislada, porque toda conclusión alcanzada en tales circunstancias necesariamente será contraria a este sistema jurídico (...).**⁶¹

Como se observa el disidente al calificar la naturaleza de la acción como *simplemente humanitaria* deriva una serie de conclusiones, como son: 1) la imposibilidad de aplicar el párrafo relativo a la prescripción de las acciones del Código Civil, 2) la aplicación directa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 3) la

⁶¹ ECS Rol N° 3028-2007, Tercera Sala, Caratulados: “David Benavente con Fisco de Chile”. Voto disidente Ministro Brito. De igual modo ver sentencias ECS Rol: 3540-2007, Tercera Sala (Considerando 7º); Víctimas: Gregorio José Liendo Vera y Juan Bautista Ávila Velásquez. Voto disidente Ministro Brito (Considerando 1º y 2º); Rol: 4292-2007, Tercera Sala (Considerando 6º); Víctima: René Roberto Acuña Reyes (detenido desaparecido). Voto disidente Ministro Brito (Considerando 1º y 2º); Rol: 4163-2007, Tercera Sala (Considerando 6º), Víctima: Ricardo Manuel Weibel Navarrete. Voto disidente Ministro Brito y Abogado Integrante Herrera (Considerando 1º y 2º); Rol: 3220-2007, Tercera Sala, sentencia que rechaza la casación en el fondo deducida por la demandante de fecha 06 de mayo de 2009; Víctima: Ramón Osvaldo Núñez Espinoza (detenido desaparecido). Voto disidente Ministro Brito (Considerando 1º y 2º).

conceptualización de las reglas sobre responsabilidad internacional como normas consuetudinarias ineludibles para los estados, y 4) la necesaria congruencia entre la naturaleza de la acción penal por crímenes de guerra y lesa humanidad y las acciones reparatorias, al tiempo que realza que las cuestiones de derechos humanos están construidas por criterios particulares, por lo que exige que sus normas sean interpretadas en su contexto, de lo contrario -señala el disidente- la decisión adoptada será contraria a dicho sistema jurídico. Como se observa el ministro Brito desliza la idea de que es el juez nacional quien debe ejercer un control en que las decisiones jurisdiccionales estén acordes al cuerpo jurídico de los Derechos humanos, tarea que como veremos más adelante, debe ser puesta en el centro de éste debate.

En el mismo sentido la Segunda Sala de la Corte Suprema -la Sala Penal- resolvió:

“CUADRAGESIMO PRIMERO: Que, (...) ha de considerarse que la reparación generada por el maleficio, además de aparecer formulada generalmente de modo expreso, está instituida implícitamente en la institución jurídica de la responsabilidad, de modo que es precisamente en los ilícitos que emanan -entre otros- de este tipo de escenarios, de extrema convulsión social, donde el Estado debe, con justa propiedad y energía, conformar la pertinente acción reparatoria, inherente a la paz social, cual es uno de sus fines primordiales, en tanto sustento democrático de unión en la diversidad.

CUADRAGESIMO OCTAVO: Que, como cuarta alegación del Fisco de Chile, éste sustenta que no existiría un régimen de responsabilidad objetiva e imprescriptible del Estado, argumento que recogido y examinado por estos sentenciadores, les lleva a concluir que son aplicables al efecto los mismos fundamentos desarrollados precedentemente por lo que desestiman dicha pretensión, al emanar de la ley de rango constitucional la responsabilidad que se pretende hacer efectiva según el ya citado artículo 5° de la Constitución, en cuanto ha posibilitado la incorporación en el Ordenamiento Jurídico nacional 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 derechos humanos.

En el mismo curso de raciocinio, en relación con la procedencia de la acción civil deducida en contra del Fisco de Chile, cabe considerar también que por tratarse en la especie de un delito encartado como de “lesa humanidad”, su especial naturaleza antijurídica le determina en la categoría de aquellos no prescriptibles, como lo ha resuelto por demás esta Corte Suprema en casos similares -por aplicación de los instrumentos internacionales y de acuerdo también con las normas de ius cogens, en cuanto se trata de ilícitos que la conciencia jurídica universal considera intolerables, lo que relacionado con el artículo 5°, inciso segundo de la Constitución Política de la República en cuanto a la extinción de la responsabilidad penal del o los culpables por prescripción de la acción persecutoria, no resulta pertinente tener por extinguida por prescripción, el

*deber del Estado y el derecho de la víctima a la correspondiente y justa indemnización por los daños causados.*⁶²

La Segunda Sala (Penal) de la Corte Suprema ha tenido en los últimos años una posición sistemática en orden a otorgar reparación a las víctimas⁶³. Se observa con claridad en el fallo recién citado que la Corte está realizando un esfuerzo por conceptualizar el fundamento de la reparaciones, invocando para ello normas internas que remiten al derecho internacional como lo es el artículo quinto inciso segundo de la Constitución Política de la República. Al tiempo se observa como a partir de este último precepto emergen las diversas fuentes del DIDH.

En este caso la Corte Suprema se enfrenta a un desafío. A diferencia de los asuntos debatidos en la Tercera Sala donde sólo se exige la reparación, en estos autos - así como en todos los que conoce la Sala Penal- se ventilan, al mismo que las acciones reparatorias, las responsabilidades criminales. El fallo recién citado corresponde a los crímenes conocidos como “Episodio Liquiñe”, donde 15 campesinos de un complejo maderero de la cordillera valdiviana que decidieron resistir el golpe de estado fueron ultimados por parte de un comando de Boinas Negras del Ejército de Chile que salieron de Santiago con la misión clara de ejecutar a los opositores⁶⁴. Así, aun cuando los sentenciadores de esta Sala tienen la misma obligación de coherencia que los integrantes de la Sala Constitucional de la Corte Suprema, es innegable que en el caso de los primeros la necesidad de compatibilizar principios es más cercana y urgente, de allí que se resuelva: *En el mismo curso de raciocinio, en relación con la procedencia de la acción civil deducida en contra del Fisco de Chile, cabe considerar también que por tratarse en la especie de un delito encartado como de “lesa humanidad”, su especial naturaleza antijurídica le determina en la categoría de aquellos no prescriptibles.*

⁶² ECS Rol N°4662-2007, Segunda Sala, sentencia de reemplazo que reconoce la responsabilidad civil del Estado y rechaza excepción de prescripción de la acción de fecha 25 de septiembre de 2008; Víctimas: Salvador Alamos Rubilar; José Héctor Bórquez Levicán; Daniel Antonio Castro López; Carlos Alberto Cayumán Cayumán; Mauricio Segundo Curiñanco Reyes; Carlos Figueroa Zapata; Isaías José Fuentealba Calderón; Luis Armando Lagos Torres; Ernesto Juan Reinante Raipán; Modesto Juan Reinante Raipán; y Luis Alfredo Rivera Catricheo (Episodio Liquiñe).

⁶³ Al hablar de víctimas en este caso nos estamos refiriendo tanto a víctimas directas (sobrevivientes) como sus causahabientes (familiares de las víctimas directas, así como cónyuges o parejas). Respecto al alcance de la noción víctima en la jurisprudencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos véase NASH ROJAS, Claudio. Responsabilidad internacional del Estado en la jurisprudencia internacional y la experiencia chilena. Obra citada. Páginas 106 y siguientes.

⁶⁴ Véase el reportaje del periodista especializado en casos de violaciones a los DD.HH. Jorge Escalante “Labbé y el asesinato de 15 campesinos en Liquiñe a manos de los boinas negras” publicado en el periódico electrónico El Mostrador el día 23 de octubre de 2012.

La necesidad de coherencia argumentativa, es decir, el imperativo de conciliar los principios que rigen la persecución penal y la reparación, ha sido recogida por la doctrina como un “criterio interpretativo” ineludible para fallar estos asuntos: *A partir de los mismos hechos, emanan los mismos principios, son los mismos principios que operan y rigen la misma situación. Tanto la acción penal -que se estima imprescriptible y no hay debate en aquello por el tribunal- como la acción civil emanan de una misma situación de hecho, el crimen internacional, en consecuencia, los principios aplicables a la situación son los mismos, tanto a la acción civil como a la acción penal. Cualquier diferenciación efectuada por el juez, en cuanto a separar ambas acciones y otorgares un tratamiento diferenciado es discriminatoria y no guarda coherencia*⁶⁵.

Luego es importante notar un basamento que llama a colación el sentenciador para fundar su decisión, cual es la *paz social*. Como observaremos más adelante este concepto jurídico indeterminado, será una de las ideas fuerza para aplicar la prescripción tanto en materia reparatoria como en materia penal. Este es un buen ejemplo para abandonar la noción de que los jueces sólo *aplican* el derecho. Pensamos que dicha idea sólo sirve para sustraer a los jueces de la necesidad de fundar y explicar cómo llegan a determinadas conclusiones, porque, como queda de manifiesto el mismo concepto permite llegar a soluciones antagónicas. En este caso nos parece de suma trascendencia que los falladores llaman la atención respecto al componente político que deben atender sus fallos, en el sentido de afirmar que las decisiones que se adopten comprometen sin duda la convivencia democrática⁶⁶, recalcando la idea de que en las acciones reparatorias por violaciones a los derechos humanos debe ponerse especial atención a los *finés* y *objetivos* que informan el derecho llamado a resolver estas controversias, por lo que resulta necesario que el juez vaya, en sus razonamientos, más allá del caso concreto en que es llamado a fallar, sobre todo cuando la deliberación y discrecionalidad subyacente a la regla no le parece lo suficientemente determinada como para fallar el asunto sin más⁶⁷.

Aunque tangencial a nuestro objeto de estudio se ha debatido si el juez en lo criminal tiene competencia para conocer de estas acciones reparatorias en virtud de lo

⁶⁵ AGUILAR CARVALLO, GONZALO. “Evolución de la jurisprudencia en materia de imprescriptibilidad de la acción civil en casos de violación de los derechos humanos”. Obra citada. Página 15.

⁶⁶ MOLINA, Natacha. “Apuntes sobre reparación social. Tareas y desafíos, en Reparaciones y Derechos Humanos: una discusión pendiente”. LOM ediciones, Santiago, 2005, p. 147.

⁶⁷ Al respecto ver capítulo III de esta investigación.

prescrito en el Código de Procedimiento Penal⁶⁸. A propósito de esta controversia el sentenciador ha relevado estos *objetivos y fines* que señaláramos anteriormente, como criterios para determinar la interpretación que se hará sobre la norma.

“VIGÉSIMO NOVENO: Que la pretensión indemnizatoria que se admite en sede penal conforme a lo dispuesto en el artículo 10 del Código de Procedimiento Penal - de acuerdo a su actual redacción-, presenta como única limitación “que el fundamento de la acción civil obligue a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal”, lo que viene a significar una exigencia en el campo de la causalidad, en términos que el fundamento de la pretensión civil deducida debe emanar de las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.”

Hasta aquí el tribunal fija la problemática, para luego pasar a señalar que:

“TRIGÉSIMO PRIMERO: 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 demuestra que lo que se quiso con la reforma fue ampliar el ejercicio de la acción civil dentro del proceso criminal, excluyendo el conocimiento de aquellas acciones civiles que persigan perjuicios remotos o nulidades de contrato o actos que, si bien relacionados con el hecho perseguido, no son constitutivos del mismo.”

Acto seguido el sentenciador desliza una clara postura en relación a los deberes del estado que se enfrenta ante violaciones a los derechos humanos.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que la indemnización del daño producido por el delito, así como la acción para hacerla efectiva, resultan de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, comprometiendo el interés público, y aspectos de justicia material, que permiten avanzar en el término del conflicto.

Este razonamiento recuerda con claridad los argumentos vertidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al vincular investigación, sanción y reparación como una triada ineludible cuando ha surgido responsabilidad internacional por violaciones masivas y sistemáticas a los derechos humanos. Al respecto la Corte Interamericana ha resuelto:

⁶⁸ Artículo 10°: 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.

*A la luz de lo anterior, para reparar este aspecto de las violaciones cometidas, el Estado debe investigar efectivamente los hechos del presente caso con el fin de identificar, juzgar y sancionar a los autores materiales e intelectuales de la desaparición forzada de Marco Antonio Molina Theissen. El resultado del proceso deberá ser públicamente divulgado, para que la sociedad guatemalteca conozca la verdad.*⁶⁹

Ahora bien, continuando con la sentencia en comento, en ésta se dispuso que en atención a la naturaleza de las acciones deducidas el intérprete debiera tener presente toda la normativa internacional que por mandato constitucional es llamada a resolver el asunto:

“TRIGÉSIMO TERCERO: Que, a mayor abundamiento, debe tenerse presente al momento de determinar el alcance del artículo 10 del Código de Procedimiento Penal, toda la normativa internacional aplicable en la especie por mandato constitucional, que propende a la reparación integral de las víctimas, lo que ciertamente incluye el aspecto patrimonial. En efecto, conforme se ha señalado en los fundamentos octavo y siguientes de este fallo, en autos se está en presencia de lo que la conciencia jurídica denomina delito de “lesa humanidad”, calificación que, en concepto de los disidentes, trae no sólo aparejada la imposibilidad de amnistiar el ilícito, declarar la prescripción de la acción penal que de él emana, sino que además, la inviabilidad de proclamar la extinción -por el transcurso del tiempo- de la posibilidad de ejercer la acción civil indemnizatoria derivada de los delitos que se han tenido por acreditados.”⁷⁰

Integrando la Tercera Sala de la Corte Suprema, el ministro Escobar expuso que con claridad que las normas del código civil resultaban inaplicables para dirimir la aceptación de acciones reparatorias por violaciones a los derechos humanos, puesto que, este estatuto jurídico está llamado a resolver otra clase de asuntos. El mencionado ministro señaló en su voto disidente lo siguiente:

“1°).- Que, a juicio del disidente, resulta necesario precisar que esta Litis no se ha trabado entre simples particulares, sino entre éstos y el Estado de Chile, representado por el Fisco de Chile.

2°).- Que, por otra parte, 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 (...).

⁶⁹ CIDH, caso: “Molina Theissen vs. Guatemala”. Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio de 2004, párr. 82.

⁷⁰ ECS Rol N° 5720-2010, Segunda Sala, sentencia de reemplazo (que acogió casación en el fondo deducida por la demandante) de fecha 07 de marzo de 2012; Víctimas: Jorge Manuel Toro Toro, Justo Joaquín Mendoza Yáñez, Jorge Yáñez, Segundo Nicolás Gárate Torres y José Guillermo Barrera Barrera (Episodio “José Barrera Barrera” (Cuesta Barriga-Las Achiras).

3°).- *Que, en relación con los acápites que anteceden y frente a lo que se dirá en el motivo siguiente, el disidente 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 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 conocidos por todos aquellos que nos desempeñamos en el ámbito del derecho.*

4°).- *Que, entonces y concordante con lo que ha quedado expuesto en los fundamentos anteriores, el artículo 2332 del Código Civil que se refiere a la prescripción de la responsabilidad extracontractual, como los artículos 2514 y 2515 de la misma codificación relacionados con la prescripción extintiva, no pueden tener aplicación en el presente juicio, puesto que los hechos en el cual éste se apoya y sus consecuencias son imprescriptibles a la luz del Derecho Internacional al cual Chile se ha adherido.*⁷¹

No obstante estar de acuerdo con la conclusión del Ministro Escobar, no podemos continuar sin observar que el juez omite hacer explícitos los principios que tuvo a la vista para hacer este razonamiento, obligándonos a presumirlos⁷². Es así como podemos colegir, sin temor a forzar los argumentos del disidente, que lo que hizo fue entender que las normas del código civil no se condecían en la especie con los estándares del sistema jurídico protector de los derechos humanos, y que como consecuencia de ello era necesario seguir una interpretación que derechamente hiciera inaplicables las normas relativas a la prescripción definidas en el citado código, llevando adelante una hermenéutica correctiva de la norma civil⁷³ estableciendo límites para su aplicación. En este sentido vale la pena citar el fallo de la Fiscal de la Corte Suprema, doña Mónica Maldonado, quien integrando la sala constitucional -que desechó la indemnización por el secuestro de Carlos Contreras Maluje-, a diferencia del señor Escobar, fue más extensa en sus argumentos explicitando de mejor modo, a nuestro juicio, la forma en que arriba a su veredicto, llamando a colación a la doctrina especializada en estos asuntos.

“1°) Que en primer lugar cabe señalar que tratándose de una violación a los derechos humanos el criterio rector en cuanto a la fuente de la responsabilidad civil está en normas y principios de derecho internacional de derechos humanos, y ello

⁷¹ ECS Rol N° 3913-2011, Tercera Sala, Caratulados: “Aedo Martínez y otros con Fisco de Chile”. Voto disidente Ministro Escobar. De igual modo ver sentencias ECS: Rol 9885-2011, Tercera Sala, sentencia de fecha 27 de marzo de 2013 (Voto disidente Ministro Escobar); Rol 11829-2011, Tercera Sala Víctima: José Enrique Conejeros Troncoso, sentencia de fecha 27 de marzo de 2013 (Voto disidente Ministro Escobar)

⁷² Sobre el asunto de los principios y reglas existe abundante literatura, en el capítulo III haremos una breve mención de ésta con el objeto de analizar la hermenéutica judicial en estos casos.

⁷³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Humberto Nogueira (Coordinador). Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad. Editorial Librotecnia, Santiago, 2013, pp. 30 y ss.

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.

2°) Que conforme a lo anteriormente expuesto **la acción indemnizatoria deducida en autos por los actores no es de índole patrimonial como se ha asegurado, porque los hechos en que se la sustenta son ajenos a una relación contractual vinculada a un negocio común o extracontractual sino, simplemente, humanitaria;** y es de esta clase en razón de que la pretensión de los actores se fundamenta en la detención y posterior desaparición de su cónyuge y padre, don Carlos Contreras Maluje, en completa indefensión, por personal de la DINA que disponían de gran poder de coerción.

3°) Que, **en efecto, no puede negarse el carácter de delito de lesa humanidad aquél que sirve de fuente u origen a la acción impetrada por los actores;** además, consta de los antecedentes que el caso aparece dentro de aquellos incorporados al Informe de la Comisión Verdad y Reconciliación (Decreto Supremo N°355 de 1990, del Ministerio de Justicia) y fue motivo de sanción penal para sus autores como consta de la sentencia dictada por esta Corte Suprema en los autos Rol N° 6188-2006.

Tal carácter, en lo tocante 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) los convenios o tratados internacionales “que deben ser interpretados y aplicados de acuerdo con las reglas generales de cumplimiento de derecho internacional y de buena fe (*bonna fide*), (*pacta sunt servanda*), 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, la que se encuentra vigente en nuestro país, desde el 27 de enero de 1980, y que 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 Estado” (Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2000, Humberto Nogueira Alcalá, Las Constituciones Latinoamericanas; página 231) (...).

A continuación la sentenciadora realiza un claro control de convencionalidad de las normas del código civil a la luz de las normas protectoras del derecho internacional, disponiendo que:

Cabe recordar que la obligación indemnizatoria está originada para el Estado, tratándose de la violación de los Derechos Humanos no sólo por la Constitución Política sino también de los Principios Generales del Derecho Humanitario y de los Tratados Internacionales sobre la materia, como expresión concreta de los mismos, de tal suerte que las normas del derecho común interno se aplicarán sólo si no están en contradicción con esta preceptiva.

7°) **Que entonces, cuando el Código Civil en su artículo 2.497 señala que las reglas de prescripción “se aplican igualmente a favor y en contra del Estado”, debe considerarse que ello no resulta pertinente a esta materia, atendida su particular naturaleza según se ha puesto de manifiesto; y por el contrario corresponde aplicar las contenidas en los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En efecto, de acuerdo con esta última norma, la responsabilidad del Estado**

por esta clase de ilícito queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas a pretexto de hacer primar preceptos de derecho interno.⁷⁴

Queda de manifiesto que la Sra. Maldonado Croquevielle está haciendo eco del imperativo contenido en el artículo 2° de la CADH⁷⁵. Es necesario sostener que esta norma no puede ser interpretada en el sentido de sustraer de la necesidad de esas medidas de *otro carácter* al poder judicial, ya que, éste es parte del Estado de Chile, de tal manera que aún en el caso de no existir una reforma legislativa el juez igualmente está llamado a realizar la integración jurídica que sea necesaria para amparar los derechos humanos de los particulares sujetos a su jurisdicción, de otra manera se estaría incurriendo en responsabilidad internacional. Por otra parte, acotar el sentido del artículo 2° de la CADH sólo a los poderes ejecutivos y legislativos se traduciría en una interpretación de *mala fe* del tratado, cuestión que va en contra del objetivo y fin de la Convención Americana. Lo anterior además de constituir un principio general del derecho internacional es una necesidad contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.⁷⁶ De allí que resultaran inapropiadas las declaraciones del vocero de la Corte Suprema cuando se conociera la sentencia de la Corte IDH en el caso *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile* en cuanto señaló que el *fallo condena al Estado Chile y no al Poder Judicial, por lo que corresponderá al Poder Ejecutivo implementar las medidas para dar cumplimiento a la sentencia.*⁷⁷

Retomando el principio de la coherencia jurídica que esbozáramos más arriba, en una reciente sentencia de casación dictada por la Sala Penal de la Corte Suprema, el máximo tribunal aceptando la indemnización sostiene sintéticamente tres postulados: 1) que el código civil resulta inaplicable; 2) que es necesario mantener la debida coherencia del argumento de la imprescriptibilidad; y 3) que el derecho llamado a resolver el asunto es el Derecho Internacional, resumiendo así lo que hemos señalado hasta aquí:

⁷⁴ ECS Rol N° 6110-2012, Tercera Sala. Caratulado: "Pablos Torres con Fisco de Chile". Voto Disidente Ministra Mónica Maldonado.

⁷⁵ Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

⁷⁶ Artículo 31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

⁷⁷ <http://www.adnradio.cl/noticias/nacional/suprema-considero-que-condena-de-la-cidh-por-caso-atala-no-dana-su-prestigio/20120321/nota/1658076.aspx>

SÉPTIMO: “(...) Así entonces *tratándose de un delito de lesa humanidad cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos -integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del artículo 5º de la Carta Fundamental- que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito, por lo que resulta contrario a derecho declarar prescrita la acción intentada por la actora contra el Estado de Chile.*

A resultas de lo explicado, no era aplicable la normativa interna del Código Civil, cuyo diseño y redacción no es propio de la naturaleza de los hechos indagados en este proceso y que, como ya se adelantó, corresponden a un delito de lesa humanidad, por lo que no es posible sujetar la acción civil indemnizatoria a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna como reclama el representante del Fisco (...)

(...) De esta forma el derecho de las víctimas a percibir la compensación correspondiente implica, desde luego, la reparación de todo daño que les haya sido ocasionado, lo que se posibilita con la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en nuestra legislación interna (...)

(...) De este modo, no resultan atingentes las normas del derecho interno previstas en el Código Civil 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 Derechos Humanos, que protegen el derecho de las víctimas y familiares a recibir la reparación correspondiente, estatuto normativo internacional que ha sido reconocido por Chile.⁷⁸

En un fallo del año 2014 que viene a cerrar el periodo de muestra para nuestra investigación, la Sala Penal del Máximo Tribunal vino en sostener en extenso muchas de las cuestiones que hemos planteado, todas estas a partir de la afirmación de la naturaleza jurídica del asunto debatido.

En primer lugar el sentenciador retoma el *principio de coherencia* que debe tenerse en vista al resolver estos asuntos⁷⁹ señalando que una decisión que distinga entre acciones penales imprescriptibles y acciones civiles prescriptibles resultaría *discriminatoria*:

“DÉCIMO: *Que, en síntesis, tratándose de un delito de lesa humanidad cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos, integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del inciso segundo del artículo 5º de la Carta Fundamental (...)*⁸⁰

⁷⁸ ECS Rol N° 519-2013, Segunda Sala, Episodio. “Patricio Alarcón Valenzuela”.

⁷⁹ AGUILAR, Gonzalo. “Evolución de la jurisprudencia en materia de imprescriptibilidad de la acción civil en casos de violación de los derechos humanos”. Obra cita, p. 18.

⁸⁰ ECS Rol N° 2918-2013, Segunda Sala, Sentencia que rechaza casación en el fondo y forma deducido por el Fisco de Chile, y confirma pago de indemnización de perjuicios a los demandantes, de fecha 06 de enero de

Por consiguiente, cualquier diferenciación efectuada por el juez, en orden a dividir ambas acciones y otorgarles un tratamiento diferenciado, es discriminatoria y no permite al ordenamiento jurídico guardar la coherencia y unidad que se le reclama.

Acto seguido señala que la aplicación en estos casos de la institución de la prescripción resulta imposible, ya que siendo ésta una institución derecho privado no puede ser aplicable por analogía.

Cabe además agregar que la prescripción del Derecho Privado, por ser una institución jurídica extintiva de responsabilidad, no es posible aplicarla por analogía a la Administración, la que se rige por el Derecho Administrativo, integrante del Derecho Público.

Luego, sostienen que la aplicación del código civil a estas cuestiones resulta del todo *desproporcionada*, para lo cual se sirve de un análisis de la evolución del derecho internacional.

“Pretender aplicar las normas del Código Civil a la responsabilidad internacional del Estado derivada de crímenes de lesa humanidad posibles de cometer con la activa colaboración del Estado como derecho común supletorio a todo el ordenamiento jurídico resulta hoy desproporcionado, por cuanto no obstante la innegable importancia del legendario Código Civil, la evolución de las ciencias jurídicas ha permitido establecer principios y normas propias para determinadas materias, lo cual el citado Código reconoce, al estipular en el artículo 4°, que las disposiciones especiales se aplicarán con preferencia a las de este Código. De esta forma, el Código Civil es supletorio y orientador de todo el Derecho Privado y si bien el fenómeno de la codificación se plantea para los fines que don Andrés Bello explicara en su época tomando como fuente el derecho extranjero particularmente el Código Civil francés para construir un sistema integral, estructurado y coordinado de la legislación (Alejandro Guzmán, “Andrés Bello Codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile”. Ediciones de la Universidad de Chile.) sin embargo, la descodificación se ha transformado en la manera empleada por el legislador para adoptar, de manera más dinámica, la forma en que adecúa a las nuevas realidades, situaciones emergentes que no se encuentran en el sistema existente, atendidas sus finalidades y valores propios y sí en el renovado sistema de protección de los derechos humanos y en el Derecho Público en general y el Administrativo en particular, en los que han surgido principios y normas especiales a modo de decodificación material con postulados diversos y a veces en pugna con los del derecho privado regulador de las relaciones en un plano de igualdad y de autonomía de las personas para obligarse. Esta rama emergente, definida y representativa de la supremacía de la finalidad centrada en la dignidad de la persona a quien se debe servir, se aparta de aquellos postulados.”

Como observan los sentenciadores el derecho internacional ha llevado un derrotero distinto al derecho del siglo XIX que sin duda se ponderó como el sistema jurídico que por antonomasia ponía límite a las arbitrariedades judiciales, en efecto, si en la discusión clásica el asunto consistió en explicitar con la mayor claridad posible el contenido de un derecho y una obligación en un texto positivo, en el actual la labor

2014; Víctimas: Ricardo Cristian Montecinos Laughter, Carlos Rodolfo Adler Zulueta (argentino), Beatriz Elena Díaz Agüero (argentina), Víctor Alejandro Garretón Moreno, Jorge Miguel Salas Paradisi y Julio Andrés Saa Pizarro (Episodio “Torres de San Borja”).

principal consiste en buscar la mejor realización práctica de las garantías. Así, si bien existe un amplio catálogo de derechos humanos contenidos en sendos cuerpos normativos, existe claridad que la efectividad de un derecho no pasa necesariamente por su codificación, en una Carta Constitucional por ejemplo, sino en la necesidad -como expresa Miguel Carbonell- de *supervisar una adecuada puesta en práctica. Y para ello se requiere de importantes técnicas interpretativas*⁸¹. Siguiendo esta forma de razonar la Corte señaló en el fallo en comentario que:

*“Al reconocer que existe ausencia de normativa que regule la prescripción extintiva de las acciones en el Derecho Administrativo, se reconocen igualmente sus particularidades. Esta ausencia de regulación jurídica para determinadas situaciones impone al juez interpretar, o mejor dicho, integrar la normativa existente, que en el evento de estar sustentados en iguales directrices podrá aplicar la analogía. Al no responder a iguales paradigmas, debe integrarse la normativa con los principios generales del derecho respectivo, en este caso, del Derecho Administrativo y no del Derecho Civil. Así se colige del artículo 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil y, en este mismo sentido, el artículo 38, letra c) de la Corte Internacional de Justicia, dispone: “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Principios generales del derecho que reconocen la imprescriptibilidad de las acciones reparatorias derivadas de violaciones a los derechos humanos.”*⁸²

Como observamos el sentenciador al abordar la *prohibición de aplicar la analogía*, el deber de *proporcionalidad* en la toma de decisiones, la *no discriminación* como criterio rector, y la *integración normativa* con el DIDH como una necesidad, está enarbolado cuestiones que no necesariamente se coligen de la lectura de una norma en particular, sino que tienen que ver con la fundamentación del sistema jurídico en su conjunto cuyo *objeto y fin* no es otro que la protección de la persona humana.

Afortunadamente este proceder trasciende largamente las violaciones a los derechos humanos perpetradas por la última dictadura cívico militar, lo que da cuenta de un vívido y dinámico diálogo judicial de los magistrados chilenos de los tribunales superiores de justicia con los criterios enarbolados por el derecho internacional. A modo de ejemplo podemos citar los siguientes fallos dictados a propósitos de acciones de amparos deducidas a favor de migrantes que fueron sujetos a órdenes de expulsión por parte de la administración, donde los criterios de *proporcionalidad*, *integración normativa*, *no discriminación* y se encuentra claramente reconocido.

⁸¹ Citado en: NOGUEIRA, Humberto. “Diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Obra citada, p. 13.

⁸² ECS Rol N° 2918-2013, Segunda Sala, Episodio: “Torres de San Borja”.

*“Que en ese orden de ideas, en el presente caso la resolución cuestionada no satisface las exigencias de **razonabilidad, proporcionalidad y fundamentación propias de una decisión no arbitraria** adoptada en el ejercicio del poder público, al basarse en situaciones que objetivamente carecen de una gravedad y trascendencia compatible con lo disruptivo y gravoso de la expulsión del país, así como por desatender completamente la ponderación de otros antecedentes que resultan relevantes en este tipo de situaciones.”⁸³*

“4° (...) En ese contexto, la ejecución de la orden de expulsión es desproporcionada e importa una trasgresión del criterio interés superior del niño, en la especie, en relación con las menores Angeli e Isabel Marroquín Aguilar y los varones Ronald Alexander y Jhon Anderson, de apellidos Condori Mamani, porque implicará la separación de su madre y perturbará su identidad familiar, infringiendo con ello los deberes que se imponen a los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño; y se afecta lo dispuesto en el artículo 1° de la Constitución Política de la República que establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de ésta.

*5° Que, en suma, apareciendo **desproporcionada e injustificada** la orden de expulsión dispuesta porque produce graves efectos en el medio familiar de la recurrente, Susana Aguilar Urbina, ha de accederse a la acción impetrada.”⁸⁴*

Esta nueva realidad a la que se enfrentan los tribunales nacionales –y por cierto también los demás órganos del estado, así como los litigantes- les obliga a operar bajo nuevos parámetros, y quizás bajo nuevos paradigmas. Sin duda en este escenario de permanente dinamismo, el razonamiento judicial se vuelve más complejo y exigente. Esto queda patente en la exposición que hemos hecho. Sea que el lector esté de acuerdo o no con las observaciones de los autores, y comparta o no los razonamientos de los jueces que acogen las acciones reparatorias, no puede objetar el hecho que las fundamentaciones de estos últimos son claramente más ricas en argumentos y disquisiciones que de aquellos que brevemente transitan desde la afirmación de que las acciones son patrimoniales a la conclusión que el derecho aplicable es el contenido en el código civil.

Como podrá constatar el lector en este nuevo escenario entran a conjugarse, además de una variada gama de fuentes normativas, principios hermenéuticos en los que subyacen los valores formativos del sistema de derechos humanos, cuya trascendencia progresivamente constituye la fuente de legitimidad del actuar de los estados.

⁸³ ECS Rol N° 6650-2013.

⁸⁴ ECS Rol N° 6693-2013.

3. Nuestras observaciones. Un enfoque desde la complejidad y la labor de la interpretación judicial.

En el punto anterior quisimos darle al lector un panorama general de la jurisprudencia de la Corte Suprema relativa a las reparaciones por violaciones graves a los derechos humanos cometidas durante la dictadura militar. Como vimos el primer acercamiento que hace la Corte es determinar la naturaleza de la acción a la que nos enfrentamos y a partir de esa definición adoptar una postura o por el derecho nacional o por el derecho internacional. En lo que sigue trataremos de dar una solución que creemos o está ausente del razonamiento judicial o bien no está lo suficientemente explicitada. Trataremos ser lo más sintéticos en este punto, esperando que lo que acá sostengamos sirva de marco de referencia para los análisis que desarrollemos en el curso de esta investigación.

En términos procesales, cuando un actor decide demandar directamente al Estado de Chile una reparación por violaciones a los derechos humanos debe concurrir a un juez civil, esto porque en Chile no existe una judicatura especializada en temas constitucionales o contenciosos administrativos, especificidad que sólo surge una vez que la causa es conocida vía recurso de casación por las salas especializadas de la Corte Suprema o bien que por un requerimiento de inaplicabilidad la cuestión sea ventilada ante el Tribunal Constitucional. Ahora bien, cuando se investigan los delitos ante un juez en lo criminal, las acciones son deducidas una vez dictada la acusación⁸⁵ resolviéndose ambos asuntos en la sentencia definitiva. En el segundo caso la convivencia con normas internacionales es permanente e inmediata, pues, el juez si desea condenar siempre recurrirá al DIDH y al DIH para sortear la amnistía y prescripción como modos de extinguir las acciones penales, y no existe ningún caso en que se haya aceptado reparar a las víctimas y no condenar a los responsables del ilícito. Así, la sede en que se deduce la acción pareciera condicionar el acogimiento de la pretensión, de tal manera que el problema pudiera parecer procesal. Sin embargo, esto no es así. Una manifestación clara de lo anterior es que los jueces claramente han resuelto de manera distinta sus opciones normativas, resolviendo por ejemplo un mismo juez o ministro que la acción penal es

⁸⁵ Art. 425. (456) Si en el sumario hubieren obrado querellantes o actores civiles, que no se hubieren desistido, el juez les dará traslado de la acusación por el término fatal y común de diez días, que se aumentará en un día por cada doscientas fojas de que consten los autos, no pudiendo exceder de veinte días. Dentro de este plazo, el querellante podrá adherir a la acusación de oficio o presentar otra por su parte y deducir las acciones civiles que le correspondan. El actor civil podrá interponer formalmente las suyas, en igual término. (Código de Procedimiento Penal)

imprescriptible, pero la civil si se extingue por el transcurso del tiempo. De esta manera resulta patente que el asunto radica en la norma *decisoria litis*, y en este punto, sea cual fuera la sede o jerarquía del tribunal nacional, no es posible sostener que están regidos por derechos diversos cuando la *cuestión* es la misma.

A diferencia de los que han sostenido los sentenciadores en los fallos que hemos estudiado, nosotros afirmamos que al enfrentarse a estas acciones y pretensiones no es necesario el calificar su naturaleza para aplicar un derecho frente a otro. Felicitamos si a partir de esta distinción se acogen las acciones, puesto que ello redundaría en un reconocimiento para las víctimas de su calidad de tales, al tiempo que significaría el cumplimiento de las obligaciones internacionales para el estado de Chile, lo que ayuda sin duda a la convivencia democrática y a revestir de legitimidad el ejercicio del poder, sin embargo creemos que ello conlleva algunos problemas innecesarios⁸⁶. Primero, deja a los jueces en una situación de cierta debilidad puesto que los obliga a decidir a priori por un derecho, teniendo que desatender a las herramientas el *otro*, digamos, de las herramientas o insumos que el derecho *no elegido* podría otorgarle. En segundo lugar, si acepta el derecho internacional como fuente directa, podría enfrentarse al problema de si las normas llamadas a colación se encuentran o no incorporadas formalmente al derecho nacional, o bien el rango de estas normas internacionales, entrapándose en una discusión que no ha sido siquiera zanjada satisfactoriamente por el Tribunal Constitucional⁸⁷. Por último, pensamos que la solución maniquea podría llevarlo a un problema que creemos artificial pero muy complejo si no se le soslaya, como es el de la legitimidad democrática del Derecho Internacional para ser invocada como fuente inmediata de derecho para ser aplicada en el fuero nacional. Pensamos que el juez debe ver el asunto al que se enfrenta como una cuestión de naturaleza compleja, donde lo relevante es definir los bienes jurídicos comprometidos (los derechos humanos) y el imperativo jurídico que le asiste (hacer efectiva la responsabilidad del Estado), y desde allí decidir por las herramientas jurídicas que mejor se adaptan a sus obligaciones jurisdiccionales.

⁸⁶ Por cierto que en este punto, digamos en esta afirmación, lo que consideramos jurídicamente correcto de lo que pensamos éticamente deseable se acercan, y quizás se confunden. Somos transparentes en nuestros deseos de defender un postura, y esperamos en esa empresa tener éxito, aunque también atendemos a la necesidad de hacer verosímil la distinción entre el derecho y las motivaciones valorativas, problemática que trataremos en el capítulo III.

⁸⁷ NASH, Claudio e IRARRÁZABAL, Paz. "Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile". En "Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Control de Convencionalidad." Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile. Santiago, año 2011. Página 152.

La postura que estamos esbozando no es en absoluto extraña a nuestro sistema jurídico. Como observa Mauricio Viñuela, la construcción del estatuto de responsabilidad del Estado en Chile, es fruto de una larga labor jurisprudencial. “(E)n Chile, al igual que En argentina, el régimen de responsabilidad del Estado ha sido desarrollado por la jurisprudencia más que por la vía legislativa, con la particularidad que en el caso chileno no existen tribunales de los contencioso administrativo, aceptándose en forma unánime que corresponde a los tribunales ordinarios el conocimiento de tales causas.”⁸⁸

Destacamos la anterior referencia, pues da cuenta de la inexistencia de un sistema inequívoco de responsabilidad del Estado en el derecho positivo chileno. Así como no existe norma positiva en el DIDH que señale algo así como que “la responsabilidad de los Estados por violaciones a sus obligaciones internacionales suscritas en instrumentos relativos a protección de derechos humanos serán imprescriptibles”, tampoco existe una regla positiva en contrario, de hecho no existe un discusión cerrada en torno al régimen común de responsabilidad del Estado en Chile, lo que da cuenta no necesariamente de una falencia, sino que en la práctica será la labor jurisdiccional (en el fuero interno como internacional) la llamada a establecer las condiciones y límites para la responsabilidad del Estado, adquiriendo especial importancia el modo en que los jueces fundan sus decisiones. Aquí, cuando hablamos de “fundar” no nos limitamos a señalar la normativa colegida por los sentenciadores, sino y por sobre todo, a las herramientas y criterios interpretativos a los que apelan los jueces a la hora de construir el marco de responsabilidad estatal que les permitirá fallar. Siguiendo a Dworkin quizás no sea imperativo que el legislador prevea en los enunciado positivos todas las situaciones que pudieran producirse en la práctica labor que dada su envergadura también podría ser fútil-, sino que basta que estableciera normas abstractas que deban ser configuradas por la labor de los jueces⁸⁹.

Pensamos que una forma adecuada de acercarnos a este problema será determinar los bienes jurídicos comprometidos en este asunto. Al respecto sostenemos que estos bienes no pueden ser otros que los derechos humanos. Sobre el particular no existe discrepancia entre los sentenciadores que señalan que se trata de acciones

⁸⁸ VIÑUELA HOJAS, Mauricio. “De la Responsabilidad del Estado Chile por hechos de la Administración: avances y retrocesos”. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte. Año 2013, N° 1, Coquimbo, 2000, p. 171.

⁸⁹ Ver: “Conferencias de Ronald Dworkin en Chile”, “La labor de los jueces y los Derechos Fundamentales”. Corporación Nacional de Verdad y Reconciliación, 1993, pp. 79 y ss.

patrimoniales y los que afirman que se trata de acciones humanitarias, ya que, estos como los otros están de acuerdo que las acciones son deducidas con ocasiones a violaciones a los derechos humanos. Desde el punto de vista del imperativo que asiste a los jueces, constatados los bienes jurídicos comprometidos, no pude sino surgir la necesidad de proteger estos bienes jurídicos, es decir la necesidad de establecer un marco jurídico para la responsabilidad del Estado, el que por cierto que puede establecer limitaciones y causales exculpatorias – v.g. la prescripción y la excepción de pago- pero estas deberán satisfacer las condiciones del sistema de responsabilidad que dirimirá el asunto.

Así las cosas, lo importante no únicamente el derecho aplicado, sino la *dimensión* del asunto. Ante esta decisión pensamos que el juez se ve fortalecido pudiendo dialogar tanto con su derecho nacional como con el derecho internacional, ya que su principal obligación es velar por la interpretación que mejor garantice un derecho y mayor amplitud de a su ámbito protector. En otras palabras el juez nacional no tiene que decidir a *priori* que derecho aplicar, basta con que decida buscar la solución que mejor garantice y proteja los derechos de las personas, al tiempo que satisfaga los imperativos internacionales a los que está regido el Estado del cual él forma parte. Al respecto Humberto Nogueira señala lo siguiente: "Esta perspectiva y aproximación constituye una concepción que asume la relación complementaria y armónica entre los ordenamientos jurídicos internos y convencional, asumiendo la realidad de un sistema jurídico más complejo que aquel tradicional al que estaban acostumbrados y que formaba parte del paradigma mental del juez nacional hasta los dos primeros tercios del siglo XX."⁹⁰

El autor citado observa como esta situación fortalece al juez nacional, ya que le permite tener un diálogo abierto con el juez internacional, sin estar obligado a esperar a que éste resuelva un asunto para el tener un criterio, ya que, nada impide al juez interno desarrollar una interpretación propia de los instrumentos internacionales si está más conforme con los fines del sistema, de acuerdo a los criterios que han sido desarrollados convencional y jurisprudencialmente, sin olvidar en todo caso que será el juez interamericano quien podrá cerrar el dialogo dada su especial posición como intérprete auténtico de la CADH⁹¹. De esta manera, el juez que resuelva el asunto en vez de tener

⁹⁰ NOGUEIRA, Humberto. "Diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Obra citada, p. 28.

⁹¹ *Ibidem*. Página 30.

que tomar una decisión excluyente podrá verse enriquecido al tener a su haber un sistema complejo de normas internamente diferenciadas. Ello, por supuesto, le obligará a desplegar una labor hermenéutica distinta, para lo que se han desarrollado en todo caso una serie de criterios y directrices. En este sentido un voto de minoría dio cuenta de la necesidad de llevar adelante una interpretación dinámica del derecho nacional:

“(…) el Código Civil tiene una innegable importancia para todo el Derecho, sin embargo, la evolución de las ciencias jurídicas ha permitido establecer principios y normas propias para determinadas materias, lo cual el mismo Código reconoce, al estipular en el artículo 4°, que las disposiciones especiales “se aplicarán con preferencia a las de este Código”. De esta forma el Código Civil es supletorio a todo el Derecho Privado, al que orienta. Pero no debe olvidarse que si bien el fenómeno de la codificación se plantea para construir un sistema integral, estructurado y coordinado de la legislación, la decodificación se ha transformado en la manera empleada por el legislador para adoptar, de manera más dinámica, la forma en que adecua a las nuevas realidades situaciones emergentes que no se encuentran en el sistema existente, atendidas sus finalidades y valores propios.”⁹²

Haciéndonos cargo de lo aquí expuesto, en el capítulo que sigue trataremos de exponer que es perfectamente posible realizar una integración normativa entre el derecho internacional y el derecho nacional, esto porque existe una relación interna entre ambos, puesto que, uno y otros son manifestación de las mismas comunidades políticas que han decidido regirse por ellos, teniendo por tanto un contexto de formulación y justificación equivalentes. Expuesto esto, mostraremos una serie de directrices hermenéuticas que están a disposición del juez para construir este sistema de responsabilidad. Luego, al analizar la compatibilidad de las acciones de reparación con los programas de reparación, y al detallar la controversia en torno a la prescripción de las acciones reparatorias, estudiaremos las eventuales limitaciones que podría tener este marco especial de responsabilidad. De este modo, trataremos de mostrar que en estos litigios, los problemas de fundamentación judicial, pueden ser abordados como un asunto de interpretación jurídica, sin perjuicio, del rol que debe cumplir la formulación de normas positivas para fijar límites y estándares de satisfacción.

⁹² ECS Rol N° 2724-2010, Tercera Sala, Caratulado: “Gaete Rubio con Fisco de Chile. Voto minoría Sr. Cerda.

CAPÍTULO III. LA DIALÉCTICA JUDICIAL.

“Entre nosotros, donde el genio del despotismo y la lógica de los comentadores han acostumbrado a los hombres a ver agujereadas y barrenadas y eludidas las leyes por consideraciones vagas de conveniencia o de equidad, por lo que se llama espíritu en contraposición a la letra (...)

Andrés Bello⁹³

En el capítulo precedente expusimos el problema a analizar, es decir la existencia de un divorcio dentro del máximo tribunal en la forma que se aborda el derecho aplicable en cuanto a la obligación de reparar.

Como el lector pudo observar las posturas difieren en la forma de concebir las fuentes de derecho a aplicar. Nuestra tesis, plantea que si la controversia se refiere a las fuentes, sólo se debe a que existe una disputa relativa a los estándares que orientan las decisiones, situación que en la práctica se traduce en una aplicación disímil del mismo marco normativo, del sentido que se la da a las normas que dirimen el litigio. Es decir, el nudo del problema se encontraría en la interpretación judicial, de allí el nombre de este capítulo: La dialéctica judicial.

Como señalamos al cerrar el capítulo anterior, el problema de fundamentación de las decisiones jurisdiccionales en estos casos recae -a lo menos y en gran parte de ellos- en la modalidad en que los jueces interpretan el conjunto de reglas que tienen a su haber. Creemos que la adopción de alguna postura al respecto supone que se han dilucidado algunas cuestionamientos previos, cuestiones digamos, de concepto, referidos éstos a la fundamentación del sistema de derechos humanos. Si el intérprete ha resuelto estos cuestionamientos podrá adoptar herramientas hermenéuticas coherentes con su decisión.

Dicho esto en el presente capítulo realizaremos las siguientes operaciones:

Primero, abordaremos el problema de la fundamentación del sistema de derechos humanos. Este por cierto es un asunto de gran extensión que escapa, evidentemente, al objetivo y alcance de esta memoria, por lo que nos limitaremos a adelantar sólo ciertas nociones, que serán funcionales a la consecución de este trabajo.

⁹³ BELLO, Andrés. Editorial del “Araucano” N° 632, del 30 de septiembre de 1842. En: “Obras Completas, Tomo XVIII: Temas Jurídicos y Sociales”. La Casa de Bello, Caracas, 1982, p.140.

En segundo lugar, expondremos las diversas posiciones sobre interpretación jurídica que se debaten en las sentencias estudiadas, para lo cual, citaremos doctrina y jurisprudencia especializada.

I.- La soberanía y legitimidad como presupuesto de los derechos humanos y como fundamento de su interpretación.

1.- La soberanía en el derecho internacional.

Como expusimos en la introducción, la relación del derecho internacional con el ordenamiento jurídico interno no ha sido para nada pacífica. Sin duda con la promoción de los Derechos Humanos, la necesidad de delimitar los alcances de uno y otro ámbito se vuelve particularmente urgente, resultando patente que esta preocupación subyace a las decisiones de los jueces nacionales, ya que éstos al buscar una solución tendrán que ignorar muchas veces normas que suelen aplicar reiteradamente en otros casos, al tiempo que deberán pronunciarse sobre la ejecución de una norma internacional.⁹⁴

De manera didáctica se suele exponer que existen dos grandes posturas para definir esta relación: La *monista* y La *dualista*.

La postura dualista, en términos sencillos sostiene que el contenido del derecho internacional, así como su nacimiento, tiene una naturaleza claramente distinguible del derecho interno, por lo que, ambos órdenes conviven como sistemas separados. De esta manera el alcance que se le dé al derecho internacional dependerá del Estado que recepciona este derecho y por tanto su efectividad estará condicionada a los actos de recepción que la autoridad estatal disponga. En este orden de cosas se señala que las posturas dualistas -vg. Triepel, Anzilotti y Dugit- sostienen que los ordenamientos jurídicos Internacional y Nacional son órdenes diversos en atención a que: i) manejan fuentes distintas, ii) regulan sujetos distintos y iii) abordan asuntos diversos; y es por esto que el legislador nacional debe incorporar las normas internacionales al ordenamiento jurídico nacional. Establecida esta necesidad resulta evidente que jamás existirá conflicto en el fuero del juez interno, ya que, para éste la norma internacional sólo será una norma

⁹⁴Ver: CORNEJO GARCÍA, Felipe. "Normas Autoejecutables en los Tratados Internacionales". Tesis para postular al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2010.

propiamente jurídica y obligatoria, en tanto se haya transformado en una regla de derecho nacional.⁹⁵

Ahora bien, frente a estas posturas, se desarrolló la doctrina monista que concibe el DIP y el Derecho Interno como partes integrantes de un todo, suponiendo la unidad del sistema de derecho. Siguiendo a su artífice, Kelsen, el sistema normativo estaría estructurado arquitectónicamente, formando una pirámide en cuya cúspide se haya una norma fundamental. Se afirma que en el esquema kelseniano se habría dado primacía al derecho internacional, y así las cosas, el imperio de las normas internacionales en el fuero interno se realizaría prescindiendo de las exigencias de las normas estatales.⁹⁶

Se le reconoce al monismo como una avanzada de las doctrinas internacionalistas y pacifistas que adquirieron auge tras el fin de la primera guerra mundial, sobre todo frente al nacionalismo autoritario prevaleciente en las posturas dualistas. Si bien lo anterior podría resultar sugerente, creemos que en abstracto no puede afirmarse la inocuidad de la supremacía de uno u otro derecho. Este no es un problema meramente teórico. Siendo el derecho la expresión de una voluntad política organizada, no es sólo legítimo, sino que también necesario, preguntarse dónde surge el basamento del derecho que será llamado a regir un caso concreto, ¿o acaso, el derecho internacional, no puede ser la herramienta de una fuerza autoritaria?

Si bien nosotros nos inclinaremos por una visión de *conjunto* del derecho que favorezca la interacción normativa de órdenes jurídicos aparentemente contrapuestos⁹⁷, nos gustaría discurrir, brevemente, sobre el asunto que acabamos de exponer.

A propósito de esta clásica división entre posturas dualista y monista, Ximena Fuentes Torrijo señala que es posible sostener que existen quienes “entusiastas” anuncian que el futuro del derecho internacional es doméstico, es decir, que resultaría necesario diluir las tradicionales divisiones espaciales de ambos derechos; pero por otro lado, encontraríamos quienes objetan que el derecho internacional se incorpore a los

⁹⁵ SALMÓN, Elizabeth. “La Relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el ordenamiento jurídico estatal, en Derechos Humanos y Juicio Justo”. Red Interamericana de Gobernabilidad y Derechos Humanos y Organización Interamericana Universitaria, Lima, 2010, Lima, p.116.

⁹⁶ SALMÓN, Elizabeth. “La Relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el ordenamiento jurídico estatal, en Derechos Humanos y Juicio Justo”. Obra citada, p. 117.

⁹⁷ Ver NASH, Claudio. “Relación Entre el Sistema Constitucional e Internacional en Materia de Derechos Humanos”, ponencia presentada en la Universidad de Buenos Aires, 2004. (<http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/39.pdf>) (Consultado en Junio de 2014)

órdenes internos sin mediar un proceso deliberativo⁹⁸. La autora, asumiendo que la aplicación directa del DIDH corresponde a una estrategia de los movimientos pro Derechos Humanos, se pregunta si es posible aplicar directamente el derecho internacional por parte de los jueces nacionales, y en la afirmativa cuál sería el fundamento esta adopción.

Al buscar una respuesta a estas interrogantes, Fuentes Torrijo destaca una inconsistencia -a su juicio- en las posturas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Esta Corte en 1986, ante un requerimiento del Estado de Costa Rica respecto a la autoejecutabilidad de la CADH⁹⁹, se declaró incompetente para pronunciarse al respecto, siendo ésta -la autoejecutabilidad de los instrumentos internacionales- una cuestión que, a juicio del tribunal, debía ser resuelta por el propio estado costarricense. Fuentes destaca la siguiente consideración de los jueces Nieto y Nikken en su voto conjunto:

“14. Tampoco tiene esto que ver con el carácter "self - executing" de la Convención ni con la manera como se implanta ella en el orden jurídico de los Estados Partes, no solamente porque, no obstante la referencia que a este problema se hace en las consideraciones que originan la consulta, tal cosa no se ha preguntado, sino porque el carácter "self - executing" de un tratado es también, en general y salvo disposición especial del mismo, un problema de derecho interno y no de derecho internacional, pues se refiere a si tal tratado adquiere, dada una específica mecánica interna de aprobación, el carácter de norma interna.”

La autora sostiene que, no obstante lo resuelto en 1986, la Corte modificó su postura cuando le tocó resolver la aplicación del Decreto Ley de Amnistía en el caso Almonacid Arellano y otros contra Chile¹⁰⁰. En esta resolución los jueces otorgan autoejecutabilidad a la CADH, es decir, resuelven que ésta debe ser aplicada directamente por los tribunales nacionales:

“124 (...) Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones

⁹⁸ Véase FUENTES TORRIJO, Ximena. “El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja desapareja”. Revista de Economía y Derecho, vol. 15, No. 4, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Año 2007. (<http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentesSpanish.pdf>) (consultado el mes de junio de 2014)

⁹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS OPINIÓN CONSULTIVA OC-7/86 del 29 de agosto de 1986.

¹⁰⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”

Ante esta suerte de inconsistencia Ximena Fuentes se pregunta si es legítimo que los jueces chilenos entiendan tácitamente derogadas las normas de derecho interno que resulten incompatibles con los tratados internacionales ratificados por Chile, entendiendo que ello implicaría que ejerciendo este “control de convencionalidad” dejan sin efecto jurídico las normas contrarias a este orden internacional. La autora se responde afirmando que no existe, ni en la CADH ni en el Derecho Internacional Público en general, ninguna obligación que importe este efecto, entonces “¿dónde se encuentra esta obligación de autoejecutabilidad?”¹⁰¹.

Efectivamente la Corte Interamericana funda su decisión en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de Los Tratados, la que dispone que: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Sin embargo, la autora replica afirmando que la disposición “no dice nada acerca de cómo cada sistema jurídico internacional debe definir la incorporación del derecho internacional al derecho interno ni la forma de operación del derecho internacional en el derecho interno. Es inaudito leer el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados como si estableciera una obligación de autoejecutabilidad de los tratados en el derecho interno o como si estableciera una obligación de poner a los tratados sobre la ley en el derecho nacional de cada país”¹⁰². Acto seguido discurre sobre la historia fidedigna del artículo 27 de la Convención de Viena dando cuenta que la autoejecutabilidad fue discutida largamente por los comisionados, siendo rechazada expresamente por los delegados de los Estados. Esta discusión, a su juicio, habría resuelto en definitiva que la intención de los países fue imponer en los estados las obligación de soslayar los obstáculos establecidos en sus regímenes internos, esto es, los Estados debían receptionar el derecho internacional para

¹⁰¹FUENTES TORRIJO, Ximena. “El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja”. Obra citada, p. 9.

¹⁰² Ibídem.

que este tuviese fuerza obligatoria, que equivale a sostener, que por sí mismos los tratados internacionales no son auto-ejecutables.¹⁰³

En definitiva, a juicio de Ximena Fuentes, el Derecho Internacional no otorga las herramientas para que los estados no dicten normas incompatibles con los tratados, debiendo buscarse la solución en el derecho interno. Por lo tanto, la única manera de saltar esta necesidad sería otorgarle directamente a los tratados internacionales un rango superior al de la ley o de la constitución, solución positiva que, por cierto, no existe en el derecho chileno, siendo la jurisprudencia la que ha ido estableciendo las bases de esta discusión¹⁰⁴.

Para ilustrar su punto, la jurista cita como ejemplo -el que expresamente reconoce como particularmente malo, por lo espurio e impopular de la norma- el Decreto Ley de Amnistía dictado en 1978 y el tratamiento que la Corte Suprema ha dado a esta normativa¹⁰⁵. Como ya referimos en el Capítulo I, la primera oportunidad en que la Corte Suprema de Chile resolvió inaplicar el Decreto Ley de Amnistía fue en el año 2004 al fallar el caso por el secuestro calificado del joven Miguel Ángel Sandoval Rodríguez¹⁰⁶.

En dicho caso la Corte Suprema sostuvo que el tribunal de segunda instancia -la Corte de Apelaciones de Santiago- no incurrió en un error de derecho al determinar la

¹⁰³ FUENTES TORRIJO, Ximena. "El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja". Obra citada, pp.9 y ss.

¹⁰⁴ A diferencia de lo que ocurre en nuestro caso, la Constitución Argentina sí fija una fórmula donde eleva la jerarquía de determinados tratados: Art. 75.- Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

¹⁰⁵ FUENTES TORRIJO, Ximena. "El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja". Obra citada, pp.14 y ss.

¹⁰⁶ ECS Rol, Episodio: "Miguel Ángel Sandoval", Rol N° 517-2004.

punibilidad del actuar de los agentes de la Dirección de Inteligencia Nacional, DINA, que secuestraron al Sr. Sandoval Rodríguez, desechando la aplicación de la causal de extinción de responsabilidad penal conocida como amnistía. Esto porque los condenados, señala el fallo, fueron sancionados por la infracción del artículo 161 del Código Penal (relativo al delito de secuestro), ilícito que en la especie, dado que la víctima jamás fue habida, adquirió el carácter de permanente, por lo que su consumación trasciende el espacio de tiempo determinado para la aplicación del Decreto Ley de Amnistía.

En el fallo, que luego fue recurrido de casación, la Corte de Apelaciones cita la normativa internacional contenida en tratados que a la época de los hechos y de la sentencia, no habían sido ratificados por Chile. Pese a las alegaciones de las defensas de los agentes de la DINA, la argumentación de la Corte de Apelaciones fue refrendada por la Corte Suprema al señalar que dicho tribunal no aplicó la normativa internacional directamente, sino que la utilizó como referencia para afianzar sus argumentos. No obstante, Fuentes afirma que no es cierto que el tribunal de segunda instancia se haya limitado a reforzar la punición invocando normativa no ratificada, sino que de hecho utilizó esta normativa con el claro y directo objetivo de inaplicar la amnistía. Este error se habría visto confirmado cuando la Corte de Apelaciones colige que de la firma de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas surge para el Estado la imposibilidad jurídica de amnistiar estos delitos, pues el desconocimiento del articulado de dicha convención supondría una infracción al artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁰⁷, es decir, que no aplicarla supondría infringir los fines y objetivos del tratado suscrito. Para Fuentes, esta interpretación supone un grave error, ya que, el sostener que por la sola firma el tratado adquiere existencia sustantiva, supondría que el acto de ratificación carecería de todo sentido, cuestión que jamás se tuvo en vista al reglar el derecho de los tratados. Luego la autora expone que la Excma. Corte Suprema vuelve a errar en sus consideraciones al resolver la imprescriptibilidad del delito de un homicidio acaecido en 1973 al estimar que se trataría de un crimen de guerra, amparando su decisión en los Convenios de Ginebra. La jurista señala que aun cuando esos convenios son anteriores a al Decreto Ley inaplicado, la decisión del máximo tribunal

¹⁰⁷ 18. Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor. Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado:

a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado: o
b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el periodo que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retarde indebidamente.

debió de todas formas explicar cómo se solucionó la antinomia entre los Convenios de Ginebra y la Ley de Amnistía. Finaliza señalando que también constituye una falta, sostener la necesidad de punición de estos ilícitos por su carácter de *ius cogens*, señalando que aunque el repudio al asesinato político sea *ius cogens*¹⁰⁸ este carácter no se extiende a la obligación de sancionar¹⁰⁹.

Si bien no es este el escenario para argumentar acerca de la verosimilitud de los argumentos de Ximena Fuentes Torrijo, que por cierto y en concordancia con lo que será este trabajo no compartimos, lo que nos interesa es la inquietud subyacente a sus argumentos y que la autora expresa con toda claridad al señalar que *“La invocación de la costumbre internacional y del ius cogens en este caso conduce a la irrelevancia del consentimiento de Chile en materia de prevención y sanción de los delitos contra la humanidad. La conciencia internacional interpretada por los jueces se pone sobre la conciencia nacional. La conciencia nacional ya no es competente para pronunciarse de una manera distinta a como lo ha hecho la conciencia internacional. Para Chile parece estar vedado cualquier intento de discutir siquiera sobre una posible nueva ley de amnistía mediante la cual se debatiera sobre un tema que la democracia jamás ha debatido abiertamente en Chile: la cuestión pendiente de las violaciones de derechos humanos durante la dictadura militar. Se podría objetar que el caso del DL de Amnistía no es un buen ejemplo, que es el peor de los ejemplos, puesto que nadie podría defender una auto amnistía heredada del gobierno de Pinochet. La respuesta es que no se está defendiendo esa amnistía, sino que simplemente se está defendiendo la posibilidad de que sea el pueblo chileno el que decida sobre una solución a los horrores del pasado”*¹¹⁰

Observará el lector que a la jurista citada le inquieta que el DIDH, un derecho que está digamos, *por fuera* de la soberanía de Chile, pueda decidir a pesar de lo que resuelva la fuente última de toda soberanía, es decir, el pueblo: “Pero el efecto es más grave aún que la falta de argumentos, ya que el efecto último es que la voluntad del pueblo en estas materias se vuelve irrelevante.”¹¹¹

En pocas palabras la autora expone la objeción del déficit democrático: “Pero esta visión idealista del derecho internacional parece esconder que, detrás de las normas del

¹⁰⁸ ECS Rol 03-02.

¹⁰⁹ FUENTES TORRIJO, Ximena. “El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja”. Obra citada, p. 18.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 19.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 20.

derecho internacional, hay una política internacional que no es precisamente el lugar idílico donde cada participante buscará la paz y el progreso social y económico de las naciones. La política internacional más bien parece ser el lugar para lograr la obtención de objetivos propios de cada estado al menor costo posible. Las normas internacionales entonces reflejan las disputas de poder entre los Estados y el resultado no ha sido precisamente la socialización y el progreso de la 'comunidad internacional'. Como señala Allot, los Estados no se sienten responsables sino por las comunidades que ellos representan. En resumen, como lo ha dicho anteriormente Paul Khan, el derecho internacional no es representativo de una comunidad política."¹¹²

Entonces, ¿cuál es el espacio para construir la legitimidad del derecho que no se haya en el ámbito internacional?: "El lugar para descargar esa responsabilidad que tenemos respecto del resto de la humanidad debe ser la polis, donde existen comunidades políticas organizadas que pueden con legitimidad discutir sobre el tipo de sociedad internacional que queremos. Son las normas al interior de los estados las que pueden contribuir a establecer normas en el ámbito internacional."¹¹³

Compartimos plenamente las inquietudes de la autora. En el fondo el derecho es el resultado de una voluntad política y así entonces resulta indispensable que respondamos qué clase de voluntad política es la que crea el DIDH. Ahora bien, a diferencia de lo sostenido por la autora nosotros afirmamos que el foro internacional es un espacio necesario de legitimación del poder estatal, y sostenemos, al mismo tiempo, que es la soberanía el fundamento del imperio de este derecho.

A diferencia de lo que expone Ximena Fuentes, la soberanía no es contradictoria con la obligatoriedad del DIDH, ni con la autoejecutabilidad de sus normas y principios, sean estos sustantivos o hermenéuticos. Evidentemente si tratamos de justificar o hallar la obligatoriedad de este derecho en una estructura jurídica abstracta donde la norma fundamental internacional aparece *puesta* como basamento del sistema sin considerar su contenido, el problema del déficit político de las decisiones que se amparan en este derecho surge de inmediato, ya que no se responde quién y cómo se ha llegado a poner esta regla fundamental de derecho. Pero, tan cierto como esto, es que ni el positivismo ni el iusnaturalismo son las únicas formas de explicar la efectividad del DIDH.

¹¹² FUENTES TORRIJO, Ximena. "El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja". Obra citada, p. 24

¹¹³ *Ibidem*, p. 35.

Siguiendo a Heller el derecho posee validez, existencia social y realidad únicamente dentro de una comunidad jurídica, en un tiempo y lugar determinados¹¹⁴. Así las cosas, el contenido de este Derecho no es un agregado a las normas en sí -como si sus normas fueran susceptibles de cualquier contenido- sino que su contenido es la norma en sí. Pensar que la justificación de DIDH es una cuestión de lógica formal, donde lo esencial es el entramado normativo, es de suyo erróneo, de hecho creemos que hacer de las normas del DIDH normas abstractas -en el sentido de que puedan tener cualquier contenido- impide cualquier discusión, pues la existencia de los postulados de esta rama especial del DIP son su ser mismo, esto es, la realización de un derrotero histórico concreto. Por tanto, cuando analizamos el contexto de la formulación del DIDH estamos analizando, al mismo tiempo, el contexto de la justificación de este Derecho. Dicho de otra manera los Derechos Humanos no sólo *tienen* un contenido ético sino que *son* un contenido ético, y son de este modo y no de otro porque su existencia y necesidad normativa es el producto de un desarrollo histórico claramente verificable, donde por cierto, no todos sus episodios responden a los postulados del racionalismo jurídico. En pocas palabras su contenido es su normatividad.

Ahora bien, lo anterior no basta para justificar la obligatoriedad de este derecho, es necesario también, que el sistema así construido impere, es decir que sea un efectivo derecho para las comunidades que pretende regir, y para que este imperio sea efectivo debe cumplir además un requisito adicional cual es la legitimación de la comunidad en la que rige.

Pensamos entonces que el derecho de los derechos humanos es un contenido que se ha ido construyendo históricamente en el ejercicio práctico de la soberanía de los Estados, quienes -por el momento- son las principales unidades de voluntad política que pueden actuar como sujetos del derecho internacional. De esta manera cuando juez nacional observa el derecho a su haber y determina su pertinencia mediante la interpretación, le está dando juridicidad a los principios fundamentales, usando para ello reglas que los Estados en tanto órganos soberanos, en tanto unidades de voluntad política históricamente determinadas, han ido estableciendo en su actuar, como sujetos políticos hacia dentro y hacia fuera de sus fronteras.

Veamos una aplicación práctica de este razonamiento:

¹¹⁴ Ver HELLER, Herman. "La Soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional". Editorial Fondo de Cultura Económica, 2da. Edición, México D.F., 1995.

“DUODÉCIMO: Que la sentencia recurrida, confirmando lo resuelto en primera instancia, consideró que el hecho generador del daño cuya reparación se ha demandado no sólo está constituido por la detención de don Juan Chamorro Arévalo, sino también por su desaparecimiento, lo que hace que se trate de un ilícito compuesto, con caracteres de permanencia, que se trasunta en que el daño sigue provocándose en tanto no cese el desaparecimiento o persista la ausencia de noticias de la víctima y ratificó el rechazo de la prescripción alegada por la defensa fiscal.

DÉCIMO TERCERO: Que ese razonamiento prescinde, y por lo tanto, vulnera, al dejar de aplicarlo el mencionado artículo 2332 del Código Civil, que ordena terminantemente que el plazo de cuatro años en el cual prescriben las acciones dirigidas a reclamar la indemnización de los perjuicios derivados de la responsabilidad extracontractual se debe contar “desde la perpetración del acto”, de modo que como la detención y desaparición de don Juan Chamorro Arévalo causadas por la actuación de agentes del Estado se originaron, según lo establecido en autos, el día 16 de septiembre de 1973, corresponde estarse precisamente a esta fecha para computar el cuadrienio vencido el cual se extinguen las acciones referidas.”¹¹⁵

El sentenciador supone en este caso que de la inexistencia de una norma positiva que le permita inaplicar una norma del Código Civil, se sigue la imposibilidad de hacerlo. Lo contrario supondría un arrebató de funciones de su parte, y por ende una vulneración de los preceptos constitucionales que fijan el ámbito del ejercicio jurisdiccional. Sin embargo, si el juez ejerciendo el mismo derecho soberanamente constituido en el plano internacional determina inaplicar la regla establecida del derecho interno, no está transgrediendo sus potestades, pues dichas reglas y tales potestades, fueron determinadas por el mismo Estado soberano actuando como sujeto internacional. Sostener, en cambio, que el único derecho que puede ser tal es el derecho interno sería privar de efectividad al sistema de DIP en general, y suprimir a los Estados su condición de sujetos internacionales.

Si el Juez nacional desconoce el derecho internacional, lo que hace es desconocer la soberanía del Estado del que forma parte y la soberanía de los demás Estados que concurrieron a su producción generando la comunidad internacional.

Debe entenderse que el sistema de Derechos Humanos, inclusive el derecho consuetudinario expresado en el derecho de gentes, es la exteriorización de la voluntad soberana de los Estados actuando en el concierto internacional, de allí que el artículo 53 de la Convención de Viena conciba como definición de *ius cogens*: “Una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de estados en su conjunto como norma que

¹¹⁵ ECS RoI N° 1234-2002, Cuarta Sala Mixta. Caratulado: “Gladys del Carmen Pizani Burdiles y otra con Fisco de Chile”.

no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

Como se observa, la realidad de la soberanía como expresión última de la voluntad política creadora de Derecho no niega la realidad del Derecho Internacional, de hecho, la efectividad de éste Derecho supone y depende precisamente de esta soberanía al tiempo que la expresa y fortalece. Apreciará el lector que lo anterior es una forma bastante precisa de afirmar que lo que prima en el DIDH al convivir con el Derecho Interno, es la realidad de la interacción, y en lo que a la judicatura refiere, el diálogo judicial.

En la fundamentación jurídica de las sentencias que hemos estudiado, la relación entre el Derecho Internacional y Derecho Interno es una constante, pese a lo cual se advierte que los jueces no son los suficientemente explícitos al desarrollar esa relación. Sin embargo, aún en el silencio, el sentenciador concretiza las normas fundamentales en una decisión vinculante, poder decisorio que está amparado en un mandato soberano que lo puso ahí, al juez, como árbitro del litigio.

Lo indicado diluye los prejuicios expuestos anteriormente, ya que no cabe duda que el derecho es creado por estas unidades de voluntad decisoria¹¹⁶ aunque de hecho se realice en el diálogo judicial con jueces de otra soberanía o con jueces internacionales. Así, tenemos que la positividad de las normas fundamentales se ampara en dos dimensiones. Primero, en el carácter ideal o contenido del derecho internacional y por otro lado en la facticidad de la unidad política básica que funda el sistema, es decir en la autonomía de los Estados. De esta forma la obligatoriedad del DIDH -y por tanto de sus principios- depende tanto de la fuerza obligatoria de las normas éticas, como de la fuerza obligatoria de la autoridad de una comunidad. Por esto es que el intérprete debe tener presente al menos dos interrogantes cuando analiza el contenido del DIDH: i) Quiénes son en último término los que positivizan el derecho, y ii) Cuáles son los fines que se tuvieron en vista al positivarlo. Creemos que el no tener presente la facticidad de una voluntad decisoria individualizada que concrete la norma en un lugar y tiempo determinado vacía totalmente de contenido la ley como voluntad soberana, dejando a las

¹¹⁶ HELLER, Herman. “La Soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional”
Obra citada, pp. 225 y ss.

normas sólo como una mecánica de enunciados¹¹⁷. Este hecho supone un riesgo cierto para el derecho internacional, ya que, perfectamente puede ocurrir que este sistema amparado en una legitimidad histórica, pase a justificar las más claras asimetrías que existen entre los Estados de la comunidad internacional, haciendo de la intervención un arma humanitaria, como de hecho ha ocurrido en las últimas décadas. Esta situación sí supone un peligro, como lo expresa Fuentes al afirmar que lo que se arriesga al permitir la influencia del derecho internacional sobre la política nacional, es en definitiva la democracia al interior de los estados.

Sin embargo, por seductora que resulte la noción de soberanía, es necesario notar que ésta no responde a sólo una entelequia del legislador, pues su realización es una cuestión fuertemente situada, ya que, por cierto, ésta descansará siempre en el pueblo como unidad última de producción y derogación de leyes, así "(...) por grave que pueda parecer a la seguridad humana, consistente, por una parte en que toda norma jurídica puede ser destruida por un proceso de voluntad y, por otra, que no existe fuerza terrestre capaz de impedir a una voluntad soberana, quiere decir, a una voluntad que pueda determinarse a sí misma, que destruya un orden jurídico y lo sustituya con nuevo derecho."¹¹⁸

Esta relativa vulnerabilidad de la noción de soberanía exige buscar el amparo del sistema en una idea adicional, es aquí donde el concepto de legitimidad resulta crucial¹¹⁹.

2. La legitimidad como fundamento del sistema de Derechos Humanos.

Cuando nos hemos referido a unidades decisorias, pensamos en el Estado en tanto ejercicio colectivo de las decisiones, es decir en gobiernos democráticos. Sin embargo, la colectividad o la mayoría no suponen por si solas la legitimidad, pues bien puede ocurrir que la mayoría decida por ejemplo discriminar arbitrariamente a una minoría, o suprimir las libertades de un colectivo, o por ejemplo, como insinúa Ximena

¹¹⁷ Ver ALBIZU, Edgardo. "La idea Hegeliana de la Hermenéutica Jurídica y su significado para la actual problemática de la racionalidad ética". En "Hegel, Filósofo de Presente". Editorial Almagesto. Año 2000. Páginas 190-199.

¹¹⁸ HELLER, Herman. "La Soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional". Obra citada, pp. 132-133.

¹¹⁹ Para introducirse en la discusión constitucional relativa al debate aquí expuesto véase: GALDAMEZ, SALAZAR, SIERRA y ROJAS. "Reforma Constitucional y derechos humanos" (Simposio). En Anuario de Derechos Humanos del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. N° 10. Santiago, 2014, pp. 59-77.

Fuentes, establecer, en el congreso o mediante un plebiscito una ley de amnistía y punto final.¹²⁰

Como se ve el problema no radica en que pueda dictarse o no, una ley de amnistía, sino en los estándares que fijarían su contenido y establecimiento, es decir, la cuestión se centra en la legitimidad (lo mismo podría decirse respecto a las leyes de reparación) como condición para que la norma no devenga en espuria. Es en este punto donde la aritmética de la decisión resulta evidentemente insuficiente.

Para que este ejercicio del poder en el concierto de una comunidad política internacional sea estable y permita que las personas se reconozcan en él, es necesario que el Estado sea un representante legítimo de esa soberanía. Es en este orden de cosas en que el sistema de derechos humanos (como contenido de realización, como límite y control a las decisiones, sean estas mayoritarias o no) resulta determinante.

Como observa Nash el sistema del derecho internacional es el espacio de legitimación de los estados soberanos. Señala el autor que de esta manera “los derechos constituyen un mínimo que da legitimidad a la comunidad política, por tanto, sin estos derechos mínimos no hay una comunidad política legítima. Sin derechos no es posible hablar de sistema democrático legítimo”, continúa señalando que tales “derechos en ningún caso suplen la voluntad política, sino que la legitiman, tanto procedimentalmente (cómo y quién toma las decisiones), como sustantivamente (ciertas cuestiones deben obtenerse a través del acuerdo colectivo y otras no pueden ser objeto de un acuerdo mayoritario, aunque sean útiles para fines colectivos)”¹²¹

Como indica el autor citado los instrumentos internacionales son la manifestación de los acuerdos a los que se ha arribado sobre los derechos elementales que dan legitimidad a la actuación de los Estados, y que justifican en último término el control internacional de la actividad estatal hacia las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. Así, el control internacional de sus decisiones es una forma en que la

¹²⁰ FUENTES TORRIJO, Ximena. “El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja”. Obra citada, p. 19.

¹²¹ NASH ROJAS, Claudio. “El Sistema Interamericano de derechos humanos en acción: aciertos y desafíos”. 1a. ed. Porrúa, México, 2009, p. 6.

comunidad internacional garantiza el ejercicio legítimo de la soberanía por parte de los sujetos de dicha comunidad¹²².

Creemos, entonces que la legitimidad y la soberanía, o bien la voluntad política legítima, permiten fundar satisfactoriamente el sistema, al tiempo que establecen un basamento sólido para un sistema de interpretación acorde a los objetivos del sistema.

II.- De la fundamentación a la interpretación.

Hemos explicado que el DIDH es la manifestación de unidades decisorias soberanas legitimadas por el respeto y garantía de un contenido mínimo de derechos contruidos históricamente que fijan un horizonte de realización. Pero hemos dicho esto no sólo como un ejercicio de filosofía del derecho.

Expusimos al iniciar este capítulo que lo que dijéramos estaría condicionando una determinada hermenéutica jurídica. Pues bien, si atendemos a los elementos básicos de la fundamentación que hemos hecho, esto es: 1) manifestación de voluntad soberana, y ejercicio legítimo (bajo supervisión internacional), y 2) determinación progresiva de un horizonte de realización; es posible colegir que una interpretación de este estatuto normativo, así fundado, debería al menos contemplar las siguientes nociones: a) Al ser el sistema, manifestación de una voluntad decisoria soberana deberemos tener presente que este derecho debe interpretarse entendiendo que las manifestaciones de esa voluntad son obligatorias en sus diversas modalidades (tratados, declaraciones, y principios); b) Que si son producto de un ejercicio legítimo supervisado implica la necesidad de una integración con las decisiones de los diversos órganos de control del sistema (diálogo judicial); y c) Que si este derecho es el resultado de un derrotero histórico hacia determinados fines, debe interpretarse de manera dinámica y progresiva, buscando la mayor realización de su objetivo protector (interpretación evolutiva y en favor de las personas).

Como se observa, hemos buscado en la justificación del sistema el resguardo para un sistema de interpretación coherente.

Para mostrar la realización de estas nociones, a continuación analizaremos las distintas herramientas hermenéuticas que se han expuesto en las sentencias de casación

¹²² *Ibidem*.

de la Corte Suprema relativas a reparaciones por violaciones graves a los derechos humanos.

1.- ¿Un problema de fuentes del Derecho? Recapitulación.

El modo en que se ha abordado la controversia jurisprudencial expuesta en el capítulo anterior podría llevarnos a entender que la disputa radica en la existencia de estatutos jurídicos opuestos o al menos contradictorios. Estos serían el derecho privado chileno y el derecho internacional (humanitario y de los derechos humanos). Desde esta perspectiva sólo uno de esos derechos sería el llamado a dirimir el asunto.

En consonancia con esta idea debemos destacar que en las consideraciones de los sentenciadores que hemos citado concurren diversas fuentes del derecho. Por un lado las fuentes nacionales como lo son la Constitución (la Constitución Política de la República), la Ley Orgánica Constitucional (LOC de Bases Generales de la Administración del Estado) y la Ley (el Código Civil); y por otro lado, las fuentes del Derecho Internacional: Los Tratados, la Costumbre Internacional, los Principios Generales del Derecho, y la Jurisprudencia. Pareciera, entonces que la disposición del juez hacia uno u otro estatuto normativo condicionaría su decisión ulterior.

Sin embargo y en correspondencia con la redacción condicional que hemos empleado, el razonamiento judicial, afortunadamente, es más complejo, o lo es al menos, en estos casos.

Es así como, tanto en los votos favorables como desfavorables a las reparaciones, es posible ver que los jueces se ven obligados a pronunciarse respecto al valor y sentido de las normas nacionales e internacionales. De esta forma, aún en el caso que se rechace la reparación aplicando el derecho nacional, el juez se referirá al sentido y alcance que le otorga a la normativa internacional.

“SEXTO: Que en lo que dice relación a la vulneración de tratados internacionales denunciada, cabe señalar que ninguno de los cuerpos normativos citados establece la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales (...).”¹²³

¹²³ ECS Rol N° 5570-2007, Tercera Sala. Caratulado: “Manuel Antonio López López, José de la Cruz López López, Margarita Jesús López López con Fisco de Chile.”

Este razonamiento, que se repite en la mayoría de los litigios en que la Corte Suprema rechaza las acciones reparatorias¹²⁴, permite observar que en caso alguno los sentenciadores silencian el derecho internacional para desestimar las demandas, y al contrario, se sirven de éste para fundar sus decisiones. Esta situación permite sostener que no existe discrepancia respecto a que el derecho internacional resulta ser un imperativo jurídico para el juez nacional. Es decir, en términos positivos no habría controversia en relación a las prescripciones establecidas en los artículos 26, 31.1 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de Los Tratados (*bonna fide y pacta sunt servanda*), sino que la cuestión radicaría en el alcance de tales preceptos.

En pocas palabras la disputa se centra en el modo de interpretar los imperativos del derecho internacional (de los derechos humanos y humanitarios), es decir, al uso que el intérprete judicial hace de las herramientas hermenéuticas del derecho nacional e internacional. El razonamiento que se siga entonces, animado por estas herramientas, desembocará en la configuración de estatutos de responsabilidad estatal diversos, y en la especie, contrapuestos.

Pensamos que la existencia de consideraciones tan disímiles no debería sorprendernos, y si nos sorprende, se debe a que hemos llegado a suponer el Derecho como algo dado. Como observa Valenzuela Cori, ni el derecho ni los hechos son algo entregado al intérprete, y esto es así porque: “hay siempre una distancia entre, por una parte, el contexto en que se elaboró la disposición legal, la decisión jurisprudencial o la doctrina pertinente, y por la otra, el contexto entre el cual ahora se pretende aplicar esta disposición, decisión, jurisprudencia, doctrina. El problema hermenéutico radica en como el intérprete puede comprender un texto (disposición legal, jurisprudencia, doctrina) que fue elaborado en otro contexto que le es irremediamente ajeno, y darle sentido en su propio contexto del aquí y el ahora.”¹²⁵ Resulta manifiesto que en esta labor existirá una tensión patente entre innovación y tradición, las que irán dibujando la discrecionalidad del juez.

A continuación expondremos la existencia de diversas herramientas interpretativas que se encuentran a disposición del juez nacional, e intentaremos mostrar cuales resultan

¹²⁴ Véase por ejemplo: ECS Rol N° 3220-2007, Tercera Sala. Carátula: “Ena del Carmen Espinoza Olea con Fisco de Chile.”; ECS Rol N° 4774-2007, Tercera Sala. Carátula: “Paula del Campo Wiff con Fisco de Chile.” Víctima; y ECS Rol N° 4832-2008, Tercera Sala. Caratulado: “Olga Lizama Calderón con Fisco de Chile.”

¹²⁵ VALENZUELA CORI, Rodrigo. “Los Sueños de La Razón, ensayo sobre interpretación jurídica”. RIL ediciones, Santiago, 1999, p. 78.

más adecuadas para satisfacer los imperativos jurídicos del juez chileno que se enfrenta a estas controversias. Por cierto, muchas de las ideas que referiremos han sido reconocidas en la jurisprudencia de la Corte Suprema, por lo que, citaremos sus fallos cuando sea el caso.

2.- Criterios para la interpretación judicial, y la posibilidad de reglar la discrecionalidad del juez.

Podemos afirmar con plena confianza que no existe ordenamiento jurídico que no postule la realización de ciertas cuestiones que considera como deseables y la limitación de otras que estima como imposibles éticamente. Esta idea del principio como dimensión subyacente a toda norma, se expresa con particular incidencia al resolver una controversia jurídica concreta, en que en definitiva el juez, en tanto interprete, deberá no sólo elegir y aplicar una norma de derecho, sino y sobre todo, realizar los mandatos contenidos en el derecho que le rige.

Señala Rodrigo Valenzuela que, aun careciendo o silenciando cualquier herramienta teórica, los operadores jurídicos en general y los jueces en particular, siempre interpretarán los “mandatos de la voluntad soberana”, y en esa actividad, aún en el más recto ejercicio de su función, arribarán en algunos casos a soluciones contradictorias a pesar de estar regidos por las mismas normas¹²⁶. Esta aparente inconsistencia muestra que la labor del intérprete judicial posee una dimensión mucho más basta que la aplicación de la supuesta literalidad de la ley. En este orden de cosas, la doctrina ha observado que junto a lo que conocemos como normas positivas, existen otras normas que inclusive pueden operar con cierta independencia de las primeras, fijando estándares de realización para este derecho positivo, determinado en su contenido y representado en definitiva en un expreso imperativo de justicia¹²⁷. Si bien pueda parecer que esta exigencia es sólo *contemporánea*, siendo una especie de respuesta tardía al positivismo jurídico de la primera mitad de siglo XX, lo cierto es que los principios siempre han informado las decisiones de los jueces y orientado las consideraciones de los intérpretes en general. Así, aunque la técnica legislativa del siglo XIX no consideraba la expresión de los principios en los códigos -como es el caso del Código Civil chileno- no cabe duda que éste contiene una serie de principios orientadores, que éstos son

¹²⁶ VALENZUELA, Rodrigo. “Los Sueños de La Razón, ensayo sobre interpretación jurídica”. Obra citada, p. 11 y 12.

¹²⁷ Ver DWORKIN, Ronald... Ed. Ariel. 2da. Edición, 1989.

claramente identificables en su normativa, y que conocerlos es de gran utilidad para determinar cómo operan estas reglas positivas en el caso concreto. Autonomía de la voluntad, buena fe, enriquecimiento sin causa, responsabilidad, son principios fundamentales en el Código Civil, y orientan en general, todas las instituciones de dicho cuerpo legal¹²⁸.

Pensamos que esta realidad, es decir, la existencia de un postulado político-valorativo como fundamento de la norma, es innegable. Esto es así aun en el caso de que pongamos en cuestión la posibilidad de realizar una diferenciación lógica (cualitativa) entre reglas de derecho y principios jurídicos. Ello porque la imposibilidad de distinguir entre regla y principio no hace sino confirmar la idea de que ambas cuestiones son ámbitos de una entidad jurídica común. Evidentemente que la necesidad de distinguir entre ambos concretos no es sólo un ejercicio académico, sino que tiene que ver con una cuestión eminentemente práctica, esto es, el ámbito o grado de discrecionalidad que tienen los jueces cuando aplican el derecho¹²⁹.

Ahora bien, al preguntarnos por los principios, resulta inmediato que nos refiramos a los fundamentos del sistema. Creemos que en el asunto que estamos planteando en esta memoria de grado, resulta evidente que los intérpretes se ven sometidos permanentemente a la necesidad de referirse sobre los fundamentos de sus decisiones. Basamentos no sólo en el sentido de que sus decisiones deben estar fundadas -cuestión que por cierto también constituye un principio- sino en el sentido de explicar por qué han decidido *mirar* el derecho desde un especial punto vista y *lugar* que les ha permitido resolver la controversia en un cierto sentido y no en otro. Nos permitimos estas metáforas especiales, porque de hecho, sostenemos que la fundamentación, especialmente en cuestiones relativas a derechos humanos, conlleva a que el sentenciador *tome una posición*.

Ahora bien, podría suceder que esta posición y su consiguiente decisión, sea un simple arbitrio¹³⁰ del sentenciador, situación en la que surge una legítima interrogante:

¹²⁸ DUCCI CLARO, Carlos. "Derecho Civil Parte General". Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp. 23 y ss.

¹²⁹ Entre más principista sea un sistema mayor será la discrecionalidad judicial, entre más positivista lo sea (con mayor determinación de las reglas) menor será la discrecionalidad del juez. Para profundizar esta discusión véase: ATRIA LAMAITRE, Fernando. "Lo que importa sobre los principios". En "Principios Jurídicos, Análisis y Crítica". Carbonell, Letelier y Coloma (Coordinadores). Editorial Legal Publishing, Santiago, 2011.

¹³⁰ Arbitrio en el sentido de posición subjetiva, capricho.

¿Por qué éste puede desatender una regla de derecho que ha sido objeto de deliberación democrática basándose en un principio? Como se observa esta pregunta no hace sino redituar una larga seguidilla de nuevas interrogantes urgentes de responder: ¿Poseen los jueces discrecionalidad para decidir?, ¿Cuándo pueden hacerlo?, ¿Cuáles son los límites y el contenido de esta discrecionalidad?

Ahora bien, al observar los fallos que hemos expuesto en esta memoria, la distinción entre norma positiva y principio, no resulta muy clara, por lo que aquella pretensión de distinguir situaciones donde el juez se limita a aplicar una regla y donde posee discrecionalidad (Hart), o donde esa discrecionalidad es fuerte o débil (Dworkin) no es tan diáfana como se podría pensar.

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

NOVENO: Que nuestro Código Civil en el artículo 2497 preceptúa que: “Las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo”.¹³¹

Como se observa el sentenciador está invocando principios para fijar el sentido de una norma, y acto seguido apela a una regla (la contenida en el artículo 2497) que le parece que no presenta ningún problema de textura para afianzar su razonamiento. El sentenciador está afirmando que la certeza jurídica es el valor a cautelar y, por tanto decide aplicar el derecho idóneo para realizar ese principio.

En otro fallo que ya hemos citado la Corte Suprema dispuso que:

“VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, siguiendo la misma línea de razonamientos, debe tenerse presente que la aplicación de las normas sobre prescripción contempladas en el Código Civil a las acciones mediante las cuales se persigue la responsabilidad extracontractual del Estado no repugna a la naturaleza especial que ella posee, dado que tales acciones pertenecen al ámbito patrimonial y que, por ende, en ausencia de

¹³¹ ECS Rol N° 10665-2011, Tribunal Pleno. Episodio: “Colegio Médico, Eduardo González Galeno”.

*preceptos que consagren su imprescriptibilidad, corresponde estarse a las reglas del derecho común, referidas determinadamente a la materia.*¹³²

Sin duda, es necesario dar importancia al hecho consistente en que los ciudadanos exigen de los jueces *justicia*, necesidad que vista así, sólo agrava y aumenta las incertidumbre que sembramos en los párrafos precedentes. Sobre ésta, el sentido de justicia, se puede discutir largamente y con más o menos éxito, cruzándose permanentemente la moral, el derecho y la política. Fernando Atria, preocupado por la prospectiva de que el derecho se transforme en una simple extensión de la política, indistinguible de las convicciones morales del intérprete (situación que haría dispensable la mediación del derecho, o a lo sumo haría del derecho un mero simulacro de normatividad) llama la atención sobre que el derecho debe hacer posible un espacio libre de política, es decir un espacio común para los ciudadanos, realidad que sólo sería posible si el derecho presenta alguna autonomía respecto de lo político. Entonces, cuál es el peligro para la democracia cuando el juez como depositario de la razón común, realiza sus razones propias al tomar una decisión. Atria encuentra la respuesta en un pasaje del Leviatán de Hobbes: “Cuándo los hombres que se juzgan a sí mismos más sabios que todos los demás, reclaman o invocan a la verdadera razón como juez, pretenden que se determinen las cosas no por la razón de otros hombres, sino por la suya propia. No hacen, entonces, otra cosa tales hombres sino tomar como razón verdadera en sus propias controversias las pasiones que les dominan, revelando su carencia de verdadera razón con la demanda que hacen de ella.”¹³³

No deja de llamar la atención que en las obras de Ximena Fuentes Torrijo y Fernando Atria Lamaitre, con énfasis distintos, se reedite la misma preocupación que anunciara Hobbes 350 años antes.

Al respecto, en una de las sentencias que hemos escogido, el Ministro Carlos Cerda Fernández realiza una afirmación que creemos resulta especialmente controversial para el foro chileno.

“10° (...) De estimarse incluso que existe contraposición entre las disposiciones objetivas del derecho interno y el derecho internacional, como entre los derechos de quienes reclaman la actuación del estado y aquellos que piden cese la vigencia de la persecución, parece pertinente traer a colación lo enseñado desde hace más de un siglo

¹³² ECS Rol N° 1133-2006, Tercera Sala, Caratulado: “Gloria Lucía Magali Neira Rivas con Fisco de Chile”. sentencia que rechaza casación deducida por la demandante de fecha 25 de julio de 2007;

¹³³ ATRIA, Fernando.” Lo que importa sobre los principios”. Obra citada, p. 88.

por don Andrés Bello, en el sentido que ante “el conflicto de dos deberes, se debe preferir el que más importa al género humano” (Obras Completas, Tomo X, Derecho Internacional, página 179) y que en este caso es el esclarecimiento y sanción de una conducta, por lo que la eventual prescripción de la acción penal y amnistía deben ser rechazadas.”¹³⁴

Por cierto que citar una declaración del redactor del Código Civil, resulta sugerente e ilustrativa para fundar una interpretación, pero convengamos que en el sistema hermenéutico del derecho privado chileno, ésta no constituye una fuente ni un elemento legal de interpretación (en tanto no forma parte de la historia fidedigna), y nos parece que hace que las posiciones más progresistas del DIDH se permeen aún más a las críticas conservadoras que señalan que los jueces “pro DIDH” fallan desatendiendo el derecho positivo vigente.

Pues bien, nosotros no desarrollaremos todos los alcances de estas interrogantes, pero sin escapar a sus aristas, nos dispondremos a mostrar que en los fallos analizados la interpretación jurídica basada en principios hermenéuticos propios de los derechos humanos enraizados en la fundamentación del derecho internacional que defendimos más arriba, permiten al juez argumentar adecuadamente su decisión, realizando en esta operación la legitimidad democrática de su posición como sentenciador. A través de estas herramientas trataremos de mostrar que el problema de la discrecionalidad de los jueces, puede ser salvada estableciendo criterios de interpretación jurídica amparados en reglas de derecho, en la práctica judicial y en los fines explícitos del sistema.

Al respecto sostenemos que no es necesario un sistema reglado -vinculante- de interpretación jurídica, como lo establece el Código Civil. Esto, porque los temores que se tuvieron en vista para limitar la autoridad judicial son distintos a los que enfrentamos ahora. Por lo pronto creemos que la discrecionalidad se salva con el diálogo judicial y la formación jurídica de jueces y litigantes, y en último término (y la verdad siempre se salva así) con un diseño judicial que surja del ejercicio deliberativo de una sociedad democrática.

¹³⁴ ECS Rol N° 2740-2010, Tercera Sala, Caratulados: “Gaete Rubio con Fisco de Chile”. Voto minoría Sr. Cerda Fernández.

3. La hermenéutica judicial en el Derecho chileno.

3.1. La interpretación jurídica tradicional en el Derecho Privado.

Tradicionalmente se sostiene que labor del intérprete es desentrañar el contenido que estaría puesto ahí, digamos objetivado, en el enunciado normativo. Dado que la ley es obra de sus autores, esta búsqueda debería desembocar en revelar la voluntad del legislador. En esta visión, la labor del intérprete -y en específico para nuestro trabajo del intérprete judicial- consiste en hallar esa intención, que está allí puesta como un objeto. Sólo bajo estas premisas se puede considerar que la labor del intérprete ha sido objetiva.

Bajo este postulado, la interpretación -como sana actividad científica- se mudaría en una operación de razonamiento traducible en un *método*. De allí, que las reglas de interpretación en el derecho chileno se conozcan bajo esa denominación: método histórico, método lógico-sistemático, etc.¹³⁵

En esta perspectiva, para Alessandri la interpretación consiste en la determinación del sentido o alcance de una norma general ante situaciones concretas en que esta norma general debe aplicarse, teniendo presente que en último término lo que debe buscarse es la intención del legislador¹³⁶. En un sentido parecido Claro Solar afirma que la ley posee un sentido y alcance determinado, que no es otro que la intención del legislador, voluntad que debe ser reconstruida por el intérprete en su razonamiento. Así, cuando una ley es clara no requiere ser indagada pues la intención del soberano es explícita y diáfana, más cuando es oscura es necesario auxiliarse de otras herramientas que nos asistan en esta búsqueda¹³⁷.

En este orden de cosas, uno de las reglas más utilizadas por la sala constitucional de la Corte Suprema es la expresada en el artículo 19 inciso 1° del Código Civil en conjugación con la regla contenida en el artículo 23 del mismo cuerpo legal. Estas disponen que: Artículo 19 inciso 1°: “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desentenderá a su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”; y Artículo 23: “Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su

¹³⁵ VALENZUELA, Rodrigo. “Los Sueños de La Razón, ensayo sobre interpretación jurídica”. Obra citada, p. 16.

¹³⁶ ALESSANDRI, Arturo y SOMARRIVA, Manuel. “Curso de Derecho Civil, Parte General y los sujetos de Derecho”. Ed. Jurídica de Chile. p. 118

¹³⁷ CLARO SOLAR, Luis. “Explicaciones de Derecho Civil Chileno Comparado”, Volumen I, de las personas”. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1978, p. 120.

interpretación. La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes.”

Ambas reglas, sin duda, son la mejor representación de las ideas expuestas más arriba. Ambas, creemos, vienen a instaurar el resguardo a la ley, frente a la posibilidad de las arbitrariedades judiciales, buscando limitar el ámbito de discrecionalidad en la interpretación del derecho.

En este sentido Guzmán Brito observa en la última parte del artículo 23 (“...según las regla de interpretación precedentes”) una verdadera regla de clausura, original del autor del código, que no aparece ni el código francés ni el de Luisiana. “De hecho, en cuanto norma, la consideramos como una creación autónoma de Bello. Tal cláusula dice, después de haberse afirmado la preminencia del genuino sentido, que éste no se encuentra de cualquier manera, sino de acuerdo con ciertas “*reglas de interpretación*” que identifica como “*precedentes*”. Con esto -señala Guzmán Brito- Bello introdujo, si bien casi al terminar el tratamiento legal de la hermenéutica jurídica, una de las máximas generales que también había aceptado en sus *Principios de Derecho Internacional*, la número 7: “la interpretación de todo documento debe ajustarse a reglas ciertas, propias a determinar el sentido en que su autor o autores lo extendieron, obligatorias a todo soberano y todo hombre, en cuanto deducidas de la recta razón prescritas por la ley natural” (...)¹³⁸. Luego el autor, recordando una opinión del mismo tenor que Bello publicara en “El Araucano”, señala que: “El punto, pues, no es tanto que haya reglas sino que éstas sean unas mismas para todos. Si cada cual de quienes discuten sobre la interpretación que ha de darse a cierta norma siguiera reglas diferentes en la operación, al disenso en torno a cómo interpretar en concreto esa norma se añadiría un disenso más radical aun, y previo, acerca de cómo interpretar en abstracto cualquier norma (...) es evidente que la única manera de que ciertas reglas de interpretación sean las mismas para todos es que ellas aparezcan fijadas en la ley.”¹³⁹

Resulta patente, entonces, que las reglas de interpretación son imperativas para los jueces, y que entre ellas la más fundamental es la que establece que debe atenderse al sentido claro de la Ley. Es probable que Bello tuviera más bien recelo en la búsqueda de la intención del legislador, y pensara más bien que lo importante es que la ley tuviera un

¹³⁸ En GUZMÁN BRITO, Alejandro. “Las Reglas del Código Civil sobre interpretación de las leyes”. 2ª Edición, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2011, p. 69.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 70.

claro sentido. De allí que señalara en el artículo 19° que no debe recurrirse al espíritu como “pretexto” (“a pretexto de consultar su espíritu”). De hecho, esa habría sido su postura en algunos debates relativos al sentido de ciertas normas de la Constitución de 1833, es decir, defender el sentido claro, ya que “más de las veces es que el intérprete sustituye a la idea del legislador la suya propia...Nosotros creemos lo más seguro es atenerse a la letra”¹⁴⁰. Las referencias precedentes dan cuenta que, al menos, son dos los criterios rectores de interpretación tradicional del derecho: 1) El sentido claro de la ley, 2) El espíritu de la ley. Si sumamos a esto que los sentenciadores que apelan preferentemente a estas reglas de interpretación ven en el Código Civil el derecho común y por tanto, la fuente normativa de la responsabilidad estatal¹⁴¹, se colige fácilmente la trascendencia que tiene este sistema hermenéutico para el juez.

Respecto al uso del “tenor literal de la ley” como criterio, podemos citar las siguientes consideraciones.

*“SEGUNDO: Que la indemnización de los daños efectivos o morales que sufren los afectados por la acción de los órganos del Estado es asunto de índole patrimonial, en el que por **mandato legal expreso impartido por el artículo 2497 del Código Civil, tienen cabal aplicación las normas de este Código relativas a la prescripción, en ausencia de preceptos especiales.**”¹⁴²*

*“DÉCIMO SÉPTIMO: Que de lo razonado precedentemente se colige que la aplicación de las reglas del Código Civil, referentes a la prescripción extintiva a las acciones que se intenten en contra del Fisco y que no tienen un plazo especial de prescripción, **obedece a un mandato explícito del legislador, claramente consignado en dicho cuerpo de leyes.**”¹⁴³*

Al mismo tiempo, este criterio ha sido utilizado por los sentenciadores, pero para arribar a la solución opuesta, es decir desechar la excepción de prescripción, hallando esta voluntad expresa, en la normativa internacional, así como en el derecho nacional:

¹⁴⁰ BELLO, Andrés. Editorial del “Araucano” N° 362, 30 de septiembre de 1842. Citado GUZMÁN BRITO, Alejandro. “Las Reglas del Código Civil sobre interpretación de las leyes”, Santiago, 2011, p. 82.

¹⁴¹ Este punto, es decir, el estatuto normativo de la responsabilidad estatal en Chile, será desarrollado en el Capítulo IV de esta memoria.

¹⁴² ECS Rol N° 1234-2002, Cuarta Sala Mixta. Caratulado: “Gladys del Carmen Pizani Burdiles y otra con Fisco de Chile.”

¹⁴³ ECS Rol N° 4771-2007, Tercera Sala. Carátula: “Blanca de las Nieves Carrasco Oñate, Karina Ruiz Carrasco, Pablo Ruiz Carrasco con Fisco de Chile.” En el mismo sentido considerando 8° de la sentencia de la ECS 4065-2006, Tercera Sala. Caratulado: “Enrique Isaac Paris Horvitz y otra con Fisco de Chile.”

*“DÉCIMO: Que, en síntesis, tratándose de un delito de lesa humanidad cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría **la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos**, integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental, que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de todos los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito, e incluso por el propio Derecho Interno, que en virtud de la Ley N° 19.123 y su posterior modificación contenida en la Ley N° 19.980, reconoció de manera explícita la innegable existencia de los daños y concedió también a los familiares de las víctimas calificadas como detenidos desaparecidos y ejecutados políticos, por violación a los derechos humanos en el período 1973-1990, reconocidos por los informes de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, beneficios de carácter económico o pecuniario.”¹⁴⁴*

En relación a la regla que importa hallar la intención o espíritu de la ley, es posible mencionar:

*“NOVENO: Que la disposición citada en el considerando anterior nada tiene de particular si se recuerda que el artículo 2521 del mismo Código Civil establece que “prescriben en tres años las acciones en favor y en contra del Fisco y de las municipalidades provenientes de toda clase de impuestos”, porque fijar un término especial de prescripción para las acciones relativas a ingresos tributarios del Estado y de los municipios, regido por una de las vertientes del Derecho Público y que es distinto de los plazos establecidos para la prescripción de otras acciones o derechos en el mismo Código, **denota la voluntad del legislador en orden a que el Estado y demás entidades indicadas en su artículo 2497 quedaran afectos a sus reglas referentes a la materia, a pesar de incidir en asuntos naturalmente propios del Derecho Público.**”¹⁴⁵*

Sobra señalar lo lejano que están estas posturas a las desarrolladas por el DIDH motivadas por un espíritu teleológico y protector. Sin embargo, no sería justo atribuir a las nociones expuestas el privilegio de ser las últimas teorías en el derecho civil. Así Ducci observa que esta “ilusión es, en el fondo, inoperante en la práctica”. Sostiene el autor que “la doctrina tradicional olvida que mientras la fórmula más se aleja en el tiempo de la actualidad presente, más se desvincula de la realidad social y necesita, en consecuencia, ser integrada y enriquecida mediante una eficiente colaboración del intérprete” luego señala -citando a Gény- que el ordenamiento “jurídico no consiste en una cosa que es sino que se *hace*. El derecho deber ser una cosa viva y para ello *luchar*, en vista de una

¹⁴⁴ ECS Rol N° 3841-2012, Segunda Sala. Episodio “Juan Soto Cerda”. En el mismo sentido ECS Rol N° 519-2013, Segunda Sala. Caratulado: “María Cecilia Soto San Martín y otra con Fisco de Chile”, considerando séptimo; y ECS Rol N° 2918-2013, Segunda Sala. Episodio “Torres San Borja”, considerando 10°.

¹⁴⁵ ECS Rol N° 4065-2006, Tercera Sala. Caratulado: “Enrique Isaac Paris Horvitz y otra con Fisco de Chile”. En el mismo sentido se pronunció la ECS en la causa Rol N° 4771-2007 considerando 16°, dictada Tercera Sala. Carátula: “Blanca de las Nieves Carrasco Oñate, Karina Ruiz Carrasco, Pablo Ruiz Carrasco con Fisco de Chile.”

constante adaptación a las exigencias de la vida social. La interpretación debe contribuir fundamentalmente a esta finalidad.”¹⁴⁶

Las observaciones de Ducci están motivadas por una constatación empírica bastante recurrente. Si la interpretación consiste en buscar la intención del legislador, de ello surgen una serie de nuevas interrogantes: dónde y en qué manifestación de esta voluntad debo hallar el núcleo de esta declaración, en qué discusión, en qué foro, qué pasa con las disidencias, cómo interpreto las voces mayoritarias y las divergentes, qué alcance tienen las opiniones personales de los legisladores (recuérdese las opiniones de Bello en las editoriales del “Araucano” que citamos más arriba). Por cierto, cualquier respuesta posible será borrosa. Es así como surge la necesidad de llevar adelante una labor no sólo cognitiva -de entender un enunciado- sino que constructiva, cooperando con la elaboración de una regla de derecho para el caso. Además, si sumamos el transcurso del tiempo, aunque puede haberse manifestado por ejemplo en actas oficiales, la voluntad del legislador va progresivamente careciendo de sentido entre más se divorcian las realidades históricas. En este sentido Ducci expone que la “ley no es lo que ha querido una persona o personas determinadas sino que es la manifestación de la voluntad del Estado, que ha recogido y dado fijeza a principios de derechos existente en el cuerpo social.”¹⁴⁷

Hemos querido destacar las observaciones de Ducci, pues si bien adscribimos a lo expuesto con Claudio Nash al sostener que el modelo clásico “ha tenido problemas en su implementación, ya que se ha aplicado sobre la base de un sujeto de derecho con características particulares muy limitadas, cual es: un hombre, propietario, blanco y adulto. Por tanto, resulta ser un modelo de interpretación claramente restrictivo, pues posee ciertos supuestos de neutralidad....no se considera relevante el contexto...y se traduce en que el rol del juez o intérprete de la voluntad del legislador termina siendo neutral y pasivo respecto a la realidad.”¹⁴⁸, pensamos que esto no puede llevar a que los jueces, formados en la hermenéutica tradicional, se amparen en las reglas del artículo 19 y siguientes del Código Civil, para concluir que su labor se remite sólo a *aplicar el derecho*

¹⁴⁶ DUCCI, c. “Interpretación Jurídica”. Editorial Jurídica de Chile, 3ª. Edición, Santiago, año 2006, Obra citada, p. 54.

¹⁴⁷ Ibídem, p. 56.

¹⁴⁸ NASH ROJAS, Claudio. “El principio *pro persona* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. “El diálogo judicial multinivel”. En: “Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad.” Editorial Librotecnia, Santiago, 2013, p. 165.

vigente, y de allí sigan interpretaciones sin atender al objeto de las normas o a su contexto. Al contrario, es posible que los jueces aún sin desembarazarse de las reglas de interpretación tradicionales mediante un esfuerzo creativo obtengan resultados integradores y armónicos con los estándares internacionales.

“Pretender aplicar las normas del Código Civil, considerándolo como derecho común, supletorio a todo el ordenamiento jurídico resulta exagerado y desproporcionado, por cuanto el Código Civil tiene una innegable importancia para todo el Derecho, sin embargo, la evolución de las ciencias jurídicas ha permitido establecer principios y normas propias para determinadas materias, lo cual el mismo Código reconoce, al estipular en el artículo 4°, que las disposiciones especiales “se aplicarán con preferencia a las de este Código”. De esta forma el Código Civil es supletorio a todo el Derecho Privado, al que orienta. Pero no debe olvidarse que si bien el fenómeno de la codificación se plantea para construir un sistema integral, estructurado y coordinado de la legislación, la descodificación se ha transformado en la manera empleada por el legislador para adoptar, de manera más dinámica, la forma en que adecua a las nuevas realidades situaciones emergentes que no se encuentran en el sistema existente, atendidas sus finalidades y valores propios.”¹⁴⁹

Como se ve, pese que el sentenciador disidente funda su voto en normas de Derecho Público y DIP, igualmente refuerza su argumento hallando en el propio código civil una norma de reenvío que permite de hecho su inaplicación en el caso concreto¹⁵⁰.

Ahora veremos como el elemento de la justicia y la equidad -contenido en el artículo 24 del código civil- es utilizado como criterio de interpretación y elemento de integración normativa.

3.2. ¿Laguna legal o problema de interpretación?

Desde la perspectiva del Derecho Privado, resulta importante dirimir si estamos frente a un problema de interpretación o de integración normativa.

Este último caso, el de la integración, se produce cuando estamos frente a una laguna en la legislación¹⁵¹. Por cierto jamás existe una laguna de Derecho, cuestión que no conlleva la suposición de que necesariamente el ordenamiento jurídico contempla todas las hipótesis verificables en la vida real, sino solamente indica una señal hacia la jurisdicción en el sentido de que ante una laguna, los jueces no pueden excusarse de

¹⁴⁹ ECS Rol N° 10665-2011, Tribunal Pleno. Carátula: Colegio Médico Eduardo González Galeno. Voto de disidencia Ministro Sr. Muñoz Gajardo.

¹⁵⁰ En el mismo sentido se pronunció la Sala Penal en su voto de mayoría en las causas Rol N° 3841-2012, Segunda Sala. Carátula: Episodio “Juan Soto Cerda”; y en la causa Rol N° 2918-2013, Carátula: “Torres San Borja”.

¹⁵¹ DUCCI CLARO, Carlos. “Interpretación Jurídica”. Obra citada, p. 57

resolver un litigio, principio que se encuentra consagrado en el artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales, y en el artículo 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil.

La hipótesis de una laguna legal en el caso de estudio rezaría de la siguiente forma: “En la normativa vinculante no existe norma alguna que determine reglas aplicables para los modos de extinguir las acciones reparatorias por violaciones a los derechos humanos, en particular para el pago efectivo y la prescripción”. En atención a que los jueces están obligados a resolver la controversia, y ante la ausencia de regla de derecho positivo que dirima el asunto, éstos, dado el principio de inexcusabilidad, deberían aplicar un concepto de equidad acorde al caso concreto.

A este respecto el artículo 24 del Código Civil prescribe que: “En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de **interpretación** precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural.”

La doctrina observa que Andrés Bello creó una fórmula propia para tratar a la equidad con un sentido diverso al contenido en el Código de Luisiana -fuente histórica del código de Bello-, así como en otras codificaciones de la época, las que hacían de la equidad una herramienta exclusiva de la integración más no de la interpretación¹⁵².

Ahora bien, es necesario notar que la equidad no puede ser un concepto caprichoso, debe estar fundada. De allí que el intérprete, recurrentemente, acuda a reglas subsidiarias como la aplicación por analogía o del uso de los principios generales de la legislación. Se sigue entonces que en casos de lagunas legales será la equidad la que funda la sentencia, y será el uso de los principios generales y/o la aplicación por analogía, las que den fundamento al concepto de equidad arribado.

El uso de la analogía es bastante claro en estos casos, bastando dar un repaso a los fallos citados en el capítulo precedente donde se argumenta, permanentemente, que dada la imprescriptibilidad de las acciones penales establecida en el derecho internacional se sigue necesariamente la imprescriptibilidad de la acción civil. Así mismo se ha utilizado la analogía expresamente para llenar vacíos legales.

¹⁵² DUCCI, C. “Interpretación Jurídica”. Obra citada, pp. 149 y ss. Es necesario hacer notar que a diferencia de Ducci, Alejandro Guzmán Brito concluye, a partir del estudio de las fuentes utilizadas en la confección del art. 24, que Bello tuvo la intención de darle a la equidad el doble carácter, como elemento de integración y de interpretación. En GUZMÁN BRITO, Alejandro. “Las Reglas del Código Civil sobre interpretación de las leyes”. 2ª edición, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2011, pp. 185 y ss.

“DÉCIMO: (...) Al reconocer que existe ausencia de normativa que regule la prescripción extintiva de las acciones en el Derecho Administrativo, se reconocen igualmente sus particularidades. Esta ausencia de regulación jurídica para determinadas situaciones impone al juez interpretar, o mejor dicho, integrar la normativa existente, que en el evento de estar sustentados en iguales directrices podrá aplicar la analogía. Al no responder a iguales paradigmas, debe integrarse la normativa con los principios generales del derecho respectivo, en este caso, del Derecho Administrativo y no del Derecho Civil. Así se colige del artículo 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil y, en este mismo sentido, el artículo 38, letra c) de la Corte Internacional de Justicia, dispone: “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Principios generales del derecho que reconocen la imprescriptibilidad de las acciones reparatorias derivadas de violaciones a los derechos humanos.

Por otra parte, la referencia que se efectúa a la normativa internacional se relaciona con la consagración de la reparación integral del daño, aspecto que no se discute en el ámbito internacional, el que no se limita a la reparación a Estados o grupos poblacionales, sino que a personas individualmente consideradas; reparación que se impone a los autores de los crímenes, pero también a instituciones y al mismo Estado. También esta normativa internacional no ha creado un sistema de responsabilidad, lo ha reconocido, pues, sin duda, siempre ha existido, evolucionando las herramientas destinadas a hacer más expedita, simple y eficaz su declaración, en atención a la naturaleza de la violación y del derecho quebrantado.”¹⁵³

El uso de los principios generales también forma parte de la batería de argumentos más usados. Basta ver el recurrente uso de los principios de *ius cogens*, o el principio pro persona, que estudiaremos más adelante en este mismo capítulo. O en la otra vertiente, la idea de seguridad jurídica, que tiene su correlato en la afirmación que la prescripción constituiría un principio general del derecho:

*“DÉCIMO TERCERO: Que, sin perjuicio de lo que viene de señalarse, es necesario tener presente que, como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corte, la circunstancia de que determinadas responsabilidades se encuentren reguladas por normas pertenecientes al Derecho Público no constituye óbice para que ellas puedan extinguirse por el transcurso del tiempo, con arreglo a disposiciones pertenecientes a esa rama del derecho, **dado que la prescripción constituye un principio general del derecho**, destinado a garantizar la seguridad jurídica y, como tal, adquiere presencia en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, entre otros, en las disciplinas correspondientes al Derecho Público, salvo que por ley o, en atención a la naturaleza de la materia, se determine lo contrario, esto es, la imprescriptibilidad de las acciones”¹⁵⁴*

Coherentes con la afirmación hecha más arriba referente a que no estamos ante un problema de fuentes del derecho, sostenemos que en los casos estudiados, no existe una laguna legal, ya que, -y como lo reseñan los fallos aludidos en el capítulo anterior-

¹⁵³ ECS Rol N° 2918-2013, Segunda Sala. Carátula: “Torres San Borja”.

¹⁵⁴ ECS Rol N° 6049-2005, Tercera Sala. Carátula: “Josefa del Carmen Martínez Ruíz y otros con Fisco de Chile. Víctima: María Isabel Gutiérrez Martínez”.

existe un conjunto de normas que regulan el litigio, de manera más o menos satisfactoria, pero sin duda contienen hipótesis abstractas que permite su aplicación. Por ello afirmamos que el uso de la equidad, o la justicia, como herramienta de integración es más bien impropia para estos casos, por cuanto sí existe un basamento normativo para la solución del conflicto, el que se enriquece con el uso de una hermenéutica particular¹⁵⁵.

Sin embargo, a pesar de nuestra afirmación, nos parece que la Corte Suprema ha utilizado la idea de justicia en ambos sentidos, esto es como fuente de integración y como elemento de interpretación. Esto es así, por lo siguiente:

1) En tanto sostiene que la idea justicia impide afirmar la inexistencia de un régimen de responsabilidad en estos casos, lo que supondría que usa esta noción para suplir una ausencia normativa;

2) También la usa como criterio orientador para inaplicar las reglas del derecho civil, cuestión que es claramente un uso interpretativo, ya que está limitando el ámbito de una regla jurídica.

A continuación dejamos al lector alguno de los considerandos más recurrentes que a propósito de la noción justicia, creemos se ve esta doble faz analizada:

“TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que la indemnización del daño producido por el delito, así como la acción para hacerla efectiva, resultan de máxima trascendencia al momento de administrar justicia, comprometiendo el interés público, y aspectos de justicia material, que permiten avanzar en el término del conflicto.”¹⁵⁶

*“OCTAVO: ...En resumen, no es posible sostener la inexistencia de responsabilidad del Estado en esta clase de infracciones por la prescripción de la acción civil, **porque el valor justicia que orienta el Derecho y la convivencia humana rechazan tal posibilidad, al extremo que el Derecho Internacional ha recogido el criterio que afirma que “todo daño” que sea su consecuencia ha de ser reparado.** Además, tal alegación desconoce la naturaleza del hecho que motiva la indemnización solicitada cuando reclama el sistema de responsabilidad extracontractual, porque si bien es cierto que la cuestión está desvinculada de lo meramente convencional o contractual, ello no implica que haya de hacerse aplicación de aquel régimen con elementos como la culpa y el dolo de un agente determinado. En un caso como el de la especie, su*

¹⁵⁵ Distinto es el uso -como veremos más adelante- del principio *pro persona*, que si bien, tiene un contenido valorativo asimilable a una noción de justicia, si es en estricto rigor una directriz hermenéutica.

¹⁵⁶ ECS Rol N° 5720-2010, Segunda Sala. Carátula: Episodio “José Barrera Barrera”). En el mismo sentido: ECS Rol N° 5436-2010, Segunda Sala. Carátula: Episodio “Jaime Robotham Bravo y Claudio Thauby Pacheco”; ECS Rol N° 6308-2007, Segunda Sala Víctima: Fernando Gabriel Vergara Vargas; y los ministros señores Juica Arancibia, Dolmestch Urra, Araya Elizalde, Künsemüller Loebenfelder, Brito Cruz y suplente señor Escobar Zepeda, en su voto de minoría del fallo del Pleno ya citado.

*naturaleza y gravedad es lo que hace innecesario ocuparse de acreditar estos supuestos de responsabilidad en los agentes del Estado causantes directos del daño, porque inequívocamente los hechos no han podido acaecer sino como efecto de una política de Estado, y por lo tanto reiterada y sistemática de conductas lesivas a los derechos fundamentales propias de regímenes no democráticos como el instaurado en Chile el 11 de Septiembre de 1973, esto es, cuando integrantes de sus órganos de seguridad asumen con el apoyo de todo el aparato estatal políticas represivas conculcando derechos fundamentales de sus opositores -hombres y mujeres particularmente jóvenes-, mediante torturas físicas y psicológicas, abusos sexuales, desapariciones y ejecuciones forzadas como práctica institucional entre otros graves atentados ocultos a los ojos de mucha gente y de la jurisdicción hasta muy avanzada la democracia. **Objetivo de verdad que junto a los de justicia, paz y reparación hacen inaplicables las normas sobre responsabilidad civil del código del ramo.**"¹⁵⁷*

Como se observa la Corte Suprema ha utilizado un concepto de justicia para el caso concreto en diversos sentidos: 1) Para afianzar la necesidad restaurativa de la reparación; 2) Para rechazar la aplicación del Código Civil y 3) Para traer a colación las reglas del Derecho Internacional. Ello, a nuestro juicio, importa que la Corte vea en la justicia tanto un criterio orientador como una herramienta de integración jurídica.

Ahora bien, debemos hacer presente que, no obstante no existir a nuestro juicio problema de fuentes ni de lagunas legales, es posible que la interpretación nos lleve a la necesidad lógica de desarrollar una integración normativa entre distintas fuentes. Esta será precisamente la postura que desarrollaremos en el capítulo siguiente, cuando mostremos que la jurisprudencia ha ido construyendo un régimen de responsabilidad estatal por violaciones a los derechos humanos, donde se conjugan normas de derecho público interno y normas de derecho internacional público, con el auxilio de algunas herramientas del derecho privado. Este desarrollo se logra a partir del uso hermenéutico de determinados principios que veremos más adelante, pero no como fruto del vacío normativo, sino bajo el anhelo de dar un mejor amparo a las garantías y libertades comprometidas en estos litigios.

Ahora observaremos algunos de los criterios hermenéuticos del DIDH utilizados por la Corte Suprema.

¹⁵⁷ ECS Rol N° 2080-2008, Tercera Sala. Carátula: María Isabel Ortega Fuentes / Fisco de Chile. Víctima: Washington Cid Urrutia. En el mismo sentido la Segunda Sala Penal ECS 3841-2012, Carátula: Episodio "Juan Soto Cerda".

4. La hermenéutica judicial en el sistema de derechos humanos.

Las reglas de interpretación del DIDH son esenciales no sólo para la labor de los jueces internacionales, sino que también constituyen orientaciones y prescripciones ineludibles para los magistrados nacionales cuando en su foro se traban litigios relativos a violaciones a los derechos humanos. Es así como en los instrumentos internacionales abundan reglas de interpretación.

Cabe destacar que éstas no sólo determinan la interpretación de las convenciones del DIDH sino que constituyen, en algunos casos, reglas generales de Derecho Internacional Público, como es el caso de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del año 1969.

A continuación analizaremos el contenido de estas reglas de derecho y como han sido objeto de recepción por la jurisprudencia de la Corte Suprema a propósito de las acciones reparatorias por violaciones graves a los derechos humanos durante la última dictadura en nuestro país.

4.1. El principio de buena fe como herramienta hermenéutica, y de integración normativa.

El principio de buena fe -junto al *pacta sunt servanda*- suele ser invocado para fundar la obligatoriedad del derecho internacional y la integración normativa de sus fuentes, en particular así lo ha hecho el racionalismo lógico. Sin embargo, como criterio de validación es bastante limitado, ya que si nos preguntamos por qué una norma internacionales es obligatoria, la respuesta que -desde la buena fe- es posible extraer se limita a señalarnos que es obligatoria porque este principio así lo exige, es decir es un argumento circular. Además tampoco salvamos su limitación afirmando que la obligatoriedad del DIP es en realidad un postulado, porque como vimos, su obligatoriedad sí es deducible de otros fundamentos, como lo señalamos al hablar sobre la soberanía y la legitimidad.

Respecto a la fundamentación del DIDH nos remitimos a lo ya señalado. Ahora bien como criterio de interpretación, la buena fe, puede ser de mucha utilidad, pues obliga al intérprete a someter sus conclusiones al contexto normativo en que surge y se desarrolla la regla.

Pues bien, estos principios han sido invocados con propósitos diversos por la Corte Suprema. Es así como en un caso uno de los disidentes sostuvo que la Buena Fe permite afianzar la fuerza normativa de un tratado que no ha sido incorporado formalmente al ordenamiento jurídico.

“6° (...) Esta Convención¹⁵⁸ tiene vigencia internacional desde el 11 de noviembre de 1970, la que si bien Chile suscribió, no la ha ratificado a la fecha, sin que este hecho impida observar que en la expresión de motivos se advierte que la Convención es un acto más bien declarativo que constitutivo de una situación jurídica, ya que representa el paso natural luego de haber desarrollado la normativa internacional que se destaca, la que ha sido suscrita por la República de Chile. Se une a lo anterior, el hecho que se haya participado en la revisión de su protocolo facultativo.

La Corte Internacional de Justicia ha declarado que la firma de un tratado genera un estatuto provisorio para los estados, que se traduce en el derecho a velar por que no se debilita el convenio, como también a no contrariar sus disposiciones en el tiempo intermedio que dure el trámite de ratificación, siéndole aplicable el principio de la buena fe que establece la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados”¹⁵⁹

Por cierto que esta cuestión se discute desde la sentencia por el Secuestro de Miguel Ángel Sandoval. Al respecto pensamos que el principio de la buena fe, en este caso, no logra salvar la falta de obligatoriedad del tratado invocado en tanto norma positiva. Pero sí creemos que utilizada la buena fe como herramienta hermenéutica permite sostener que las normas relativas a la responsabilidad y a la prescriptibilidad -que son las discutidas en el fallo- deben ser interpretadas no sólo a la luz de la Convención Americana, de la que no cabe duda su obligatoriedad directa, sino que teniendo presente el contexto normativo que explica su adopción, aplicación y desarrollo, pudiendo colegirse ese sentido del texto mismo y de la intención que se ha manifestado al suscribirse dicha convención. Así se puede entender que Chile siendo una parte obligada de la Convención Americana, ha querido darle un especial sentido a sus obligaciones contenidas en dicho tratado, al suscribir la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad. Creemos que ese es el sentido que ha querido darle el disidente a su afirmación cuando, a continuación del considerando citado, expone una serie de actos realizados en distintos periodos de la historia jurídica de Chile, en el seno de la comunidad internacional por parte de los representantes de Chile -representantes en

¹⁵⁸ Se refiere a la Convención sobre imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad de 1968.

¹⁵⁹ ECS Rol N° 2740-2010, Tercera Sala. Caratula: “Gaete Rubio con Fisco de Chile”. Voto minoría Sr. Cerda Fernández.

atención a las facultades que emanan de la propia Constitución Política- que son directamente vinculantes para el Estado al no requerir de la aprobación parlamentaria.¹⁶⁰

¹⁶⁰ “Se puede tener en consideración que nuestra historia jurídica permite llegar a esta conclusión en atención a que la Constitución de 1833, en su artículo 82, dispuso: Son atribuciones especiales del Presidente: 19. Mantener las relaciones políticas con las potencias extranjeras, recibir sus ministros, admitir sus cónsules, conducir las negociaciones, hacer las estipulaciones preliminares, concluir y firmar todos los tratados de paz, de alianza, de tregua, de neutralidad, de comercio, concordatos y otras convenciones. Los tratados, antes de su ratificación, se presentarán a la aprobación del Congreso; norma que reitera el artículo 72, N° 16 de la Constitución Política de 1925.

Por su parte el Decreto Ley 247, de 1973, dando cuenta de lo que era la práctica y costumbre, reglamenta los procedimientos referidos a los instrumentos internacionales que obligan al Estado de Chile, distinguiendo entre tratados solemnes por una parte y los protocolos, acuerdos de ejecución derivados de un tratado marco, los acuerdos en forma simplificada y declaraciones, por otra. Es así que dispuso que los tratados solemnes fueran suscritos por el Ministro de Relaciones Exteriores o el Plenipotenciario debidamente autorizado, su aprobación se efectuaría por la Junta de Gobierno, luego de lo cual el Presidente de la Junta de Gobierno firmará el instrumento de ratificación o adhesión, realizando el canje o depósito de los instrumentos de ratificación o adhesión, procediendo a su promulgación y publicación. En lo referido a “aquellos tratados que se limiten a cumplir o ejecutar lo dispuesto en un tratado anterior, entrarán en vigor mediante la sola firma o mediante el cambio de notas reversales”, circunstancia que se mantiene al dictarse los Decretos leyes 527 y 991.

La Constitución Política de la República de 1980, en su texto original, artículo 32, señala que son atribuciones especiales del Presidente de la República, N° 17. “Concluir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organizaciones internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime conveniente para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 50 N° 1”.

Esta normativa ha sido interpretada en el sentido de aceptar la existencia de los tratados de ejecución o acuerdos en forma simplificada. Al respecto corresponde recordar el Memorandum del Ministerio de Relaciones Exteriores de fecha 28 de mayo de 1951, por el cual se expresa: “Se ha entendido, que debe distinguirse entre los tratados en el sentido estricto constitucional y los compromisos internacionales que podrían llamarse acuerdos en forma simplificada, los que no requieren aprobación parlamentaria ni ratificación”. En el informe emitido a la Comisión de Constitución Legislación y Justicia y Reglamento del Senado, en 1973, distingue: a) Tratados pactados en cumplimiento de una ley, los que no necesitan ser sometidos a la aprobación del Congreso, sea que autoricen expresa o tácitamente al Presidente para suscribirlos; b) Tratados pactados en cumplimiento de un tratado en vigencia, tienen igual solución; c) Tratados acordados en virtud de las facultades propias del Presidente de la República, no requieren ser sometidos al Congreso. La Contraloría General de la República coincide con los dos primeros criterios en el Informe N° 35.090 de 17 de agosto de 1955 a la Comisión de Legislación y Justicia de la Cámara, y en los Dictámenes N° 36.383 de 1959, N° 4949 de 1960, N° 6149 de 1966 y N° 1172, de 19 de agosto de 1969, calificando en este último al Tratado de Montevideo, como “tratado marco”, “es decir, una convención que sólo fija principios, crea mecanismos y establece órganos destinados a los fines de ella, los que van llenando con su actuar la estructura de todo el contenido”, extrayendo como conclusión que “los mecanismos destinados a ejecutar el Tratado no requieren nueva aprobación parlamentaria”. En este mismo sentido la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado expresó que “el Presidente de la República, sin necesidad de otro texto legal autorizante, puede poner en ejecución todas y cada una de las disposiciones de este instrumento internacional (Acuerdo de Cartagena), ya que tal facultad emana implícitamente del hecho de su aprobación”. El Tribunal Pleno de la Corte Suprema, por su parte, al responder la consulta formulada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, en su oficio N° 2.576, de fecha 9 de septiembre de 1969, coincidiendo con su Fiscal, expresa que no ve inconveniente para que se procediera a adoptar un acuerdo con Brasil sobre la tramitación de exhortos judiciales mediante el intercambio de notas reversales, sin cumplir con otra formalidad, de modo que así se hizo, siendo aprobado mediante el Decreto Supremo 214, publicado en el

Esta noción de buena fe es de larga data, y forma parte de los principios interpretativos del Derecho Internacional Público. Sorensen observa que en la interpretación del Derecho Internacional Público debe entenderse que lo convenido por los sujetos de derecho internacional jamás se limita, sólo, a lo expresado en el texto. Siempre, señala el autor, debe entenderse que lo convenido tiene algún significado, aunque con frecuencia pueda parecer que en su formulación no aplica para el caso dado lo limitado o abstracto del texto, por ello resulta necesario atender aquellos actos que han precedido al acto del tratado así como los que le siguen. Esta consideración se colige, continúa Sorensen, de la regla contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁶¹:

“31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”

Diario Oficial de 12 de mayo de 1970. El Máximo Tribunal distinguió entre tratados y medidas para poner en ejecución los compromisos internacionales, señalando que estas últimas no tienen el carácter de tratados internacionales, según lo resolvió al decidir el recurso de inaplicabilidad del Banco Alemán Transatlántico. Esta práctica se mantiene en lo relativo al Mercosur, en el que el Ejecutivo, por deferencia y expresando que no tiene obligación de hacerlo, somete a la consideración del Congreso el tratado de ejecución. El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en distintas sentencias y en todas ellas ha reconocido la distinción entre tratados marcos y tratados de ejecución, y si ha privado de efectos a algunos protocolos adicionales ha sido por considerar que sus disposiciones exceden los límites del tratado marco, pero no por ser constitucionalmente inexistentes (Rol 282, Décimo Protocolo Adicional y su Anexo al Acuerdo de Complementación Económica con Bolivia N° 22).”

¹⁶¹ SORENSEN. “Derecho Internacional Público”. Obra citada, p. 299.

De estas reglas el autor colige la existencia de otras tantas, entre ellas destacamos la “regla intemporal” conforme a la cual “el contexto del tratado también comprende todo el conjunto del Derecho Internacional contemporáneo en vigencia. Es decir, que el texto debe leerse a la luz del concepto jurídico de las partes”.¹⁶²

Siguiendo esta idea, el disidente recién citado expuso que:

“9° (...)El Derecho Internacional derivado de los tratados conforma el sistema de Fuentes del Derecho que se debe tener en consideración y aplicar a un litigio determinado, el cual se integra con la legislación nacional, y de acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, éstos deben ser cumplidos por los Estados partes de buena fe (art.25), considerando su contexto e incluso los acuerdos posteriores (art.31), sin que se puedan invocar las disposiciones del derecho interno para justificar su incumplimiento (art. 26), por el contrario desechando “toda interpretación de que resultare que la ley o la convención sería del todo ilusoria” (Andrés Bello, Obras Completas, Tomo X, Derecho Internacional, página 176).”¹⁶³

Por cierto que estas nociones también han sido recogidas en los votos de mayoría:

“TRIGÉSIMO QUINTO: Que, de esta manera, a juicio de estos sentenciadores, procede 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. Así, 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, 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.”¹⁶⁴

En definitiva, el principio de buena fe visto como criterio hermenéutico orienta al intérprete en el sentido de hacerle ver el contexto jurídico que tuvieron las partes al suscribir sus obligaciones, su desarrollo posterior y el sentido que le han dado en el seno de la comunidad internacional y en el foro interno. De esta manera se traba una relación entre convenios ratificados y vigentes con otros instrumentos que no le son directamente vinculantes, generando una integración normativa que obliga ver los derechos a la luz del concepto jurídico que sobre ellos se ha ido construyendo.

¹⁶² *Ibíd.*, p.231.

¹⁶³ ECS Rol N° 2740-2010, Tercera Sala. Caratula: “ Gaete Rubio con Fisco de Chile”. Voto minoría Sr. Cerda Fernández.

¹⁶⁴ ECS 5720-2010, Segunda Sala. Episodio: “Jorge Manuel Toro Toro, Justo Joaquín Mendoza Yáñez, Jorge Yáñez, Segundo Nicolás Gárate Torres y José Guillermo Barrera Barrera”. En el mismo sentido falló el considerando décimo octavo de la sentencia de casación Rol N° 5436-2010, Segunda Sala.

Ahora veremos que una consecuencia de entender el principio de buena fe como criterio rector, es que las obligaciones internacionales sobre Derechos Humanos deben entenderse siempre en favor de las personas protegidas por dichas obligaciones.

4.2. Los principios de interpretación en favor de la persona y de interpretación evolutiva como criterios rectores para el juez nacional.

Como vimos, es en la buena fe donde se puede observar uno de los pilares para la interpretación de los tratados de derechos humanos. Al respecto la doctrina ha observado que conforme a este principio, debe entenderse que los Estados se obligan siempre con la intención de que el tratado suscrito produzca efectos prácticos (artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Ahora bien, dado que en el sistema del DIDH el efecto por antonomasia es la búsqueda de la protección de las personas, resulta que, en éste ámbito, el corolario de la buena fe es que los tratados de DD.HH. deben interpretarse en pos de la mayor realización de su objeto protector, es decir, buscando el sentido que asegure de mejor modo el goce de los derechos y garantías establecidas en las convenciones internacionales¹⁶⁵. Es así como de este principio es posible derivar otros criterios, a saber: 1) De interpretación unitaria, que conlleva que el sistema debe entenderse como un todo sin hacer distinciones o jerarquías entre sus componentes; 2) De integralidad en la interpretación, conforme al cual un tratado debe ser interpretado teniendo en consideración de todos que se refiere a la materia propia del tratado, es decir, el derecho interpretado debe entenderse a la luz del acervo normativo y jurisprudencial que le precede, y conforme al cual se desarrolla; 3) Criterio teleológico, que orienta al intérprete para que busque la mayor realización del derecho o libertad interpretado, a que es éste, el objeto y fin del tratado; y por último debe tenerse en cuenta 4) El carácter dinámico o evolutivo de la interpretación, cuestión que trataremos en el próximo apartado¹⁶⁶.

Como se observa todos estos criterios o subprincipios buscan la mayor realización del contenido de los derechos y libertades comprendidas en los instrumentos internacionales.

¹⁶⁵ NASH ROJAS, Claudio. "El principio *pro persona* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En: "Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad." Editorial Librotecnia, Santiago, 2013, pp. 169 y 173.

¹⁶⁶ *Ibidem*, pp. 169 y ss.

Pero este principio no sólo mira hacia el derecho contenido en los instrumentos internacionales, ya que bien puede ocurrir que, en el dominio de juez nacional, éste concluya que de una norma de derecho interno se siga una mejor protección de los derechos humanos. Una solución que hiciera imperar a toda costa la norma internacional, sería manifiestamente contraria a los fines del tratado, que por lo demás está decir, sólo busca fijar el contenido mínimo de la garantías, siendo los estados-nacionales los primeros llamados a satisfacer los objetivos de las convenciones internacionales, al tiempo que éstos son los primeros que, a través de sus tribunales, deben reprimir las conductas violatorias de derechos humanos. Es así como el principio en favor persona, faculta al intérprete a optar por la norma más favorable a la víctima. Este especial efecto es observado por Antonio Cancado, quien señala que dicha facultad se encuentra consagrada en diversos instrumentos internacionales, v.g., en el artículo 5.2. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, artículo 5; en el artículo 5° de la Convención Sobre el Estatuto de los Apátridas; igual cosa en la Convención sobre la eliminación de Todas las Formas de discriminación contra la mujer, artículo 23.

En el plano interamericano encontramos el art. 29 b) de la CADH; en el Protocolo de San Salvador, artículo 4. En el mismo sentido se citan algunos instrumentos del DIDH desarrollado en Europa.

El autor observa que “el criterio de norma más favorable”, contribuye a minimizar eventuales conflictos de preceptos, al tiempo que favorece la coordinación normativa, ya que lo que importa es la eficacia del sistema, provenga su satisfacción del derecho internacional o del derecho interno¹⁶⁷. Como veremos luego esta integración, forma parte también de la labor jurisprudencial.

Como se señaló el criterio favor persona tiene un claro basamento positivo en los instrumentos de derechos humanos, es así como en el PIDCP se dispone en el artículo 5.2 que:

“No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”

¹⁶⁷ CANÇADO, A. “el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI”. Obra citada, pp. 310-313.

A su vez la CADH establece en su artículo 29 que:

“ Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”

En este orden de cosas, la pertinencia de la interpretación en favor de las personas ha sido refrendada en diversas oportunidades. Así la doctrina observa que en los fallos de la Corte IDH, es posible hallar, al menos, dos manifestaciones de dicho criterio, a saber: 1) Que el principio pro persona debe conllevar una interpretación extensiva de los derechos; y 2) Que como reverso, dicho principio conlleva el deber de interpretar restrictivamente los límites que es posible establecer a los derechos y garantías consagrados.¹⁶⁸

Claudio Nash destaca la importancia de la discusión sobre este principio señalando que “la Corte ha planteado que todas las autoridades del Estado y, en particular, las del poder judicial deben hacer un control de convencionalidad de las normas a aplicar en el ámbito interno. Este control de convencionalidad es la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno...y que se traduce básicamente (en) un ejercicio hermenéutico, es decir interpretar las normas incompatibles con la CADH (o en algunos casos expulsarlas del ordenamiento jurídico) de manera que sean armónicas con las obligaciones de los Estados¹⁶⁹.” Cita al efecto un extracto de la sentencia dictada en el caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, resolución del 15 de septiembre de 2005, que reza lo siguiente:

“Esta especial naturaleza de dichos tratados y su mecanismo de implementación colectiva

¹⁶⁸ Para una profundizar en el análisis del principio pro persona en la jurisprudencia de la CIDH véase: NASH. Claudio. “Principio *pro persona* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Obra citada, pp. 174 y ss.

¹⁶⁹ NASH. Claudio. “Principio *pro persona* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Obra citada, p.195

conllevan la necesidad de aplicar e interpretar sus disposiciones, de acuerdo con su objetivo y fin, de modo a asegurar que los Estados Partes garanticen su cumplimiento y sus efectos propios (effect utile) en el plano de sus respectivos derechos internos”

También se ha sostenido que este criterio hermenéutico encuentra un claro asidero en el texto de la CPR, en particular en el artículo 1 inciso primero que dispone que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, y al mismo tiempo en el encabezado del inciso cuarto de citado artículo que prescribe que “El Estado está al servicio de la persona humana”, norma que consagra el principios de servicialidad del Estado. Esta consagración permitiría al intérprete no tener que recurrir al DIDH para amparar sus razonamientos, ya que el fundamento positivo del criterio estaría amparado en la “Ley Suprema”, sin perjuicio, de su reconocimiento en los instrumentos internacionales de derechos humanos.¹⁷⁰

Al respecto la ministra del Tribunal Constitucional Marisol Peña, cita una serie de sentencias dictadas por el Tribunal constitucional, destacando nosotros la dictada en el caso de requerimiento de inconstitucionalidad sobre la entrada en vigencia de la Ley General de Educación, caso en el que este Tribunal hizo suyo el razonamiento que hiciera la CIDH -recurrentemente citado- a propósito de una opinión consultiva en el año 1985 y que ya fuera refrendado por la magistratura constitucional en el caso de la “pastilla del día después”(causa Rol N° 740-2007):

“Que, por otra parte, en el ejercicio de sus funciones, este Tribunal debe buscar aquella interpretación que se avenga mejor con el respeto de los derechos constitucionales, Así lo ha sostenido:

En tal sentido, parece ineludible tener presente el principio “pro homine” o “favor libertatis” definido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: “entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido (...) debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana” (Opinión Consultiva 5, 1985);” (Rol 740)”. (Considerando 73°)

Que, en consecuencia, no debe escapar al análisis de constitucionalidad el hecho de que, de acogerse el requerimiento en esta parte, resultaría que en lugar de existir una vacancia legal de ocho años, la norma en cuestión entraría a regir inmediatamente. Con ello, no habría un paso de adaptación para los sostenedores que cuentan hoy con reconocimiento oficial sino deberían adecuarse de inmediato, sin espera de ningún tipo, imponiéndose una carga que, en tal caso, entorpecería gravemente el ejercicio libre de sus

¹⁷⁰ PEÑA TORRES, Marisol. “El principio *pro homine* o *favor persona* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile”. En “Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad.” Editorial Librotecnia, Santiago, 2013, pp. 137 y ss.

derechos” (Considerando 74°)¹⁷¹

De esta forma queda asentado que el principio en favor persona constituye uno de los criterios centrales de la hermenéutica jurídica en el campo de los derechos humanos, significando que, en esta rama, el derecho debe ser interpretado en el sentido que mejor beneficie y proteja a las personas, estando, su normatividad, claramente establecida en el derecho convencional.

Ahora bien, aceptada esta facticidad, es posible observar su aplicación por parte de la justicia ordinaria en materia de reparaciones por violaciones a los derechos humanos. Es así como la cerrada disidencia del Tribunal Pleno de la Corte Suprema estimó que ante una eventual limitación de un derecho consagrado -de reparación- debe aceptarse el sentido que no imponga dicha limitación:

“19.- Que en todo caso, este principio de interpretación se identifica con el “pro homine o favor persona”, que tiene por objeto aplicar siempre la norma que mejor asegure y garantice la vigencia de los derechos fundamentales. Cuando hay dos posibles normas referentes a derechos fundamentales, una de derecho interno (acción posiblemente prescriptible) y otra de derecho internacional (acción imprescriptible) que consagran soluciones antagónicas, corresponde necesariamente preferir las que permiten reconocer, declarar y potenciar el ejercicio de derechos.”

Como se observa, la Corte dispone que este principio sea tan determinante que opera como razón suficiente para dirimir el asunto. Seguidamente, el tribunal observa que su razonamiento ya ha sido recogido por la justicia constitucional en la sentencia que refiriéramos más arriba

“Al respecto el Tribunal Constitucional de Chile, en la causa rol N° 740-07, en sentencia de 18 de abril de 2008, en su considerando 69° dejó establecido, en lo pertinente: “Que de todo lo expuesto sólo es posible concluir que la existencia de una norma reglamentaria que contiene disposiciones que pueden llevar a afectar la protección del derecho a la vida de la persona que está por nacer y que la Constitución buscó cautelar especialmente, la vulnera porque la sola duda razonable, reflejada en las posiciones encontradas de los expertos del mundo de la ciencia, de que la aplicación de esas normas reglamentarias puedan llegar a afectar el derecho a la vida del nasciturus, obliga al juez constitucional a aplicar el principio “favor persona” o “pro homine” en forma consecuente con el deber impuesto al Estado por la Carta Fundamental de estar al “servicio de la persona humana” y de limitar el ejercicio de la soberanía en función del respeto irrestricto del derecho más esencial derivado de la propia naturaleza humana de la que el nasciturus participa en plenitud.”

“En consecuencia, este Tribunal sólo puede concluir que el imperativo de proteger y promover el derecho a la vida, que se desprende del artículo 5°, inciso segundo, de la

¹⁷¹ TC Rol N° 1361, sentencia del 13 de mayo de 2009.

Constitución, en relación con el artículo 19 N° 1 de la misma, conduce a declarar inconstitucionales las Normas Nacionales que señala. De igual forma en causa rol N° 1361-09, en sentencia de 13 de mayo de 2009, en su considerando 73° estableció: “Que, por otra parte, en el ejercicio de sus funciones, este Tribunal debe buscar aquella interpretación que se avenga mejor con el respeto de los derechos constitucionales. Así lo ha sostenido.”

Luego expresa que así también lo ha entendido la justicia interamericana:

“En tal sentido, parece ineludible tener presente el principio “pro homine” o “favor libertatis” definido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: “Entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido (...) debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana” (Opinión Consultiva 5, 1985);” (Rol 740)”.

Este principio ha sido ampliamente reconocido por tribunales internacionales de América y Europa.¹⁷²

Íntimamente relacionada con este criterio de humanidad en la interpretación judicial encontramos una directriz que indica que el intérprete debe tener en consideración, en sus diversas aristas, el desarrollo progresivo del DIDH en pos de la realización de su contenido normativo.

En este orden de cosas, la CIDH, sostuvo que la interpretación evolutiva se encuentra consagrada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, señalando que así lo han entendido las jurisdicciones internacionales, v.g. la CIDH y el TEDH, Cortes que han sostenido que los instrumentos de derechos humanos son herramientas vivas, por lo que en su interpretación se debe atender a la evolución de los tiempos y al progreso de esta rama del derecho¹⁷³.

El reconocimiento jurisprudencial de esta directriz de interpretación evolutiva ha estado muy presente a propósito de las consideraciones relativas al *ius cogens* -como reforzamiento normativo de los instrumentos internacionales y como criterio de integración- por lo que para no ser redundantes, nos remitimos a los fallos que citaremos en el siguiente apartado. Sin embargo, y sólo para ilustrar el espíritu de esta interpretación evolutiva, invitamos a leer las apreciaciones del Ministro Blanco Herrera en su disidencia al fallo de la Tercera Sala de la Corte Suprema que, como tantas veces, desechó la indemnización de perjuicios:

¹⁷² ECS 10665-2011, Tribunal Pleno. Episodio: “Eduardo González Galeno “. Sentencia que acoge casación en el fondo deducida por el Fisco de Chile (rechaza indemnización de perjuicios). Voto disidente Ministro Muñoz Gajardo.

¹⁷³ Véase: CIDH caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, año 2004, párrafo 165.

“1. Que se encuentra suficientemente acreditado en el proceso, que las acciones civiles indemnizatorias impetradas en esta causa tienen como fuente de origen, las graves violaciones a los derechos humanos sufridas por los propios peticionarios y por las víctimas que fallecieron como consecuencia de tales hechos -en cuya representación actúan sus familiares- a raíz de la acción dolosa de agentes del Estado por hechos criminosos que se catalogaron como delitos de lesa humanidad, y en tal carácter se reconoce por el ordenamiento jurídico nacional, en sede penal, la imprescriptibilidad de tales ilícitos.

2. Que la determinación consistente en que los delitos cometidos en contra de la humanidad no prescriben, ha sido fundamentada por la comunidad universal, entre otros motivos, por la propia naturaleza de esta clase de ilícitos, que ofenden, agravan e injurian a la sociedad en su conjunto, según el consensus omnium gentium o humanis generis, respecto de un definido sistema de valores de alcance universal, cuya validez e idoneidad se prueba fácticamente con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, y por el hecho de que estos ilícitos al momento de cometerse ya eran imprescriptibles, pues esa era la regla propuesta por la costumbre internacional vigente desde mediados del siglo pasado, puesto que las normas atinentes para juzgar los hechos vinculantes a tales atentados, incardinan con los principios obligatorios del ius cogens -Derecho universalmente válido y vigente- particularmente en el Derecho Internacional Público consuetudinario que ya reconocía la imprescriptibilidad de los mencionados delitos antes de que aquellas reglas entraran a regir, y de su incorporación al ordenamiento interno. En suma, se trata de una fuente del Derecho Internacional, de la costumbre o normas consuetudinarias como expresiones de una práctica común, obligatoria y evolutiva.

3. Que de este modo se colige que la persecución de los crímenes en que se siente agraviada la humanidad tiene fines preventivos, sancionadores y reparadores, y si se acepta que opera la prescripción civil en favor del Estado, simplemente no se llegarían a cumplir cabalmente la totalidad de los objetivos intrínsecos propuestos.”¹⁷⁴

4.3. La fuerza normativa del ius cogens internacional como parámetro para la interpretación y la integración jurídica.

Como se sabe el derecho chileno, al menos en su dimensión positiva, no resuelve el problema de la jerarquía normativa de los tratados internacionales. Lo mismo sucede respecto al valor que tienen en el ordenamiento jurídico nacional las normas de *ius cogens* internacional, pese, a la enorme trascendencia que tienen éstas en el Derecho Internacional Público, lo que ha llevado a su reconocimiento positivo en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969.

“Artículo 53. 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

¹⁷⁴ ECS Rol N° 2737-2013. Caratulado: “Abarzúa con Fisco de Chile” Tercera Sala Constitucional. Voto de minoría Sr. Blanco Herrera.

norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”

“Artículo 64. Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.”

Si bien resultaría deseable a juicio de algunos, la necesidad de reconocer constitucionalmente su valor, el hecho concreto es que su presencia es silenciada por la norma constitucional¹⁷⁵. No obstante, esta eventual falencia se ha visto compensada por la jurisprudencia. Es así como los jueces han utilizado el imperativo jurídico derivado de las normas de *ius cogens* en diversos sentidos: 1) Como criterios de integración y de interpretación judicial cuando se ventilan litigios sobre violaciones a los derechos humanos, realzando así el valor de otros criterios interpretativos, como son la buena fe; o utilizando instrumentos internacionales que no han sido incorporados formalmente al ordenamiento chileno, como herramientas para configurar el contenido de los derechos alegados; o bien, 2) Ampliando el catálogo de derechos reconocidos constitucionalmente.

De esta forma citando a la doctrina especializada, en el único caso en que la Sala Constitucional de la Corte Suprema ha acogido la reparación, se resolvió:

“SEPTIMO: (...) los convenios o tratados internacionales “que deben ser interpretados y aplicados de acuerdo con las reglas generales de cumplimiento de derecho internacional y de buena fe (bonna FIDE), (pacta sunt Servanda), 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, la que se encuentra vigente en nuestro país, desde el 27 de enero de 1980, 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 Estado” (Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2000, Humberto Nogueira Alcalá, Las Constituciones Latinoamericanas; página 231).”¹⁷⁶

Por su parte la sala penal del mismo tribunal consideró:

“QUINTO: Que, atendido lo que se ha venido exponiendo y como reacción a las características y naturaleza de las ilicitudes que los contravienen, la comunidad internacional ha levantado un sistema de derechos humanos por lo que los principios y

¹⁷⁵ Ver opinión de Liliana Galdámez en: “Simposio: Reforma constitucional y derechos humanos”. EN: Anuario de derechos humanos”, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N° 10, año 2014, p. 62.

¹⁷⁶ ECS Rol N° 2080-2008, Tercera Sala. Caratulados: “María Isabel Ortega con Fisco”, Tercera Sala. En el mismo sentido ECS Rol N° 6110-2012, Tercera Sala. Caratulados: “Pablos Torres con Fisco”, considerando tercero.

normas que lo regulan no pueden interpretarse aisladamente con prescindencia de esas circunstancias (...) La importancia de dichas ideas marco de carácter doctrinario radica en que se vinculan precisamente a la naturaleza civil del recurso y valoran la relevancia del tiempo y el tratamiento diferenciado que de él debe hacer el derecho en el ámbito evolutivo de los derechos humanos como ha ocurrido, por ejemplo, con la esclavitud, el derecho a voto y otras instituciones consentidas en otras épocas de la historia de la humanidad. Son, por otra parte, reflexiones congruentes con las normas y principios del Derecho Internacional Penal y de Derechos Humanos vigentes que si dejan de aplicarse a casos en que están llamadas a regir se produce su infracción acorde con la citada regla del artículo 5° de la Constitución Política de la República, que junto con reconocer el carácter vinculante de los instrumentos de Derecho Internacional, establece que “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. Disposición constitucional que coloca a tales derechos sobre la soberanía y el deber del Estado de respetarlos y promoverlos, no solo aquellos establecidos en la Constitución sino que todos los que forman parte del acervo cultural de la humanidad (Comisión de Estudios de la Nueva Constitución de 1980, sesión N° 203), entre los que también ha de entenderse el de obtener una indemnización íntegra como la reclamada en estos autos.”¹⁷⁷

Se observa en estos considerandos que la noción de *ius cogens* como criterio para orientar la jurisprudencia lleva al intérprete a sostener que existen una serie de principios que han sido elaborados por la práctica de los Estados, constituyendo éstos el basamento de las decisiones internacionales. En atención a este razonamiento el sentenciador puede obrar amparando su juicio, en una serie de herramientas que vienen a darle un concepto a estas nociones consuetudinarias, de allí que no sea necesario invocar siempre una norma positiva de derecho internacional para definir el ámbito de la regla. En este sentido, el ministro Cerda Fernández al justificar su disidencia expuso en extenso que:

“8°.- Que la existencia de principios generales del derecho, ha sido recogida por múltiples sentencias de nuestros tribunales, pero al respecto se puede transcribir lo señalado por el Tribunal Constitucional de nuestro país en su sentencia de 21 de Diciembre de 1987, Rol N° 46, considerando 21: “Que de lo expuesto en las consideraciones anteriores se infiere con nitidez que el ordenamiento institucional estructurado por la Constitución de 1980 descansa sobre ciertos principios y valores básicos, entre los cuales cabe señalar ...: la libertad del hombre, que los derechos fundamentales de la persona humana son anteriores y superiores al Estado y la Constitución, razón por la cual no los crea sino que los ‘reconoce y asegura’; que el Estado en cumplimiento de su finalidad propia, cual es promover el bien común, debe darles segura y eficaz protección ...; que el ejercicio de la soberanía que se realiza por el pueblo y por las autoridades que la Constitución establece reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y, en fin, que nadie puede ser condenado por hechos anteriores a las normas jurídicas que establece la pena” (considerando 19°); “que todos estos principios se encarnan en disposiciones concretas de la Carta Fundamental como son, entre otros, los artículos 1°, 4°, 5°, inciso segundo, y 19, en especial su número 3, inciso séptimo” (considerando 20°); y “que estos

¹⁷⁷ECS Rol N° 3841-2012, Segunda Sala. Episodio “Juan Soto Cerda.

preceptos no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas, como también, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución” (considerando 21°)”¹⁷⁸

Bajo un espíritu similar los ministros Muñoz Gajardo y Brito Cruz expusieron su parecer frente a la posición mayoritaria de la sala constitucional, considerando que:

“7° (...) El respeto y observancia de los derechos humanos es un principio de vigencia internacional, del cual deriva aquel que señala que su trasgresión debe ser castigada (...) Tales razonamientos y la existencia de un profuso conjunto de declaraciones y tratados internacionales ratificados por Chile y otros en proceso de serlo, como de distintas declaraciones suscritas por las autoridades competentes, permiten llegar a la conclusión que existe un derecho humanitario que todas las autoridades e individuos de nuestro país deben respetar, pues en el estado actual de las cosas hay un derecho de gentes o ius cogens que resulta vinculante y perentorio para las autoridades nacionales, entre ellas para los tribunales.

10 ° Todos estos aspectos, por último constituyen, según se ha expresado, principios de derecho internacional y han pasado a ser ius cogens, que los tribunales de todo el mundo están obligados a aplicar. De estimarse incluso que existe contraposición entre las disposiciones objetivas del derecho interno y el derecho internacional, como entre los derechos de quienes reclaman la actuación del estado y aquellos que piden cese la vigencia de la persecución.”¹⁷⁹

Como se observa, los disidentes revelan una característica particular del *ius cogens*. Por cierto que el derecho de gentes establece garantías y derechos con contenido propio, más allá de los que se encuentren positivados¹⁸⁰. Lo relevante a nuestro juicio es que en estos casos los ministros están realzando la fuerza normativa de los derechos humanos frente a las normas internas, elevando el valor del derecho conculcado a la categoría de principio de derecho internacional preexistente respecto a su positivización - e inderogable-, buscando salvar su argumento de las posiciones que rechazan las reparaciones, ya que éstas se amparan en la indeterminación positiva respecto a la imprescriptibilidad de las acciones indemnizatorias. Lo anterior, a nuestro parecer, constituye un uso del derecho de gentes como canon de interpretación judicial y de integración normativa respecto al sistema internacional de derechos humanos.

¹⁷⁸ ECS Rol N° 2740-2010, Tercera Sala. Caratulados: “Gaete Rubio con Fisco de Chile. Voto minoría Sr. Cerda Fernández.

¹⁷⁹ ECS Rol N° 5570-2007, Tercera Sala. Caratulados: “López López con Fisco de Chile”. Voto disidente Ministros Muñoz Gajardo y Brito Cruz.

¹⁸⁰ Al respecto ver: DIAZ TOLOSA, Regina Ingrid. “Aplicación judicial en Chile del “ius cogens” como manifestación de la internacionalización del Derecho Interno en materia de protección de la dignidad Humana”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XL, Valparaíso, año 2013, pp. 393-417.

Esta posición se ha expresado en la cerrada votación del pleno del máximo tribunal del país, que en su consideración de minoría dispuso:

“3°.- Que, en efecto, no puede negarse el carácter de delito de lesa humanidad a aquél que sirve de fuente u origen a la acción impetrada en la demanda y así, por lo demás, ha sido declarado en el fallo recurrido, sin que se hubiere controvertido esta calificación. Asimismo, consta de los antecedentes que el caso aparece dentro de aquellos incorporados al Informe de la Comisión Verdad y Reconciliación (Decreto Supremo N° 355 de 1990, del Ministerio de Justicia) y tal carácter, en lo tocante a la indemnización de perjuicios, hace aplicable también, en lo que dice relación al acceso a la justicia para las víctimas y sus familiares a fin de conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente, los convenios o tratados internacionales, las reglas de derecho internacional que se consideran ius cogens y el derecho consuetudinario internacional, sin perjuicio de encontrarse también estipuladas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (...).”¹⁸¹

En el mismo fallo el Ministro Sergio Muñoz Gajardo reiteró su apreciación ya referida en casos anteriores indicando lo siguiente:

“El respeto y observancia de los derechos humanos es un principio de vigencia internacional, del cual deriva aquel que señala que su trasgresión debe ser castigada (...) Tales razonamientos y la existencia de un profuso conjunto de declaraciones y tratados internacionales ratificados por Chile y otros en proceso de serlo, como de distintas declaraciones suscritas por las autoridades competentes, permiten llegar a la conclusión que existe un derecho humanitario que todas las autoridades e individuos de nuestro país deben respetar, pues en el estado actual de las cosas hay un derecho de gentes o ius cogens que resulta vinculante y perentorio para las autoridades nacionales, entre ellas para los tribunales.”¹⁸²

Como lo señalamos más arriba, al tratar la controversia en relación al primer caso en que la Corte Suprema inaplicaba la Amnistía -nos referimos al secuestro de Miguel Ángel Sandoval- y al analizar el voto de disidencia del ministro Cerda relativo a la utilización del principio de buena fe, los intérpretes amparan sus consideraciones en fuentes normativas no incorporadas formalmente al ordenamiento chileno, como es el caso de la Convención sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad de 1968. Pues bien, en estos casos los sentenciadores fundan su consideración en el ius cogens, de tal manera éste se utiliza como justificación para utilizar otros instrumentos para interpretar y dar sentido a las obligaciones internacionales, al tiempo que sirven de él para integrar el ordenamiento interno con el DIDH.

¹⁸¹ ECS Rol N° 10665-2011, Tribunal Pleno. Episodio: “Eduardo González Galeno”. Voto disidente de Ministros Juica Arancibia, Dolmetsch Urrea, Araya Elizalde, Künsemüller Loebenfelder, Brito Cruz y suplente Escobar Zepeda.

¹⁸² *Ibidem*.

Es posible observar un criterio equivalente en determinadas argumentaciones del Tribunal Constitucional al invocar tratados internacionales para realizar sus juicios de constitucionalidad. Esto es interesante pues, como hemos señalado, el rango y la invocación de estos instrumentos internacionales está insuficientemente resuelto en el texto de la constitución. Frente a esto Tribunal Constitucional omite entrar en la controversia respecto a la jerarquía y auto-ejecutabilidad, y utiliza los tratados como criterios orientadores. Al respecto Liliana Galdámez observa que, a partir de los fallos del Tribunal Constitucional, es posible estructurar los siguientes parámetros¹⁸³:

- a) Los tratados contribuyen a reforzar argumentos;
- b) Los tratados aportan elementos para conformar contenidos de los derechos: contribuyen a delimitar su titularidad;
- c) El tratado se estructura como parámetro de constitucionalidad;
- d) Reconocimiento constitucional de los derechos esenciales contenidos en tratados ratificados y vigentes;
- e) Criterios interpretativos del DIDH aplicados para la resolución del juicio de constitucionalidad: el principio pro-homine.

En este orden de cosas, la jurista citada, señala que el Tribunal Constitucional ha reconocido que el catálogo de derechos reconocidos en el texto constitucional se integra con otros derechos que el tribunal entiende están implícitos en el texto. Ahora bien, para que se acepte la existencia de estos derechos implícitos deberían reunirse tres condiciones, a saber: 1) Debe tratarse de derechos relacionados con la dignidad humana; 2) Debe tratarse de derechos relacionados con el derecho a la vida; y 3) Deben estar reconocidos en tratados internacionales ratificados y vigentes por Chile. Ello supondría - señala la autora- que los derechos constitucionales son los reconocidos en el artículo 19 de la Constitución y también los que se encuentran implícitos en su texto.¹⁸⁴

¹⁸³ GALDÁMEZ ZELADA, Liliana. "Incidencia de los tratados y del ius cogens internacional en el tratamiento de graves violaciones a los derechos humanos en Chile". Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, Santiago, Volumen 77, pp. 309 y ss.

¹⁸⁴ GALDÁMEZ, L. "Incidencia de los tratados y del ius cogens internacional en el tratamiento de graves violaciones a los derechos humanos en Chile". Obra citada, p. 312.

Ejemplo sería la siguiente consideración del Tribunal Constitucional contenida en la sentencia del 3 de noviembre de 2011:

“(...) el derecho a la identidad personal está estrechamente ligado a la dignidad humana, en cuanto valor que, a partir de su consagración en el artículo 1, inciso primero, de la Ley Suprema, constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales que la Ley Suprema Consagra. Así mismo, que aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país (...)”

Esta integración normativa, tiene un claro basamento positivo en normas nacionales e internacionales, Así en la CPR:

Art. 5° inciso 2: “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”.

Artículo 6° inciso 1°: “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.”

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”.

Y por cierto en el artículo 93 que fija la competencia del Tribunal Constitucional.

Por su parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, confirma que esta atribución del Tribunal Constitucional se ampara en las siguientes normas:

Artículo 1°: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

Artículo 2°: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

4.4. Diálogo judicial con las jurisdicciones internacionales, y el control de convencionalidad.

Un corolario de esta progresiva recepción de criterios propios del derecho internacional por parte de los jueces chilenos, es que los sentenciadores nacionales entran a dialogar con aquellas jurisdicciones (jueces Internacionales) que trabajan permanentemente con estos criterios por ser éste su natural material de trabajo. Esta integración por cierto, es mucho más amplia que la expuesta en esta memoria¹⁸⁵, e implica no sólo a la Corte Suprema, sino también a judicaturas especializadas como es el caso del Tribunal Constitucional.

Gonzalo Aguilar ha conceptualizado esta interacción señalando que el diálogo “entre jueces pretendería significar una plática entre dos o más jueces u órganos jurisdiccionales, que alternativamente manifiestan sus ideas en busca de avenencia”¹⁸⁶. El autor hace hincapié que el estudio de la interacción entre estas jurisdicciones distintas permite ir observando el desarrollo de un lenguaje común para el diálogo transnacional y multinivel “en el interés del Estado de Derecho y su fortalecimiento”.¹⁸⁷

Como observa Humberto Nogueira Alcalá este diálogo puede ser horizontal y libre, que ocurre cuando el tribunal nacional dialoga con judicaturas que no le son vinculantes inmediatamente como podría ser el caso de Chile respecto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos; o puede ser vertical, escenario en que el sentenciador se ve necesariamente vinculado a las resoluciones del tribunal internacional, como ocurre en nuestro caso respecto a la CIDH. Relativo a éste último caso el autor señala que la “participación de los estados como parte de los ordenamientos convencionales que aseguran y garantizan derechos humanos, establecen restricciones procesales específicas en relación a los órdenes jurídicos internos que van a obligar a los jueces domésticos a dialogar necesariamente con los jueces internacionales, como así mismo a coordinar y armonizar la jurisprudencia nacional con la de la CIDH (...)”¹⁸⁸

Nos interesa particularmente este escenario, ya que, será en el sistema interamericano en que podría generarse una controversia jurisdiccional, situación que no es en absoluto teórica ya que existen denuncias ante la Comisión Interamericana de

¹⁸⁵ Véase: AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. “La Corte Suprema y la Aplicación del Derecho Internacional: Un proceso esperanzador”. Revista de Estudios Constitucionales, Año 7, N° 1, 2009, pp. 91-136.

¹⁸⁶ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. “El diálogo judicial multinivel”. En Humberto Nogueira (Coordinador). “Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad”. Editorial Librotecnia, Santiago, 2013, p. 59.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 61.

¹⁸⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Obra citada, p. 14.

Derechos Humanos a partir de la dictación de sentencias absolutorias de la Corte Suprema en materia de Reparación.¹⁸⁹

Esa vinculación ha estado presente en los fallos de la Corte Suprema relativos a nuestro objeto de estudio, presentándose como una poderosa herramienta para entender las obligaciones contenidas en los instrumentos internacionales. De esta forma los jueces pueden buscar en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, además de una fuente de inspiración, un argumento de autoridad para apoyar sus resoluciones, cuestión que se colige de la interpretación armónica de los artículos 1° y 2° de la Convención Americana, que citáramos más arriba y de las normas contenidas en los artículos 62.1, 62.3, 64 y 67 de dicho tratado¹⁹⁰.

Esta vocación por cierto se ha expresado en los fallos de la Corte Suprema, reflejada a modo ejemplar en los siguientes considerandos:

“SÉPTIMO: Que, en efecto, no puede negarse el carácter de delito de lesa humanidad aquél que sirve de fuente u origen a la acción impetrada por los actores; además, consta de los antecedentes que el caso aparece dentro de aquellos incorporados al Informe de la Comisión Verdad y Reconciliación (Decreto Supremo N°355 de 1990, del Ministerio de Justicia).

Tal carácter, en lo tocante 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”

¹⁸⁹ V.g. en la causas de ILMA DE CASTRO SAAVEDRA; BEATRIZ DE CASTRO SAAVEDRA; HECTOR DE CASTRO SAAVEDRA; y JUANA SAAVEDRA SAAVEDRA; hijos y cónyuge sobreviviente de don Bernardo de Castro López, demanda rechazada por la ECS en autos Rol N° 1577-2013.

¹⁹⁰ “Artículo 62: 1. Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención. 3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”.

“Artículo 64: 1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.”

“Artículo 67: El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.”

*(sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 14 de marzo de 2001)*¹⁹¹

En el mismo fallo los sentenciadores expusieron que:

*“UNDÉCIMO: (...) Por ello la sentencia impugnada que la declara infringe dicha norma y, también, por falta de aplicación las contenidas en los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En efecto, es así porque de acuerdo con esta última norma la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícito queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas a pretexto de hacer primar preceptos de derecho interno (...) La Corte Interamericana ha aclarado, además, que el artículo 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 insuficiencia del derecho nacional, sino con independencia del mismo. (Caso Velásquez Rodríguez.)”*¹⁹²

Como ha sido el caso que algunos fallos disponen que la obligación de reparar forma parte de un todo con las obligaciones de investigar y sancionar, siendo la reparación el corolario ineludible de la sanción al Estado infractor, el Ministro Sergio Muñoz ha considerado las siguientes apreciaciones de la CIDH:

*“10° (...) Es así que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que los estados deben disponer de medios idóneos de investigación, respondiendo a parámetros de eficiencia y no de formalidad, reprochando la inhibición de mecanismos que fueron diseñados teóricamente (Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, considerandos 119, 167 y 178)”*¹⁹³

En el mismo sentido la referida Corte ha expresado la inadmisibilidad de las disposiciones relativas a la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (Caso Barrios Alto - Perú, sentencia de 14 de marzo de 2001) (...) Estas argumentaciones resultan suficientes para sustentar que el Estado de Chile considera ilícitas las conductas de desaparición forzada y de muerte de nacionales en tiempo de conflictos armados internos, calificado como estado o tiempo de guerra, por razones políticas, de manera que los agentes del Estado que actuaron en los hechos a que se refiere la demanda han generado la responsabilidad del Fisco de Chile, quien debe indemnizar a los actores.”

¹⁹¹ ECS Rol N° 2080-2008, Tercera Sala. Carátula: “María Isabel Ortega Fuentes con Fisco de Chile”.

¹⁹² En el mismo sentido el voto de minoría de los Ministros señores Juica Arancibia, Dolmestch Urra, Araya Elizalde, Künsemüller Loebenfelder, Brito Cruz y suplente señor Escobar Zepeda, en el fallo pronunciado por el Tribunal en Pleno de la ESC Rol N° Rol 10665-2011.

¹⁹³ De la mismo forma se refirió la Fiscal Mónica Maldonado Croquevielle en los autos seguidos ante la ECS Rol N° 6110-2012, Tercera Sala. Caratulado: “María Adriana Pablos Torres con Fisco de Chile.”

Buscando llamar a colación los criterios interpretativos establecidos en el DIDH, el mismo disidente expuso que:

“19° “En consecuencia, este Tribunal sólo puede concluir que el imperativo de proteger y promover el derecho a la vida, que se desprende del artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución, en relación con el artículo 19 N° 1 de la misma, conduce a declarar inconstitucionales las Normas Nacionales” que señala. De igual forma en causa rol N° 1361-09, en sentencia de 13 de mayo de 2009, en su considerando 73° estableció: “Que, por otra parte, en el ejercicio de sus funciones, este Tribunal debe buscar aquella interpretación que se avenga mejor con el respeto de los derechos constitucionales. Así lo ha sostenido: “En tal sentido, parece ineludible tener presente el principio “pro homine” o “favor libertatis” definido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: “Entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido (...) debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana” (Opinión Consultiva 5, 1985);” (Rol 740)”. Este principio ha sido ampliamente reconocido por tribunales internacionales de América y Europa.”¹⁹⁴

Luego, buscando fijar el alcance de las prescripciones establecidas en el artículo 63.1 la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Suprema ha invocado la apreciación que ha tenido la CIDH sobre el particular, señalando que:

“SEXTO: (...) La Corte Interamericana ha aclarado, además, que el artículo 63.1 de la Convención que consagra el deber de reparar, no se remite al derecho interno para el cumplimiento de la responsabilidad del Estado, de modo que “acoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. La obligación de reparar se regula por el derecho internacional y no puede ser modificada o incumplida por el Estado invocando para ello disposiciones de su derecho interno” (Corte I. D. H., caso La Cantuta vs Perú. Sentencia de 29 de Noviembre 2006). En el mismo sentido, en el denominado caso Barrios Altos, la Corte Interamericana declaró en fallo del 14 de Marzo de 2001 que son inadmisibles las disposiciones sobre amnistía y prescripción y que ese precepto consagra el deber de reparar.”¹⁹⁵

Sobre este punto Nogueira Alcalá sostiene que el sistema contenido en lo que él denomina “corpus iuris interamericano” adquiere plena realidad en la jurisprudencia de la CIDH. Esto es así, debido a que este tribunal sería el depositario de la interpretación auténtica de la CADH, en atención a lo prescrito en los artículos 67 a 69 de la Convención Americana¹⁹⁶. Por consiguiente, continúa el autor, la jurisprudencia de éste tribunal

¹⁹⁴ Voto de minoría del Ministro Muñoz Gajardo en el fallo pronunciado por el Tribunal en Pleno de la ESC Rol N° Rol 10665-2011.

¹⁹⁵ ECS Rol N° 3841-2012, Segunda Sala. Carátula: Episodio “Juan Soto Cerda”.

¹⁹⁶ Artículo 67. El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.

Artículo 68. 1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá

debería entenderse incorporada a la CADH, cuestión que así ha sido entendida en el sistema Europeo, respecto a los fallos del TEDH. Así las cosas, los jueces nacionales deberían estarse a lo resultado por la CIDH ya que sus fallos tendrían el alcance de “cosa interpretada”.¹⁹⁷

Sucedería entonces que el juez chileno es llamado a realizar un control de convencionalidad en el foro nacional, conforme a los estándares fijados por la Corte Interamericana¹⁹⁸. Esto es así tanto para la aplicación de las normas internas en las sentencias judiciales, como respecto a los actos de la administración sometidos a su competencia. Para esto no sólo debería atender al contenido fijado por la CIDH relativo a las reglas contenidas en la CADH, sino que a todos los instrumentos que forman el cuerpo jurídico del sistema interamericano de derechos humanos.

Humberto Nogueira Alcalá observa que este alcance ha sido expresado por la propia CIDH, fijando en el caso *Gelman vs Uruguay* dos dimensiones de la fuerza obligatoria de sus sentencias, a saber: 1) En una primera dimensión, los fallos de la CIDH son vinculantes para el Estado que fue parte del litigio, lo que implica por cierto que los jueces de dicho Estado no deben arribar a decisiones judiciales contrarias a los fines objetivos contenidos en la sentencia internacional; 2) En una segunda dimensión, el contenido del fallo resulta vinculante no sólo para el Estado involucrado en el litigio, sino que para todos los poderes públicos de todos los Estados suscribientes de la CADH. Así entonces, los estados que son parte del sistema, deben velar que en la producción y aplicación de sus normas se observe el contenido establecido en el tratado, así como los lineamientos jurisprudenciales de la CIDH¹⁹⁹.

Respecto a la primera dimensión no existe controversia y así lo han entendido los estados. Sin embargo creemos en atención a la segunda dimensión, que ello importaría en nuestra judicatura nacional, graves objeciones basadas en lo prescrito en el artículo 3°

ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

Artículo 69. El fallo de la Corte será notificado a las partes en el caso y transmitido a los Estados partes en la Convención.

¹⁹⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Obra citada, p.21.

¹⁹⁸ Para ver ejemplos de esta operación en otras jurisdicciones latinoamericanas véase: AGUILAR, Gonzalo. “el diálogo judicial multinivel”. Obra citada, pp. 93 y ss.

¹⁹⁹ NOGUEIRA, Humberto. “Diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Obra citada, p. 24

del Código Civil en cuanto contiene como pilar del sistema jurisdiccional chileno, que las sentencias judiciales no son obligatorias sino sólo en el caso concreto en que se pronuncian, cuestión reforzada en todos los códigos procesales en tanto no dan fuerza obligatoria directa al precedente judicial. Este es un asunto especialmente polémico, que nos parece no está resuelto por nuestros tribunales, ni por la cultura jurídica chilena.

Más pacífica nos parece la aseveración relativa a que son los jueces nacionales los primeros llamados a realizar un control de convencionalidad en el foro interno, en atención al carácter subsidiario de la CIDH frente a las acciones y recursos jurisdiccionales de cada país y a la evidente imposibilidad práctica de transformarse en una Corte de última instancia. Respecto a este control de convencionalidad, el autor que hemos seguido, expone cuales serían los aspectos centrales de éste control: 1) El Estado es el primero y principal garante de los Derechos Humanos en su territorio, siendo por tanto el primer llamado a respetar y garantizar los derechos contenidos en la CADH; 2) Por consiguiente el Estado es el primer llamado a resolver el asunto y a reparar a los afectados; 3) El control de convencionalidad debe ser desarrollado *ex officio* por los órganos del Estado; 4) En este control se debe tener presente la CADH, así como el contenido normativo del cuerpo jurídico interamericano definido en sus diversos instrumentos, por cierto, los lineamientos fijados por la CIDH; 5) El control de convencionalidad debe ser ejercido por cada órgano del Estado dentro de su competencia; 6) Éste además se refiere tanto a la interpretación administrativa como judicial; 7) El control se refiere tanto a la emisión como aplicación de normas, así como al juzgamiento y resolución de casos concretos; 8) El control de convencionalidad constituye un límite a las mayorías; y 9) Se refiere tanto a normas sustantivas como procedimentales.²⁰⁰

Resulta patente que estas funciones fortalecen a los jueces chilenos. En esta perspectiva, no es sólo el Tribunal Constitucional el llamado a controlar la observancia de las garantías fundamentales, sino que son todos los jueces ordinarios y especiales, sin importar su jerarquía, los llamados a determinar si los actos de Estado se condicen o no con el contenido de los derechos establecidos en los instrumentos del sistema interamericano, teniendo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, al menos, una poderosa herramienta para fijar el alcance de esos derechos, sino una fuente de

²⁰⁰ NOGUEIRA, Humberto. "Diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Obra citada, p. 25 y ss.

interpretación auténtica de los mismos. Por otro lado, este protagonismo del juez nacional lleva a que éste no sea visto como un subordinado del juez internacional, reproche que por cierto deben presentar algunas instancias. Establecido este rol de garante de los contenidos mínimos del sistema, el juez nacional entra a dialogar con el sentenciador internacional, ya que ambos, son llamados a operar en labores equivalentes cuando están comprometidas garantías fundamentales, estando orientados por principios también equivalentes.

Sucede entonces que la cuestión es mucho más rica y fructífera que la simple consulta a si el juez interno debe aplicar, por ejemplo, los títulos XXXV y XLII del Código Civil, la norma Orgánica Constitucional, la Ley Fundamental o la CADH. Lo relevante es que en sus decisiones el sentenciador garantice contenidos mínimos y estándares que han sido elaborados a través de instrumentos positivos y de la práctica judicial interamericana. Es por ello, que el juez nacional puede ir incluso más allá de las sentencias de la Corte Interamericana, proponiendo interpretaciones que no han sido elaboradas por dicho tribunal o que si lo han sido, se han hecho de manera más limitada. De este modo, un juez de casación, en los casos que estamos estudiando, no está limitado por lo que la Corte Interamericana haya o no haya dicho en relación a que la obligación de reparar sea imprescriptible, es decir, lo anterior debe entenderse en el sentido que el silencio de la CIDH no puede ser reconocido como limitación de su obligación de fallar, así como tampoco debe atender estrictamente al pronunciamiento de dicho tribunal internacional para decidir, si su resolución garantiza de mejor modo el derecho amenazado o conculcado. Y esto es así, por cuanto, se entiende que la labor de la CIDH es ir construyendo el “patrimonio jurídico mínimo de los Estados Americanos”²⁰¹, y no el máximo o final.

Por último es necesario destacar que, bajo esta perspectiva, la inaplicación de una norma nacional, o la interpretación limitativa de la misma -entendiendo que decide no aplicarla para determinados casos por entender que vulnera los derechos humanos de las personas- tiene pleno asidero jurídico.

5.- ¿Resulta legítimo pensar la interpretación del DIDH, como manifestación de un programa ético-normativo?

²⁰¹ NOGUEIRA, Humberto. ““Diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Obra citada, p. 44.

Se observará que todo nuestro análisis denota una permanente búsqueda de legitimidad del sistema de derechos humanos, a través de encontrar su contenido valorativo. Esta búsqueda ha sido, en primer lugar, uno de los componentes centrales para fundar la obligatoriedad del DIDH que expusimos más arriba, y luego el hilo conductor del sistema de interpretación que hemos defendido. De allí que no nos hemos preguntado “si el sistema de derechos humanos, o los mecanismos para su interpretación, forman parte de un proyecto ético”, puesto que, asumimos que así lo ha sido desde sus comienzos, es decir un horizonte de realización. Sino que, nos preguntamos si esta aspiración es o no legítima (o justa).

A la luz de la judicialización del sistema de derechos humanos, resolver esta cuestión resulta crucial. Si atendemos a que los jueces internacionales poseen un rol de clausura del debate -magistrados cuyos mecanismos de elección y representación son más febles que la de los jueces nacionales de un estado democrático²⁰²- la pregunta por sus facultades y por el alcance de sus decisiones resultan ser de suma importancia.

Si a lo anterior agregamos que existe una fuerte constitucionalización de los instrumentos internacionales²⁰³, surgen de inmediato las siguientes interrogantes: 1) ¿Son las constituciones las llamadas a definir las aspiraciones políticas de una comunidad?; y 2) ¿Son los jueces, los llamados a determinar, en último término, el sentido y alcance de las libertades y garantías a la que pueden aspirar los ciudadanos²⁰⁴. En el caso concreto de nuestro debate, ¿son los jueces los últimos llamados a establecer el contenido de la obligación de reparar de los Estados, cuándo se violan los derechos humanos? Creemos que no. Su determinación debe ser el ejercicio de una voluntad democrática y lo más participativa posible, donde los parámetros del sistema sirven de guía y límite, pero no de univocidad, teniendo los jueces un rol más bien de garantes de cumplimiento de los estándares mínimos de tales obligaciones más que de guías de las políticas estatales.

²⁰² Por cierto esta afirmación parte de la suposición que el sistema judicial nacional satisface los estándares, que entendemos como elementales para afirmar como democráticos.

²⁰³ Al respecto Liliana Galdámez observa como en determinados casos, el Tribunal Constitucional ha entendido que existen garantías fundamentales incorporadas a la constitución pero que no se encuentran en el texto de la misma, sino que están contenidas en los tratados ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. En GALDAMEZ, Liliana. “la incidencia de los tratados...”. Obra citada. Página 312.

²⁰⁴ Al respecto véase: ALDUNATE LIZANA, Eduardo. “Positivismo Jurídico y Neoconstitucionalismo”. En “Principios Jurídicos, Análisis y Crítica”. Carbonell, Letelier y Coloma (Coordinadores). Editorial Legal Publishing, Santiago, año 2011, pp. 143-153.

A pesar de estar tentados a entrar en profundidad a este debate, nosotros nos detendremos acá (en atención a que su alcance supera los límites de nuestra investigación, así como conlleva el manejo de otras disciplinas como la filosofía política y la filosofía del derecho) circunscribiéndonos a señalar estas interrogantes como referencias ineludibles para los intérpretes, quienes motivados por un sano voluntarismo, bien podrían contribuir a limitar con sus propios esfuerzos la labor del resto.

CAPÍTULO IV. EL ESTATUTO DE RESPONSABILIDAD ESTATAL POR VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS LIMITACIONES.

“El país forma una sola familia, y no es posible que viva eternamente dividida. Ya pasaron las luchas; se obtuvo la victoria; esto es lo importante, reconstitúyase ahora el país, olvide, perdone y venga la paz. Vivamos de nuevo unidos felices.”

*Enrique Montt, diputado de la República.*²⁰⁵

I. Reflexiones previas.

Quisimos exponer en el capítulo precedente como en la jurisprudencia de la Corte Suprema se han ido construyendo argumentaciones diversas, a partir del uso de reglas de interpretación animadas, a su vez, por orientaciones distintas.

En ningún momento pusimos en duda la validez de las normas positivas de derecho interpretadas por estas reglas hermenéuticas, ni tampoco señalamos que en sí mismas tales reglas fueran erróneas, así -por más que expusiéramos una distancia hacia las perspectivas más positivistas- nos tratamos de enfocar en el resultado de los razonamientos, a partir de determinados parámetros de validación de las decisiones.

En pocas palabras, quisimos evitar el pronunciamiento consistente en que los jueces que deciden, en tal o cual sentido, estuvieran equivocados. Esto no lo hacemos por temor al error propio, sino amparados en la convicción de que las posturas que no compartimos son producto de determinados paradigmas que en verdad trascienden a la problemática que estudiamos, que tienen que ver con ideas sobre 1) Lo qué es el derecho y cuál es su función; 2)Cuál es el fundamento normativo de la responsabilidad estatal en general; y 3) Cómo se determina el alcance de las obligaciones que tienen los estados en el sistema de derechos humanos. Estas ideas se traducen en que los sentenciadores concluyen que determinados razonamientos son adecuados para fijar lo que significa tal o cual regla de derecho, su sentido y su ámbito de validez.

Por cierto que nuestros esfuerzos y competencias están lejos de poder dar un razonado testimonio a estos problemas, por lo que nos limitaremos a contentarnos con

²⁰⁵ Discurso pronunciado en la cesión de la Cámara de Diputados el 24 de diciembre de 1891, al firmarse la amnistía tras la derrota del Presidente Balmaceda. Citado en LOVEMAN, Brian y LIRA, Elizabeth. “Las suaves Cenizas del Olvido. Vía chilena de reconciliación política 1814-1932”. Editorial LOM, Santiago, 1999, p. 237.

que hayamos podido dar fe, que existe en la jurisprudencia que analizamos, discrepancias evidentes relativas a la interpretación del derecho.

En lo que sigue ordenaremos nuestro análisis de la siguiente forma:

1°. Expondremos la controversia que existe en relación al régimen de responsabilidad del Estado, y como ello redundará en que en los casos que hemos estudiado se arribe a conclusiones diversas en torno a la obligación de reparar.

2°. Luego expondremos los regímenes de responsabilidad que ha diseñado la Corte Suprema para estos casos, y como desde allí ha leído las principales limitaciones que pudieran imponerse a esta responsabilidad estatal, a saber: i) la limitación del pago previo, o excepción de pago; y ii) la limitación por el transcurso del tiempo, o excepción de prescripción de la acción.

II. Sobre la Responsabilidad del Estado en Chile.

Creemos que las diferencias hermenéuticas que expusimos en el capítulo anterior se traducen, en los casos que hemos revisado, en la configuración por vía jurisprudencial de distintos estatutos de responsabilidad del Estado por violaciones a los derechos humanos.

Para ser justos con el alcance de esos “distintos estatutos de responsabilidad”, es necesario hacer presente que éstos son una derivación de una controversia anterior y más amplia, consistente en la existencia de doctrinas diversas sobre el fundamento normativo de la Responsabilidad del Estado en Chile.

Se recordará que al iniciar el capítulo II citamos una serie de normas positivas que se debían tener presente para estudiar la jurisprudencia que expusiéramos en los demás capítulos. Se recordará, así mismo, que allí citamos normas contenidas en leyes, leyes orgánicas constitucionales²⁰⁶, en la Constitución, y normas contenidas en tratados internacionales y en los análisis sucesivos dimos cuenta de la existencia de soluciones diversas a partir de la interpretación de dichas normas, soluciones que a veces

²⁰⁶ Como observa Miriam Henríquez, en el ordenamiento jurídico chileno al ordenarse internamente a partir de un régimen constitucional rígido carece de un concepto unitario de “ley”, estableciendo sistemas diferenciados de formación de normas jurídicas, que en general, pueden denominarse leyes. En HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena. “Las Fuentes Formales del Derecho”. Editorial Legal Publishing, Santiago, 2009, pp. 57-71.

significaban, inclusive, la inaplicación de algunas de ellas (en el sentido de limitar su ámbito de aplicación).

Ahora bien, en la doctrina y la jurisprudencia nacional no existe consenso sobre el fundamento de la responsabilidad del Estado, por tanto, tampoco existe acuerdo en relación a cuál es el sentido o alcance de las normas que la fundarían.

Sobre lo anterior, es cierto que no existe un establecimiento sistemático de un “Estatuto de Responsabilidad del Estado Administrador” sea en una regla interna o internacional. Eso, quizás, podría suponer dos cosas: 1) que existe una laguna legal; o 2) que si bien no existe una laguna legal, sí existe una falta de sistematicidad en el ordenamiento jurídico relativo a la responsabilidad estatal.

Por cierto que la profundidad (en el detalle) de la regulación tendrá impacto en la discrecionalidad o disparidad de soluciones prácticas, de este modo y observando esta situación Mauricio Viñuela ha dicho que la “absoluta falta de unidad y sistematización legislativa del régimen de responsabilidad estatal, son, a mi parecer, las características más importantes que en esta materia se advierten en la realidad actual del derecho chileno.”²⁰⁷

No obstante, creemos que más que el detalle de las hipótesis normativas es la variabilidad de lo real, la multiplicidad de los conflictos concretos, los que generarán las urgencias interpretativas y las divergencias jurisprudenciales. En este orden de cosas, pensamos que no existen regulaciones suficientes o insuficientes, o normas claras u oscuras, por sí mismas; su suficiente claridad se verá ad post, es decir, al dirimir conflictos reales. Lo contrario supondría que la normatividad es sólo una cuestión formal, consideración que implica una segunda suposición y es que el lenguaje normativo puede ser inequívoco.

Dicho esto, no nos parece especialmente grave que los estatutos de responsabilidad del Estado sean, en el derecho chileno, fruto de derroteros jurisprudenciales. De hecho esto ha permitido cierta flexibilidad en las soluciones. Puede ser que estas soluciones flexibles resulten insatisfactorias, pero en estos casos la insatisfacción no es consecuencia de la flexibilidad, sino que surge de haber impuesto

²⁰⁷ VIÑUELAS HOJAS, Mauricio. “La responsabilidad el Estado chileno por hechos de la administración: avances y retrocesos”. En Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Coquimbo, Chile, Año 13, N°1, 2006, p. 176.

determinadas exigencias a la fundamentación de las sentencias que no se cumplen, y/o que hemos fijado estándares bajo los cuales algunas soluciones devienen ilegítimas.

A continuación, con el objeto de contextualizar estas afirmaciones, pasaremos revista a los diferentes regímenes de responsabilidad que han surgido de estos debates.

1. Posturas relativas al fundamento de la responsabilidad del Estado en el Derecho chileno.

Antes de la entrada en vigencia de la constitución de 1980 la discusión jurisprudencial -estando vigente la constitución política de 1925- conoció diversos momentos.

Hasta 1938 los tribunales fundaban sus decisiones en el derecho civil pero utilizando criterios provenientes más bien del derecho público. De este modo, se condenó al Fisco a indemnizar a privados cuando a éstos se les privó de su derecho de propiedad por causas urgentes de utilidad pública, pero donde no se observó la “estricta necesidad de la medida” que exigía el ordenamiento jurídico para excusar de responsabilidad al Estado (“Sociedades Fauschs y Plath con Fisco, año 1908). En otra oportunidad se privó a un particular de su propiedad y se ordenó su compensación, porque la limitación de su derecho de dominio, aunque legítima, se efectuó en beneficio de la comunidad (“Ábalos con Fisco”, año 1889). Por otro lado la justicia se negó a ordenar una reparación fiscal cuando los perjuicios se produjeron por el actuar agentes estatales, pero sin investidura legal de autoridad (Morán con Fisco, año 1906). Con posterioridad a estos hechos se suele destacar dos hitos decisivos. En 1938 se dictó la sentencia “Granja con Fisco” que sentó la distinción entre actos de gestión y actos de autoridad, siendo los primeros reglados por el código civil, puesto que en estos el Fisco actúa como ente particular; a diferencia de los actos de autoridad donde el Estado es prácticamente irresponsable en su actuar. Luego, en 1964 se dicta la sentencia “Becker con Fisco” que sentó el criterio según el cual el Estado es responsable sólo si se acredita el actuar antijurídico de uno de sus agentes²⁰⁸.

Como se observa, luego del fallo “Granja con Fisco” se generó un escenario de virtual irresponsabilidad estatal, lo que motivó a la doctrina posterior a esforzarse por fundar un sistema de responsabilidad estatal de orden público que pusiera fin a esta

²⁰⁸ Citados por VIÑUELAS. La responsabilidad el Estado chileno por hechos de la administración: avances y retrocesos”. Obra citada, p.173.

desprotección²⁰⁹, cuestión que habría cambiado radicalmente con la promulgación de la actual Constitución²¹⁰.

Ahora bien, vigente la CPR de 1980, Nicolás Enteiche Rosales observa que la doctrina, al referirse a la responsabilidad estatal, no discute sobre la fuerza obligatoria o aplicabilidad de los artículos 38 inciso 2° de la CPR y del artículo 42 de la LOCBGAE, sino que la “confrontación doctrinaria y jurisprudencial se revela al cuestionar el rol que cabe a cada uno de estos artículos, esto es, el matiz que se le otorga en su análisis”²¹¹, o en los términos que hemos sostenido hasta aquí, el problema surge al momento de determinar el sentido de dichos artículos, en específico su rol, ámbito de aplicación o alcance normativo, es decir, al interpretarlos.

Sentada entonces la matriz hermenéutica de la controversia y el rumbo jurisprudencial de su evolución, podemos sostener, que son tres las doctrinas de responsabilidad estatal que han surgido a partir de la vigencia de la actual Constitución Política: a) la doctrina de la responsabilidad estatal de origen constitucional; b) la doctrina de la responsabilidad estatal por culpa del servicio; y c) la doctrina de la responsabilidad objetiva relativa del Estado.

A continuación haremos una breve revisión de estas posturas.

1.1. Doctrina de la responsabilidad estatal de origen constitucional.

Como se sabe esta doctrina fue delineada en un primer momento por Eduardo Soto Kloss, quien halló en las actas constitucionales y luego en el amparo constitucional de la propiedad, así como en el contenido del artículo 38 de la Constitución, el basamento doctrinario de la responsabilidad estatal, entendiendo de este modo, que el fundamento del estatuto de responsabilidad del Estado era básicamente de contenido *iuspublicista*²¹².

Estas posturas afirman que, en tanto es el Estado de Chile un estado de derecho, no resulta sostenible que se ampare una situación de irresponsabilidad en el ejercicio de

²⁰⁹ CORDERO VEGA, Luis. “La Responsabilidad de la Administración del Estado. Bases para una sistematización”. Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2003, p. 16.

²¹⁰ VIÑUELAS. La responsabilidad el Estado chileno por hechos de la administración: avances y retrocesos”. Obra citada, p.173.

²¹¹ ENTEICHE ROSALES, Nicolás. “El fundamento de la responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador en Chile: Revisión jurisprudencial (1999-2010)”. Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo, Santiago, N° 23, 2011, p. 111.

²¹² SOTO KLOSS, Eduardo. “Derecho Administrativo, bases fundamentales, principio de juridicidad”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, tomo 2, pp. 244 y ss.

los poderes públicos. Resulta intolerable, por ende, que la víctima de una actividad de la administración deba soportar una afectación a sus derechos, pues ello supondría un desequilibrio en la distribución de las cargas públicas. Así las cosas, el perjudicado por la actuación de la administración debería ser indemnizado.

En efecto -señala Viñuela- “es en la noción elemental de garantía de los administrados de la intangibilidad de sus derechos frente a la acción de los agentes estatales, auténtico motivo y fundamento del derecho administrativo de nuestro tiempo, y como derivación de ello, en la necesidad de restituir todo desequilibrio que ocasione a una víctima que sufra un daño en sus derechos por la acción u omisión antijurídica del Estado, donde se ha afianzado, paulatinamente, la teoría de la responsabilidad objetiva y de derecho público”²¹³. Por este motivo esta teoría sostiene -afirma Cordero- que “no se debe aplicar la ley civil, ley que está configurada para regular relaciones particulares entre sí, estructurada la responsabilidad sobre fundamentos básicamente subjetivos (dolo o culpa), y sobre fundamentos de hecho propio y de hecho ajeno, lo cual se aviene poco, o mejor dicho, no se aviene en absoluto con una relación jurídica en que una de las partes es el propio Estado, bajo sus aspectos de administración.”²¹⁴

Como señalamos en un principio, esta teoría, al menos en su versión primera, expuso que el fundamento público de esta responsabilidad tiene su amparo en la protección constitucional de la garantía de propiedad, así como en el principio, reconocido por la norma fundamental, de igualdad en las cargas públicas, y en el texto del artículo 38 de la CPR, específicamente en su inciso 2°. Para estas posiciones dicho enunciado establece un principio general traducible en que todo daño causado por la acción u omisión de la administración debe ser indemnizado, bastando entonces con establecer el perjuicio y la relación causal. Así mismo se debe atender que estamos frente a una responsabilidad orgánica, es decir que recae en el órgano de la administración, no en la persona del agente del daño.²¹⁵

Para Gustavo Fiamma Olivares esto constituye una transformación radical del escenario de irresponsabilidad que amparaban los artículo 4° de la CPR de 1925 y el artículo 4° del Código Orgánico de Tribunales, inaugurando una verdadera acción que permite entrar a revisar derechamente los actos de la administración, ámbito vedado por

²¹³ VIÑUELA. “La responsabilidad del...”, obra citada, p. 172.

²¹⁴ El párrafo corresponde a Eduardo Soto Kloss, citado por CORDERO. . “La Responsabilidad de la Administración del Estado. Bases para una sistematización”. Obra citada, p.20.

²¹⁵ *Ibidem*, p.24.

las regulaciones precedentes a la CPR de 1980.²¹⁶ Además, como observa Cordero, para este autor, la Constitución no considera la conducta de la administración para atribuir responsabilidad, sino que basta la existencia de una lesión y que la víctima no esté obligada a soportar el daño.²¹⁷

En suma esta postura sostendría que la responsabilidad estatal: 1) es de carácter constitucional; 2) es de naturaleza objetiva, es decir no atiende a la existencia de dolo o culpa por parte de sus agentes; 3) se encuentra regida por el derecho público y no por el derecho civil y por consiguiente no se aplica el sistema del Código Civil de los delitos y cuasidelitos, y que como corolario las acciones de responsabilidad no prescriben²¹⁸; y 4) se basta con la lesión y la determinación de que la víctima no está obligada a soportar el daño.

Doctrinariamente, su fundamento sería un postulado de justicia correctiva, es decir la comisión de un daño originado por la actuación del Estado, generaría una situación de injusticia que sólo podría ser reestablecida si media una reparación²¹⁹, constituyendo a juicio de algunos autores la “noción históricamente consistente con nuestra evolución institucional republicana.”²²⁰

1.2. Doctrina de la responsabilidad estatal por culpa del servicio.

En los últimos años ésta ha sido la postura dominante de la Sala Constitucional de la Corte Suprema.

Sin duda su primacía se ha visto en buena parte asentada en que su principal exponente, Pedro Pierry Arrau, sea integrante de dicha sala, y esto, a pesar que en muchos casos su concurrencia a la vista de las causas es impedida, ya que como integrante del Consejo de Defensa del Estado, y como jurista, expuso y defendió públicamente la prescriptibilidad de las acciones reparatorias por violaciones a los derechos humanos, incurriendo así en una causal de inhabilidad. Esta circunstancia llevó

²¹⁶ FIAMMA OLIVARES, Gustavo. “La acción constitucional de nulidad: un supremo aporte del Constituyente de 1980 al Derecho Procesal Administrativo”. En Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, Tomo LXXXIII, año 1986, pp. 125-126.

²¹⁷ CORDERO. “La Responsabilidad de la Administración del Estado. Bases para una sistematización”. Obra citada, p.26.

²¹⁸ SOTO KLOSS. “Derecho Administrativo, bases fundamentales, principio de juridicidad”. Obra citada, pp. 308-311.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 30.

²²⁰ VIÑUELA. “La responsabilidad el Estado chileno por hechos de la administración: avances y retrocesos”. Obra citada, p. 173.

a que las agrupaciones de derechos humanos criticaran su nombramiento en el año 2009, pues se entendió que, cuando el actual ministro fue consejero, sentó las bases doctrinarias de la irresponsabilidad estatal²²¹.

Pierry Arrau funda su postura en la doctrina elaborada por el Consejo de Estado Francés, en cuya actividad se fundó la distinción entre falta personal y falta de servicio, cuestión que permitiría hacer efectiva la responsabilidad del Estado desde la regulación del Código Civil, es decir de las normas relativas a los delitos y cuasidelitos²²².

El autor sostiene que la responsabilidad estatal está fundada en la responsabilidad por el hecho propio -regulada en el artículo 2314 del Código Civil-, que en el caso de la responsabilidad del Estado adquiere la denominación de falta de servicio, denominación que “permite ampliar en forma considerable su aplicación”, ya que no exige determinar el actuar doloso o culpable del agente concreto de la administración que ocasiona el daño, además permite hacer responsable el Estado por la actuación derivada de decisiones administrativas ilegales -debiendo el juez primero establecer la ilegalidad-, excluyéndose solamente aquellas situaciones en que no existe falta de servicio.²²³

Como se observa, para esta postura lo determinante es establecer, por los medios legales de prueba que franquea la ley, si existió o no falta de servicio por parte de la administración, es decir si el servicio no se prestó, se prestó de manera defectuosa, o tardíamente. Así entonces, se sostiene que esta falta de servicio no debe ser entendida como una responsabilidad objetiva, en el concepto de la doctrina civilista que ve en la responsabilidad objetiva un estatuto donde resulta suficiente la acreditación del daño y el nexo causal para atribuir responsabilidad al agente del daño. Para Pierry Arrau, “en la falta de servicio categóricamente no basta con la relación de causalidad”, sino que debe considerarse a la falta de servicio “como dentro de la responsabilidad subjetiva” ya que la ley al establecer la necesidad de “probar el mal funcionamiento del servicio, o el no funcionamiento del mismo, descarta la idea de responsabilidad objetiva”²²⁴, lo que sucede es que el componente subjetivo, relativo a la necesidad de identificación del sujeto

²²¹ Anuario de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales. Obra citada, pp. 36 y ss.

²²² PIERRY ARRAU, Pedro. “La responsabilidad extracontractual del Estado”. Anuario de Derecho Administrativo, Ediciones Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile, Santiago, 1975/1976., p. 499.

²²³ *Ibidem*, p. 501.

²²⁴ PIERRY ARRAU, Pedro. “Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”. Revista de Derecho y Jurisprudencia Gaceta de los Tribunales, Tomo XCII, N°1, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, p. 19.

concreto desaparece, transformándose esta necesidad en una responsabilidad anónima.²²⁵

De esta forma, las normas del Código Civil relativas a la responsabilidad extracontractual por el hecho propio, así como los medios de extinción de las acciones que la hacen valer, son perfectamente aplicables a la responsabilidad estatal, en cuanto establecen un régimen de responsabilidad fundada en la negligencia de una persona (en este caso jurídica, el Estado). Es así como -sostiene Pierry Arrau- la noción de falta de servicio puede aplicarse al Estado a partir de los artículos 2314 y 2329 del Código Civil.²²⁶

Así las cosas, el enunciado normativo del artículo 38 inciso 2° de la CPR, que para la doctrina publicista resulta ser el pilar de la responsabilidad estatal, no tiene ningún alcance para esta doctrina o, a lo sumo, sólo establece la necesidad de acreditar uno de los elementos de la responsabilidad, el daño.²²⁷

Dada las diferencias que existen con la función burocrática convencional, la responsabilidad **por falta de servicio de las FF.AA. y de Orden** merecerían una referencia especial, más si consideramos que son los agentes de tales instituciones, o civiles relacionadas ejerciendo dichas funciones, quienes han perpetrados los graves crímenes que han dado lugar a estos litigios reparatorios.

Al respecto la doctrina de la falta de servicio ha observado que el artículo 42 de la LOCBGAE, excluye expresamente, entre aquellos órganos que podrían incurrir en falta de servicio, a las FF.AA. y de Orden. Es por ello que entre los comentaristas de esta norma se preguntan si a partir de esta exclusión se sigue que el régimen de falta de servicio no se aplicaría al actuar de tales instituciones.

Alicia de la Cruz observa que a pesar del tratamiento diferenciado que hace esta ley y la Constitución acerca de las Fuerzas Armadas y de Orden, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha uniformado el criterio de la falta de servicio para toda la administración del Estado, haciendo por consiguiente aplicable, dicho estatuto y sus normas delineadoras, es decir el Código Civil, a estos organismos armados. Observa de la Cruz que “la responsabilidad del Estado por la actuaciones de las Fuerzas Armadas aparece más vinculada al deber de cuidado y protección que estas tienen, sea con la civilidad

²²⁵ CORDERO. “La Responsabilidad de la Administración del Estado. Bases para una sistematización”. Obra citada, p.36.

²²⁶ PIERRY. “Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio”. p. 27.

²²⁷ *Ibíd*em, p. 38.

(conscripción, vigilancia) o con el personal que se encuentra a su servicio. Los tribunales superiores en Chile reconocen la responsabilidad de los institutos armados pero, incluso cuando aplican únicamente el derecho público, esto es la falta de servicio sin vínculo con el derecho privado, advierten que esta no es objetiva²²⁸. Al respecto destaca el fallo Santibáñez con Fisco de Chile en el que se sostuvo que:

“DÉCIMO QUINTO: Que aun cuando no forma parte del recurso que se revisa, este tribunal no puede dejar de hacer presente que no comparte los fundamentos de los jueces de la instancia en cuanto a la responsabilidad objetiva del Estado por actos realizados por sus agentes. En efecto, este Tribunal ha sentado como doctrina 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. Se ha sostenido también, que 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 ilegitimidad.”²²⁹

De este modo, sea que el agente de dichas instituciones actúe de manera dolosa, o meramente negligente, será el estándar de la falta de servicio el que determinará si existió o no responsabilidad estatal.

La autora destaca, asimismo, que no es muy distinta la situación cuando la Corte Suprema ha sostenido la aplicación de la normativa contenida en el Código Civil.²³⁰ Al respecto en el fallo *Seguel con Fisco de Chile* se sostuvo:

“DÉCIMO QUINTO: Que entonces cabe dilucidar qué sistema resulta aplicable a las instituciones excluidas, y en el caso particular a las Fuerzas Armadas; para ello ha de recurrirse al derecho común, teniendo presente que precisamente el desarrollo del derecho administrativo, allí donde ha ocurrido, ha sido a partir de la distinta interpretación de las normas de derecho común para el Estado y para las relaciones entre particulares, permitiendo de esta forma la conciliación de la actuación estatal, dotada de imperio público, como guardiana del interés colectivo, con la protección de los derechos de los ciudadanos, de tal suerte que cabe aceptar la aplicación en nuestro país a partir del

²²⁸ DE LA CRUZ MILLAR, Alicia. “La responsabilidad por las actuaciones de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden”. En “La Falta de Servicio”, Raúl Letelier (coordinador), editorial Legal Publishing, 2012, Santiago, p. 176.

²²⁹ ECS Rol N° 428-2003. Caratulado: “María Paz Santibáñez con Fisco de Chile”.

²³⁰ DE LA CRUZ. “La responsabilidad por las actuaciones de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden”. Obra citada, p. 178.

artículo 2314 del Código Civil, de la noción de falta de servicio. En efecto al Estado como a los otros entes públicos administrativos, pueden serle aplicados de manera diversa las normas del Título XXXV del Código Civil, sin que esto implique desde luego, una errada interpretación de las mismas. Es así que las personas jurídicas son capaces de culpa, aunque carezcan de voluntad propia.

La culpa civil como señalan los hermanos Mazeaud y André Tunc, “no requiere la voluntad, ni siquiera el discernimiento, no es necesariamente una culpa moral; es suficiente con comportarse de manera distinta a la que habría observado en parecidas circunstancias un individuo cuidadoso. De acuerdo con este razonamiento y ampliándolo, puede no exigirse para la responsabilidad de la persona jurídica Estado la culpa o dolo de sus órganos o representantes; basta con que el comportamiento del servicio público fuera distinto al que debiera considerarse su comportamiento normal; o sea basta con probar una falta de servicio. Por otra parte la culpa de funcionarios anónimos puede presumirse, como ha hecho en ocasiones la jurisprudencia, en estos casos la culpa del órgano, que se presume de los hechos mismos, constituye la culpa del Estado.”²³¹

En suma esta doctrina estimaría que: 1) la responsabilidad del Estado es subjetiva; 2) que, por tanto, exige negligencia del servicio, entendida como falta de servicio; 3) que en su determinación y limitaciones, se aplican las reglas del Código Civil, entre ellas las excepciones de pago y prescripción, 4) que dicha falta debe ser acreditada conforme al régimen de prueba de las obligaciones establecidas en la ley; 5) que sólo existirá responsabilidad objetiva, en tanto exista un texto legal que la expresamente la disponga, entiendo que será un régimen excepcional y de derecho estricto²³².

Ahora bien, para nuestro análisis resulta importante destacar que, para Pierry Arrau, el sostener la negligencia como principio rector, no significa que se siga una interpretación “literal de las normas” del Código Civil, al menos bajo los postulados establecidos en los artículos 19 y siguientes de dicho cuerpo legal. Para el autor es importante “no olvidar que el Estado, después de todo, no es una persona jurídica de derecho privado, y a él, como a otros entes públicos administrativos, pueden serle aplicados de manera diversa las normas del título XXXV del código civil, sin que esto implique, desde luego, una errada interpretación de las mismas. Precisamente el desarrollo del derecho administrativo, allí donde ha ocurrido, ha sido a partir de la distinta interpretación de las normas de derecho común para el Estado (...) permitiendo, de esta forma, la conciliación de la actuación estatal, dotada de imperio público, como guardiana del interés colectivo, con la protección de los derechos de los ciudadanos”²³³

²³¹ ECS Rol N° 371-2008. Caratulado: “Pablo Seguel Cares con Fisco de Chile”. En el mismo sentido en la causa “Palma con Fisco de Chile” de la ECS rol N° 9510-2009.

²³² CORDERO. “La responsabilidad de la...”, obra citada, p.38.

²³³ PIERRY ARRAU, Pedro. “La responsabilidad extracontractual del Estado”. Obra citada, p. 500.

Se observa entonces, que aún en el caso que se acepta la aplicación del Código Civil se entiende que ésta no puede ser irrestricta.

De este modo, la doctrina de la falta de servicio -que defiende la pertenencia de la ley civil como reguladora de la actividad estatal- advierte que es necesario atender a que las normas del Código Civil no pueden ser entendidas y usadas de la manera convencional, como cuando se regula una actividad entre sujetos privados.

Ante esta advertencia nosotros nos preguntamos a partir de qué texto legal se formula tal prevención, que por cierto en nada se parece a la lectura clásica de la ley civil que hemos expuesto en el capítulo anterior, la cual parte del supuesto -como observa Nash- de relaciones libres entre sujetos de derecho paradigmáticos del liberalismo decimonónico.

No nos parece caprichoso afirmar que una lectura que atienda al interés público comprometido en una relación jurídica, no puede sino tener en vista las bases de la institucionalidad formuladas, al menos, en el texto constitucional, el mismo del cual, a juicio de Marisol Peña, se colige el principio *pro persona* como criterio orientador (artículo 1°)²³⁴, el mismo que remite la revisión del ejercicio soberano al Derecho Internacional (artículo 5 inciso 2°)

¿Quiere decir esto, que puede restringir la aplicación de una ley por odiosa, contraviniendo la prohibición del Código Civil en su artículo 23?; o ¿Qué debe apelarse a su espíritu antes que a la letra? como prohibiría el artículo 19° inciso primero de dicho texto; o bien, ¿Qué debe recurrirse a la equidad para evitar resultados que no permitan la “conciliación de la actuación estatal, dotada de imperio público, como guardiana del interés colectivo, con la protección de los derechos de los ciudadanos”?

Estas interrogantes permiten observar, a nuestro juicio, que en esta doctrina, así como en la de orientación iuspublicista, el problema de la fundamentación dogmática del estatuto de su responsabilidad, es decir sus principios y objetivos, se encuentra latente en cada una de sus decisiones. Surge así, nuevamente, la necesidad de elaborar y fundar criterios hermenéuticos para legitimar las decisiones jurisdiccionales.

²³⁴ PEÑA. “El principio *pro homine* o *favor persona* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile”. Obra citada.

1.3. Doctrina de la responsabilidad objetiva relativa del Estado.

Cordero observa que es posible sostener la existencia de una tercera doctrina de responsabilidad del Estado, que recogería algunas posiciones de las doctrinas precedentes, pero que en suma las haría irreconciliables.²³⁵

Para ésta el artículo 38 de la CPR establece una definición política, la que consiste en una especie de advertencia al Estado en el sentido de que le prohíbe la afectación del patrimonio de los ciudadanos bajo el apercibimiento jurídico de indemnizarles si vulnera dicha prohibición, así, para esta doctrina, dicha norma habría sido establecida para fundar un sistema de responsabilidad, cuyo reconocimiento habría quedado plasmado luego en la LOCBGAE.

Como se ha dicho esta ley orgánica establece en su artículo 42 que la Administración será responsable por falta de servicio. Pero al contrario de la postura de Pierry Arrau, esta falta no es un reproche de culpabilidad sino un reproche de resultado. De este modo, si observamos las posibilidades en que el servicio “falta”, basta al actor acreditar el hecho de su carencia, su tardanza, o su resultado disconforme para imputar la responsabilidad. Así, las hipótesis de negligencia son más bien una cuestión de causalidad, radicalmente distintas a las nociones de negligencia del derecho privado. En suma, estaríamos ante una responsabilidad por falta de servicio objetiva, bastando la causalidad material como factor de atribución.²³⁶

En este sentido se ha señalado “que no resulta razonable distinguir entre responsabilidad objetiva y subjetiva, particularmente a consecuencia que el derecho de daños ha dado pasos hacia la consideración objetiva de la culpa: basta infringir la norma objetiva de cuidado para incurrir en culpa. No se adapta el examen de la culpabilidad a las concretas características del sujeto causante del daño, solo se compara con la conducta que se deriva de la norma objetiva fijada por el ordenamiento jurídico”.²³⁷

En suma para esta teoría el demandante no debe probar la culpa, sino solamente la falta o tardía prestación del servicio público.

²³⁵ CORDERO. “La Responsabilidad de la Administración del Estado. Bases para una sistematización”. Obra citada, pp. 39-42.

²³⁶ Ver LÓPEZ SANTAMARÍA, Jorge. “La Responsabilidad por falta de servicio. Casuística chilena reciente”. Revista de derecho y jurisprudencia y gaceta de los tribunales, Santiago, Tomo XCIV, N° 1, 1997, pp. 31-46.

²³⁷ CORDERO VEGA, Luis. “La responsabilidad por falta de servicio y la jurisprudencia de la Corte Suprema”. En La Falta de Servicio, Raúl Letelier (coordinador). Ed. Legal Publishing, 2012, Santiago, p.84.

2. Críticas que se formulan a estas posturas.

2.1. Respecto a la doctrinas que sostienen que la responsabilidad estatal tiene un fundamento constitucional²³⁸, Pablo Rodríguez Grez -quien, debemos señalarlo, detenta una visión mucho más irrestricta de asentimiento hacia el Código Civil que la de Pierry- la CPR “no establece un régimen de responsabilidad, el hecho de que no lo haga no autoriza para que este se cree de manera interpretativa”, en el mismo sentido afirma que “un estatuto de responsabilidad del Estado, creemos nosotros, no puede tener su origen en una deducción interpretativa”²³⁹

Es así como para este autor “el código civil tiene una carácter general y supletorio, pudiendo aplicarse cada vez que exista una laguna legal, o como en este caso -se refiere a su interpretación del artículo 38 de la CPR y 42 de la LOCBGAE- cuando existe una remisión expresa del constituyente a la ley.”²⁴⁰

Para Rodríguez Grez, en las normas que suele citar la doctrina de la responsabilidad objetiva (artículo 38 inciso 2° de la CPR, y artículo 4 y 42 de la LOCBGAE), no existe verdaderamente un estatuto de responsabilidad especial del Estado, sino sólo una remisión hacia una ley que deberá determinar su procedencia. Al no existir ésta, sólo resta aplicar el Código Civil que es la norma general y supletoria del derecho nacional.

Al mismo tiempo, para este autor, no existe ninguna diferencia entre el régimen de falta de servicio y el sistema de responsabilidad del derecho civil clásico: “En esta materia no visualizamos una diferencia entre la responsabilidad regulada en el Título XXXV del Libro 4° Código Civil y la que cabe a los entes públicos cuando sus agentes o funcionarios causan un daño por un hecho doloso o culpable.”²⁴¹ En suma a falta de norma que regule la responsabilidad del Estado debe primar el principio de supletoriedad del artículo 4° del Código Civil.²⁴²

Por su parte Corral Talciani reconoce que ha existido un avance en el constitucionalismo moderno al visualizar como incluso las leyes del derecho privado

²³⁸ En este punto por “objetiva” entenderemos las posturas descritas en los puntos a) y c) precedentes.

²³⁹ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. “Nuevas tendencias de la responsabilidad”. Editorial Legal Publishing, Santiago, 2011, p. 120

²⁴⁰ Ibidem, p. 121.

²⁴¹ Ibidem, p. 125.

²⁴² Ibidem, p-125.

deben ser leídas e interpretadas a la luz de los grandes principios y tópicos constitucionales, al tiempo que se reconoce la aplicación directa de la Constitución, y como esta rige inclusive a los particulares, y no solo al Estado. Pero una cosa es aceptar esto, afirma el autor, y “otra cosa muy distinta es pensar que la Constitución pueda regular completamente una institución o régimen jurídico sin que atienda para nada las necesidades de complementación y desarrollo de las normas legales.”²⁴³ Luego tras describir la postura ius publicista que ya hemos expuesto señala: “Pero se trata de una petición de principio que fuerza el sentido de las normas constitucionales para adosarles lo que, según los doctrinadores, deberían decir. Pero lo importante es lo que dicen, no lo que nos gustaría que dijeran (esto será materia de reforma constitucional pero no de interpretación de texto).”²⁴⁴

Para Corral el artículo 6 y 7 de la CPR sólo fijan el principio de juridicidad, mientras que el artículo 38 inciso 2°, al referirse la responsabilidad del Estado por lesión a los derechos de los particulares, se limita a señalar que será la **ley** la que determinará su procedencia. Así para el autor, al igual que para Rodríguez Grez, la Constitución no establece un régimen de responsabilidad especial, a lo sumo debe estimarse como un texto que establece la determinación de principios fundamentales que deberá tener presente el legislador a la hora de desarrollar el régimen de responsabilidad.²⁴⁵

Se observa que los detractores de la teoría que ve en la Constitución el corpus normativo de la responsabilidad estatal, señalan que, en su extremo, el texto fundamental se limita a fijar la procedencia de la responsabilidad, pero concluyen que en sus normas se establece que será la ley la que determinará su regulación, por tanto, dispondrá sus requisitos y limitaciones. En Rodríguez Grez esta postura es irrestricta, denotando en su análisis una evidente orientación exegética para analizar la norma, cuestión que es morigerada en los análisis de Corral y especialmente en el de Pierry Arrau. Para estos debe tenerse al menos presente los criterios rectores del derecho público, sin embargo, para los autores, pensar que de allí se puede colegir de la CPR un régimen de responsabilidad estatal diverso, que hace inaplicable las normas del derecho común -que

²⁴³ CORRAL TALCIANI, Hernán. “La responsabilidad de los órganos del Estado: ¿Régimen Constitucional o régimen civil?”. En “Responsabilidad de civil de entidades corporativas”, Jorge Barahona González (Editor), Cuadernos de extensión jurídica N° 7, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Santiago, 2003, pp. 27 y 28.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 29.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 30.

sería el Código Civil-, es una interpretación forzada que no tiene fundamento positivo alguno.

2.2. Detractores a la doctrina de la responsabilidad subjetiva de la actividad estatal.

Es así como para Enteiche la falta de servicio corresponde a una fórmula equívoca e inexacta, sin un delineamiento sostenible. Afirma el autor: “No hay norma alguna que establezca su estructura, no hay parámetro constitucional ni legal que aborde genéricamente su contenido...es la jurisprudencia la que realiza tal labor.”²⁴⁶ El autor, luego de citar diversos fallos donde él ve criterios disímiles para determinar lo que es la falta de servicio, concluye que esta teoría “es un reproche casuístico de uno o varios jueces, en otras palabras, la actual noción del concepto *falta de servicio* de la LOCBGAE es una evaluación judicial de la conveniencia del actuar de los servicios públicos”, de este modo, continúa el jurista, “esta teoría otorga al juzgado ordinario una herramienta abierta para introducir estándares franceses o propios adecuados a consideraciones del servicio público como sujeto activo, mediante la sujeción nominal a las expresiones *falta de servicio* y *falta personal*, conceptos que no tienen contenido propio.”

¿Por qué ocurre esto? se pregunta Enteiche. El autor avizora dos causas: a) por una distorsión normativa. Para el autor no existe en la legislación ningún parámetro que determine, siquiera genéricamente, la conducta que da origen a la responsabilidad estatal; b) Por una distorsión jurisprudencial, que ha llevado a soluciones contradictorias, con criterios que aparecen y desaparecen.²⁴⁷

Es decir, para el autor, no existe una fórmula objetivada que determine la clase de falta de servicio que haría surgir la responsabilidad estatal.

3. Síntesis del problema.

No deja de llamar la atención que a ambas doctrinas se achacen la misma falta, esto es, la inexistencia de un fundamento normativo, distinguible en términos positivos, que funde y dé forma al régimen de responsabilidad estatal. Ambas doctrinas se replican mutuamente una especie de exceso de inventiva al leer las normas, y por otro lado, se

²⁴⁶ ENTEICHE. “El fundamento de la responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador en Chile: Revisión jurisprudencial (1999-2010)”. Obra citada, p. 123.

²⁴⁷ *Ibidem*, pp. 126 y ss.

acusan de ser excesivamente celosas “de los principios publicistas” o “de los principios ius privatistas”, o “de la protección de los administrados” o “del interés fiscal”

Es evidente que en este escenario la solución será jurisprudencial, y que al no existir fuerza obligatoria de los precedentes jurisprudenciales, los resultados podrían resultar disímiles.

Abierta la puerta entonces, lo que resta a los sentenciadores es construir en sus fallos un régimen de responsabilidad acorde al caso, es decir, formular una solución jurídica para el caso a partir de determinados estándares que ellos observan como legitimadores de sus decisiones, como son: seguridad jurídica, justicia, coherencia, etc. cuestiones que llevadas al análisis de la normatividad existente, se traduce en la formulación de criterios, o principios si se quiere, de interpretación adecuados a dichos estándares, elementos de razonamiento que estudiamos en detalle en el capítulo III.

A continuación observaremos como se ha construido, en las sentencias estudiadas, regímenes diversos de responsabilidad para dirimir la responsabilidad del Estado por violaciones a los derechos humanos, luego observaremos las posibles lecturas a las excepciones de responsabilidad (sus limitaciones).

III. Estatuto de Responsabilidad Estatal por violaciones a los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema.

La síntesis que hemos hecho, constituye, por cierto, una exposición bastante rudimentaria de la discusión jurisprudencial y doctrinaria sobre el fundamento de la responsabilidad del Estado en Chile. Sobre el particular existe abundante producción intelectual, de forma que nuestra semblanza tiene un objeto bastante definido, mostrar como la interpretación judicial juega un papel determinante en el alcance de los contenidos de la responsabilidad estatal. Sin embargo, a pesar de lo sintético de nuestra exposición, de ella surge con evidencia que la discusión en torno al fundamento jurídico de la responsabilidad estatal tendrá consecuencias decisivas para establecer su procedencia y limitaciones.

Ya que lo que nos interesa es una casuística concreta de la responsabilidad estatal, esta es, la que surge cuando existen violaciones a los derechos humanos, analizaremos su procedencia y limitaciones en ese contexto, observando las posturas que al respecto han elaborado los Ministros de Corte Suprema, destacando los criterios

interpretativos utilizados, no siempre explícitamente, para aplicar las normas jurídicas que pudieran resolver tales controversias.

Como ya hemos señalado en diversas oportunidades a lo largo de esta memoria, lo que ocurre es que los sentenciadores se enfrentan a una situación recurrente en la práctica judicial, pero que en general se ignora, esto es, que en los procesos los jueces crean el derecho para el caso concreto, encarnando la norma abstracta a una controversia que en su estrado adquiere connotación jurídica, pero que sin duda la trasciende. Ello no significa, por su puesto, que los falladores elaboren normas inexistentes atribuyéndose facultades que constitucional y políticamente no les competen, no por supuesto que no²⁴⁸. Pero sí, que su función no es una mera aplicación del derecho en el sentido mecánico, sino que son operadores que hacen interactuar normas y razonamientos, amparando sus decisiones bajo el alero de la fundamentación. De allí que aún en un sistema continental como el nuestro, donde por definición la función judicial es formalmente dependiente de la soberanía creadora de ley, es necesario revisar la función que despliega la jurisprudencia como fuente de derecho, cuestión que permitiría debatir sobre la responsabilidad de la judicatura ante la sociedad, ya que como observa Lira y Loverman, la labor del poder judicial ha estado invisibilizada en la historia de Chile, pese a la intimidad que ha compartido a lo largo de la historia con la política, cuestión que surge evidente cuando existen crisis sociales, en que la tensión dentro del poder judicial, las disidencias y pugnas emergen con claridad.²⁴⁹

Ignoramos si estas discrepancias son las que motivan las diferencias judiciales en estos casos, algo de eso debe de haber, pero sin duda son convicciones de diversa índole las que están en juego en los razonamientos.

Pero para el desarrollo de este trabajo, interesan los fallos.

1. Algunas Prevenciones.

Como se recordará ya expusimos el marco normativo aplicable a los crímenes cometidos durante la dictadura cívico militar (capítulo I); luego mostramos la forma predilecta de plantear el nudo normativo por parte de los jueces de la Corte Suprema (capítulo II); acto seguido desarrollamos nuestro planteamiento, consistente en que la

²⁴⁸ Al respecto ver la obra de Alejandro Romero Seguel: "La Jurisprudencia de los Tribunales de cómo fuente de Derecho, una perspectiva procesal". Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

²⁴⁹ LIRA, y LOVERMANN. "Poder Judicial y política (1925-1958)". Editorial LOM, Santiago, año 2014, p.7.

controversia jurisprudencial puede analizarse desde la hermenéutica judicial desplegada en los fallos, exponiendo que existen, al menos, dos sistemas de referencia interpretativos, el que surge del derecho civil y aquel que es desarrollado a partir del sistema de derechos humanos (capítulo III); por último, mostramos que existe un marco general en el que se inserta el problema del estatuto de la responsabilidad, donde delineamos sus características principales (capítulo IV). Hecho esto resulta más llana la labor que haremos a continuación.

Por último, es necesario notar que en los procesos que hemos estudiado no se discute si ocurrieron o no estos ilícitos²⁵⁰.

La defensa del Estado no ha objetado la existencia de los homicidios o secuestros, y es así como ha argumentado que de hecho uno de los criterios para contabilizar el plazo de prescripción de la acción indemnizatoria es contarlos desde la publicación del Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, acto del Estado que entiende reconocer la responsabilidad que le cupo a sus agentes.

De allí que la imputabilidad de la responsabilidad hacia el Estado no sea puesta en duda. De este modo, podemos afirmar que aquello que se sujeta al escrutinio de los jueces es el **estatuto** de esta responsabilidad estatal y, por tanto, si esta responsabilidad está sometida a las limitaciones establecidas en el derecho privado chileno, en particular a los modos de extinguir las obligaciones de pago y prescripción de la acción.

2. Posición que afirma que para determinar la responsabilidad por violaciones a los Derechos Humanos, rigen las reglas del Derecho Civil.

Como vimos más arriba, una de las doctrinas de mayor relevancia, y que se ha sentado como criterio casi unívoco en la Sala Constitucional de la Corte Suprema, es aquella que hemos denominado como doctrina de la falta de servicio o subjetiva de la responsabilidad estatal. Señalamos que ésta ve en la falta de servicio el criterio de imputabilidad por definición de la responsabilidad del Estado, desechando la idea de que la responsabilidad del Estado sea objetiva o tenga su fundamento, y delineamiento, en la Constitución.

Ya señalamos que, en cuanto a la imputabilidad no existe mayor controversia ya que se trata de delitos que, en la mayoría de los casos, están asentados en fallos

²⁵⁰ Ver fallo de la ECS 3841-2012, Segunda Sala. Juan Soto Cerda, Luis Araneda Loaiza, Luis Pincheira Llanos y Jaime Cuevas. Sentencia de fecha 04 de septiembre de 2013, considerando cuarto.

penales, de lo que se sigue que poco importa si se sigue el criterio de la culpa civil o de la responsabilidad objetiva, ya que en ambos la imputación es evidente, así como el nexo causal. De este modo queda a firme que el asunto se radica en las definiciones relativas a los límites de la responsabilidad estatal.

Señalamos al estudiar esta postura, que la doctrina de la responsabilidad subjetiva de la responsabilidad ve en el sistema del Código Civil el régimen común, es decir afirma que el título XXXV del Libro IV de dicho cuerpo legal “De los delitos y los cuasidelitos” tiene plena aplicación para todos los casos donde no existe una regla expresa que establezca su inaplicación.

En este sentido en el voto de mayoría del Pleno de la Corte Suprema se sostuvo que:

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

“Décimo cuarto: Que en razón de lo dicho, preciso es reiterar que se ha ejercido en la especie por la parte demandante **una acción de contenido patrimonial**, cuya finalidad no es otra, en términos simples, que hacer **efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado**. Lo anterior conduce necesariamente a concluir que no cabe sino aplicar en materia de **prescripción las normas del Código Civil**, lo que no contraría la naturaleza especial de la responsabilidad que se persigue en atención a que la acción impetrada pertenece -como se ha dicho- al ámbito patrimonial.”²⁵¹

²⁵¹ ECS Rol N° 10665-2011, Tribunal Pleno. Carátula: “Colegio Médico. Eduardo González Galeno.” En el mismo sentido se ha pronunciado la ECS en las causas Rol N° 5570-2007, Tercera Sala. Caratulado: “Manuel Antonio López López, José de la Cruz López López, Margarita Jesús López López con Fisco de Chile” (considerando 15°); ECS Rol N° 3220-2007, Tercera Sala. Carátula: Ena del Carmen Espinoza Olea con Fisco de Chile” (considerando 5° y siguientes); ECS Rol N° 5243-2007, Tercera Sala. Carátula: “María Graciela Vargas Contreras con Fisco de Chile” (considerando 5° y siguientes); ECS Rol N° 2724-2010, Tercera Sala; Carátula: “José Enrique Gaete Rubio, Pamela del Pilar Gaete Rubio, Patricia del Carmen Gaete Rubio con Fisco de Chile” (considerando 7° y siguientes); ECS Rol N° 3913-2011, Tercera Sala. Carátula: “Ana Aedo Martínez y otros con Fisco de Chile” (considerando 6° y siguientes); y ECS Rol N° 4742-2012, Tercera Sala. Caratulado: “Flor Rivera Orellana con Fisco de Chile”, entre otras (considerando 12° siguientes).

La referencia al Código Civil es clara en estos casos. Así cuando señalan que **“en ausencia de ellas, corresponde estarse a las reglas del derecho común referidas específicamente a la materia”**, resulta evidente que esta sentencia surge de extender el ámbito de aplicación de la norma civil entendiendo que ese es el “sentido literal de la ley”.

Así mismo cuando afirman que el modo de extinguir las acciones y adquirir los derechos, llamado prescripción, **“constituye un principio general del derecho”**, observamos en ésta una operación de interpretación extensiva de la norma a partir de ciertos pilares fundantes del derecho civil, al tiempo que se trata de una operación de interpretación jurídica en uso de las herramientas subsidiarias que trata el artículo 24 del Código Civil.

Estas operaciones hermenéuticas son imprescindibles, por cuanto como vimos al tratar las críticas a la falta de servicio, ningún texto legal dispone que el régimen de responsabilidad pública se encuentra en el Código Civil, así como tampoco existe normativa que detalle los elementos de la falta de servicio. Menos aún se resuelve el régimen de responsabilidad por violaciones a los derechos humanos.

Ahora, bien cuando señalamos que **“no existe texto legal”**, estamos suponiendo la revisión exegética, pues sostenemos que sí existe normativa que soluciona el caso, pero que ella sólo es deducible de una lectura diversa de las normas jurídicas que predominan en la doctrina subjetiva de la responsabilidad.

Los considerandos que citamos con anterioridad, corresponden al episodio “González Galeno” y en éste la Corte de Apelaciones de Santiago al conocer del proceso en segunda instancia desechó las excepciones de prescripción dando una aplicación preferente a las reglas de Derecho Internacional. Sin embargo tales consideraciones fueron desestimadas por el Tribunal Pleno, afirmando que:

“Duodécimo: Que, sobre la base de lo ya razonado, se concluye que en el fallo objeto de la casación en estudio se ha incurrido, desde luego, en el vicio que se denuncia en el recurso interpuesto por el Fisco de Chile, cometiendo con ello error de derecho al haber dado cabida a una legislación que no era la llamada a regir el caso en cuestión y dejado de aplicar las normas pertinentes del derecho interno.”²⁵²

²⁵² ECS Rol N° 10665-2011, Tribunal Pleno. Carátula: “Colegio Médico. Eduardo González Galeno”.

En definitiva, para los ministros de mayoría existe un régimen de responsabilidad estatal común colegido de las normas “De los delitos y cuasidelitos” del Código Civil que contempla -en el artículo 2332- a la prescripción como modo de extinguir las acciones por delitos o cuasidelitos. Ésta, como regla general del sistema sólo dejaría de ser aplicada si encontramos en el ordenamiento jurídico positivo una “norma expresa” que disponga que la responsabilidad en estos casos sea imprescriptible.

Este razonamiento es el equivalente al usado por la doctrina de la falta de servicio cuando sostiene la inexistencia de un régimen de responsabilidad objetiva de carácter general. Se recordará al respecto que éstos afirmaban que para la existencia de un régimen de responsabilidad objetivo en el sentido de la doctrina civilista, es decir, donde basta la ocurrencia del hecho y el nexo causal para imputar responsabilidad, debía de existir una regla expresa que así lo dispusiera, la que en todo caso al ser excepcional debía ser interpretada restrictivamente. Pues bien, el sentenciador concluye que luego de revisar la normativa convencional al respecto no es posible encontrar ninguna norma que establezca la imprescriptibilidad genérica de las acciones reparatorias. Así el Máximo Tribunal sostiene:

*“Quinto: Que no obstante lo anterior y en la misma línea de razonamientos acerca del contenido de tratados internacionales, previo es también hacer notar **que ninguno de los cuerpos normativos citados en el fallo impugnado establece la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales.** Así, la propia **Convención Americana de Derechos Humanos** no contiene precepto alguno que consagre la imprescriptibilidad alegada por el recurrente. Además, ninguna de las disposiciones citadas en el recurso excluye respecto de la materia en controversia la aplicación del derecho nacional. En efecto, el artículo 1° sólo consagra un deber de los Estados miembros de respetar los derechos y libertades reconocidos en esa Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio, sin discriminación alguna; y el artículo 63.1 impone a la Corte Interamericana de Derechos Humanos un determinado proceder si se decide que hubo violación a un derecho o libertad protegido.*

*Sexto: Que, por su parte, el **Convenio de Ginebra sobre Tratamiento de los Prisioneros de Guerra**, que prohíbe a las partes contratantes exonerarse a sí mismas de las responsabilidades en que han incurrido por infracciones graves que se cometan en contra de las personas y bienes protegidos por el Convenio a que alude el artículo 131, debe entenderse necesariamente referido a infracciones del orden penal, lo que resulta claro de la lectura de los artículos 129 y 130 de dicho Convenio que aluden a actos contra las personas o bienes citando al efecto homicidio intencional, tortura o tratos inhumanos, incluso experiencias biológicas, el causar de propósito grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud, el hecho de forzar a un cautivo a servir*

en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga o privarle de su derecho a ser juzgado regular e imparcialmente al tenor de las prescripciones del Convenio.²⁵³

Séptimo: Que, finalmente, la **Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968**, que establece la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, así como de los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto antes indicado, se refiere también y únicamente a la acción penal. En efecto, en el artículo IV 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.”²⁵⁴

Se observa entonces que para los sentenciadores de no existir norma convencional expresa, en el sentido que se estima que algo queda consignado, se sigue la inexistencia de un estatuto diferenciado para la extinción de responsabilidad por el transcurso del tiempo, coligiéndose la plena aplicación del régimen común de responsabilidad:

“Octavo: Que la prescripción constituye un principio general del derecho destinado a garantizar la seguridad jurídica, y como tal adquiere presencia en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, salvo que por ley o en atención a la naturaleza de la materia se determine lo contrario, esto es, la imprescriptibilidad de las acciones. A ello cabe agregar que no existe norma alguna en que se establezca la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales; y, en ausencia de ellas, corresponde estarse a las reglas del derecho común referidas específicamente a la materia.”²⁵⁵

Del análisis que desarrolla la Corte Suprema es posible observar una aplicación preferente del criterio establecido en el artículo 19 del Código Civil (interpretación literal), del artículo 20 (sentido natural de las palabras) y del artículo 23 (prohibición de restringir el sentido de una norma por odiosa). Sin embargo y reafirmando lo anterior, el Tribunal Pleno sostiene que la prescripción estaría elevada al carácter de principio general, lo que implica la utilización de herramientas hermenéuticas subsidiarias conforme al régimen de interpretación del Código Civil (artículo 24), que como señalamos en el capítulo III de este trabajo, sólo deberían ser aplicados al resultar insuficientes las otras reglas.

²⁵³ ECS RoI N° 10665-2011, Tribunal Pleno. Carátula: “Colegio Médico. Eduardo González Galeno”.

²⁵⁴ *Ibidem*.

²⁵⁵ *Ibidem*.

A lo anterior surge la necesaria pregunta respecto de la idoneidad de las reglas citadas para interpretar la ley civil chilena en un litigio presente, bajo los mismos postulados defendidos por Andrés Bello en su época, citados en el análisis de Guzmán Brito realizado en el capítulo III. Quizás a algunos puede no merecerles duda que la respuesta es afirmativa pues este sería el espíritu del legislador. Pero nos parece, al menos discutible, que esas mismas reglas y en ese mismo sentido, sean aplicadas al Derecho Internacional, rama que no ha sido formulada ni construida bajo el principio de la literalidad, que como se sabe formaba parte fundamental del proyecto de la ilustración en contra de aquella arbitrariedad judicial identificada con el viejo régimen.

Como se expuso al iniciar el capítulo III, el sistema de protección a los derechos humanos forma parte de un proyecto con objetivos cautelares bastante evidentes, dinámico y que crea condiciones de legitimación para la acción soberana. Es en suma, un derecho con una estructura diversa a la ley civil del siglo XIX.

Por otro lado, debemos destacar que en el fallo del Tribunal Pleno y principalmente en los considerandos citados, el sentenciador no utiliza otras fuentes del Derecho internacional que no sea el derecho convencional, como podría ser la costumbre, los principios generales, las normas de *ius cogens*, o la jurisprudencia de los tribunales especializados en derechos humanos, sea de la CIDH o de otras jurisdicciones internacionales. De allí que siga una suerte de indiferencia hacia la dinámica normativa del DIDH y del DIH, desatendiendo las funciones propias de estas ramas especializadas del Derecho Internacional. Así mismo, al no apelar al sentido que la jurisprudencia especializada podría haber dado a dicha normativa, creemos que se desatiende el rol interpretativo de los tribunales internacionales sobre las normas de derechos humanos y de derecho humanitario.

Gonzalo Aguilar Carvallo, observando la omisión que la jurisprudencia hace a otras fuentes del DIDH -en su caso analizando el fallo de la ICA de Santiago en el caso de Alan Bruce donde se desechó la demanda- se pregunta acerca de la indiferencia al sistema de fuentes del DIP afirmando que: "Entrar a analizar las razones que se pueden haber tenido en cuenta para actuar de esta manera, ciertamente es más complejo y entra en el terreno de las especulaciones. Una posible explicación plausible es el legalismo y positivismo unívoco utilizado a lo largo de todo el fallo, que descarta referencias a derecho consuetudinario o principios generales del Derecho Internacional, y siempre intenta

encontrar una norma escrita como fundamento, en circunstancias que -como bien se sabe- el Derecho es más que una ley o una simple norma escrita.”²⁵⁶

En suma, es posible sostener que la fundamentación judicial en este caso operó de la siguiente manera:

1° Se establece que el régimen común y supletorio de responsabilidad estatal para Chile, es el definido en el sistema del Código Civil. De esto se sigue: que, ni la CPR, ni el Derecho Internacional Público, contengan un régimen propio de responsabilidad estatal.

2° Que al tratarse de acciones patrimoniales se sigue que ellas pertenecen al sistema de responsabilidad extracontractual.

3° Lo anterior hace posible que el sentenciador vea en la norma interna la solución del conflicto, en al menos dos sentidos: 1) como sistema hermenéutico y 2) como régimen de excepción a las acciones indemnizatorias.

Bien podría suceder que el juez sostenga que no existe un régimen de responsabilidad ni en la CPR ni en el DIP, siendo por tanto operativo el sistema del derecho civil chileno, pero que observando las reglas y criterios del sistema de derechos humanos, concluya que éste establece algunas excepciones a ese régimen, determinando la existencia de una prohibición de extinguir estas acciones por el transcurso del tiempo o por determinaciones unilaterales de pago. Es decir, puede afirmar la vigencia del sistema de responsabilidad de la falta de servicio, pero analizar su establecimiento bajo los criterios del DIP. No vemos nada contradictorio en esa operación.

Si el juez no determina la aplicación de estas prohibiciones, es porque las busca bajo el paradigma de un derecho que le impide establecer sentidos propiamente jurídicos si ellos no están contenidos de manera instrumental y si no están expresados en términos o fórmulas legales.

Ahora ¿por qué sucede esto? Se nos ocurren dos respuestas: 1) porque los sentenciadores creen que no deben ser reparadas estas violaciones o que basta con las prestaciones ideadas por el legislador; o 2) porque los jueces han encontrado un sistema que da coherencia a la responsabilidad del Estado, y ven en estas excepciones una inconsistencia inaplicable.

²⁵⁶ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. “Evolución de la jurisprudencia en materia de imprescriptibilidad de la acción civil en casos de violaciones a los Derechos Humanos”. Gaceta Jurídica, N° 341, Santiago, 2008, p. 23.

Pero para ser razonables, los propios ministros han visto en la aplicación irrestricta de la literalidad la generación situaciones injustas.

“Décimo tercero: Que, en este contexto, y sin situarse explícitamente en la perspectiva del derecho internacional, esta Corte Suprema ha tenido oportunidad de matizar la aplicación de las normas del derecho interno sobre prescripción de la responsabilidad civil extracontractual, entendiéndose que el plazo de cómputo correspondiente es susceptible de contarse desde una perspectiva distinta a la que evidencia la mera literalidad del artículo 2332 del Código Civil.

En efecto, tratándose de un caso como el de autos es posible sostener que los titulares de la acción indemnizatoria no estaban en condiciones de haberla ejercido en tanto no tenían certeza del paradero o destino del familiar desaparecido y, por lo mismo, parece más razonable computar el término legal de prescripción desde que dichos titulares tuvieron ese conocimiento y contaron con la información necesaria y pertinente para hacer valer ante los tribunales de justicia el derecho al resarcimiento por el daño sufrido que el ordenamiento les reconoce.

Ese momento, en la situación planteada en este proceso, ha de entenderse que lo constituye el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, pues sólo a partir de entonces se tuvo certidumbre de la condición de víctima de la persona cuya desaparición causa el daño que se persigue indemnizar. Ahora bien, aun computando el plazo de cuatro años que contempla el artículo 2332 del Código Civil desde el referido informe de la “Comisión Rettig”, al tiempo de notificarse válidamente la demanda al demandado e incluso en el supuesto de atribuir a la presentación de la querrela el efecto de interrumpir la prescripción en curso, el término extintivo que interesa se encontraría en todo caso cumplido y, consecuentemente, extinguida la vía civil intentada.”²⁵⁷

No deja de llamar la atención que se relativice el sentido de esta norma (artículo 2332) cuya determinación, bajo el paradigma exegético, ha sido sostenida con vehemencia por la defensa del Estado²⁵⁸. Creemos que la consideración citada, analizada a la luz de los postulados expuestos, se opone a la prohibición del Código Civil contenida en su artículo 23 que señala que: “Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará

²⁵⁷ ECS Rol N° 10665-2011, Tribunal Pleno. Carátula: “Colegio Médico. Eduardo González Galeno”. Cabe consignar que este “matiz” no siempre ha estado presente en las consideraciones y es así como en la sentencia de la ECS 1234-2002, Cuarta Sala Mixta, Caratulado: Gladys del Carmen Pizani Burdiles y otra con Fisco de Chile, se dispuso que: DÉCIMO QUINTO: Que de lo anterior resulta que la sentencia impugnada cometió el error de derecho invocado en el recurso de autos al dejar de hacer efectiva en este juicio la regla de prescripción del citado artículo 2332 del Código Civil, cuya aplicación conducía a no hacer lugar a la demanda entablada en contra del Fisco, en vez de acogerla al confirmar el fallo de primer grado, teniendo en cuenta que la demanda de las actoras aparece notificada con fecha 16 de abril de 1999, esto es, cuando ya había transcurrido largamente el plazo fijado en esa norma legal, contado desde el 16 de septiembre de 1973.

²⁵⁸ VERGARA BENZANILLA, José Pablo. “Momento inicial del cómputo de la prescripción extintiva de la responsabilidad extracontractual”. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, N° 12, diciembre de 2004, pp. 55-66.

en cuenta para ampliar o restringir su interpretación”, prohibición que en las sentencias citadas se ha aplicado para colegir la prescriptibilidad.

Sin duda que en estos casos está en juego una cuestión de justicia material, que hace insostenible exigir que los demandantes accionaran en plena dictadura. Quizás, de este modo, el sentenciador cree estar permitiendo “la conciliación de la actuación estatal, dotada de imperio público, como guardiana del interés colectivo, con la protección de los derechos de los ciudadanos”²⁵⁹, aun existiendo riesgo de debilitar la coherencia de la postura expresada en sus considerandos.

No podemos dejar de destacar lo similar que resulta este tratamiento del artículo 2332, a la que podría derivarse de la aplicación principio pro persona proveniente del sistema de derechos humanos. Es por esto que estamos en la necesidad de preguntarnos ¿por qué se razona esta norma desde este particular punto de vista? ¿Por qué no realizar la misma operación para interpretar las demás normas del Código Civil? ¿Qué es lo que se busca cautelar con sus afirmaciones, si en definitiva el resultado será el mismo, es decir negar la reparación?

3. Respecto a que de la responsabilidad por violaciones a los Derechos Humanos rige, a partir de determinados criterios hermenéuticos, una interacción normativa entre fuentes internas e internacionales.

No obstante el desarrollo expuesto en el apartado anterior, es posible observar en la jurisprudencia de la Corte Suprema una doctrina diversa, que ha concluido que existe en el Derecho Internacional un sistema de responsabilidad y de regulación a los límites de la responsabilidad estatal. Este resultado ha sido posible gracias a la utilización de herramientas hermenéuticas diversas a las expuestas en el punto preliminar y que han sido objeto de análisis en el capítulo III. Estas son: interpretación de buena fe, principio pro persona, interpretación evolutiva, equidad como criterio de integración e interpretación judicial, y las reglas de *ius cogens*, como fuente normativa y como elemento para situar las reglas convencionales de Derecho Internacional. Estas herramientas, o criterios como ya expusimos en el referido capítulo tercero, pueden ser colegidas de reglas de derecho interno, de normas internacionales, así como de la jurisprudencia de tribunales especializados.

²⁵⁹ PIERRY ARRAU, Pedro. “La responsabilidad extracontractual del Estado”, obra citada p. 500.

Esta particular dialéctica judicial ha permitido sostener que existe un sistema de responsabilidad estatal especial que surge cuando se violan las obligaciones internacionales, y cuya configuración está dada por una interacción normativa entre reglas internas, fundamentalmente de derecho constitucional, y reglas internacionales contenidas en diversas fuentes de Derecho Internacional Público.

Este escenario no veda la utilización de reglas del derecho privado, siempre y cuando se armonicen con determinados estándares. Es el caso de la Equidad o justicia material -que adquiere fundamento normativo en el artículo 24 del Código Civil, aunque en su formulación positiva con un carácter más bien subsidiario de la doctrina de la exégesis- o el de aplicación especial prescrita en el artículo 4° del mismo texto legal, que permite dar aplicación preferente a los estatutos normativos cuando ellos tengan una vinculación más directa con el caso sometido al escrutinio del intérprete.

Sobre este punto, se destaca el voto de algunos ministros disidentes, cuyas consideraciones se han reiterado en diversos casos. Es así como en el caso de Bernabé del Carmen López, los ministros Muñoz Gajardo y Brito Cruz expresaron (juicios compartidos con el ministro Carlos Cerda Fernández en otros fallos, señalados al pie de página):

*“4°.- Que esta **responsabilidad del Estado-Administrador es posible fundarla, además, en las disposiciones de derecho internacional humanitario.**”*

Para sostener esta afirmación los Ministros atienden a la trayectoria seguida por esta rama del Derecho, haciendo una clara utilización del principio de buena fe en la interpretación del derecho, así como de una de sus derivaciones, esto es, la interpretación *evolutiva*:

*“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 (...).**”*

*“6°.- Que, en todo caso, **en el concierto del Derecho Internacional, el Derecho Humanitario comprende las ramas del Derecho de Guerra, que tiene por objeto regular las hostilidades, y el del Derecho Humanitario propiamente tal, que pretende obtener el respeto de las personas que no estén comprendidas en tales acciones, ya sea porque no forman parte de los ejércitos, como por el hecho que, formando parte de las fuerzas regulares en pugna, ya se encuentran sometidos (...)** 11 de diciembre de 1946 se suscribe la declaración que repudia el crimen de genocidio. En 1948 se ratifica la convención contra el genocidio (...).”*

“En la Carta Internacional de los Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948, se considera que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, en que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos del hombre han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, resulta esencial que tales derechos sean protegidos por un régimen de derecho (...).”

“Por el paulatino y progresivo desarrollo de la conciencia universal se continuó con la elaboración y suscripción de diferentes instrumentos internacionales por los que se condena toda forma de discriminación el 20 de noviembre de 1963, como la política del apartheid el 16 de diciembre de 1966 (...).”

“Se debe tener presente, además que el Estado de Chile participa y suscribe el informe del Grupo Especial de Expertos sobre el trato a los presos políticos en Sudáfrica, de 19 de diciembre de 1968, proyecto de convención sobre represión y castigo del crimen de apartheid de 15 de noviembre de 1972, que se concreta en la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, de 30 de noviembre de 1973; de la cuestión de castigo a los criminales de guerra y personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad de 15 de diciembre de 1969, 15 de diciembre de 1970 y 18 de diciembre de 1971, principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad de 18 de diciembre de 1972 y 3 de diciembre de 1973; cuestión sobre formas de torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 2 de noviembre de 1973, 5 de noviembre de 1974 y 13 de diciembre de 1976, que se concreta en las declaraciones sobre protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 9 de diciembre de 1975 y 8 de diciembre de 1977; sobre personas desaparecidas y desaparición forzada o involuntaria se efectúa la declaración de 20 de diciembre de 1978, 17 de diciembre de 1991 y 18 de diciembre de 1992; declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidas de 9 de diciembre de 1998 (...).”

“En el ámbito americano, la Conferencia de Chapultepec, en marzo de 1945, recomienda no dar refugio a los culpables de crímenes de guerra y se proceda a entregarlos a las Naciones Unidas. Se efectúa la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en 1948. Por su parte la Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada de Personas, en su artículo VII consagra la imprescriptibilidad de esos crímenes (...).”²⁶⁰

²⁶⁰ ECS 5570-2007, Tercera Sala, sentencia que rechaza casación en el fondo deducida por la demandante de fecha 14 de octubre de 2009; Víctima: Bernabé del Carmen López López Voto disidente Ministros Muñoz Gajardo y Brito Cruz. Ver así mismo: ECS 2724-2010, Tercera Sala. Sentencia que rechaza casación deducida por la demandante, de fecha 30 de noviembre de 2012. Víctima: Carlos Gaete López (detenido desaparecido, Patio 29). Voto disidente Ministro Cerda Fernández; ECS 10665-2011, Tribunal Pleno. Sentencia que acoge casación en el fondo deducida por el Fisco de Chile (rechaza indemnización de perjuicios). Voto disidente Ministro Muñoz Gajardo; ECS 4399-2011, Tercera Sala. Sentencia que acoge casación en el fondo deducida por el Fisco de Chile (rechaza indemnización de perjuicios). Voto disidente Ministro Muñoz Gajardo; ECS 6920-2011, Tercera Sala. Sentencia que acoge casación en el fondo deducida

Resulta evidente que el intérprete sitúa este estatuto de responsabilidad como un resultado histórico-jurídico, el que estuvo y está animado, por determinados objetivos, como aquel que busca la mejor protección de las personas frente a los actos de Estado (principio pro persona). Como ya hemos señalado, esta construcción constituye la fundamentación de la obligatoriedad del DIDH y del DIH, de la que se siguen las orientaciones básicas para interpretarlos.

Por su parte, la Fiscal Judicial de la Corte Suprema, integrando la Tercera Sala del máximo Tribunal, ha expuesto que la responsabilidad estatal en estos casos es el resultado de una interacción normativa del derecho chileno con normas internacionales, desvirtuando la relación derecho general-derecho especial defendida por la mayoría de dicha sala, que en el caso, redundó en la aplicación preferente del Código Civil:

*“6°) Que analizando ahora las normas cuya aplicación pretende el Fisco de Chile, cabe señalar que **no resultan atinentes las normas de Derecho Interno previstas en el Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios en que se funda el recurso, al estar éstas reglas en abierta contradicción con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que protegen el derecho de recibir una reparación correspondiente a víctimas y familiares de éstas, estatuto normativo internacional reconocido por Chile como se ha expuesto.**”*

*“Cabe recordar que la obligación indemnizatoria está originada para el Estado, tratándose de la violación de los Derechos Humanos **no sólo por la Constitución Política sino también de los Principios Generales del Derecho Humanitario y de los Tratados Internacionales sobre la materia, como expresión concreta de los mismos, de tal suerte que las normas del derecho común interno se aplicarán sólo si no están en contradicción con esta preceptiva.**”²⁶¹*

por el Fisco de Chile (rechaza indemnización de perjuicios), de fecha 12 de septiembre de 2012. Voto disidente Ministro Muñoz Gajardo; ECS 672-2011, Tercera Sala. Sentencia que acoge casación en el fondo deducida por el Fisco de Chile (rechaza indemnización de perjuicios), de fecha 23 de noviembre de 2012. Voto disidente Ministro Muñoz Gajardo; ECS 12357-2011, Tercera Sala. Sentencia que acoge casación en el fondo deducida por el Fisco de Chile (rechaza indemnización de perjuicios), de fecha 07 de diciembre de 2012. Voto disidente Ministro Muñoz Gajardo; ECS 9660-2011, Tercera Sala. Sentencia que acoge casación en el fondo deducida por el Fisco de Chile (rechaza indemnización de perjuicios), de fecha 16 de enero de 2013. Voto disidente Ministro Muñoz Gajardo; ECS 4734-2012, Tercera Sala. Sentencia que rechaza casación en el fondo deducida por la demandante, de fecha 03 de diciembre de 2012. Votos disidentes Ministro Muñoz Gajardo y suplente Escobar Zepeda; ECS 7495-2012, Tercera Sala. Sentencia que acoge casación en el fondo deducido por el Fisco de Chile (rechaza indemnización de perjuicios), de fecha 29 de enero de 2013. Voto disidente Ministro Muñoz Gajardo; y ECS 4742-2012, Tercera Sala. Sentencia que acoge casación en el fondo deducida por el Fisco de Chile (rechaza indemnización de perjuicios), de fecha 30 de enero de 2013. Votos disidentes Ministros Muñoz Gajardo y Cerda Fernández.

²⁶¹ ECS Rol N° 6110-2012, Tercera Sala. “Pablos con Fisco”. Voto disidente Fiscal Judicial Mónica Maldonado Croquevielle.

Bajo un criterio similar al defendido por la Fiscal Judicial, la Sala Penal de la Corte Suprema sostuvo:

“CUARTO: Que el carácter de delito de lesa humanidad ha sido declarado en el fallo recurrido sin controversia, lo cual significa que se trata de acciones provenientes de agentes del Estado directa o indirectamente vinculados a éste, vejatorias a la dignidad de las víctimas en términos de utilizarlas como instrumentos u objetos y amparados en un sistema que favorece la impunidad mediante artificios de la inculpación a terceros ajenos a los victimarios, -en este caso a las propias víctimas-, a lo que se agrega la trascendencia social y temporal del acto vejatorio que va desde la víctima hasta el contexto internacional más allá del tiempo y del espacio (Gerardo Bernales, “La imprescriptibilidad de la acción penal en procesos por violaciones a los derechos humanos” *Ius et Praxis* volúmenes 13 N° 1 Talca, 2007). En las circunstancias referidas, y en lo pertinente a la indemnización de perjuicios, se aplican los convenios o tratados internacionales, las reglas de derecho internacional que se consideran *ius cogens* y el derecho consuetudinario internacional, sin perjuicio de encontrarse también estipuladas explícitamente en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, -incorporada al derecho interno de nuestro país-, cuyo artículo 27 dispone que “el Estado no puede invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales” y que de hacerlo comete un hecho ilícito que compromete su responsabilidad internacional (Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2000, Humberto Nogueira Alcalá, “Las Constituciones Latinoamericanas”, página 231). Se aplica el derecho internacional y la consiguiente reparación integral de los perjuicios, porque “es claro que el perjuicio causado a un particular por otro o por el Estado, en cuanto sujeto de relaciones privadas, es diverso al perjuicio que se le puede causar a un particular por una actuación ilícita y dañosa de un Estado con relación a los derechos y libertades fundamentales de la persona humana”. (Claudio Nash, “Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.” Universidad de Chile, Facultad de Derecho, página 37). Disposiciones y razonamientos que se asocian, a su vez, al acceso a la justicia de víctimas y familiares y al derecho fundamental a la verdad con la consiguiente dificultad de lograrla en casos como el de autos que por su forma y circunstancias de comisión facilitan la impunidad o dificultan el ejercicio de acciones y recursos judiciales efectivos y oportunos para solicitar una reparación compensatoria humanitaria, realidad que acentúa la gravedad de los delitos y el rechazo a la prescripción civil del corto plazo frente a reclamaciones de esta naturaleza. (“Principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y al derecho humanitario a obtener reparación” (Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, 48° período de sesiones, 1996).”²⁶²

²⁶² ECS 3841-2012, Segunda Sala. Episodio “Juan Soto Cerda, Luis Araneda Loaiza, Luis Pincheira Llanos y Jaime Cuevas”. Sentencia de fecha 04 de septiembre de 2013. En el mismo sentido la sentencia de reemplazo de la ECS 1424-2013, Segunda Sala, en el episodio “Tejas Verdes”.

El Ministro Cerda Fernández, en pos de arribar a la misma conclusión aplica al fundamento protector de los Derechos Humanos y su reconocimiento constitucional, una cita a una sentencia del propio Tribunal Constitucional.

*“8°.- Que la existencia de principios generales del derecho, ha sido recogida por múltiples sentencias de nuestros tribunales, pero al respecto se puede transcribir lo señalado por el Tribunal Constitucional de nuestro país en su sentencia de 21 de Diciembre de 1987, Rol N° 46, considerando 21: **“Que de lo expuesto en las consideraciones anteriores se infiere con nitidez que el ordenamiento institucional estructurado por la Constitución de 1980 descansa sobre ciertos principios y valores básicos, entre los cuales cabe señalar ...: la libertad del hombre, que los derechos fundamentales de la persona humana son anteriores y superiores al Estado y la Constitución, razón por la cual no los crea sino que los ‘reconoce y asegura’; que el Estado en cumplimiento de su finalidad propia, cual es promover el bien común, debe darles segura y eficaz protección ...; que el ejercicio de la soberanía que se realiza por el pueblo y por las autoridades que la Constitución establece reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y, en fin, que nadie puede ser condenado por hechos anteriores a las norma jurídica que establece la pena”** (considerando 19°);”*

Luego señala como estas consideraciones deben orientar la interpretación de las normas relativas a la protección de los Derechos humanos de las personas:

“que todos estos principios se encarnan en disposiciones concretas de la Carta Fundamental como son, entre otros, los artículos 1°, 4°, 5°, inciso segundo, y 19, en especial su número 3, inciso séptimo” (considerando 20°); y *“que estos preceptos no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas, como también, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución”* (considerando 21°).”²⁶³

Este imperio de las normas internacionales lleva, a juicio de los sentenciadores, a hacer ineludibles las consecuencias que se sigan de su aplicación:

*“7° (...) El respeto y observancia de los derechos humanos es un principio de vigencia internacional, del cual deriva aquel que señala **que su trasgresión debe ser castigada** (...) Tales razonamientos y la existencia de un profuso conjunto de declaraciones y tratados internacionales ratificados por Chile y otros en proceso de serlo, como de distintas declaraciones suscritas por las autoridades competentes, **permiten llegar a la conclusión que existe un derecho humanitario que todas las autoridades e individuos de nuestro país deben respetar, pues en el estado actual de las cosas hay un derecho de gentes o ius cogens que resulta vinculante y perentorio para las autoridades nacionales, entre ellas para los tribunales.**”*

²⁶³ ECS Rol N° 2724-2010, Tercera Sala. Caratulado: “Gaete con Fisco de Chile”. Voto minoría Sr. Cerda Fernández.

“10 ° Todos estos aspectos, por último constituyen, según se ha expresado, principios de derecho internacional y han pasado a ser ius cogens, que los tribunales de todo el mundo están obligados a aplicar. De estimarse incluso que existe contraposición entre las disposiciones objetivas del derecho interno y el derecho internacional, como entre los derechos de quienes reclaman la actuación del estado y aquellos que piden cese la vigencia de la persecución”²⁶⁴

Podríamos citar otros considerandos, pero estimados que con los mencionados queda en evidencia que bajo determinados criterios de interpretación, los jueces han concluido la existencia de un régimen integrado de responsabilidad estatal donde la aplicación de las normas internas está limitado y condicionado a que su sentido, en el caso concreto, logre expresar los principios que ampara el DIDH y el DIH.

Por su puesto que no es posible encontrar en el DIP ninguna norma positiva convencional que disponga que “ante una violación de las obligaciones internacionales la responsabilidad del Estado infractor se regirá por las siguientes reglas:...”, o que “las obligaciones reparatorias derivadas de una infracción a estos derechos o garantías será imprescriptibles” o que “no extinguirá la obligación los montos unilaterales otorgados por el Estado infractor”, ello, puesto que no existen. Pero creemos que exigir su establecimiento para colegir la regla, supone una concepción que desatiende a:

1°) Que tales enunciados tampoco existen en el derecho interno para regir la responsabilidad del Estado. Como hemos visto las doctrinas de la responsabilidad estatal son ejercicios hermenéuticos orientados por criterios generales que limitan y extienden el

²⁶⁴ ECS 5570-2007, Tercera Sala. Caratulado: “López López con Fisco de Chile”. Voto disidente Ministros Muñoz y Brito. De igual modo ver sentencias de la ECS: Rol N° 2724-2010, Tercera Sala. Voto disidente Ministro Cerda; Rol N° 10665-2011, Tribunal Pleno. Sentencia que acoge casación en el fondo deducida por el Fisco de Chile (rechaza indemnización de perjuicios). Voto disidente Ministro Muñoz; Rol N° 4399-2011, Tercera Sala. Sentencia que acoge casación en el fondo deducida por el Fisco de Chile (rechaza indemnización de perjuicios). Voto disidente Ministro Muñoz; Rol N° 6920-2011, Tercera Sala. Sentencia que acoge casación en el fondo deducida por el Fisco de Chile (rechaza indemnización de perjuicios), de fecha 12 de septiembre de 2012. Voto disidente Ministro Muñoz; Rol N° 672-2011, Tercera Sala. Sentencia que acoge casación en el fondo deducida por el Fisco de Chile (rechaza indemnización de perjuicios), de fecha 23 de noviembre de 2012. Voto disidente Ministro Muñoz; Rol N° 12357-2011, Tercera Sala. Sentencia que acoge casación en el fondo deducida por el Fisco de Chile (rechaza indemnización de perjuicios), de fecha 07 de diciembre de 2012. Voto disidente Ministro Muñoz; Rol N° 9660-2011, Tercera Sala. Sentencia que acoge casación en el fondo deducida por el Fisco de Chile (rechaza indemnización de perjuicios), de fecha 16 de enero de 2013. Voto disidente Ministro Muñoz; Rol N° 4734-2012, Tercera Sala. Sentencia que rechaza casación en el fondo deducida por la demandante, de fecha 03 de diciembre de 2012. Votos disidentes Ministro Muñoz y suplente Escobar; Rol N° 7495-2012, Tercera Sala. Sentencia que acoge casación en el fondo deducido por el Fisco de Chile (rechaza indemnización de perjuicios), de fecha 29 de enero de 2013. Voto disidente Ministro Muñoz; Rol N° 4742-2012, Tercera Sala. Sentencia que acoge casación en el fondo deducida por el Fisco de Chile (rechaza indemnización de perjuicios), de fecha 30 de enero de 2013. Votos disidentes Ministros Muñoz y Cerda.

sentido de determinadas normas, con el objeto de cautelar señalados principios que al intérprete le parecen relevantes;

2º) Que resulta difícil encontrar reglas así de específicas en el DIP, cuyo objetivo es entregar orientaciones generales, principios abstractos que permitan que sea la práctica estatal y de la comunidad internacional la que les dé forma. Recordemos que el DIP es originalmente consuetudinario y tardíamente positivo, y que son los Estados los verdaderos garantes del sistema, así como los destinatarios primeros de la obligación de satisfacción de los objetivos de protección y garantía de los derechos humanos.

IV. Sobre las limitaciones a la responsabilidad estatal por violaciones a los derechos humanos.

Hasta aquí hemos tratado de mostrar cómo la utilización de criterios de interpretación jurídica diversos nos pueden llevar a soluciones contradictorias al resolver casos de connotación jurídica equivalente. En concreto, a la configuración de regímenes de responsabilidad distintos para establecer y delimitar el surgimiento de responsabilidad estatal por violaciones a los derechos humanos.

A pesar de este divorcio jurisprudencial creemos que ambas posturas están animadas por un afán de coherencia.

La primera de estas posiciones sostiene que en el derecho civil se encuentra el estatuto general de responsabilidad y que no existe ni en el derecho público interno ni el internacional, un sistema de responsabilidad específico, así como tampoco prohibiciones expresas hacia determinadas restricciones (pago y tiempo). Pensamos que esta postura está animada por la búsqueda una doctrina de responsabilidad que sea aplicable a todos los actos de la Administración cualquiera sea el hecho fundante. Para ello se ampara en una revisión exegética de las normas, con algunos matices, pero donde predominan en todo caso, las reglas de interpretación legal del Código Civil, básicamente las contenidas en los artículos 19 y 20; la reglas de clausura y prohibición del artículo 23; y un uso secundario de la regla subsidiaria del artículo 24 en cuanto se refiere a la seguridad jurídica como principio general. En este sentido, centra su análisis del DIP en las normas convencionales, sin considerar otras fuentes, utilizando las reglas hermenéuticas ya descritas.

La segunda posición, postula la existencia de un régimen autónomo de responsabilidad estatal a partir de normas internas -fundamentalmente del derecho Constitucional- y de reglas provenientes del DIP.

Este último estatuto se sigue de la utilización de reglas interpretativas desarrolladas fundamentalmente por el Derecho Internacional, en sus diversas fuentes, pero que igualmente tienen asidero en la normativa interna (básicamente de carácter constitucional), sin perjuicio de utilizar, como herramientas auxiliares, las reglas de interpretación del Código Civil con la condición de que sus resultados se condigan con los parámetros definidos a partir de las reglas hermenéuticas de origen internacional.

Esta postura trabaja en dar una solución coherente a las acciones reparatorias y penales, atendiendo a que éstas últimas están más desarrolladas en el DIP, y así mismo, buscan resolver las demandas en consonancia con los criterios que señalan, estarían desarrollados en el Derecho Internacional a partir de sus diversas fuentes.

A partir de la comprensión de ambas premisas es que es posible entrar a estudiar de las principales limitaciones a las acciones reparatorias que se han debatido en la Corte Suprema, a saber: la excepción de pago y la excepción de prescripción.

V. Excepción de pago, o incompatibilidad entre leyes de reparación y acciones judiciales indemnizatorias.

1. Acercamiento al problema.

La primera defensa del Estado en los casos que aquí estudiamos consiste en afirmar que los actores ya han sido reparados, ya sea en particular a través de pensiones directas, o bien en general mediante las políticas transicionales. Esto último resulta de vital transcendencia en el caso de los hermanos, los padres -cuando la madre no ha fallecido o no ha renunciado a su pensión- o de otros familiares que no sean la madre, los hijos o la cónyuge, ya que, en esos casos éstos no se han beneficiado de ninguna pensión directa.

Como se ha señalado, las pensiones de reparación se adscriben en un marco general que se denomina Justicia Transicional²⁶⁵ y es desde su contexto desde donde debemos abordar el asunto, so pena de realizar juicios parciales.

Como queda patente en la obra de Elizabeth Lira y Brian Loveman, el epílogo de cada episodio de violencia política en Chile no se caracterizó por el debate en torno a la reparación de los males causados, sino que en general se siguió una política del olvido hacia los delitos que se hayan podido cometer, es decir, primó la impunidad y la restauración forzada.²⁶⁶

Durante la última dictadura era impensable estimar recomponer el sufrimiento de las víctimas de violaciones a los derechos humanos, y en ese sentido la labor debía ser abordada por el gobierno democrático que le sucediera. De este modo tras la asunción de Patricio Aylwin Azocar, y abandonadas las trasgresiones a los derechos fundamentales atribuibles al Estado, surgió el imperativo de definir estrategias que permitieran la recomposición de la democracia, floreciendo la necesidad de implementar políticas transicionales que debían entenderse bajo los imperativos de garantía y respeto de los derechos humanos.

Sin duda esta cuestión reviste un diseño complejo que conlleva algunas definiciones. Según señala Elizabeth Lira, en el gobierno de Patricio Aylwin Azocar estas estaban centradas en “el establecimiento de la verdad de los hechos, la provisión de reparaciones para las víctimas y el establecimiento de condiciones de no repetición”²⁶⁷

Los alcances de esos objetivos han sido intensamente debatidos en estrados judiciales y en particular ante la Corte Suprema a partir de la defensa que el Estado ha deducido con la excepción perentoria de pago, contemplada en el Título XIV del Libro IV del Código Civil (“De los modos de extinguirse las obligaciones y primeramente de la solución o pago efectivo), que dispone en su artículo 1567 que “Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de

²⁶⁵ ILAS. “Entre la memoria y el olvido: violaciones de derechos humanos y reparación social”. Revista Praxis. Año 3, no. 4, Santiago, 2002, pp. 114 y ss.

²⁶⁶ Véase LIRA, ELIZABETH Y LOVEMAN, BRIAN. “Las suaves cenizas del olvido. Vía chilena de reconciliación política 1814-1932.” Santiago, LOM Historia-Dibam, 1999; y LIRA, ELIZABETH Y LOVEMAN, BRIAN. “Las ardientes cenizas del olvido. Vía chilena de reconciliación política 1932-1994.” LOM Ediciones. Santiago, 2000.

²⁶⁷ LIRA, ELIZABETH Y LOVEMAN, BRIAN. “Políticas de reparación: Chile 1990-2004.” LOM Ediciones. Santiago, 2005, p. 76.

disponer libremente de lo suyo, consienten en darla por nula. Las obligaciones se extinguen además en todo o parte: 1º Por la solución o pago efectivo;”

En síntesis la defensa aduce que una acción jurisdiccional reparatoria es incompatible con los fondos que fueron proveídos a los afectados en el contexto de las políticas transicionales y que de aceptarse ello importaría una doble reparación.

Para contextualizar esta afirmación es necesario recordar que a partir de las recomendaciones hechas por la CNVR se adoptaron una serie de medidas de justicia y reparación hacia las víctimas de violencia política en el periodo histórico que va desde el año 1973 al año 1990, bajo el entendido que fue el Estado de Chile el responsable de las violaciones a los derechos humanos durante este periodo. En ese sentido el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación consignó que: “Es sabido que un mismo hecho puede generar distintas responsabilidades y, por tanto, distintas sanciones. Desde el punto de vista legal, puede haber responsabilidad penal, administrativa, civil (contractual y extracontractual) o política. Desde un punto de vista de las normas efectivas o sociales, se puede hablar de responsabilidad moral, histórica, y en un sentido distinto del término, también responsabilidad política”²⁶⁸ Para el Estado de Chile, señala el Informe, existe responsabilidad moral; **“y que tal determinación no tiene efectos legales, como no sea servir de antecedente para medidas de reparación que los poderes del Estado quieran arbitrar, dentro de sus propias atribuciones.** Finalmente, La Comisión deja constancia de que su determinación de responsabilidad moral es sin perjuicio de otras responsabilidades del Estado o de individuos que puedan establecerse por la Justicia o por otros órganos competentes” (el destacado es nuestro).²⁶⁹

Como se observa, los comisionados del Estado dejan constancia del fundamento de esta responsabilidad que puede dar origen a una reparación por parte del Estado, lo es sin perjuicio de otras responsabilidades.

Bajo estos criterios se implementaron con el correr de los años una serie de medidas traducidas muchas ellas en leyes. Sobre el particular existe abundante producción por lo que nosotros nos remitiremos a dar una breve reseña.²⁷⁰

²⁶⁸ INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Tomo I, Reedición año 2007, p. 21.

²⁶⁹ *Ibidem*.

²⁷⁰ Véase: CORDAL MUÑOZ, Gabriel. “Estado actual de la responsabilidad patrimonial de la administración del estado por violaciones a los derechos humano”. Tesis para postular al grado de Licenciado en Ciencias

Respecto a los exiliados políticos se creó, mediante la Ley N° 18.994, la Oficina Nacional de Retorno con el objeto de facilitar la reinserción de las personas que fueron expulsadas del país, creándose normativas particulares para facilitar el ejercicio profesional de personas graduadas en el extranjero, de personas cuyas penas fueron conmutadas por extrañamiento y de aquellas expulsadas por resolución administrativa.

Respecto a personas que fueron condenadas a prisión durante la dictadura por razones políticas se crearon una serie de disposiciones con miras a reformar la Justicia Militar y el particular el Código de Justicia Militar conocidas como Leyes Cumplido (Leyes números 18.314 y 19.027)

Se concedieron beneficios en el cumplimiento de condenas por delitos de asociación ilícita terrorista (Ley N° 19.965), se eliminaron las anotaciones prontuariales de personas condenadas por Consejos de Guerra (Ley 19.962). Asimismo se reformó el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal, intentando adecuarlos a los estándares internacionales de Derechos Humanos, entre otras medidas.

Igual cuestión ocurrió con las personas que tras el Golpe de Estado fueron separadas de sus funciones, creándose al efecto el Programa de Reconocimiento al Exonerado Político, que permitió a aquellos recuperar los años perdidos de afiliación, así como de recibir pensiones (leyes 19.234, 19.852 y 19.881).

Respecto a los detenidos desaparecidos y ejecutados políticos se creó la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación el 25 de abril de 1990 mediante Decreto Supremo N° 355, cuyo objetivo central fue el establecimiento de la verdad respecto a las personas asesinadas y hechas desaparecer durante la última dictadura en Chile, cesando sus funciones el 8 de febrero de 1991.

Dicha Comisión junto con establecer el panorama general de las violaciones a los derechos humanos, así como identificar a la mayoría de las personas víctimas de homicidio y secuestros, realizó recomendaciones para la reparación y reivindicación de las víctimas, reparación simbólica y prestaciones sociales de bienestar. Estas

Jurídicas y sociales. Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2007; y GUERRERO ANDREU, Paola. "De la responsabilidad del Estado chileno por acciones de gobiernos de facto: análisis histórico-crítico de las leyes de reparación". Tesis para postular al grado de Licenciada en ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2008

recomendaciones se tradujeron en la dictación de la Ley N°19.123 y la creación del Programa PRAIS.²⁷¹

Esta misma normativa creó la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación con el objeto de llevar adelante estas faenas, y continuar la calificación de casos de violación a los derechos humanos, dictándose al efecto algunas leyes complementarias (Leyes 19.274, 19.358 y 19.441)

La ley 19.980 que amplió los beneficios aumentando las pensiones otorgadas por la ley 19.123, incluyendo a los padres en caso de ausencia o renuncia de la madre de la víctima directa de los crímenes. Ya que los hijos de las víctimas directas nunca recibieron pensión se les otorgó un bono por única vez de 10 millones de pesos, y se facultó a entregar un número limitado de pensiones de gracia para personas que en vista de situaciones particulares no fueron contemplados por la ley 19.123.

Respecto a los beneficios la Ley 19.123 se estableció una pensión vitalicia para el cónyuge sobreviviente, la madre del causante -es decir de la persona víctima de la violación- o el padre cuando ésta faltare o renunciare, los hijos menores hasta los 25 años y las personas con discapacidad de cualquier edad. Como se señaló, esta pensión luego fue aumentada por la Ley 19.980, la cual permitió que el padre recibiera la pensión en caso de fallecimiento de la madre, y otorgó un bono de reparación por única vez a los hijos de los causantes. Sin perjuicio de otras prestaciones de seguridad social.²⁷²

Luego a través de la Ley N° 19.992 se establecieron una serie de beneficios para las personas que sufrieron torturas o fueron prisioneros políticos.

2. Excepción de pago. Sobre la incompatibilidad de los beneficios y las acciones reparatorias.

Teniendo presente la exposición realizada, el nudo del conflicto normativo se funda en si los beneficios descritos son, o no, compatibles con una acción jurisdiccional de carácter reparatorio fundada en los mismos ilícitos que dieron lugar a esos beneficios.

El Estado, a través de su defensa, ha argumentado que estas acciones pretenden reparar o compensar los mismos perjuicios contemplados por las políticas transicionales

²⁷¹ Programa de Reparación y Atención Integral en Salud y Derechos Humanos

²⁷² http://www.ddhh.gov.cl/ben_reparacion.html. sitio consultado en el mes de julio de 2014.

ya descritas. Esta posición descansa en un fallo de casación del año 2002 en que la Corte Suprema dispuso que:

*“... aquellos beneficios legales tienen el mismo fundamento y análoga finalidad reparatoria del daño moral cuyo resarcimiento pretende la acción intentada en este juicio y ellos son financiados con recursos fiscales, conforme se desprende de lo establecido en Título VI de ese texto legal”*²⁷³

La misma defensa ha destacado que el Fallo Almonacid Arellano vs Chile dictado por la CIDH valoró positivamente las políticas de reparación en favor de la familia de Luis Almonacid, no ordenando una compensación por daño inmaterial.²⁷⁴

Uno de los problemas que ha debido sortear la Corte Suprema es determinar el alcance del artículo 24 de la Ley N° 19.123 que establece la compatibilidad de los beneficios con otras pensiones:

“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.”

Se recordará que al declarar la responsabilidad moral del Estado, la Comisión Rettig afirmó que “...tal determinación no tiene efectos legales, como no sea servir de antecedente para medidas de reparación que los poderes del Estado quieran arbitrar, dentro de sus propias atribuciones. Finalmente, La Comisión deja constancia de que su determinación de responsabilidad moral es sin perjuicio de otras responsabilidades del Estado o de individuos que puedan establecerse por la Justicia o por otros órganos competentes”.²⁷⁵

En este contexto resulta crucial el determinar el sentido de esta compatibilidad que dispuso el legislador.

Es así como en el fallo “Dominic Bezic” recién citado se resolvió:

TRIGÉSIMO TERCERO: Que en abono del criterio expuesto, cabe tener presente, además de los términos de la compatibilidad definida por el artículo 24 del citado cuerpo legal, que el goce de la pensión de reparación y otros beneficios establecidos en sus normas, no puede ser conciliable con el pago por parte del Fisco de una indemnización por el mismo concepto, si se recuerda que indemnizar importa resarcir

²⁷³ ECS Rol N° 4753-2001. Caratulado: “Domi Bezic, Maja y otros con Fisco de Chile” (considerando 32°)

²⁷⁴ CIDH, Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 161.

²⁷⁵ *Ibidem*.

de un daño o perjuicio, es decir, [...] reparar compensar un daño, perjuicio o agravio, de acuerdo con el sentido natural y obvio de estos términos.”²⁷⁶

Y en el mismo sentido dispuso en la sentencia de reemplazo:

“DÉCIMO SEXTO: Que, al margen de lo expresado, corresponde señalar que la circunstancia de haber impetrado y obtenido la mencionada pensión de reparación y otros beneficios otorgados por la ley N°19.723, según consta en autos, en todo caso impedía a los actores reclamar del Fisco la indemnización perseguida en su demanda, en la medida que aquellos beneficios legales tienen el mismo fundamento y análoga finalidad reparatoria del daño moral cuyo resarcimiento pretende la acción intentada en este juicio y ellos son financiados con recursos fiscales, conforme se desprende de lo establecido en el Título VI de ese texto legal;”

Este razonamiento se ha mantenido firme en la jurisprudencia de la Sala Constitucional, es así como en el año 2012 se falló que:

“DÉCIMO NOVENO: Que en cuanto a la actora Flor Rivera Orellana, ella ha percibido los beneficios de la Ley N° 19.123, de forma que no puede pretender una indemnización a un daño del que ya ha sido reparada.

(...) En estas condiciones no es dable estimar que el goce de la pensión de reparación de la Ley N° 19.123 pueda ser compatible con otras indemnizaciones al mismo daño moral que la ley trató de resarcir con su otorgamiento, más aún cuando dicha pensión es renunciable con arreglo a lo dispuesto en el artículo 19, situación que no corresponde a la de la demandante, quien -como se dijo- percibe las pensiones a que se ha hecho referencia (...).”

“VIGÉSIMO: Que, en consecuencia, al decidir como lo hicieron los sentenciadores de la instancia han aplicado correctamente la preceptiva de prescripción al declarar prescrita la acción deducida por el padre y hermanos del detenido desaparecido. Sin embargo, han errado al acoger la demanda de la madre, señora Flor Rivera Orellana, por cuanto la acción ejercida por ella es incompatible con los beneficios que obtiene en virtud de la Ley N° 19.123”.²⁷⁷

3. Los fondos contenidos en la leyes de reparación y las acciones indemnizatorias son compatibles.

Por otra parte el mismo tribunal ha estimado que los fondos otorgados mediante la leyes 19.123 (y sus leyes complementarias), son compatibles, por cuanto, atienden a objetivos diversos y son de distinta naturaleza.

De esto modo la Corte Suprema ha estimado:

²⁷⁶ ECS Rol N° 4753-2001. Caratulado: “Domi Bezic, Maja y otros con Fisco de Chile.”

²⁷⁷ ECS Rol N° 4742-2012. Caratulado: “Rivera con Fisco de Chile”, Tercera Sala.

*“CUADRAGÉSIMO NOVENO: Que, en relación a un quinto capítulo denominado “Improcedencia de la indemnización en el caso de haber sido ya indemnizados los actores de acuerdo con la ley 19.123”, por la que se busca obtener la improcedencia de la indemnización demandada al cobijo de los términos que dispone la Ley citada, tal alegación del Fisco será desechada, toda vez que no resulta incompatible con la reparación material el daño moral sufrido por las víctimas como consecuencia de la comisión de los delitos cuya certeza se obtiene recién como resultado de este proceso. Por lo demás, el espíritu de la ley N° 19.123, de 8 de febrero de 1992, respecto de los beneficios allí contemplados, expresa que éstos dicen **relación con los compromisos adquiridos por la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, con el objeto de coordinar ejecutar y promover las acciones que fueran necesarias para el cumplimiento de las recomendaciones contenidas a su vez en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, creada por Decreto Supremo N° 355, de 25 de abril de 1990, circunstancias éstas que en ningún caso pueden confundirse con aquéllas que emanan del derecho común, relativas a la **responsabilidad civil como consecuencia de un delito, conforme expresamente lo disponen los artículos 2.314 y siguientes del Código Civil**, por lo que claramente el derecho ejercido por la actora, tanto para requerir la bonificación y la pensión mensual antes referidas como el que la habilitó para demandar en estos autos, emanan de fuentes diversas.”***²⁷⁸

Dos cuestiones nos parecen destacables de este considerando. En primer lugar, subrayamos que los sentenciadores acuden a indagar el espíritu del legislador al establecer los bonos y pensiones recordando aquella declaración de responsabilidad que hiciera la Comisión Rettig al entregar su informe, es decir, en una clara mención a lo preceptuado en el artículo 19 inciso 2° del Código Civil, en consonancia con la doctrina predominante de interpretación legal de los civilistas. En segundo lugar, razonan desde el estatuto de responsabilidad del derecho civil, para sostener que las políticas transicionales son de una naturaleza diversa a la responsabilidad que pueda surgir de un ilícito extracontractual. Los puntos anteriores revelan, que una interpretación del artículo 24 de la Ley 19.123 que lleve a declarar la incompatibilidad de los fondos con las reparaciones en sede jurisdiccional constituiría una interpretación restrictiva de la norma, que escapa a los imperativos del artículo 19 del Código Civil.

Si bien los jueces no han utilizado criterios provenientes del DIP, nos parece que la utilización del principio pro persona no habría producido un resultado distinto, ya que como hemos visto, este nos lleva a determinar el sentido de una norma con el objetivo de

²⁷⁸ ECS Rol N° 4662-2007, Segunda Sala Episodio “Liquiñe”. En un sentido similar ECS Rol N° 2080-2008, Segunda Sala. Sentencia de remplazo de fecha 08 de abril de 2010 (considerando 4°), véase también ECS Rol N° 5436-2010, Segunda Sala Episodio “Jaime Robotham Bravo y Claudio Thaub Pacheco” (considerando 41) y el voto de minoría en la causa de la ECS Rol N° 6110-2012, Tercera Sala. Voto Disidente Ministra Mónica Maldonado Croquevielle. Sentencia de fecha 04 de enero de 2013 (considerando 11°)

la mejor protección de los derechos, limitando hacer interpretaciones restrictivas de los mismos.

Afianzando estas ideas en el mismo fallo de casación se resolvió:

*“QUINCUAGÉSIMO: Que, a mayor abundamiento, la normativa referida en el numeral que antecede, que creó la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, concede pensión de reparación y otorga otros beneficios a los afectados, pero no establece de modo alguno la incompatibilidad a que se refiere el Fisco de Chile en su contestación, sin que sea procedente suponer aquí que la referida ley se dictó para reparar todo daño moral inferido a las víctimas de que se trata ante, la evidencia de que las acciones para obtener aquello se encontrarían a la fecha prescritas. **Se trata, en definitiva, de dos formas distintas de reparación y que las asuma el Estado, voluntariamente en el primer caso, no importando de modo alguno la renuncia de una de las partes o la prohibición para que el sistema jurisdiccional declare, por los medios que autoriza la ley, su procedencia (...)**”²⁷⁹*

Bajo el mismo espíritu el Máximo Tribunal observó que permitir al Estado exonerarse unilateralmente supondría una vulneración expresa de un principio reconocido en las propias leyes de reparación:

*“DÉCIMO CUARTO: Que en cuanto a la alegación del Fisco de Chile para que se declare improcedente la indemnización por daño moral que se ha demandado en razón de que, de conformidad con la Ley N° 19.123, los actores obtuvieron bonificación compensatoria, pensión mensual de reparación y otros beneficios sociales, los cuales, por los motivos que señala, serían incompatibles con toda otra indemnización, tal alegación debe ser igualmente rechazada, por cuanto la ley citada, que crea la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, concede pensión de reparación y otorga otros beneficios a los afectados, pero no establece de modo alguno tal incompatibilidad, sin que sea procedente suponer aquí, que la referida ley se dictó para reparar todo daño moral inferido a las víctimas de los derechos humanos ante la evidencia de que las acciones para obtener aquello se encontrarían a la fecha prescritas. **Se trata, en consecuencia, de dos formas distintas de reparación y que las asuma el Estado -voluntariamente en aquel caso- no importa de modo alguno la renuncia de una de las partes o la prohibición para que el sistema jurisdiccional declare, por los medios que autoriza la ley, su procedencia. Al efecto, el propio artículo 4° de la ley N° 19.123, refiriéndose, en parte, a la naturaleza y objetivos de la misma, expresa que “En caso alguno la Corporación podrá asumir funciones jurisdiccionales de los Tribunales de Justicia ni interferir en procesos pendientes ante ellos. No podrá, en consecuencia, pronunciarse sobre la responsabilidad que, con arreglo a las leyes, pudiere haber a personas individuales.***

*Si en el cumplimiento de sus funciones la Corporación tuviere conocimiento de hechos que revistan caracteres de delito, deberá ponerlos, sin más trámite, en conocimiento de los Tribunales de Justicia”.*²⁸⁰

²⁷⁹ ECS Rol N° 4662-2007, Segunda Sala, Episodio “Liquiñe”.

²⁸⁰ ECS Rol N° 4723-2007, Segunda Sala, Episodio “San Javier”. Sentencia de reemplazo.

Se observa entonces que de privarse unilateralmente el derecho a demandar, ello supondría una atribución prohibida por la ley. Nosotros podríamos agregar que traduciéndose esta limitación unilateral en una restricción al ejercicio de un derecho fundamental, el de reparación, esta norma limitativa debiera ser interpretada de manera restrictiva.

La Sala Penal de la Corte Suprema tuvo, en un fallo reciente, la oportunidad de pronunciarse en extenso sobre este asunto, coligiendo sus conclusiones de criterios de *interpretación de "buena fe" y de la utilización de reglas de ius cogens, concluyendo que:*

"13°. Que, en subsidio de las excepciones antes descritas, el Consejo de Defensa del Estado alegó la incompatibilidad de la indemnización reclamada, con los beneficios obtenidos por los demandantes en los términos de la Ley 19.123. Esta alegación será también desestimada, puesto que el objeto de toda acción civil es la obtención de la compensación íntegra de los daños 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 disposiciones de derecho internacional consideradas ius cogens por la comunidad jurídica internacional. Dichas reglas deben tener aplicación preferente en nuestro régimen jurídico, al tenor del artículo 5° de la Constitución Política de la República, por sobre aquella normativa de orden jurídico nacional que posibilitaría eludir las responsabilidades en que ha incurrido el Estado chileno (...).

(...) Asimismo, la ley citada no establece de modo alguno la incompatibilidad que ahora reclama el representante del Fisco y que su pago haya sido asumido por el Estado voluntariamente, no importa la renuncia de una de las partes o la prohibición para que el sistema jurisdiccional declare su procedencia, por los medios que autoriza la ley (...)

En consecuencia, los beneficios establecidos en aquel cuerpo legal, no resultan incompatibles con la reparación material del daño moral sufrido por las víctimas como consecuencia de la comisión de los delitos establecidos a través de sentencia recaída en este proceso.

*Así ha sido resuelto además, en los procesos rol de ingreso a esta Corte Nos. 2918-13, 3841-12 y 5436-10 (...)."*²⁸¹

A pesar de tratarse de un fallo de segunda instancia, quisiéramos citar una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago donde se resolvió:

"2°.- Que en cuanto a la primera de las excepciones o defensas expuestas por la defensa fiscal, en parecer de este Tribunal no resulta procedente ni pertinente acudir a las reglas del pago como modo de extinguir las obligaciones previsto y reglamentado en el Título XIV párrafo Primero del Libro IV del Código Civil. En efecto, el pago es un acto jurídico, y como tal debe reunir los requisitos generales de este último, considerados en el

²⁸¹ ECS Rol N° 1424-2013, Segunda Sala Episodio "Tejas Verdes". Sentencia de reemplazo. Véase también: ECS Rol N° 519-2013, Segunda Sala, sentencia que rechaza casación en el fondo deducida por el Fisco de Chile, y resuelve otorgar indemnización de perjuicios a los demandantes, de fecha 18 de julio de 2013; Víctima: Cecil Patricio Alarcón Valenzuela (considerando 8°).

artículo 1.445 del Código Civil. Uno de los que resulta imperativo destacar es el objeto. Y en los términos que se han precisado en la Litis, la determinación del monto de la demanda, en cuanto a la extensión del daño moral, ha dependido en su totalidad de la voluntad de los que han propuesto su cuantía en el libelo pretensor, de modo que sin mediar una previa determinación convencional de lo que se debe, no puede sostenerse en propiedad que haya existido pago o solución de lo que se adeuda. Dicho de otro modo, sin que preexista una obligación de objeto determinado llamada a extinguirse, no ha podido verificarse el pago de lo que se adeuda, sin que pueda atribuirse por analogía esa naturaleza jurídica a las acciones reparatorias emprendidas por el Estado de Chile, descritas de modo pormenorizado en la contestación. Dichas conductas y políticas son más bien expresiones de promoción y respeto de la dignidad y derechos de la persona, acometidas en cumplimiento del mandato contemplado en el inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental”²⁸²

Nos parece relevante la consideración hecha por los jueces de segunda instancia, puesto que éstos, razonando desde las reglas del derecho civil, concluyen que tratándose de medidas de reparación por violaciones a los derechos humanos, éstas no se condicen con el diseño normativo y presupuestos legales del derecho privado. Es decir, se trata de asuntos que pertenecen a ámbitos jurídicos diversos.

De allí se sigue -y en esto continuamos nosotros- que llevar la limitación impuesta del derecho civil interno hacia una controversia relativa a derechos fundamentales, supone una interpretación extensiva de la norma interna cuyo resultado es la limitación de una garantía de orden constitucional e internacional. En el caso que estemos de acuerdo con esta premisa, tal operación hermenéutica supondría el desconocimiento del principio pro administrado, además de una inobservancia de la limitación proporcional de los derechos de las personas, la inaplicación de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, y la vulneración de la prohibición, reconocida en el derecho convencional, de no apelar al derecho interno para incumplir las obligaciones internacionales. En suma conllevaría una revisión ilícita de las garantías fundamentales.

Nuestras observaciones pueden ser discutidas, principalmente por que las políticas transicionales suelen ser resultar insatisfactorias al encontrarse muchos valores en juego, que deben ser sopesados por los gobernantes²⁸³.

Es probable que estas políticas tengan problemas de diseño y para algunos incluso vicios de formación al haberse limitado la participación de los afectados²⁸⁴ sin que

²⁸² ICA de Santiago Rol N° 5304-2013, sentencia de segunda instancia, autos caratulados Meza con Fisco de Chile.

²⁸³ Al respecto véase: NASH ROJAS, Claudio. “Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998-2007)”, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2007, pp. 89 y ss.

dichas apreciaciones alcancen el objetivo de este trabajo. Lo cierto es que sólo quisimos mostrar el modo en que la Corte Suprema ha resuelto a la pregunta sobre si las pensiones y bonos otorgados constituyen o no, un cierre a la revisión judicial de las reparaciones por violaciones a los derechos humanos.

A pesar de esto, concluimos que las consideraciones hechas por los Ministros de la Corte Suprema y que tienen como resultado impedir la revisión judicial de las leyes de reparación, resultan inadecuadas desde el punto de vista de los criterios diseñados a partir del derrotero del sistema de derechos humanos. Ahora bien, podría sostenerse que esta es una cuestión de orden patrimonial y civil y que en ese escenario debe ser resuelta. Aun así, si este es el caso, igualmente concluimos que el razonamiento es insuficiente, pues torna equivalentes dos situaciones distintas. Por una parte, una relación privada donde imperaría la igualdad de las partes y la autonomía de la voluntad, y por otra, un acto de estado de carácter unilateral.

Ahora bien, podría suceder que aceptemos que las pensiones otorgadas por el Estado sean consideradas para determinar la extensión del daño, esto es así pues tal determinación conlleva un juicio empírico, que permite hacer operativo el principio de la reparación integral. Como sabemos este principio se encuentra presente en el derecho interno, y en plano internacional ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo este elemento de juicio es distinto a sostener que los fondos indemnizables suponen un límite a la revisión de un acto unilateral del Estado.

Al respecto la CIDH ha dispuesto lo siguiente:

*“Ahora bien, la controversia radica en el monto que debe otorgarse a la víctima como compensación por el daño inmaterial. Al respecto, la Corte no considera apropiado que se utilice un porcentaje de los daños materiales para fijar la indemnización por los daños inmateriales. Revisten naturaleza distinta y no dependen el uno del otro. Además, no es posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso. Sólo puede ser objeto de compensación, para los fines de la reparación integral a la víctima, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad, teniendo en cuenta además que la jurisprudencia internacional ha establecido reiteradamente que la sentencia constituye per se una forma de reparación.”*²⁸⁵

²⁸⁴ ILAS. Entre la memoria y el olvido: violaciones de derechos humanos y reparación social. Praxis. Año 3, no. 4, 2002, Santiago, pp. 114 y ss.

²⁸⁵ CIDH, Caso Bueno Alves vs. Argentina. Sentencia de 11 de mayo de 2007, párr. 203.

Y en el mismo sentido sentenció que:

“La Corte pasa a considerar aquellos efectos nocivos de los hechos del caso que no tienen carácter económico o patrimonial y que no pueden ser tasados, por ende, en términos monetarios. El mencionado daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria, así como las alteraciones de condiciones de existencia de la víctima o su familia. Es una característica común a las distintas expresiones del daño inmaterial el que, no siendo posible asignárseles un preciso equivalente monetario, solo puedan, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la consolación de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir.”²⁸⁶

Como se observa, para la CIDH la cuestión de la reparación es una cuestión compleja que está definida más por principios y criterios que por determinaciones fijas.

Ahora, de aceptar una limitación unilateral de este derecho se podría generar para el Estado, a nuestro juicio, al menos dos problemas:

Primero, debido a que en las leyes de reparación se excluyen a algunos afectados, aceptar sus limitaciones conllevaría una solución que, en la práctica, bien podría resultar discriminatoria. Sobre el particular, es necesario recordar que la propia Ley 19.123 permitió entregar pensiones de gracia, esto en el entendido que bajo determinadas situaciones algunos legitimados podrían resultar excluidos. Entonces, si el propio legislador previó estas discriminaciones, nos resulta cuestionable que luego en una sede jurisdiccional, sea el Estado quien defienda su derecho a hacer tal discriminación impidiendo a la justicia revisar estos criterios.

En segundo lugar, un acto de Estado, al que se le asigna naturaleza clausura significaría una privación del derecho de petición. Si bien no existe mecanismo que en concreto impida demandar, la defensa fiscal no debería basarse en esta suposición, pues su práctica, aun en la defensa de sus derechos en juicio, importa igualmente, una actividad soberana que compromete al Estado.

²⁸⁶ CIDH, Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Sentencia de 3 de diciembre de 2001, párr. 53.

VI. Limitación de la responsabilidad del Estado por el transcurso del tiempo. Excepción de prescripción de la acción.

1. Antecedentes del problema.

Éste constituye, sin duda, el tópico más debatido en la jurisprudencia de la Corte Suprema para la resolución de estos litigios.

Su mención ha sido recurrente en esta memoria, así, al tratar cuestiones como el “estatuto de la responsabilidad estatal”, o al revisar los “criterios hermenéuticos más usados por la Corte Suprema”, ha estado presente la importancia de determinar si las acciones reparatorias por violaciones a los derechos humanos prescriben o no por el transcurso del tiempo.

Resulta patente que su problemática trasciende el objeto de nuestro estudio. Esto se observa con claridad al revisar las doctrinas sobre la responsabilidad estatal en Chile, donde la prescriptibilidad de las acciones -además del problema de los criterios de atribución- es una de las consecuencias más relevantes de seguirse el sistema de responsabilidad constitucional o civil.

De este modo, sobre la prescriptibilidad de las acciones dirigidas a hacer efectiva la responsabilidad del Estado, Cordero observa dos períodos en la jurisprudencia de la Corte Suprema. El primero se extiende desde el inicio de la década de los 80, donde la jurisprudencia recogiendo la teoría de la responsabilidad objetiva de origen constitucional determina la imprescriptibilidad de la responsabilidad estatal; y una segunda etapa que se extiende desde la década de los 90 hasta el presente, en que se vienen aplicando las reglas de prescriptibilidad civil a la responsabilidad del Estado.²⁸⁷

No obstante existir una evolución independiente de las acciones indemnizatorias de responsabilidad estatal, es necesario hacer presente que en tanto el hecho base de la responsabilidad es la comisión de ilícitos de carácter internacional (ver capítulo I), es necesario analizar los criterios jurisprudenciales a partir de dicho supuesto, ya que éste importa la incorporación de parámetros que, en el sólo debate iusprivatista-iuspublicista, pueden ser pasados por alto.

Sobre este punto, queremos destacar que en general, y sobre todo a partir de la jurisprudencia desarrollada en materia punitiva por parte de la Corte Suprema para

²⁸⁷ CORDERO, Luís. “La Responsabilidad de la Administración del Estado”. Obra Citada, p. 82 y ss.

castigar los crímenes cometidos durante la dictadura, los jueces no eluden el problema del DIP. Así, por más que puedan existir diferencias en cuanto a la autoejecutabilidad de los tratados, respecto al imperio de algunas de sus fuentes -más allá de las convencionales-, o en relación a la interpretación de las obligaciones internacionales, debemos destacar el hecho que el contenido del DIDH sea objeto de debate en los tribunales nacionales.

2. La responsabilidad estatal se extingue por el transcurso del tiempo.

Debemos recordar, aún a riesgo de ser redundantes, los criterios elaborados por la doctrina de la falta de servicio que hemos revisado en este capítulo.

Como expusimos, esta doctrina es la que se ha sentado en los últimos años en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema (sala que conoce asuntos contencioso administrativo). Se recordará que esta postura afirma la existencia de un régimen común de responsabilidad del Estado, la que se colige de las reglas de la responsabilidad de los delitos y cuasidelitos, normas que están definidas en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil. Para ésta el criterio rector de imputabilidad es la falta de servicio.

Al ser éste un régimen común, sujeta la responsabilidad derivada de cualquier acto de Estado que no se rija por un régimen especial, inclusive a aquellos cometidos por las fuerzas armadas y de orden, de lo que se sigue la plena aplicación de los modos de extinguir las obligaciones establecidos en la ley civil, en particular la prescripción de las acciones, sin perjuicio de los matices que la propia jurisprudencia ha elaborado al respecto, fundamentalmente, en lo que se refiere al cómputo del plazo de la prescripción, o a la introducción de criterios objetivos de imputabilidad, esto es, la responsabilidad como efecto de la inobservancia de estándares objetivados de actividad estatal.²⁸⁸

De esta forma, la doctrina elaborada por la jurisprudencia de la Sala Constitucional, se funda en la necesidad de dar un tratamiento sistemático a la responsabilidad estatal, cuestión que se consigue gracias a la utilización de determinados parámetros hermenéuticos que son funcionales a dichos postulados dogmáticos.

²⁸⁸ CORDERO VEGA, Luis. "La responsabilidad por falta de servicio y la jurisprudencia de la Corte Suprema", *Obra citada*, pp. 81 y ss. Ver así mismo el apartado: "Doctrina de la responsabilidad objetiva relativa del Estado." En el presente capítulo

En lo que sigue debemos tener presente los artículos 2332²⁸⁹, 2492²⁹⁰, 2514²⁹¹ y por último el 2497²⁹², todos del Código Civil, sin perjuicio de las demás normas que hemos estudiado en el curso de esta investigación.

2.1. No existe regla que establezca la imprescriptibilidad genérica de las acciones indemnizatorias. Orientaciones interpretativas básicas.

Como hemos señalado, la posición predominante en la Sala Constitucional, sostiene que el régimen común de responsabilidad del Estado es el que está diseñado en el Código Civil, el que puede ser aplicado en estos casos, pues se trata de acciones patrimoniales:

*“DÉCIMO QUINTO: Que, siguiendo la misma línea de razonamientos, debe tenerse presente que la aplicación de las normas concernientes a la prescripción contempladas en el Código Civil a las acciones mediante las cuales se persigue la responsabilidad extracontractual del Estado **no repugna a la naturaleza especial que ella posee, dado que tales acciones, pertenecen al ámbito patrimonial** y que, por ende, en ausencia de normas que consagren su imprescriptibilidad, corresponde estarse a las reglas del derecho común, referidas específicamente a la materia.”²⁹³*

Dicho cuerpo legal establece en el título de los “Delitos y los cuasidelitos” que las acciones derivadas por la perpetración de tales hechos antijurídicos prescriben en el lapso de cuatro años desde la perpetración del hecho (artículo 2332). Por otro lado, ahora en el título “De la prescripción”, se establece que este es un modo de extinguir las acciones (artículo 2492), y que tal modo extintivo corre a favor y en contra del Estado (artículo 2497). Este razonamiento lleva a sostener que para no aplicar la regla de extinción por transcurso del tiempo debería existir una norma que estableciera que tales acciones son imprescriptibles, es decir deberíamos encontrar una regla vinculante que estableciera una excepción inequívoca a este principio derivado del régimen común de responsabilidad.

²⁸⁹ Art. 2332. Las acciones que concede este título por daño o dolo, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto.

²⁹⁰ Art. 2492. La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales.

Una acción o derecho se dice prescribir cuando se extingue por la prescripción.

²⁹¹ Art. 2514. 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.

²⁹² Art. 2497. 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.

²⁹³ ECS Rol N° 6049-2005, Tercera Sala. Carátula: “Josefa del Carmen Martínez Ruíz y otros con Fisco de Chile.” Víctima: María Isabel Gutiérrez Martínez.” (para consultar otros fallos Ver capítulo II)

Al respecto la Corte Suprema ha sostenido:

*“DÉCIMO CUARTO: Que, en el señalado orden de ideas, cabe apuntar que, dentro de la legislación nacional, no existe norma alguna en que se establezca la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales.”*²⁹⁴

Esta determinación es plenamente coherente con las críticas hechas a la doctrina de la responsabilidad estatal de origen constitucional. Pero esta consideración no se detiene en observar el derecho interno.

Más arriba, cuando señalamos que Corte Suprema ha diseñado un régimen de responsabilidad desde el derecho civil con algunos matices aportados por el derecho público, vimos que los jueces no atienden, ni el derecho público nacional ni el DIP, un estatuto de responsabilidad por violaciones a los derechos humanos. Ahora, el mismo tribunal tampoco observa en el Derecho Internacional -DIDH y el DIH- ninguna regla que establezca la imprescriptibilidad de las acciones reparatorias:

“SEXTO: Que en lo que dice relación a la vulneración de tratados internacionales denunciada, cabe señalar que ninguno de los cuerpos normativos citados establece la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales (...)

SÉPTIMO: Que, por su parte, el Convenio de Ginebra sobre Tratamiento de los Prisioneros de Guerra, que prohíbe a las partes contratantes exonerarse a sí mismas de las responsabilidades incurridas por ellas por infracciones graves que se cometan en contra de las personas y bienes protegidos por el Convenio a que alude el artículo 131²⁹⁵, debe entenderse necesariamente referido a infracciones del orden penal (...)

*OCTAVO: Que, finalmente, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968, que establece la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg, así como de los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto antes indicado, se refiere únicamente a la acción penal (...)*²⁹⁶

²⁹⁴ ECS Rol N° 6049-2005, Tercera Sala. Carátula: “Josefa del Carmen Martínez Ruíz y otros con Fisco de Chile.” En el mismo sentido: ECS Rol N°1133-2006, Tercera Sala. Caratulado: “Gloria Lucía Magali Neira Rivas con Fisco de Chile”; y ECS Rol N° 4771-2007, Tercera Sala. Carátula: “Blanca de las Nieves Carrasco Oñate, Karina Ruiz Carrasco; Pablo Ruiz Carrasco con Fisco de Chile.”

²⁹⁵ Artículo 131 - III. 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

²⁹⁶ ECS Rol N° 5570-2007, Tercera Sala. Caratulado: “Manuel Antonio López López, José de la Cruz López López, Margarita Jesús López López con Fisco de Chile”. En el mismo sentido: ECS Rol N° 3540-2007, Tercera Sala. Carátula: “Yolanda Irene Ávila Velásquez con Fisco de Chile”; ECS Rol N° 3220-2007, Tercera Sala.

Como se observa, la Corte Suprema restringe la noción de imprescriptibilidad a las consecuencias penales de los crímenes. Respecto a las prescripciones establecidas en el Pacto de San José, la Corte estima que en ella tampoco existe norma relativa a la imprescriptibilidad:

“NOVENO: Que en cuanto a la vulneración de la Convención Americana, tampoco ello se da, por no contener precepto alguno que consagre la imprescriptibilidad alegada por el recurrente, teniendo además en consideración que dicho ordenamiento fue promulgado mediante Decreto Supremo N° 873 y publicado en el Diario oficial el 5 de enero de 1991, es decir, después de los hechos que motivan este juicio. Además los artículos citados por el recurrente sólo consagran 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 e impone a la Corte Interamericana de Derechos Humanos un determinado proceder si se decide que hubo violación a un derecho o libertad protegido, en consecuencia ninguno de los preceptos citados impide aplicar el derecho propio de cada país.”²⁹⁷

Como ya hemos señalado, la Corte Suprema centra su análisis en reglas contenidas sólo en convenciones internacionales, y las interpreta según el modelo de interpretación civilista (artículo 19 y siguientes del Código civil) cuyos alcances ya hemos revisado (ver capítulo III). Tal como observamos más arriba, esta hermenéutica podría ser debatida en dos sentidos: 1) no atiende al constructo normativo del DIP, donde la positivación de normas es un fenómeno tardío y más bien marginal en el sistema de derechos humanos, en el que, lo determinante son los mecanismos de protección efectiva más que los reconocimientos positivos. Esto exige analizar toda fuente normativa referida al asunto y no sólo las, que desde cierto paradigma, se consideran regla de derecho; 2) que las normas de DIP tienen modelos propios de interpretación, en particular las contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Lo mismo ocurre con el DIDH y el DIH que ha ido construyendo con el correr de su ejercicio una serie de criterios hermenéuticos particulares. De tal forma, aun cuando consideremos solo las reglas positivas contenidas en tratados, éstas deberían ser analizadas a la luz de criterios como “proporcionalidad”, “pro persona”, “buena fe”, etc.

Carátula: Ena del Carmen Espinoza Olea con Fisco de Chile; ECS 5243-2007, Tercera Sala. Carátula: “María Graciela Cargas Contreras con Fisco de Chile”; ECS 1510-2008, Tercera Sala. Carátula: “Alan Bruce Gana con Fisco de Chile; y ECS 2080-2008, Tercera Sala. Carátula: “María Isabel Ortega Fuentes con Fisco de Chile.”

²⁹⁷ ECS 3028-2007, Tercera Sala. Carátula: “Claudio Jorge Lavín Benavente, José Manuel Lavín Benavente y Gloria Benavente Franzani con Fisco de Chile.”

Se puede estar de acuerdo o no con el resultado de las interpretaciones esbozadas, pero estas no deberían faltar en considerar el entramado jurídico que las partes han invocado, y que se siguen de las circunstancias de la especie.

2.2. La prescripción de las acciones como principio y presupuesto de la seguridad de las relaciones jurídicas.

La Corte Suprema, al aplicar la prescripción como modo de extinguir las acciones, no sólo ha recurrido a argumentos propios de la “interpretación literal de la ley” (artículo 19 del Código Civil), sino que ha reforzado su argumentación haciendo uso del elemento subsidiario de interpretación e integración y de “los principios generales del derecho” (artículo 24 del Código Civil).

En este orden de cosas ha argumentado que existiría en el derecho común un principio general que busca asentar las relaciones jurídicas:

*“NOVENO: Que como quiera que la prescripción es una institución de orden público cuyo fundamento se vincula con consideraciones de utilidad y seguridad jurídica, entre ellas, la certeza y consistencia de los derechos, no debe extrañar que la imprescriptibilidad de ciertas acciones sea siempre excepcional y requiera de una declaración legal expresa, tal como la que contiene el artículo 4º de la ley Nº19.260 y que, en ausencia de disposiciones específicas de Derecho Público relativas a la materia, deban regir las normas del derecho común.”*²⁹⁸

Se observa en este fallo que para la Corte Suprema la prescripción constituiría un principio de orden público. Bajo el mismo criterio en una sentencia posterior dicho tribunal ha sostenido que la circunstancia de que la Responsabilidad Estatal tenga un origen en el Derecho Público, ello no impide, aplicar el régimen de la prescripción, ya que éste constituye un principio general:

“DÉCIMO TERCERO: Que, sin perjuicio de lo que viene de señalarse, es necesario tener presente que, como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corte, la circunstancia de que determinadas responsabilidades se encuentren reguladas por normas pertenecientes al Derecho Público no constituye óbice para que ellas puedan extinguirse por el transcurso del tiempo, con arreglo a disposiciones pertenecientes a esa rama del derecho, dado que la prescripción constituye un principio general del derecho, destinado a garantizar la seguridad jurídica y, como tal, adquiere presencia en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, entre otros, en las disciplinas correspondientes al Derecho Público, salvo que por ley o, en

²⁹⁸ ECS 1234-2002, Cuarta Sala Mixta. Caratulado: “Gladys del Carmen Pizani Burdiles y otra con Fisco de Chile.”

*atención a la naturaleza de la materia, se determine lo contrario, esto es, la imprescriptibilidad de las acciones.”*²⁹⁹

Se recordará que la doctrina de la falta de servicio no fue siempre la teoría dominante en la jurisprudencia de la Sala Constitucional, por lo que se entiende las orientaciones del fallo, que no se remiten directamente al Código Civil, deteniéndose en afirmar el origen publicista de este modo de extinguir las acciones.

Pese al transcurso de los años este criterio no ha variado, de lo que siguen los siguientes considerandos de fecha reciente:

“8°) Que, la prescripción constituye un principio general del derecho, destinado a garantizar la seguridad jurídica, y como tal, adquiere presencia en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, salvo que por ley o en atención a la naturaleza de la materia se determine lo contrario, esto es, la imprescriptibilidad de las acciones, a lo que cabe agregar que no existe norma alguna en que se establezca la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales, y en ausencia de ellas, corresponde estarse a las reglas del derecho común, referidas específicamente a la materia.”³⁰⁰

“2° Que, la prescripción constituye un principio general del derecho destinado a garantizar la seguridad jurídica y como tal adquiere presencia en todo el ordenamiento jurídico, salvo que por ley o en atención a la naturaleza de la materia se determine lo contrario, esto es, la imprescriptibilidad de las acciones, lo que no ocurre en la especie, en que no existe norma alguna en que se establezca la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual demandada y, en ausencia de ella, corresponde estarse a las reglas del derecho común, que son las referidas en el considerando precedente.”³⁰¹

Podríamos citar decenas de fallos del mismo tenor, puesto que afirmaciones de este tipo son ineludibles para concluir la extinción de las acciones reparatorias.

En término sencillos la Corte sostiene que la prescripción es un principio general del Derecho. Creemos frente a esto, que existe una suerte de confusión en las sentencias citadas. Si observamos con detención el debate, lo cierto es que el principio general en juego no es la prescripción sino la seguridad o certeza jurídica, que tiene a la prescripción como modo de realización, junto a otras herramientas como la preclusión en materia

²⁹⁹ ECS Rol N° 6049-2005, Tercera Sala. Carátula: “Josefa del Carmen Martínez Ruíz y otros con Fisco de Chile”. En el mismo sentido ECS Rol N° 1133-2006, Tercera Sala. Caratulado: “Gloria Lucía Magali Neira Rivas con Fisco de Chile.”

³⁰⁰ ECS 4067-2006, Tercera Sala. Carátula: Manuel Martínez Rodríguez / Fisco de Chile. En el mismo sentido ECS 743-2007, Tercera Sala. Carátula: Pedro Edgardo Ruz Castillo y María Silvia Castillo Araya / Fisco de Chile; ECS 6110-2012, Tercera Sala. Caratulado: María Adriana Pablos Torres / Fisco de Chile.

³⁰¹ Voto de minoría de la Ministra Sra. Chevesich Ruiz, ECS 1424-2013, Segunda Sala. Episodio “Tejas Verdes”.

procesal, o la cosa juzgada. De este modo se entiende que el principio a cautelar es entonces la seguridad jurídica no la prescripción que es sólo una de sus herramientas.

Esto es importante, puesto que, si afirmamos que existen principios en pugna es necesario detenernos en el contenido de los mismos para resolver la controversia de manera adecuada. De este modo, bien podría ocurrir que la seguridad jurídica se afiance, sin necesitar la prescripción, o bien se resuelva solo en la medida en que ésta no se aplique. En este sentido bien podría argumentarse que precisamente en beneficio de la seguridad jurídica de los administrados, la responsabilidad estatal no se extingue por el transcurso del tiempo.

Para muestra un ejemplo civilista: La acción de dominio (Artículo 889 del Código Civil) no se extingue por el transcurso del tiempo, sino que sólo por la prescripción adquisitiva del mismo derecho. En este caso para dar certeza al derecho de propiedad no se utiliza el modo extintivo de la prescripción. De hecho, se le excluye precisamente para dar certeza al propietario de que no perderá su derecho real, aun cuando no haga uso de la cosa e ignore su destino. En este caso la prescripción extintiva no resulta pertinente para proteger el bien jurídico de la seguridad jurídica, es más, resulta del todo inadecuada.

Este breve ejemplo da cuenta que la prescripción no es un principio sino una herramienta al servicio de un principio, herramienta que bien puede no ser aplicada para proteger ese principio.

Aclarado este punto surge entonces una necesidad argumentativa. Si afirmo que la seguridad o certeza jurídica es un principio, no se me está permitido de allí concluir una decisión. La certeza jurídica es un concepto jurídico indeterminado, que debe ser explicado para ser aplicado al caso concreto, en particular debería responderse, al menos: seguridad para quién, o bien, seguridad para qué. Es decir, en abstracto la seguridad jurídica no constituye un principio completo, es necesario situarlo en el escenario de la controversia. Es así como en los casos que hemos comentado se podría defender indistintamente la certeza jurídica para las víctima de una violación, o bien la certeza jurídica para el responsable de la misma, digamos el hechor individual del ilícito o para el Estado, su responsable orgánico.

Sin duda, la certeza jurídica que se ha defendido en estos casos, es la que podría derivarse del interés patrimonial del Estado.

Así las cosas, surge de inmediato la demanda de observar cómo se comporta la necesidad de certeza jurídica frente a otros imperativos jurídicos, especialmente aquellos que derivan de la protección de los DD.HH.

Citando a Gustav Radbruch, Gonzalo Aguilar señala “el conflicto entre justicia y seguridad jurídica debería, pues, ser resuelto de tal manera que el derecho positivo asegurado por la ley y el poder tiene preeminencia aun en su contenido, sea injusto o inconveniente, a no ser que la contradicción entre ley positiva y justicia alcance tal medida que la ley como “derecho arbitrario” deba ceder ante la justicia”³⁰²

En este enunciado se denota una suerte de tensión entre el contenido positivo de la norma y la justicia material. Se recordará que en el capítulo III estudiamos los fallos en que se invocaba la noción de justicia para acoger las reparaciones, inclusive citando algunos pasajes de la obra de Andrés Bello. Sin embargo, esta tensión debe ser relativizada, ya que no existe enunciado normativo inequívoco para aplicar la prescripción, de tal modo que la pretensión de univocidad de la norma positiva de responsabilidad estatal debe ser desestimado, toda vez, y como hemos observado, que el estatuto de responsabilidad estatal en Chile es el resultado de un ejercicio de interpretación extensivo de ciertas normas y restringido de otras.

Ahora bien, no obstante lo señalado, es posible observar diversos casos que dan cuenta que la prescripción y la certeza jurídica no son atendidas por el Derecho como condiciones sine qua non de su realización.

Así por ejemplo en el derecho anglosajón la prescripción no existe en los términos nuestros, y en el Derecho Internacional Humanitario está expresamente excluida, cuestión que permite polemizar su afirmación como principio general del derecho.

Siguiendo nuevamente a Aguilar Carvallo es posible observar una serie de ejemplos de la historia reciente en que se optó por reparar a víctimas de violaciones graves a sus derechos sin atender al tiempo transcurrido. Es así como la República Federal Alemana se comprometió, mediante la suscripción del Tratado de Luxemburgo de 1952, a indemnizar gradualmente a las víctimas del nazismo; En 1980 la Corte Suprema de Justicia de EE.UU., ordenó al Estado a reparar a las comunidades Siux que fueron privadas de su territorio durante la administración de Ulises Grant en 1874; del mismo modo en 1992 la Corte Suprema de Australia desecha la teoría de que Australia haya sido una tierra sin dueño antes de la llegada de los colonos, lo que permite la reivindicación de

³⁰² AGUILAR, Gonzalo. “Evolución de la jurisprudencia en materia de imprescriptibilidad...”. Obra citada, p.14.

derechos por parte de los aborígenes de dicha isla; del mismo modo el Estado Francés fue condenado por la colaboración de la empresa estatal de trenes en su rol de deportación de prisioneros judíos durante la II Guerra Mundial (pendiente su fallo definitivo); En el mismo sentido la justicia guatemalteca condenó al Estado por el homicidio de 26 indígenas mayas de Río Negro cometidos en 1982.³⁰³

2.3. ¿Desde cuándo se cuenta el plazo de la prescripción?

Se recordará que el artículo 2332 del Código Civil dispone que las acciones derivadas por la comisión de delitos y cuasidelitos prescriben en 4 años, y que este cuadrienio se cuenta desde la perpetración del hecho.

Sin duda que tal enunciado puede generar una serie de dificultades prácticas. Es común por ejemplo en casos en que alguno de los elementos que constituyen la responsabilidad extracontractual pueda surgir con posterioridad. Esto ha llevado a interpretar dicha norma concluyendo que los cuatro años se cuentan desde la manifestación todos los presupuesto de la responsabilidad: "Como esta norma cuenta el plazo de prescripción "desde la perpetración del acto", una parte de la doctrina y algunas sentencias de los tribunales de justicia contaron la prescripción desde la ocurrencia del hecho ilícito y no desde que concurren todos los presupuestos que exige la pretensión indemnizatoria. Afortunadamente, esta posición fue criticada por nuestra doctrina, por cuanto, en algunos casos, la acción nacía prescrita, como sucedía cuando el daño se generaba transcurrido el plazo de prescripción de cuatro años. Lo que, por lo demás, no es extraño que acontezca en materia de responsabilidad médica. La prescripción de la acción, como destaca Enrique Barros siguiendo en ello a Robert Pothier, no puede contarse, sino desde que ella está disponible para el acreedor. La perpetración del acto por tanto, no se refiere sólo al ilícito o a un acto meramente infraccional sino a la concurrencia de todos los presupuestos que dan lugar tanto a la responsabilidad civil, como a la responsabilidad infraccional. El que concurren todos los requisitos que la ley

³⁰³ AGUILAR, Gonzalo. ""Evolución de la jurisprudencia en materia de imprescriptibilidad...". Obra citada, pp. 14 y 15.

exige para el ejercicio de la pretensión, por parte del acreedor, es el supuesto básico para que proceda la prescripción extintiva, a diferencia de lo que ocurre con la caducidad”.³⁰⁴

No obstante, es necesario destacar que la norma positiva no hace esa salvedad, tampoco lo manifestó el legislador en alguna forma verificable. Sin duda tal interpretación es el resultado de la utilización del elemento subsidiario de interpretación legal establecido en el artículo 24 del Código Civil, es decir la equidad.

Esta situación genera preocupación para la defensa del Estado, ya que podría llevar a que los plazos sean contabilizados de manera equivocada al no existir un criterio cerrado para su cómputo.³⁰⁵

En los casos que estudiamos no podría argumentarse que existe incertidumbre del daño, ya que el desconocimiento del paradero de los detenidos desaparecidos o el asesinato de los ejecutados generó de inmediato el daño. Tampoco parece muy sostenible afirmar que no existía certeza sobre la responsabilidad estatal, ya que fue bastante evidente que estas personas fueron víctimas de crímenes perpetrados por agentes del Estado. El punto, a nuestro parecer es más directo y reza así: no es justo exigir a los actores haber demandado una responsabilidad estatal en un contexto donde existían violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos.

No obstante tal exigencia de equidad no ha estado ausente en los fallos de la Corte Suprema, y es así como en una sentencia de hace más de una década se resolvió:

“UNDÉCIMO: Que, entre las reglas del Código Civil referentes a la prescripción que deben operar en beneficio y en contra del Estado, se encuentra la que establece el artículo 2332 de ese cuerpo legal y que versa directamente sobre la extinción de la responsabilidad extracontractual por la vía indicada, declarando que las acciones mediante las cuales se persigue la obligación de indemnizar el desafío inferido a otro con dolo o culpa, “prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto”.

“DUODÉCIMO: Que la sentencia recurrida, confirmando lo resuelto en primera instancia, consideró que el hecho generador del daño cuya reparación se ha demandado no sólo está constituido por la detención de don Juan Chamorro Arévalo, sino también por su desaparecimiento, lo que hace que se trate de un ilícito compuesto, con caracteres de permanencia, que se trasunta en que el daño sigue provocándose en tanto no cese el

³⁰⁴ BARCIA LEHMANN, Rodrigo. “Estudio sobre la prescripción y caducidad en el derecho del consumo”. Revista chilena de derecho privado. Versión On-line ISSN 0718-807. www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722012000200004&script=sci_arttext (consultada en agosto de 2014).

³⁰⁵ VERGARA BENZANILLA, José Pablo. “Momento inicial del cómputo de la prescripción extintiva de la responsabilidad extracontractual”. Obra citada, p.66.

desaparecimiento o persista la ausencia de noticias de la víctima y ratificó el rechazo de la prescripción alegada por la defensa fiscal.”

“DÉCIMO TERCERO: Que ese razonamiento prescinde, y por lo tanto, vulnera, al dejar de aplicarlo el mencionado artículo 2332 del Código Civil, que ordena terminantemente que **el plazo de cuatro años en el cual prescriben las acciones dirigidas a reclamar la indemnización de los perjuicios derivados de la responsabilidad extracontractual se debe contar “desde la perpetración del acto”,** de modo que **como la detención y desaparición** de don Juan Chamorro Arévalo causadas por la actuación de agentes del Estado se originaron, según lo establecido en autos, **el día 16 de septiembre de 1973, corresponde estarse precisamente a esta fecha para computar el cuadrienio vencido el cual se extinguen las acciones referidas.**”

“DÉCIMO CUARTO: Que la circunstancia que **la detención** de don Juan Chamorro Arévalo haya dado lugar a **la desaparición de la víctima y que esta situación**, así como la carencia de informaciones sobre su destino se hayan prolongado en el tiempo, **no impide la aplicación en la especie del precepto antes examinado**, sin que sea dable hacer el distingo expuesto en el fallo de primera instancia y reiterado en la sentencia recurrida, acerca de la índole compleja del hecho y la proyección posterior de sus efectos, si se tienen presente los términos de dicha disposición legal y que también otras acciones ilícitas pueden causar un daño moral indefinido a los deudos de la víctima, como sucede si provocan el fallecimiento de ésta, sin que por ello dejen de constituir una misma actuación en cuanto se refiere al cómputo del plazo en que prescribe la acción indemnizatoria.”

“DÉCIMO QUINTO: Que de lo anterior resulta que la sentencia impugnada cometió el error de derecho invocado en el recurso de autos al dejar de hacer efectiva en este juicio la regla de prescripción del citado artículo 2332 del Código Civil, cuya aplicación conducía a no hacer lugar a la demanda entablada en contra del Fisco, en vez de acogerla al confirmar el fallo de primer grado, **teniendo en cuenta que la demanda de las actoras aparece notificada con fecha 16 de abril de 1999, esto es, cuando ya había transcurrido largamente el plazo fijado en esa norma legal, contado desde el 16 de septiembre de 1973.**”³⁰⁶

Observando esta exigencia desproporcionada, la Corte fue flexibilizando sus criterios sosteniendo que:

“DÉCIMO TERCERO: Que, en este contexto, y **sin situarse explícitamente en la perspectiva del derecho internacional, esta Corte Suprema ha tenido oportunidad de matizar la aplicación de las normas del derecho interno sobre prescripción de la responsabilidad civil extracontractual**, entendiéndolo que el plazo de cómputo correspondiente es susceptible de contarse desde una perspectiva distinta a la que evidencia la mera literalidad del artículo 2332 del Código Civil.

³⁰⁶ ECS Rol N° 1234-2002, Cuarta Sala Mixta. Caratulado: “Gladys del Carmen Pizani Burdiles y otra con Fisco de Chile”. En el mismo sentido: ECS Rol N° 4065-2006, Tercera Sala. Caratulado: “Enrique Isaac Paris Horvitz y otra con Fisco de Chile”; ECS Rol N° 743-2007, Tercera Sala. Carátula: “Pedro Edgardo Ruz Castillo y María Silvia Castillo Araya con Fisco de Chile”; ECS Rol N° 2775-2007, Tercera Sala. Carátula: “Rosa Mirella Negrete Peña y otros con Fisco de Chile.”

En efecto, tratándose de un caso como el de autos es posible sostener que los titulares de la acción indemnizatoria no estaban en condiciones de haberla ejercido en tanto no tenían certeza del paradero o destino del familiar desaparecido y, por lo mismo, parece más razonable computar el término legal de prescripción desde que dichos titulares tuvieron ese conocimiento y contaron con la información necesaria y pertinente para hacer valer ante los tribunales de justicia el derecho al resarcimiento por el daño sufrido que el ordenamiento les reconoce.

Ese momento, en la situación planteada en este proceso, ha de entenderse que lo constituye el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, pues sólo a partir de entonces se tuvo certidumbre de la condición de víctima de la persona cuya desaparición causa el daño que se persigue indemnizar. Ahora bien, aun computando el plazo de cuatro años que contempla el artículo 2332 del Código Civil desde el referido informe de la “Comisión Rettig”, al tiempo de notificarse válidamente la demanda al demandado e incluso en el supuesto de atribuir a la presentación de la querrela el efecto de interrumpir la prescripción en curso, el término extintivo que interesa se encontraría en todo caso cumplido y, consecuentemente, extinguida la vía civil intentada.”³⁰⁷

Bajo un tenor similar en un voto de minoría la Ministra Chevesich Ruiz expuso que:

“4° Que, a efectos del cómputo del plazo legal de prescripción de la acción civil, existe consenso sobre la fecha de inicio del mismo, correspondiendo al once de marzo de mil novecientos noventa, fecha de inicio de los gobiernos democráticos chilenos luego del período de gobierno militar, fecha en la que también existe consenso en cuanto a que no existía ya el “campamento de detenidos” de “Tejas Verdes”, habiéndose notificado todas las demandas de indemnización civil a los acusados y al Fisco, en fecha muy posterior, cuando había transcurrido latamente el plazo de cuatro años a que se refiere el artículo 2332 del Código Civil.”

“5° Que, consciente del sufrimiento de los querellantes ante su lucha por encontrar la verdad, no resulta posible acceder al pago de las indemnizaciones civiles demandadas, al encontrarse prescrita la acción intentada conforme al artículo 2332 del Código Civil.”³⁰⁸

Sin duda que en estos considerandos los Ministros han hecho un esfuerzo por conciliar la norma con un imperativo de justicia material. No obstante, no parece del todo claro que el informe “Rettig” sea el momento en que se tomó conocimiento de la ilicitud de los hechos.

Tampoco creemos que se puede afirmar con seguridad que “los titulares de la acción indemnizatoria no estaban en condiciones de haberla ejercido en tanto no tenían certeza del paradero o destino del familiar desaparecido y, por lo mismo, parece más razonable computar el término legal de prescripción desde que dichos titulares tuvieron ese conocimiento y contaron con la información necesaria y pertinente para hacer valer ante los tribunales de justicia el derecho al resarcimiento por el daño sufrido que el

³⁰⁷ ECS Rol N° 10665-2011, Tribunal Pleno. Episodio: “Colegio Médico Eduardo González Galeno.”

³⁰⁸ ECS Rol N° 1424-2013, Segunda Sala. Episodio: “Tejas Verdes”.

ordenamiento les reconoce.” Esto porque el informe no da certeza sobre el destino de las víctimas o los hechores del delito, sino que contiene una reseña muy general junto al reconocimiento de que la persona fue víctima de violación a sus derechos humanos.

Tampoco resulta claro el criterio que se utiliza en el voto de minoría del último fallo citado respecto a la existencia de “consensos”, por cuanto ello resulta un poco ambiguo si lo que se busca son “certezas”.

Razonando sobre el surgimiento de esta certeza se sostuvo:

“NOVENO: Que en cuanto a la denuncia que se hace en el recurso de casación en el fondo del Fisco, sobre la supuesta prescripción de la acción civil deducida en estos antecedentes en razón de lo dispuesto en el artículo 2332 del Código Civil, ha de tenerse en especial consideración que el cómputo del plazo correspondiente para determinarla no resulta aplicable desde que la demanda civil persigue la responsabilidad extracontractual del Estado por los ilícitos cometidos por sus propios agentes, obligación que deriva de su responsabilidad penal, la cual requiere de una decisión jurisdiccional al efecto, certeza esta que sólo es posible obtener al momento de dictarse la sentencia condenatoria o, a lo menos, a partir de la acusación formal en contra del inculpado.”³⁰⁹

De este modo y con los ejemplos entregados, nos parece lícito afirmar que a partir de estos razonamientos, es posible elaborar un sinnúmero de criterios para computar el plazo de prescripción: desde la comisión de los delitos; desde la publicación del informe “Rettig”, o “Valech”, según sea el caso; desde que el Estado presenta acción criminal por esos hechos; desde que se dicta procesamiento en causa criminal; desde que se dicta acusación; desde que se dicte condena; desde que se dicta sentencia de término, etc.

Nos preguntamos a sí mismo, qué ocurre en los casos en que se dicte sentencia por delitos cometidos en contra de personas que no han sido reconocidas por las “Comisiones de Verdad”.

Creemos que estas situaciones desdibujan el propósito de haber establecido la norma contenida en el artículo 2332, invitando a preguntarse si el régimen de los “Delitos y cuasidelitos” es el más adecuado para resolver estas controversias.

3. La responsabilidad estatal es imprescriptible.

Como ya hemos expuesto, no es posible satisfacer la necesidad manifestada por buena parte de los ministros de la Corte Suprema que exigen para inaplicar las normas de

³⁰⁹ ECS Rol N° 2918-2013, Segunda Sala. Episodio: “Torres San Borja”.

la prescripción del Código Civil, una regla positiva, ya sea de orden convencional o en el derecho interno, que establezca su improcedencia de manera “expresa”.

Miradas las cosas desde ese modo y bajo las premisas hermenéuticas que como explicamos, son coherentes a tales disquisiciones, la prescriptibilidad de las acciones es un resultado, digámoslo, razonable.

Pero como explicamos, lo cierto es que dicho resultado jurisdiccional es la coronación de determinado proceder interpretativo de reglas de derecho, a partir del cual algunas son aplicadas de manera restringida y otras de manera extensiva, según sea el caso. Así, bajo la premisa de los artículos 19 y 23 del Código Civil buscar un imperativo de la imprescriptibilidad de la responsabilidad estatal es un ejercicio predeciblemente fútil, puesto que se analiza un sistema de deberes y garantías bajo el paradigma de otro -el civil- que postula principios diversos y persigue objetivos distintos, y para el cual por consiguiente, se han elaborado herramientas hermenéuticas distintas.

Señalamos más arriba³¹⁰ que para colegir la imprescriptibilidad los ministros se vieron en la obligación de explicar el fundamento normativo de la responsabilidad estatal por violaciones de los derechos humanos. Que en dicha labor sostuvieron que existe una interacción normativa entre reglas de Derecho Público Interno y de Derecho Internacional Público, del que se siguen determinadas consecuencias. Una de ellas es que la responsabilidad del Estado que surge por violaciones a los derechos humanos no se extingue por el transcurso del tiempo.

3.1 Existencia de una regla de imprescriptibilidad. Orientaciones interpretativas básicas.

Ya hemos expuesto en reiteradas oportunidades que la Corte Suprema, fundamentalmente la Tercera Sala, ha realizado una interpretación restrictiva de las reglas contenidas en el DIP, al tiempo que extiende el ámbito de aplicación de normas internas. Un buen ejemplo de lo anterior lo constituye el siguiente razonamiento, en el que se muestra cual sería, a juicio del tribunal, el ámbito protector de las normas contenidas en la CADH.

“QUINTO: Que no existe norma internacional incorporada a nuestro ordenamiento jurídico que establezca la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a

³¹⁰ 3. Respecto a la responsabilidad por violaciones a los Derechos Humanos rige, a partir de determinados criterios hermenéuticos, una interacción normativa entre fuentes internas e internacionales.

obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales. Así, la **Convención Americana de Derechos Humanos no contiene precepto alguno que consagre la imprescriptibilidad alegada por el recurrente. En efecto, el artículo 1° sólo consagra un deber de los Estados miembros de respetar los derechos y libertades reconocidos en esa Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio, sin discriminación alguna**³¹¹; y el **artículo 63.1 impone a la Corte Interamericana de Derechos Humanos un determinado proceder**³¹² si se decide que hubo violación a un derecho o libertad protegido.³¹³

Por cierto alguna jurisprudencia ha ido más allá sosteniendo que esta convención es inaplicable al haber sido aceptada con reservas por el Estado de Chile, cuestión que constituye la postura oficial del Estado ante la Comisión Interamericana como queda de manifiesto en uno de los anexos de este trabajo.

Ahora bien, no resulta del todo transparente el razonamiento de la Corte Suprema al sostener que el artículo 1.1. de la CADH “sólo consagra un deber de los Estados miembros de respetar los derechos y libertades reconocidos en esa Convención”, al parecer, la Corte Suprema, ve en esta norma solo una declaración sin mayor trascendencia jurídica. No obstante, la CIDH ha visto en este artículo el fundamento de la responsabilidad internacional disponiendo que:

*“En efecto, dicho artículo (1.1) pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención”*³¹⁴

“La obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables, castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana.

Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como

³¹¹ 1.1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

³¹² 63.1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada

³¹³ ECS 8887-2009, Tercera Sala. Carátula: Diego José Vergara García / Fisco de Chile.

³¹⁴ CIDH caso Godínez Cruz vs Honduras, párr. 173.

consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción”³¹⁵

Como se observa, a juicio de la CIDH, el artículo 1.1. establece el fundamento del sistema de responsabilidad internacional para los Estado que son parte del sistema Interamericano, sometiendo a su miembros a los imperativos del Derecho Internacional.

Del mismo modo, no aparece con claridad que quiere decir la Corte Suprema cuando señala que el artículo 63.1 “impone a la Corte Interamericana de Derechos Humanos un determinado proceder si se decide que hubo violación a un derecho o libertad protegido”. Al parecer a juicio del sentenciador el artículo 63.1 dispone una regla procesal, más no un derecho o garantía autónoma. No obstante, otros integrantes del Máximo Tribunal Chileno han visto en esta norma un contenido de suma trascendencia.

“UNDÉCIMO: Que, entonces, cuando el Código Civil en su artículo 2.497 señala que las reglas de prescripción “se aplican igualmente a favor y en contra del Estado”, debe considerarse que ello no resulta pertinente a esta materia, atendida su particular naturaleza según se ha puesto de manifiesto.

Por ello la sentencia impugnada que la declara infringe dicha norma y, también, por falta de aplicación las contenidas en los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En efecto, es así porque de acuerdo con esta última norma la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícito queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas a pretexto de hacer primar preceptos de derecho interno. A este respecto, también, debe tenerse presente el carácter consuetudinario de estas normas y atendida su naturaleza éstas no son creadas sino simplemente reconocidas por los Estados, de lo que deriva su ineludible aplicación: produciéndose 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.

La Corte Interamericana ha aclarado, además, que el artículo 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 insuficiencia del derecho nacional, sino con independencia del mismo. (Caso Velásquez Rodríguez.)”³¹⁶

³¹⁵ CIDH Caso Almonacid, párr. 110. En el mismo sentido Caso Goiburú y otros, párr. 166. En el mismo sentido, ver Caso La Cantuta, párr. 227.

³¹⁶ ECS 2080-2008, Tercera Sala. Carátula: “María Isabel Ortega Fuentes con Fisco de Chile”. En el mismo sentido los Ministros señores Juica Arancibia, Dolmestch Urra, Araya Elizalde, Künsemüller Loebenfelder, Brito Cruz y suplente señor Escobar Zepeda, en el fallo ECS 10665-2011, Tribunal Pleno. Episodio: “Colegio Médico con Eduardo González Galeno.”

Destacamos de este considerando al menos dos ideas. Primero, que se orienta el razonamiento desde los fines y objetivos del sistema, lo que obliga a interpretar las normas de derecho relativas al caso desde la perspectiva del principio pro persona y buena fe, ejerciendo en la especie un verdadero control de convencionalidad de las normas en aparente disputa.

En segundo lugar, recoge una idea común en el DIH y en el DIDH, consistente en que las normas basales del sistema son consuetudinarias, de tal forma que las reglas convencionales sólo vienen a consagrar imperativos jurídicos plenamente vigentes, que buscan en su positivización su mejor protección, mas no su establecimiento.

En extenso se ha referido el Ministro Sergio Muñoz Gajardo, quien haciendo una interpretación dinámica de las reglas expone que:

“b.- Imprescriptibilidad del derecho reclamado conforme al derecho internacional. De acuerdo a lo sostenido con anterioridad, se ha expresado que los hechos en que sustenta la acción tienen el carácter de crímenes de lesa humanidad, cuya imprescriptibilidad se ha dejado justificada. Esta imprescriptibilidad se refiere a toda acción que emana de los hechos, la que resulta indivisible, de modo que se refiere tanto al aspecto penal y a la denominada pretensión de reparación integral, derivada de estas mismas normas, las cuales incluso se refieren expresamente a estas últimas pretensiones, como se puede observar en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que señala: “Artículo 75. Reparación a las víctimas 1. La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda. (...) Nada de lo dispuesto en el presente artículo podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de las víctimas con arreglo al derecho interno o el derecho internacional”.

En el artículo 79 se dispone que por decisión de la Asamblea de los Estados Partes se puede establecer un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte y de sus familias. Del mismo modo la Corte podrá ordenar que las sumas y los bienes que reciba a título de multa o decomiso sean transferidos al Fondo Fiduciario. Se establece igualmente la posibilidad de examinar la reducción de la pena, entre cuyas normas se indica en el artículo 110, que se considerará “si el recluso ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las decisiones y órdenes de la Corte en otros casos, en particular ayudando a ésta en la localización de los bienes sobre los que recaigan las multas, las órdenes de decomiso o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas (...).”.

En el mismo sentido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por DS. N° 778 (RR.EE.), de 30 de noviembre de 1.976, publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1.989 y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, promulgada por DS. N° 873 (RR.EE.), de 23 de

agosto de 1.990, publicado el 5 de enero de 1.991, **contienen normas directa o indirectamente referidas a la responsabilidad patrimonial del Estado, los artículos 9.5 y 14.6 del primero de ellos y, muy especialmente, los artículos 68 y 63.1 del último instrumento citado, que hablan de la “indemnización compensatoria” fijada en las decisiones condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del deber de reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración del derecho o libertad conculcados y “el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.**

El derecho internacional humanitario provee también otras disposiciones relativas a la obligación de las Partes contratantes de pagar una indemnización en caso de violación de sus normas. Tal sucede, v.gr., con los artículos III de la Convención de La Haya, concerniente a las leyes y costumbres de la guerra terrestre; en los Convenios de Ginebra, de 4 de agosto de 1.949, particularmente en los artículos 68, relativo al trato de los prisioneros de guerra y 55, del que versa sobre protección de las personas civiles en tiempo de guerra, así como en el artículo 91 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.

La Asamblea General de Naciones Unidas aprobó, mediante resolución A/RES/60/147, de 24 de octubre de 2005, los **“Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”**. Al efecto dispone **“7. La prescripción de otras violaciones o de las acciones civiles no debería limitar indebidamente la posibilidad de que la víctima interponga una demanda contra el autor, ni aplicarse a los períodos en que no haya recurso efectivo contra las violaciones de las normas de derechos humanos y del derecho internacional humanitario”**, de lo que se sigue que incluso la prescripción no puede impedir la posibilidad que la víctima interponga la demanda respectiva, puesto que estas pretensiones se rigen por el derecho interno, pero considerando sus obligaciones derivadas del derecho internacional, agregando, en todo caso que **“los Estados resarcirán a las víctimas de sus actos u omisiones que violen las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario”**.

Pero a juicio del disidente estos instrumentos no vienen a crear un sistema, sino sólo a reconocerlo, ya que:

“La referencia que se efectúa a la normativa internacional está relacionada con el hecho de la consagración de la reparación integral del daño, aspecto que no se discute en el ámbito internacional, en el que no se trata únicamente de la reparación a Estados o grupos poblacionales, sino que a personas individualmente consideradas; reparación que se impone a los autores de los crímenes, pero también a instituciones y al mismo Estado. También esta normativa internacional no ha creado un sistema de responsabilidad, lo ha reconocido, pues, sin duda, siempre ha existido, evolucionando las herramientas destinadas a hacer más expedita, simple y eficaz su declaración, en atención a la naturaleza de la violación y del derecho quebrantado.”

Continuando, el sr. Muñoz Gajardo no solo observa la pertinencia de la reparación en cuanto a la protección de la integridad de la víctima, sino que sitúa la reparación en un rol preventivo, que por cierto es ajeno al derecho civil, donde la reparación es sólo

compensatoria, desconociéndose en éste un rol punitivo o de prevención general en la comisión de ilícitos:

“En este mismo sentido no está lejos de la mirada del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, además de la condena a los culpables, su posterior rehabilitación y la reparación integral a las víctimas, el carácter preventivo de todo lo anterior, puesto que el establecimiento de la verdad y adopción de medidas justas, previene y disuade que conductas como las reprimidas vuelvan a ocurrir, dado que, aunque pase el tiempo, en algún momento la población local o la humanidad en general reacciona y dispone aquello que corresponde ante hechos de graves connotaciones, así todo eventual infractor está advertido que aunque pasen muchos años, su conducta será perseguida y sancionada. A este respecto resultan pertinentes las palabras del juez estadounidense R.H. Jackson, en el informe al Presidente de su país, de 7 de octubre de 1946, que al referirse a los procesos penales seguidos por el Tribunal de Nüremberg, “contribuían a la afirmación del principio de legalidad, sustantiva y procesal (con la tipificación de conductas y el establecimiento de la responsabilidad penal individual por su comisión), a la determinación de los hechos, al afianzamiento de la paz, y a la humanización del Derecho Internacional (Report of Robert H. Jackson, citado por Ana Morell, Funciones y Límites de la Jurisdicción Penal Internacional, artículo facilitado por la Dirección de Estudios de la Corte Suprema).

*En este mismo sentido ya se ha expresado, que el Consejo de Seguridad al crear el Tribunal Penal Internacional para la Ex - Yugoslavia, mediante Resolución 827, de 25 de mayo de 1993, tuvo en consideración que permitiría el castigo de las personas responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario y que **contribuiría a la restauración y mantenimiento de la paz para poner fin a las violaciones y reparar de forma eficaz los derechos violados.** Iguales consideraciones se tendrán presente por el Consejo de Seguridad al crear el Tribunal Penal Internacional para investigar los crímenes cometidos en Ruanda, dictando la Resolución 955, de 8 de noviembre de 1994, expresando que permitiría el castigo de los responsables y contribuiría al proceso de reconciliación nacional y a la restauración y el mantenimiento de la paz para poner fin a las violaciones y reparar de forma eficaz los derechos violados.*

Siguiendo con esta perspectiva se puede expresar que, ciertos instrumentos internacionales universales y regionales, recomiendan tener presente las necesidades de las víctimas en el proceso penal y su asistencia a través de medidas dispuestas para aliviar los daños físicos, psicológicos, materiales y sociales, así como la reparación de los derechos violados, pudiendo citarse al efecto la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas N° 40/34, de 1985, párrafos 4 a 17; Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, artículos 1, 2, 10, 25, 63 y 68; Convención Europea sobre Reparación a las Víctimas de Crímenes Violentos de 1983, artículos 1 a 11, y Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, con sus Protocolos 3, 5, 8 y 11.”³¹⁷

Es importante destacar que a juicio de este sentenciador, y de sus pares que acogen las acciones, la reparación cumple un rol trascendente, en el sentido que si bien es ubicua en la persona de la víctima, satisface imperativos de justicia y restauración más

³¹⁷ Voto de minoría Sr. Muñoz Gajardo en fallo de la ECS Rol N° 10665-2011, Tribunal Pleno. Episodio: “Colegio Médico, Eduardo González Galeno.”

allá de la persona reparada, alcanzando en su realización los objetivos del sistema, ya enunciado en el preámbulo de la CADH: “Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre.”

De allí que la Corte Suprema entre a dialogar con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, buscando en los preceptos del DIP los fundamentos de la obligación de reparar:

Quinto: (...) La Corte Interamericana ha aclarado, además, que el artículo 63.1 de la Convención que consagra el deber de reparar, no se remite al derecho interno para el cumplimiento de la responsabilidad del Estado, de modo que “acoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. La obligación de reparar se regula por el derecho internacional y no puede ser modificada o incumplida por el Estado invocando para ello disposiciones de su derecho interno” (Corte I. D. H., caso La Cantuta vs Perú. Sentencia de 29 de Noviembre 2006). En el mismo sentido, en el denominado caso Barrios Altos, la Corte Interamericana declaró en fallo del 14 de Marzo de 2001 que son inadmisibles las disposiciones sobre amnistía y prescripción y que ese precepto consagra el deber de reparar³¹⁸

A pesar de lo señalado es necesario destacar que en estos considerandos la Corte Suprema no cumple lo exigido por la posición contraria que requiere invocar una norma positiva que disponga, “expresamente” la imprescriptibilidad de las acciones reparatorias.

En realidad lo que hace la Corte Suprema, fundamentalmente la Segunda Sala, es colegir la imprescriptibilidad del contexto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, utilizando para ello determinadas operaciones hermenéuticas. Esta operación no satisface a los jueces que están por no dar lugar a tales acciones, quienes posiblemente sigan la doctrina que afirma que “lo importante es lo que dicen -las normas-, no lo que nos gustaría que dijeran³¹⁹”, afirmación al menos polémica, ya que supone la transparencia de las normas, y la univocidad del lenguaje normativo, al tiempo que ve en la operación de aplicar derecho una función más bien mecánica.

El punto es que ambas posiciones afirman que las normas “dicen” aquello que los intérpretes sostienen que “dice”, esto es, que las acciones son imprescriptibles, y que las acciones son prescriptibles. Pero para dar justicia a los razonamientos, ambas posturas

³¹⁸ ECS 3841-2012, Segunda Sala. Carátula: Episodio “Juan Soto Cerda”.

³¹⁹ CORRAL TALCIANI, Hernán. “La responsabilidad de los órganos del Estado: ¿Régimen Constitucional o régimen civil?”. Obra citada, p.29.

están realizando operaciones equivalentes, pero contrapuestas, cuestión que puede resultar insostenible para algunos, pero que a decir verdad, es bastante común en el sistema judicial chileno.

El punto entonces es saber si el estándar de fundamentación, así como el resultado de la operación interpretativa, es coherente con determinados parámetros que se han ido construyendo, sobre todo, en el curso de las últimas décadas.

En Chile, en el caso de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, los criterios relativos a la imprescriptibilidad de las acciones penales y la imposibilidad de amnistiar los ilícitos, se han ido asentado en el último tiempo, tanto en la jurisprudencia, ya prácticamente invariable de la Segunda Sala de la Corte Suprema -con la salvedad de la figura de la prescripción gradual de la pena-³²⁰ así como en el aspecto legislativo³²¹.

3.2. Búsqueda de una solución coherente para la acción penal y civil.

Es en este punto donde, probablemente, se presente con más inmediatez el imperativo jurídico que reza “donde existe la misma razón debe existir la misma disposición”. Por cierto cualquiera sea la sala donde se radiquen estos litigios, tal aforismo orienta igualmente la labor de los jueces, pero no puede dejar de notarse que cuando se debe resolver la sentencia criminal junto con la reparación dicha razón se vuelve más urgente.

Como hemos señalado, la consideración en torno a la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad perpetrados durante la última dictadura ha sido asentado casi invariablemente desde que se resolviera la responsabilidad penal por el secuestro de Miguel Ángel Sandoval³²², cuestión solo relativizada por la aplicación dispar del artículo 103 del Código Penal relativo a la “prescripción gradual de los delitos”, utilizado como mecanismo de naturaleza modificatoria de responsabilidad penal.

Sosteniendo esta concepción sobre la necesidad de resolver de manera coherente la pretensión criminal y reparatoria la Corte Suprema ha dispuesto en reiterados casos lo siguiente:

³²⁰ Véase: FERNÁNDEZ, Karinna. “la prescripción gradual...”. Obra citada.

³²¹ V.G.: 1) Artículo 250 del Código Procesal Penal inciso final: “El juez no podrá dictar sobreseimiento definitivo respecto de los delitos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, sean imprescriptibles o no puedan ser amnistiados, salvo en los casos de los números 1° y 2° del artículo 93 del Código Penal”; 2) Ley 20.357 que “TIPIFICA CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y GENOCIDIO Y CRÍMENES Y DELITOS DE GUERRA”

³²² Véase Capítulo I de esta memoria.

“DÉCIMO: Que, en síntesis, tratándose de un delito de lesa humanidad cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos, integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del inciso segundo del artículo 5º de la Carta Fundamental, que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de todos los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito, e incluso por el propio Derecho Interno, que en virtud de la Ley N° 19.123 y su posterior modificación contenida en la Ley N° 19.980, reconoció de manera explícita la innegable existencia de los daños y concedió también a los familiares de las víctimas calificadas como detenidos desaparecidos y ejecutados políticos, por violación a los derechos humanos en el período 1973-1990, reconocidos por los informes de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, beneficios de carácter económico o pecuniario.

Por consiguiente, cualquier diferenciación efectuada por el juez, en orden a dividir ambas acciones y otorgarles un tratamiento diferenciado, es discriminatoria y no permite al ordenamiento jurídico guardar la coherencia y unidad que se le reclama.³²³

Como se observa, el Tribunal no sólo ve en propio actuar la necesidad de la coherencia, sino que mira el obrar de otros poderes del Estado para determinar la consistencia de una postura. De este modo afirma la existencia del reconocimiento de la necesidad de reparar a partir de la dictación de las Leyes de Reparación donde le cupo participación, concluyendo de ese modo una “voluntad expresa manifestada” tanto en el Derecho Internacional como en el Derecho Interno.

Al respecto Aguilar Carvallo sostiene que: “A partir del mismo hecho, emanan los mismos principios, son los mismos principios los que operan y rigen la misma situación. Tanto la acción penal -que se estima imprescriptible y no hay debate sobre aquello por el tribunal- como la acción civil, emanan de una misma situación de hecho, el crimen internacional, en consecuencia, los principios aplicables a la situación son los mismos, tanto a la acción civil como a la acción penal. Cualquier diferenciación efectuada por el juez, en cuanto a separar ambas acciones y otorgarles un tratamiento diferenciado es discriminatorio y no guarda coherencia.”³²⁴

³²³ ECS Rol N° 3841-2012, Segunda Sala. Episodio “Juan Soto Cerda”. En el mismo sentido en el fallo de la ECS Rol N° 5720-2010, Segunda Sala. Episodio “José Barrera Barrera” (Cuesta Barriga-Las Achiras); Rol N° 10665-2011, Tribunal Pleno. “Colegio Médico, Eduardo González Galeno”. Voto de minoría de los Ministros señores Juica, Dolmestch, Araya, Künsemüller, Brito y suplente señor Escobar; ECS Rol N° 2918-2013, Segunda Sala. Caratulado: “Torres San Borja”; y ECS Rol N° 1424-2013, Segunda Sala. Episodio: “Tejas Verdes”.

³²⁴ AGUILAR, Gonzalo. “Evolución de la jurisprudencia en materia de imprescriptibilidad...”. Obra citada, p. 15.

Recogiendo esta doctrina en algunos votos disidentes se ha elevado esta idea de coherencia al nivel de principio interpretativo.

*“c.- **Principio de congruencia y coherencia.** Sin perjuicio de la congruencia requerida a la demandada, resulta indispensable pedir lo propio a los magistrados que resuelven los conflictos jurídicos, aspecto que la doctrina denomina “principio de coherencia”, puesto que no se observan razones para decidir de manera diversa las excepciones de prescripción extintiva de las acciones que tienen por objeto imponer sanciones penales a los responsables y aquellas que reclaman la reparación integral del daño a todos los responsables, puesto que, con esto se afectan las garantías de igualdad y no discriminación. En efecto, no se advierte la razón por la cual cuando quien persigue la responsabilidad es el Estado la acción es imprescriptible y al dirigir la acción en contra del Estado, derivado de los mismos hechos, ésta se torna en prescriptible.”³²⁵*

Vemos como de la diferencia en cuanto al modo de abordar las normas y en definitiva de construir el Derecho para el caso concreto, redundan en sentencias contrapuestas, y por cierto en la incertidumbre para aquellas víctimas que son potenciales actores en contra del Estado.

Una de las consecuencias de estas sentencias, en el caso que apliquen el estatuto de la prescripción o la incompatibilidad de las acciones y los fondos de reparación, es si acaso puede surgir responsabilidad internacional para el Estado de Chile.

A continuación expondremos que ha dicho la Corte Suprema al respecto y cuál ha sido la posición oficial del Estado de Chile.

³²⁵ ECS Rol N° 10665-2011, Tribunal Pleno. Episodio; “Colegio Médico, Eduardo González Galeno”. Voto de minoría del Ministro Muñoz.

CONCLUSIONES

En el curso de esta investigación hemos querido mostrar una controversia jurisprudencial que nos parece de suma importancia para el futuro de la convivencia social, esto es, las diversas visiones que tiene la judicatura en torno a la responsabilidad estatal por violaciones a los derechos humanos. No obstante esta trascendencia, pensamos que los tribunales de justicia no son los llamados de manera exclusiva a determinar los conceptos de justicia y aspiraciones de libertad de una sociedad, pero sí creemos que cumplen una función esencial en cautelar algunos límites para hacer posible esos conceptos y aspiraciones.

Preguntándonos por estos límites, al introducir esta memoria, planteamos la interrogante sobre la eventual responsabilidad internacional del Estado de Chile por violaciones a los Derechos Humanos, en particular si Chile podría resultar condenado por los órganos del sistema interamericano, cuando, a través de sus tribunales, aplica excepciones a dicha responsabilidad razonando desde el derecho civil. Sobre el particular, creemos que resulta poco probable que los jueces internacionales reconozcan las limitaciones a los derechos conculcados a partir de los presupuestos del derecho privado chileno. Lejos de los debates doctrinarios de la falta de servicio y de la responsabilidad objetiva, la Corte Interamericana- llegado el caso que le toque pronunciarse respecto a las denuncias que se han ingresado en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por aplicación de la excepción de pago o prescripción de la acción- deberá formular criterios a partir de lo razonado previamente en el propio sistema internacional de protección de derechos humanos, que a nuestro juicio, está más cerca a los razonamientos que han formulado los jueces que acogen la reparaciones. De esta forma, si la Corte Interamericana decide reconocer algunas limitaciones a estas acciones, deberá colegirlas de los postulados de la buena fe, la interpretación dinámica, y el principio pro persona, haciendo una interpretación particular de las normas consuetudinarias, convencionales y del ius cogens internacional. Sin duda que en el establecimiento de dichas eventuales limitaciones, la posición y amparo de las víctimas será un razón que tensará y condicionará la decisión del tribunal internacional, la que en definitiva generará consecuencias decisivas para los procesos transicionales latinoamericanos.

Po otro lado, creemos que la postura del Estado de Chile es débil en el foro internacional, ya que, depende de que la jurisprudencia interamericana considere como legítimas las limitaciones fundadas en reglas de derecho interno, que como hemos visto, se siguen del uso de criterios hermenéuticos ajenos a la fundamentación y evolución del sistema de protección a los derechos humanos. Es quizás esta debilidad lo que retrasa un pronunciamiento de los órganos de protección, pues sin duda que una condena para Chile comprometería seriamente a todos los Estado Partes del sistema en que se cometieron violaciones similares.

En definitiva sostenemos que las sentencias que acogen las figuras de extinción de responsabilidad vulneran un límite cierto del sistema, esto es, la imposibilidad de *autoexonerarse*, de lo que se sigue - y que creemos se seguirá- la responsabilidad internacional del Estado de Chile.

Es por estas consideraciones que creímos tan relevante estudiar la construcción de estos mínimos en la jurisprudencia nacional, es decir, analizar si deben los Estados hacerse responsables y cuáles son los límites legítimos que puede imponerse a esa responsabilidad. Para ello estudiamos los criterios construidos por el máximo tribunal de nuestro país, llamándonos la atención la preocupante incertidumbre que genera la existencia de decisiones tan disimiles en casos de connotación jurídica equivalente.

De lo dicho surgen dos cuestiones que queremos abordar, de manera sucinta, a modo de conclusión: 1) la función que cumple el juez en el sistema de creación de derecho; y 2) la discrecionalidad judicial.

1. En el sistema jurídico chileno la fuente de creación de normas por antonomasia es el poder legislativo, y su fruto, la ley.

Como observa Romero Seguel, tras el triunfo de la Revolución Francesa en las postrimerías del siglo XVIII, se aceptó como principio ineludible que a los jueces les está vedado dictar normas generales, ya que la creación de normas y la interpretación auténtica de las mismas, debía ser una función que recaería exclusivamente en el Poder Legislativo.³²⁶ En este escenario el papel de la judicatura es bastante marginal, y fruto sin duda, de una profunda desconfianza de los reformistas de la época hacia los jueces, a

³²⁶ ROMERO SEGUEL, Alejandro. "La Jurisprudencia de los Tribunales como Fuente de Derecho, una perspectiva procesal". Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 46.

quienes se les identificó, no sin cierta justicia, con los sectores conservadores, sino reaccionarios de su época.

Esta desconfianza llevó a los revolucionarios franceses a imponer mediante decreto de 16 de agosto de 1790, que los jueces debían dirigirse al Cuerpo Legislativo en cada caso en que fuera necesario interpretar o integrar una ley en casos no contemplados expresamente en la legislación, solución que por su puesto resultó inviable en la práctica, pero animó la redacción del Código Civil francés y por cierto del chileno que en sus artículos 5° y 3°, respectivamente, dieron a la sentencia judicial un “efecto relativo”.³²⁷

Es así como la ley civil chilena establece que: “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”. Este enunciado tiene consecuencias determinantes para el ordenamiento jurídico interno, a saber: 1) los jueces no tienen ningún papel en la generación de reglas de derecho; y 2) la jurisprudencia, aún de la Corte Suprema, no tiene fuerza obligatoria para el resto de los jueces.

Por su puesto que debe afirmarse la necesidad de que el fallo resuelva indubitadamente un litigio, y en este caso el rol de la Corte Suprema, como tribunal llamado a dictar sentencia de término en las causas pendientes, es esencial. Sin embargo, creemos que el rol de dicho tribunal como corte de casación no queda clausurado ni resuelto por lo prescrito en el artículo 3° del Código Civil, y de seguirse esta limitación se siguen una serie de dificultades.

Es así, como en los casos que hemos estudiado, esta limitación conlleva a que tengamos soluciones abiertamente opuestas para resolver cuestiones determinantes para la legitimidad del ejercicio del poder, que hoy como nunca en la historia humana, debe responder -al menos en ciertos lugares del planeta- a los mínimos de un sistema de protección a los Derechos Humanos. Dicha disparidad resulta insostenible para las víctimas de una violación y difícil de explicar para personas ajenas a nuestro sistema judicial.

Pero esta objeción no sólo se sigue de observar el sistema jurídico interno desde fuera.

³²⁷ *Ibidem.*

Dentro de los estándares del propio sistema chileno, resulta cuestionable el limitado rol que se le otorga a la función jurisdiccional. Primero, en la historia del derecho chileno la cuestión de la unificación de la jurisprudencia estuvo presente desde los orígenes de la codificación. Es así como en el proyecto del código civil de 1841 se establecía que “los jueces pueden interpretar las leyes en cuanto sean aplicables al caso especial sometido su conocimiento; y les es permitido fundar su interpretación en decisiones judiciales anteriores, pronunciadas por una corte superior o suprema, y pasadas con autoridad de cosa juzgada; pero se les prohíbe dictar en sus fallos disposiciones generales”³²⁸. Por cierto que esta norma no prosperó, pero su planteamiento al menos denota una preocupación por el rol que debe cumplir la jurisprudencia en la fundamentación de las decisiones jurisdiccionales.

Luego, el artículo 780 del Código de Procedimiento Civil vigente, permite a las partes solicitar el pronunciamiento del Pleno de la Corte Suprema cuando dicho tribunal ha sostenido interpretaciones diversas del derecho “objeto del recurso”. Esta norma denota una preocupación por la uniformidad de la jurisprudencia, pero que en la práctica y salvo el poder de la persuasión, resulta bastante estéril.

Por último, esta inconsistencia jurisprudencial merecería la revisión del ejercicio de uno de los poderes públicos ante el principio de no discriminación, establecido en el artículo 19 numeral 2 y 3 de la Constitución Política, y en el artículo 1.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

Ahora bien, más allá del problema relativo a tener jurisprudencia contradictoria, debemos llamar a la atención sobre una cuestión que es insuficientemente observada en las sentencias que rechazan las reparaciones, y que es sólo marginalmente revelado en los fallos que acogen las demandas (posiblemente ante la prescripción expresa del artículo 23 del Código Civil que prohíbe atender a lo odioso de una ley); nos referimos al rol de la jurisprudencia para evitar consecuencias ilegítimas de la aplicación de una ley.

Sobre el particular Romero Seguel cita algunos fallos en que los tribunales limitaron la prohibición de los deudores hipotecarios para participar de la determinación de los mínimos de remate de sus inmuebles. Sucedió que la ley General de Bancos dejaba la determinación del precio del remate sólo al arbitrio de los acreedores, es decir a los

³²⁸ “Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena, Código Civil y Leyes complementarias”. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 3ª Edición, Santiago, 1996, p. 48.

Bancos, así el resultado de la subastas perjudicaba seriamente el patrimonio de los deudores, ya que sus inmuebles era adjudicados aún bajo el valor comercial y con el único objeto de satisfacer rápidamente el crédito demandado. Esta situación fue interpretada como abusiva por los tribunales, en atención a que las limitaciones al derecho de impugnación de los deudores buscaba impedir prácticas dilatorias por parte de éstos, pero en ningún caso perjudicarles, lo que llevó a permitir que incidentaran por vía de nulidad contra la fijación de los mínimos del remate, a pesar que el objeto de la normativa era limitar los medios de impugnación.³²⁹

Este breve ejemplo muestra que la jurisprudencia tiene una función esencial en impedir que la legislación, como manifestación soberana de un régimen democrático limitado por el goce efectivo de los derechos humanos, se vuelva contra su propio sentido de justicia.

Creemos que en estos casos, la función de salvaguarda de los límites del sistema otorga a la jurisprudencia un rol normativo incuestionable.

Ahora bien sobre la jurisprudencia, y si el artículo 3° del Código Civil tomó una opción en consonancia con los procesos sociales imperantes en su época, pensamos que en el nuevo escenario de preminencia del sistema de derechos humanos dicha opción merece, al menos, ser discutida.

En este escenario de jurisprudencia marginal creemos que los jueces deberían, al menos, debatir acerca de los criterios que utilizan para solucionar los conflictos, aspirando al establecimiento de reglas que orienten sus decisiones, las que expresadas en sus sentencias, podrían ser valorados, y ulteriormente enjuiciadas, por el resto de los ciudadanos.

2. Íntimamente conectado con el punto anterior encontramos el debate relativo a la discrecionalidad judicial, ya que, dicho dilema se hará más urgente, cuanto mayor sea el grado de influencia o de obligatoriedad de la jurisprudencia.

En los fallos estudiados pareciera que el asunto de la discrecionalidad puede ser abordado haciéndose la siguiente pregunta ¿hasta dónde puede apartarse el juez de lo expresado en una regla de derecho?

³²⁹ ROMERO SEGUÉL, Alejandro. "La Jurisprudencia de los Tribunales como Fuente de Derecho, una perspectiva procesal". Obra citada, pp. 136 y ss.

Creemos que esta pregunta hecha así, en abstracto, es tendenciosa, pues supone la claridad *ex ante* de la norma, y la función meramente aplicativa del derecho.

Por cierto que el ejercicio creador y derogador de leyes reside en la soberanía, pero como hemos pretendido explicar en los capítulos de esta memoria, la soberanía es más que el poder legislativo del estado nación, pero en tanto también lo es, merece ser escrutado bajo determinados mínimos jurídicos históricamente situados. Vista las cosas de este modo, la ley es mucho más que la actividad parlamentaria, y la discrecionalidad no es sólo aquello que los jueces pueden hacer. Ambas cuestiones, los límites de la soberanía y los límites de la discrecionalidad, tienen que ver con las valoraciones que atraviesan el ordenamiento jurídico cuando éste se realiza y se legitima.

Luis Prieto Sanchís, a propósito del juicio de ponderación, observa que éste se encuentra innegablemente atravesado de cuestiones valorativas, de modo que cada uno de sus pasos “supone un llamamiento al ejercicio de valoraciones: cuando se decide la presencia de un fin digno de protección, no siempre claro y explícito en la norma o decisión enjuiciada; cuando se examina la aptitud o idoneidad de la misma, cuestión siempre discutible y abierta a cálculos técnicos y empíricos (...) En suma, los principios no disminuyen, sino que incrementan la indeterminación del Derecho (...)”³³⁰

Sin duda, que el derecho supone la existencia de cierto consenso más o menos objetivo sobre el resultado a la solución de conflictos futuros, de allí que la determinación del grado de discrecionalidad judicial debiera estar, también, previamente establecido. Es precisamente en este punto que nos hemos querido detener, pues la labor de los jueces en estos casos, sea cual fuese el resultado, debería poner de manifiesto los criterios utilizados para la determinación del sentido de las reglas de derecho en el caso concreto. De este modo más que enjuiciar maniqueamente el resultado de la sentencia -“la obligación de reparar está vigente” o “la obligación de reparar se extinguió”- cuestión esperablemente subjetiva, el análisis crítico se podría centrar en los parámetros y criterios utilizados para decidir. Primero, si ellos son acordes al problema planteado; segundo, si ellos fueron utilizados adecuadamente.

Ahora bien, el contenido de estos criterios es una cuestión que en principio trasciende la labor de los jueces, siendo más bien su tarea buscar el contenido en el

³³⁰ PRIETO SANCHÍS, Luis. “El juicio de ponderación constitucional”, en “El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica” (coordinador Miguel Carbonell). Editorial Librotecnia, Santiago, 2010, p. 137.

derrotero jurídico existente, es decir, en las fuentes del derecho. Pero, para dar justicia a su decisiones, es necesario que éstas -las fuentes- sean entendidas desde su complejidad y realidad, y no en lo que fue alguna vez fue el derecho o se pensó que debería ser, pues como hemos dicho entre más se aleje el intérprete de la realidad del asunto al que se enfrenta, más anacrónico resultará su juicio.

BIBLIOGRAFÍA.

Textos, Seminarios, Tesis, Trabajos, Informes, Reportajes y Consultas.

ABELLO-GALVIS, Ricardo. "Introducción al estudio de las Normas de los Cogens en el seno de la Comisión de Derecho Internacional, CDI". Bogotá, 2011, p. 88. Edición Digital: consultada en el mes de agosto de 2014 (<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/vniver/cont/123/cnt/cnt4.pdf>)

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. "Evolución de la jurisprudencia en materia de imprescriptibilidad de la acción civil en casos de violaciones a los Derechos Humanos". Gaceta Jurídica, N° 341, Santiago, 2008.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. "La Corte Suprema y la Aplicación del Derecho Internacional: Un proceso esperanzador". Revista de Estudios Constitucionales, Año 7, N° 1, 2009.

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. "El diálogo judicial multinivel". En Humberto Nogueira (Coordinador). "Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad". Editorial Librotecnia, Santiago, 2013.

ALBIZU, Edgardo. "La idea Hegeliana de la Hermenéutica Jurídica y su significado para la actual problemática de la racionalidad ética". En "Hegel, Filósofo de Presente". Editorial Almagesto. Año 2000.

ALDUNATE LIZANA, Eduardo. "Positivism Jurídico y Neoconstitucionalismo". En "Principios Jurídicos, Análisis y Crítica". Carbonell, Letelier y Coloma (Coordinadores). Editorial Legal Publishing, Santiago, año 2011.

ALESSANDRI, Arturo y SOMARRIVA, Manuel. "Curso de Derecho Civil, Parte General y los sujetos de Derecho". Ed. Jurídica de Chile.

ALESSANDRI RODRIGUEZ, ARTURO. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno, Imprenta Universitaria, 1943, Santiago Chile.

AMORÓS, Mario. "Después de la Lluvia: Chile, la memoria herida". Editorial Cuarto Propio, Santiago año 2004.

ANGÉLIKA, Beatriz (Compiladora). Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional. Universidad de los Andes, Departamento de Ciencia Política. Ediciones Uniandes. Bogotá, 2005.

ASTE LEIVA, Bruno Fernando. La imprescriptibilidad de la acción de responsabilidad extracontractual del Estado por violaciones de Derechos Humanos. Revista de Derechos fundamentales. Universidad de Viña del Mar- N°5, año 2011, Viña del Mar.

ATRIA LAMAITRE, Fernando. "Lo que importa sobre los principios". En "Principios Jurídicos, Análisis y Crítica". Carbonell, Letelier y Coloma (Coordinadores). Editorial Legal Publishing, Santiago, 2011.

BARCIA LEHMANN, Rodrigo. "Estudio sobre la prescripción y caducidad en el derecho del consumo". Revista chilena de derecho privado. Versión On-line ISSN 0718-807. www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722012000200004&script=sci_arttext (consultada en agosto de 2014).

BELLO, Andrés. Editorial del "Araucano" N° 632, del 30 de septiembre de 1842. En: "Obras Completas, Tomo XVIII: Temas Jurídicos y Sociales". La Casa de Bello, Caracas, 1982.

BORAINE, Alex. Invocando la responsabilidad del estado en el siglo veintiuno; En 18 ensayos justicia transicional, estado de derecho y democracia. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, 2005

BUSTOS VALDERRAMA, Crisólogo. "Estudio del artículo tercero del Convenio de Ginebra de 1949, relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra, y del Protocolo adicional II de 1977". Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado N° 12, Santiago, diciembre de 2004.

CABALLERO, Ana Elizabeth. Codepu: una experiencia privada de investigación extrajudicial y reparación para víctimas de tortura (1973-1990); Ediciones CODEPU. Santiago, 2008.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI". Editorial Jurídica de Chile. 2da. Edición, Santiago, año 2006.

CAUCOTO, NELSON y SALAZAR, HÉCTOR. “La noche de los corvos. El caso degollados o un verde manto de impunidad”. Ceibo Ediciones. Santiago, año 2013.

CLARO SOLAR, Luis. “Explicaciones de Derecho Civil Chileno Comparado”, Volumen I, de las personas”. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1978.

CONTESSE SINGH, Jorge, (Editor).Verdad y Justicia: Las violaciones a los Derechos Humanos durante el Régimen Militar. Informe Anual de Derechos Humanos. 2009. Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, Santiago.

CONTRERAS LOYOLA, Cristian. La amnistía y el decreto ley 2.191. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad Central, 1998.

CORDAL MUÑOZ, Gabriel. “Estado actual de la responsabilidad patrimonial de la administración del estado por violaciones a los derechos humano”. Tesis para postular al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y sociales. Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2007

CORDERO VEGA, Luis. “La responsabilidad por falta de servicio y la jurisprudencia de la Corte Suprema”. En La Falta de Servicio, Raúl Letelier (coordinador). Ed. Legal Publishing, 2012, Santiago.

CORDERO VEGA, Luis. “La Responsabilidad de la Administración del Estado. Bases para una sistematización”. Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2003.

CORNEJO GARCÍA, Felipe. “Normas Autoejecutables en los Tratados Internacionales”. Tesis para postular al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho Universidad de Chile, 2010.

CORRAL TALCIANI, Hernán. “La responsabilidad de los órganos del Estado: ¿Régimen Constitucional o régimen civil?”. En “Responsabilidad de civil de entidades corporativas”, Jorge Barahona González (Editor), Cuadernos de extensión jurídica N° 7, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Santiago, 2003.

DE LA CRUZ MILLAR, Alicia.” La responsabilidad por las actuaciones de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden”. En “La Falta de Servicio”, Raúl Letelier (coordinador), editorial Legal Publishing, 2012, Santiago.

DIAZ TOLOSA, Regina Ingrid. "Aplicación judicial en Chile del "ius cogens" como manifestación de la internacionalización del Derecho Interno en materia de protección de la dignidad Humana". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XL, Valparaíso, año 2013.

DOMÍNGUEZ AGUILA, Ramón. Derechos Humanos y prescripción; La Semana Jurídica, año 3 N° 138, semana del 30 de junio al 6 de julio de 2003.

DUCCI CLARO, Carlos. "Derecho Civil Parte General". Editorial Jurídica de Chile, 4ta edición. Santiago, año 2008. Páginas 14 y 15.

ENTEICHE ROSALES, Nicolás. "El fundamento de la responsabilidad Extracontractual del Estado Administrador en Chile: Revisión jurisprudencial (1999-2010)". Revista Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo, Santiago, N° 23, 2011.

FEDDERSEN, Maya. Prescripción de acciones civiles en Chile. Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, 2010, disponible en http://www.icso.cl/images/Paperss/prescripcion_ensayo.pdf

FERNÁNDEZ, Karinna. "La prescripción gradual, aplicada a los delitos de lesa humanidad". Tesis para postular al grado de Magister en Derecho. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Año 2010.

FIAMMA OLIVARES, Gustavo. "La acción constitucional de nulidad: un supremo aporte del Constituyente de 1980 al Derecho Procesal Administrativo". En Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, Tomo LXXXIII, año 1986.

FUENTES TORRIJO, Ximena. "El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja". Revista de Economía y Derecho, vol. 15, No. 4, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Año 2007. (<http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentesSpanish.pdf>)
(consultado el mes de junio de 2014)

GAHONA, Yuri. Estudio exploratorio descriptivo sobre contenidos subjetivos asociados a la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición-reparación-en familiares y sobrevivientes de violaciones de derechos humanos en Chile. Tesis para postular al grado de Magister en Sociología, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile. 2010.

GALDÁMEZ ZELADA, Liliana, en: "Simposio: Reforma constitucional y derechos humanos". EN: Anuario de derechos humanos", Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N° 10, año 2014.

GALDÁMEZ ZELADA, Liliana. "Incidencia de los tratados y del ius cogens internacional en el tratamiento de graves violaciones a los derechos humanos en Chile". Revista de Derecho Público, Universidad de Chile, Santiago, Volumen 77.

GALDAMEZ, SALAZAR, SIERRA y ROJAS. "Reforma Constitucional y derechos humanos" (Simposio). En Anuario de Derechos Humanos del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. N° 10. Santiago, 2014.

GALDAMEZ ZELADA, Liliana. "Impunidad y tutela judicial de graves violaciones a los Derechos Humanos". Editorial Librotecnia. Santiago, año 2011.

GUERRERO ANDREU, Paola. "De la responsabilidad del Estado chileno por acciones de gobiernos de facto: análisis histórico-crítico de las leyes de reparación". Tesis para postular al grado de Licenciada en ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, 2008

GUZMÁN BRITO, Alejandro. "Las Reglas del Código Civil sobre interpretación de las leyes". 2ª Edición, Ed. Legal Publishing, Santiago, 2011.

HELLER, Herman. "La Soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional". Editorial Fondo de Cultura Económica, 2da. Edición, México D.F., 1995.

HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena. "Las Fuentes Formales del Derecho". Editorial Legal Publishing, Santiago, 2009

LEÓN FELIPE. "El Payaso Tiene La Palabra (1938)". En: "Antología Rota". Editorial Losada, Bs. As. 1998.

LÓPEZ BERTIN, María Alejandra y otro. Amnistía en el Decreto Ley 2.191 de 1978. Análisis y evolución jurisprudencial. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Universidad Central, 1997.

LOPEZ SANTA MARÍA, Jorge. "Los contratos, Parte General". 4a. ed. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005. Capítulo: La fuerza obligatoria de los contratos frente al legislador..

LÓPEZ SANTAMARÍA, Jorge. "La Responsabilidad por falta de servicio. Casuística chilena reciente". Revista de derecho y jurisprudencia y gaceta de los tribunales, Santiago, Tomo XCIV, N° 1, 1997.

LIRA Elizabeth, KORNFELD y MORALES FARÍAS Germán (Editores) Derechos humanos y reparación: una discusión pendiente. Ediciones LOM, Universidad Alberto Hurtado. Santiago, 2005.

LIRA, y LOVERMANN. "Poder Judicial y política (1925-1958)". Editorial LOM, Santiago, año 2014.

LIRA, Elizabeth y LOVEMAN, Brian. "Las suaves cenizas del olvido. Vía chilena de reconciliación política 1814-1932." Santiago, LOM Historia-Dibam, 1999;

LIRA, Elizabeth y LOVEMAN, Brian." Las ardientes cenizas del olvido. Vía chilena de reconciliación política 1932-1994." LOM Ediciones. Santiago, 2000.

LIRA, Elizabeth y LOVEMAN, Brian. "Políticas de reparación: Chile 1990-2004." LOM Ediciones. Santiago, 2005.

LOVEMAN, Brian y LIRA, Elizabeth. "Las suaves Cenizas del Olvido. Vía chilena de reconciliación política 1814-1932". Editorial LOM, Santiago, 1999.

MOLINA, Natacha. "Apuntes sobre reparación social. Tareas y desafíos, en Reparaciones y Derechos Humanos: una discusión pendiente". LOM ediciones, Santiago, 2005.

MOLLER MORRIS, Franz. Soluciones amistosas de casos denunciados ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Tesis para postular al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y sociales. Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2005.

MARTÍN BERITAIN, Carlos. Diálogos sobre la reparación: experiencia en el sistema interamericano de Derechos Humanos. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, 2008.

MEZA BARROS, Ramón. Manual de Derecho Civil. De las Obligaciones. Editorial Jurídica de Chile. Décima edición. 2008.

MUÑOZ CORDAL, Gabriel. La jurisprudencia judicial sobre la responsabilidad patrimonial de la administración y las violaciones a los derechos humanos: problemática de los fondos indemnizables. Revista Derecho Público. no.71, año 2009, Santiago.

NASH ROJAS, Claudio. "El principio *pro persona* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". En: "Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad." Editorial Librotecnia, Santiago, 2013.

NASH ROJAS, Claudio. "Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998-2007)", Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2007.

NASH ROJAS, Claudio. "El Sistema Interamericano de derechos humanos en acción: aciertos y desafíos". 1a. ed. Porrúa, México, 2009.

NASH, Claudio. "Relación Entre el Sistema Constitucional e Internacional en Materia de Derechos Humanos", ponencia presentada en la Universidad de Buenos Aires, 2004. <http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/39.pdf> (Consultado en Junio de 2014)

NASH ROJAS, Claudio. "Responsabilidad internacional del Estado en la jurisprudencia internacional y la experiencia chilena". Thomson Reuters, Santiago, 2013.

NASH ROJAS, Claudio. El Sistema Interamericano de derechos humanos en acción: aciertos y desafíos. Editorial Porrúa, México D.F. 2009.

NASH ROJAS, Claudio. De la Verdad a la Reparación. En Anuario de Chile. Universidad de Chile. 2003/4, Santiago.

NASH, Claudio e IRARRÁZABAL, Paz. "Justicia constitucional y derechos fundamentales en Chile". En "Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Control de Convencionalidad." Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile. Santiago, año 2011.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "Diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Humberto Nogueira (Coordinador). Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad. Editorial Librotecnia, Santiago, 2013.

O'DONNELL, Daniel. (Comp.) *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional: derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Bogotá, 2003.

PACHECO, Gilda; ACEVEDO, Lorena; y GALLO, Gido (Editores). *Verdad, justicia y reparación: desafíos para la democracia y la convivencia social*. Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, 2005

PARDO DE CARVALLO, Inés. "La doctrina de los Actos Propios". *Revista de Derechos de la Universidad Católica de Valparaíso* N° XIV, Año 1991-1992.

PEÑA TORRES, Marisol. "El principio *pro homine* o *favor persona* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile". En "Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad." Editorial Librotecnia, Santiago, 2013.

PIERRY ARRAU, Pedro. "La responsabilidad extracontractual del Estado". *Anuario de Derecho Administrativo*, Ediciones Revista de Derecho Público de la Universidad de Chile, Santiago, 1975/1976.

PIERRY ARRAU, Pedro. "Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio". *Revista de Derecho y Jurisprudencia Gaceta de los Tribunales*, Tomo XCII, N°1, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995 y en *Revista de Derecho Público* N° 59, enero-julio de 1996. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

PIERRY ARRAU, Pedro. *Prescripción de la responsabilidad extracontractual del Estado. Situación actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema*; en *revista de Derecho CDE* N° 10.

QUINTANILLA ROJAS, Paulina. *Reparaciones: análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz de los criterios del sistema universal*. Tesis para postular al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y sociales. Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2011.

QUINTANILLA, Álvaro. *Prescripción y Derechos Humanos*, *La semana Jurídica*, año 3 N°140, semana del 14 al 20 de junio del año 2003.

QUINTEROS, Víctor. Judicialización de violaciones de derechos humanos: aportes sustantivos y procesales. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2010

RIVEROS MARÍN, Edgardo. Normativa internacional de los derechos humanos y el sistema democrático: el caso chileno. Ediciones Konrad Adenauer-Stiftung, Santiago, 2011.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. “Nuevas tendencia de la responsabilidad”. Editorial Legal Publishing, Santiago, 2011.

ROMERO SEGUEL, Alejandro. “La Jurisprudencia de los Tribunales como Fuente de Derecho, una perspectiva procesal”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

SALMÓN, Elizabeth. “La Relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el ordenamiento jurídico estatal, en Derechos Humanos y Juicio Justo”. Red Interamericana de Gobernabilidad y Derechos Humanos y Organización Interamericana Universitaria, Lima, 2010, Lima.

SOTO KLOSS, Eduardo. “Derecho Administrativo, bases fundamentales, principio de juridicidad”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, tomo 2.

VALENZUELA CORI, Rodrigo. “Los Sueños de La Razón, ensayo sobre interpretación jurídica”. RIL ediciones, Santiago, 1999.

VERGARA BENZANILLA, José Pablo. “Momento inicial del cómputo de la prescripción extintiva de la responsabilidad extracontractual”. Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, N° 12, diciembre de 2004.

VIÑUELAS HOJAS, Mauricio. “La responsabilidad el Estado chileno por hechos de la administración: avances y retrocesos”. En Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Coquimbo, Chile, Año 13, N°1, 2006.

VIÑUELA HOJAS, Mauricio. “De la Responsabilidad del Estado Chile por hechos de la Administración: avances y retrocesos”. Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte. Año 2013, N° 1, Coquimbo, 2000.

INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN. Tomo I, Reedición año 2007.

INSTITUTO LATINOAMERICANO DE SALUD MENTAL y DERECHOS HUMANOS, ILAS. "Entre la memoria y el olvido: violaciones de derechos humanos y reparación social". Revista Praxis. Año 3, no. 4, Santiago, 2002.

"Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena, Código Civil y Leyes complementarias". Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 3ª Edición, Santiago, 1996.

"Conferencias de Ronald Dworkin en Chile", "La labor de los jueces y los Derechos Fundamentales". Corporación Nacional de Verdad y Reconciliación, 1993.

INFORME ANUAL DE DERECHOS HUMANOS EN CHILE. AÑO 2005. Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. "Sistema Judicial y Derechos Humanos "; y "Verdad y Justicia respecto de las violaciones del pasado".

INFORME N° 34/96. CASOS 11.228, 11.229, 11.231 y 11282 CHILE. 15 de octubre de 1996. Comisión de Derechos Humanos, Organización de Estados Americanos.

Jorge Escalante "Labbé y el asesinato de 15 campesinos en Liquiñe a manos de los boinas negras" Reportaje publicado en el periódico electrónico El Mostrador el día 23 de octubre de 2012.

<http://www.adnradio.cl/noticias/nacional/suprema-considero-que-condena-de-la-cidh-por-caso-atala-no-dana-su-prestigio/20120321/nota/1658076.aspx>

http://www.ddhh.gov.cl/ben_reparacion.html. sitio consultado en el mes de julio de 2014.

Programa de Derechos Humanos del Ministerio del Interior: [www. http://www.ddhh.gov.cl/](http://www.ddhh.gov.cl/); y Archivo digital de las Violaciones a los Derechos Humanos por la Dictadura Militar en Chile (1973-1990): www.memoriaviva.cl. (consultada en junio de 2014)

JURISPRUDENCIA EXCELENTÍSIMA CORTE SUPREMA

ECS Rol N° 10.665-2011, "Colegio Médico Eduardo González Galeno."

ECS Rol N° 2080-2008, “María Isabel Ortega Fuentes / Fisco de Chile”, Víctima: Washington Cid Urrutia.

ECS Rol N° 4.711-1993.

ECS Rol N° 28-1997 presunta desgracia de Juan A. Paredes B.28

ECS Rol N° 469-1998, por detención ilegal de Pedro Poblete Córdova.

ECS Rol N° 517-2004, “Miguel Ángel Sandoval Rodríguez”.

ECS. Rol N° 3125-2004, Homicidio de Manuel Tomás Rojas Fuentes

ECS Rol N° 3540-2007, “Yolanda Irene Ávila Velásquez con Fisco de Chile”; Víctimas: Gregorio José Liendo Vera y Juan Bautista Ávila Velásquez.

ECS Rol N° 4771-2007, “Blanca Carrasco Oñate y otros con Fisco de Chile”.

ECS Rol N° 3097-2003, “Banco de Crédito e Inversiones contra Palma Lobos Víctor y otra”.

ECS Rol N° 4742-2012, “Flor Rivera con Fisco de Chile”.

ECS: Rol 4774-2007, “Paula del Campo Wiff con Fisco de Chile.”, Víctima: Modesta Carolina del Carmen Wiff Sepúlveda.

ECS Rol N°4662-2007, Víctimas: Salvador Alamos Rubilar; José Héctor Bórquez Levicán; Daniel Antonio Castro López; Carlos Alberto Cayumán Cayumán; Mauricio Segundo Curiñanco Reyes; Carlos Figueroa Zapata; Isaías José Fuentealba Calderón; Luis Armando Lagos Torres; Ernesto Juan Reinante Raipán; Modesto Juan Reinante Raipán; y Luis Alfredo Rivera Catricheo (Episodio Liquiñe).

ECS Rol N° 5720-2010, Víctimas: Jorge Manuel Toro Toro, Justo Joaquín Mendoza Yáñez, Jorge Yáñez, Segundo Nicolás Gárate Torres y José Guillermo Barrera Barrera (Episodio “José Barrera Barrera” (Cuesta Barriga-Las Achiras).

ECS Rol N° 3913-2011, “Aedo Martínez y otros con Fisco de Chile”, Víctima: Luciano Aedo Hidalgo.

ECS Rol 9885-2011 “Millalén Sandoval, Clodovet y otros con Fisco de Chile”, Víctima: Pedro Millalén Huenchuñir.

ECS Rol N° 6110-2012, “Pablo Torres, María Adriana con Fisco de Chile”. Víctima: Carlos Contreras Maluje.

ECS Rol N° 2918-2013, Víctimas: Ricardo Cristian Montecinos Laughter, Carlos Rodolfo Adler Zulueta (argentino), Beatriz Elena Díaz Agüero (argentina), Víctor Alejandro Garretón Moreno, Jorge Miguel Salas Paradisi y Julio Andrés Saa Pizarro (Episodio “Torres de San Borja”).

ECS Rol N° 6650-2013 sobre Recurso de Amparo en favor de Danny Silva Armancio contra la Intendencia Metropolitana.

ECS Rol N° 6693-2013 sobre Recurso de Amparo en favor de Susana Aguilar Urbina, contra la Intendencia Metropolitana.

ECS Rol 03-02.

ECS Rol N° 1234-2002, “Gladys del Carmen Pizani Burdiles y otra con Fisco de Chile”.

ECS Rol N° 5570-2007, “Manuel Antonio López López, José de la Cruz López López, Margarita Jesús López López con Fisco de Chile.”

ECS Rol N° 3220-2007, “Ena del Carmen Espinoza Olea con Fisco de Chile.”, Víctima: Ramón Osvaldo Núñez Espinoza.

ECS Rol N° 4832-2008, “Olga Lizama Calderón con Fisco de Chile”, Víctima: Juan Humberto Albornoz Prado (Patio 29).

ECS Rol N° 1133-2006, “Gloria Lucía Magali Neira Rivas con Fisco de Chile”.

ECS Rol N° 4065-2006, “Enrique Isaac Paris Horvitz y otra con Fisco de Chile.”

ECS Rol N° 519-2013, “María Cecilia Soto San Martín y otra con Fisco de Chile”, Víctima: Cecil Patricio Alarcón Valenzuela.

ECS Rol N° 6049-2005, “Josefa del Carmen Martínez Ruíz y otros con Fisco de Chile. Víctima: María Isabel Gutiérrez Martínez”.

ECS Rol N° 5436-2010, Episodio “Jaime Robotham Bravo y Claudio Thauby Pacheco”;

ECS Rol N° 6308-2007, Víctima: Fernando Gabriel Vergara Vargas;

ECS Rol N° 2737-2013. "Abarzúa con Fisco de Chile"

ECS Rol N° 1577-2013. "De Castro Saavedra Vilma y otros contra Fisco".

ECS Rol N° 428-2003. "María Paz Santibáñez con Fisco de Chile".

ECS Rol N° 371-2008. "Pablo Seguel Cares con Fisco de Chile".

ECS Rol N° 9510-2009, "Palma con Fisco de Chile".

ECS Rol N° 5243-2007, "María Graciela Vargas Contreras con Fisco de Chile", Víctima: Juan Alejandro Vargas Contreras.

ECS Rol N° 2724-2010, "José Enrique Gaete Rubio, Pamela del Pilar Gaete Rubio, Patricia del Carmen Gaete Rubio con Fisco de Chile", Víctima: Carlos Gaete López.

ECS Rol N° 4399-2011, Fuentealba Cea Patricia contra Fisco de Chile.

ECS Rol N° 6920-2011, "Acevedo Espinoza, Cristian y otros contra Fisco de Chile", Víctima: María Rebeca Espinoza Sepúlveda.

ECS Rol N° 672-2011, "Quiñones Reyes, Marcela y otro contra Fisco de Chile", Víctima: Juan Luis Quiñones Ibaceta.

ECS 12357-2011,"Cattani Ortega, Lidia contra Fisco de Chile", Víctima: Sergio Sebastián Montecinos Alfaro.

ECS 9660-2011, "Godoy Pérez Alexis y otro contra Fisco de Chile", Víctima: Francisco Baltazar Godoy Román.

ECS 7495-2012, Besamat Leuther, Christian y otra con Fisco de Chile, Víctima: Elsa Victoria Leuthner Muñoz.

ECS Rol N° 3841-2012, Episodio "Juan Soto Cerda, Luis Araneda Loaiza, Luis Pincheira Llanos y Jaime Cuevas".

ECS Rol N° 4753-2001, "Domi Bezic, Maja y otros con Fisco de Chile".

ECS Rol N° 4723-2007, Episodio "San Javier".

ECS Rol N° 1424-2013, Episodio "Tejas Verdes".

ECS Rol N° 1510-2008, "Alan Bruce Gana con Fisco de Chile"

ECS Rol N° 3028-2007, "Claudio Jorge Lavín Benavente, José Manuel Lavín Benavente y Gloria Benavente Franzani con Fisco de Chile."

ECS Rol N° 4067-2006, "Manuel Martínez Rodríguez con Fisco de Chile"

ECS Rol N° 743-2007, "Pedro Edgardo Ruz Castillo y María Silvia Castillo Araya con Fisco de Chile"

ECS Rol N° 2775-2007, "Rosa Mirella Negrete Peña y otros con Fisco de Chile", Víctima: César Arturo Emilian.

ECS Rol N° 8887-2009, "Diego José Vergara García con Fisco de Chile", Víctima: Héctor Patricio Vergara Doxrud.

ECS Rol N° 4292-2007, Víctima: René Roberto Acuña Reyes;

ECS Rol N° 4163-2007, Víctima: Ricardo Manuel Weibel Navarrete;

ECS Rol N° 5097-2007, Víctima: José Hernán Carrasco Vásquez;

ECS Rol N° 637-2009, Víctima: Mario Fernández González.

ECS Rol N° 7105-2008, Víctima: Juan Luis Rivera Matus.

ECS Rol N° 3639-2009, Víctima: Alfonso Araya Castillo.

ECS Rol N° 11829-2011, Víctima: José Enrique Conejeros Troncoso..

ECS Rol N° 4734-2012, "Salazar Isla, José contra Fisco de Chile", víctimas: Salvador Álamos Rubilar, José Héctor Borquez Levicán, Daniel Antonio Castro López, Carlos Alberto Cayumán Cayumán, Carlos Segundo Figueroa Zapata, Isaías José Fuentealba Calderón, Luis Armando Lagos Torres, Alberto Segundo Reinante Raipán, Luis Alfredo Rivera Catricheo, Alejandro Antonio Tracanao Pincheira y Eliseo Maximiliano Tracanao Valenzuela.

JURISPRUDENCIA DE CORTE DE APELACIONES, CORTE INTERAMERICA DE DERECHOS HUMANOS, y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Ingreso Corte de Apelaciones de Temuco caso de Manuel Jesús Pardo Cornejo. Causa por secuestro, ROL N° 114.35.

ICA de Santiago Rol N° 5304-2013, sentencia de segunda instancia, autos caratulados Meza con Fisco de Chile.

Sentencia Rol 6-73, Consejo de Guerra San Fernando, 28 de noviembre de 1974.

TC Rol N° 1361, sentencia del 13 de mayo de 2009.

CIDH caso de los hermanos Gómez Paquiyaury vs. Perú, año 2004.

CIDH, Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006.

CIDH, caso: "Molina Theissen vs. Guatemala". Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de julio de 2004.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS OPINIÓN CONSULTIVA OC-7/86 del 29 de agosto de 1986.

CIDH, Caso Bueno Alves vs. Argentina. Sentencia de 11 de mayo de 2007.

CIDH, Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Sentencia de 3 de diciembre de 2001.

CIDH caso Godínez Cruz vs Honduras.

CIDH. Caso "Juan Humberto Sánchez v/s Honduras". Interpretación de Sentencia.

CIDH Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, indemnización compensatoria.

Comisión IDH: Informe N° 62/05. Petición 862-03. Alina María Barraza Codocedo y otros, Chile.

Respuesta del Estado de Chile ante la Petición P-1676-09, Caso "Miguel Ángel Rodríguez Gallardo".

CIDH. Caso Hermanas Serrano Cruz. Excepciones Preliminares.

ANEXOS

Anexo N°1: Fallo de casación y sentencia de reemplazo dictados en causa Rol N°2182-1998 Episodio “Colegio Médico-Eduardo González Galeno” de fecha veintiuno de enero de dos mil trece, ingreso Corte Suprema N°10665-2011.

Santiago, veintiuno de enero de dos mil trece.

Vistos:

En estos autos Rol N° 2182-98 “Colegio Médico-Eduardo González Galeno”, por sentencia definitiva de primera instancia pronunciada por el Ministro de Fuero de la Corte de Apelaciones de Santiago señor Alejandro Solís Muñoz, se condenó al querellado Clenardo Figueroa Cifuentes como autor del delito de secuestro calificado de Eduardo González Galeno a la pena de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, accesorias del grado y al pago de las costas de la causa, y al también querellado Gamaliel Soto Segura, como cómplice del mismo ilícito, a la pena de tres años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesorias correspondientes y al pago de las costas del proceso. En el aspecto civil, el fallo acogió la excepción de incompetencia opuesta por el demandado Fisco de Chile y rechazó la demanda deducida por la actora, omitiendo pronunciamiento respecto de la prescripción extintiva también alegada.

En contra de esta sentencia la defensa del querellado Soto Segura dedujo recurso de casación en la forma y apelaron el mismo Soto Segura, el querellado Figueroa Cifuentes, la querellante y demandante civil Nelly González Galeno y la parte Programa Continuación Ley N° 19.123 del Ministerio del Interior. Asimismo, se elevó en consulta el sobreseimiento parcial y definitivo decretado respecto de Rigoberto Pacheco Cárdenas.

En fallo de diecinueve de agosto de dos mil once, escrito a fojas 3054, una de las Salas de la Corte de Apelaciones de Santiago aprobó el sobreseimiento consultado, rechazó el recurso de casación en la forma y confirmó la sentencia en la parte penal, con declaración de que la pena impuesta al condenado Gamaliel Soto Segura se eleva a diez años y un día de presidio mayor en su grado medio y accesorias del grado, en calidad de autor del delito por el cual se le formuló acusación. En cuanto a lo civil, la sentencia revocó el fallo apelado y en su lugar acogió la demanda de indemnización de perjuicios, condenando al demandado Fisco de Chile a pagar a la actora por concepto de daño moral la suma de \$50.000.000, más intereses corrientes para operaciones no reajustables desde la ejecutoria, sin costas.

A fojas 3065 el Fisco de Chile dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo contra la sentencia de segunda instancia antes aludida y a fojas 4000 y 4029 hicieron lo propio las defensas de los condenados Gamaliel Soto Segura y Clenardo Figueroa Cifuentes. El recurso de

este último fue declarado inadmisibile por resolución de catorce de octubre de dos mil once, rolante a fojas 4048.

En sentencia pronunciada por la Segunda Sala de esta Corte Suprema de veinticinco de junio del año en curso, escrita a fojas 4096, se rechazaron los recursos de casación en la forma interpuesto por el Fisco y de forma y fondo deducidos por el condenado Soto Segura.

En la misma resolución y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 780 del Código de Procedimiento Civil, se ordenó traer los autos en relación para conocer del recurso de casación en el fondo deducido por el Fisco de Chile.

Considerando:

Primero: Que en el recurso de casación en el fondo se denuncia infringido, en primer término, el artículo 41 del Código de Procedimiento Penal, en relación con los artículos 19, 22 inciso primero, 2332, 2492, 2497 y 2514 del Código Civil. En concepto del recurrente el fallo incurre en error de derecho al dejar de aplicar las normas sobre prescripción a un caso en que ha debido hacerse y sin que exista norma jurídica alguna de derecho interno o internacional que las derogue o excluya.

Las argumentaciones de la sentencia recurrida son erradas, en concepto del recurrente, puesto que independientemente de que se califique la acción como de índole humanitaria, ello no la hace extraña o ajena a los tipos de responsabilidad existentes en nuestro Derecho, el cual, dentro del género "responsabilidad" distingue la contractual de la extracontractual, siendo esta última la que emana de hechos ilícitos, cuyo es el caso en que se funda el libelo. Por ende, continúa, la misma podrá derivar de distintos hechos, calificados de forma diversa, surgiendo acciones patrimoniales que determinan la aplicación de las normas previstas en el derecho común, por no existir preceptos de excepción a su respecto. De esta manera, agrega sobre el punto, la acción deducida en este proceso se encuentra sujeta al plazo de prescripción especial contemplado en el artículo 2332 del Código Civil, que es de cuatro años contados desde la perpetración del acto que causa el daño.

El Fisco, se indica en el libelo, alegó que aun estimando que el plazo estuvo suspendido durante el régimen del gobierno militar, al momento de notificarse la demanda habían transcurrido con creces los cuatro años que prevé la norma y, por tanto, la acción se encontraba efectivamente prescrita.

Al dejar de aplicar el citado artículo 2332, afirma el recurrente, también se ha infringido el artículo 2497 del Código Civil, norma que hace aplicable las reglas de prescripción también al Estado. El solo tenor literal de este precepto demuestra claramente, a juicio de la parte que recurre, el grave error de derecho en que incurre el fallo impugnado.

Seguidamente se indica que los sentenciadores debieron aplicar los artículos 2492 y 2514 del Código Civil y no lo hicieron, cometiendo errores de derecho al desatender el sentido que emana del tenor literal de estas disposiciones, lo que importa también una infracción a la regla de interpretación consagrada en el inciso primero del artículo 19 del mismo cuerpo legal.

En un segundo capítulo se denuncia que la sentencia aplica normas de Derecho Internacional sobre Derechos Humanos a materias patrimoniales no contempladas en ellas. La sentencia, expone el Fisco, hace falsa aplicación de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por Chile al fundar en ellos la supuesta imprescriptibilidad de las acciones civiles provenientes de violaciones a los derechos humanos, materias que no contemplan ni regulan en absoluto, y añade que se aplican falsamente los principios y tratados internacionales que en caso alguno establecen la imprescriptibilidad.

Específicamente se afirma en el escrito de casación que el fallo sostiene equivocadamente que los convenios internacionales sobre crímenes de guerra, primero, y sobre Derechos Humanos, después, y diversa jurisprudencia internacional emanada de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, habrían aceptado las peticiones indemnizatorias considerándolas propias o integrantes de la obligación de reparación que cabe al Estado en casos de violaciones graves al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La sentencia, continúa sobre el punto, no indica ninguna disposición concreta y precisa de algún tratado vigente en Chile que establezca en el ámbito del Derecho Internacional la imprescriptibilidad de la obligación de indemnizar los perjuicios civiles, sino que obtiene una conclusión a partir de la aplicación al ámbito civil de Derecho interno, de principios de Derecho Internacional de los Derechos Humanos que sólo han sido contemplados para la imprescriptibilidad en materia penal respecto de la comisión de delitos de lesa humanidad.

Tampoco, agrega, la establecen respecto de las acciones pecuniarias las convenciones internacionales sobre estas materias, pues en este juicio no se trata sobre si las acciones penales provenientes de violaciones de los derechos humanos o de crímenes de lesa humanidad prescriben o no, o si los Estados tienen o no la obligación jurídica de reparar a la víctimas en estos casos, sino únicamente en determinar -de acuerdo al Derecho interno, conformado también por el Derecho Internacional-, si esa obligación puede ser perseguida ad eternum contra el Estado infractor.

Sobre el particular, en opinión del recurrente, la conclusión es clara: ninguno de los instrumentos invocados en la sentencia impugnada hace referencia alguna siquiera a la imprescriptibilidad de las acciones civiles.

En consecuencia, concluye, no existiendo norma expresa de Derecho Internacional de Derechos Humanos que disponga la imprescriptibilidad de la obligación estatal de indemnizar y no pudiendo tampoco aplicarse por analogía la imprescriptibilidad penal en materia civil, la sentencia no pudo aplicarlas al caso de autos y mucho menos si ello implica apartarse del claro mandato de la ley interna, contenida en los artículos 2332 y 2497 del Código Civil.

En el tercer capítulo la parte recurrente denuncia contravenidos los artículos 74 N° 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 28 sobre la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 5° inciso segundo de la Constitución Política de la República y 6° y 9° del Código Civil y al efecto expone que la sentencia infringe estas normas relativas al ámbito de

validez temporal de la ley, al dejar de aplicarlas, pues debió hacerlo al regular todas ellas el caso que ha sido materia del juicio.

Desarrollando este acápite se indica por el recurrente que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, vigente en Chile desde el 5 de enero de 1991, contiene una norma específica sobre la esfera de aplicación temporal de sus preceptos, cual es el N° 2 del artículo 74, que se ha omitido absolutamente. El instrumento de ratificación, continúa el Fisco, fue depositado el 21 de agosto de 1990 y de acuerdo a la norma mencionada desde este preciso momento entra en vigor, sin perjuicio que, además, la ratificación fue formulada con declaración expresa de que los reconocimientos de competencia tanto de la Comisión como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sólo se refieren a hechos posteriores a la fecha de depósito del instrumento de ratificación y, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de marzo de 1990.

Por lo tanto, concluye el recurrente, invocado en la sentencia como fundamento jurídico esencial, no ha podido este tratado ser aplicado a los hechos de la causa, ocurridos, o con principio de ejecución, con mucha antelación a la fecha de vigencia en Chile, vulnerándose con ello la parte final del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política.

Asimismo, agrega, el fallo contraviene el artículo 28 de la Convención de Viena aludido, vigente en nuestro país desde 1981, que establece la irretroactividad de las disposiciones de los tratados y con ello también el artículo 6° del Código Civil.

En síntesis, termina el recurso, al fundar jurídicamente su decisión en la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto ley debidamente incorporada al ordenamiento interno desde 1991, la sentencia ha otorgado a este instrumento un efecto retroactivo que es contrario a lo dispuesto en todas y cada una de las disposiciones de Derecho Internacional e interno que se han denunciado como infringidas.

Segundo: Que el fallo objeto del recurso fijó como hecho de la causa que el día 14 de septiembre de 1973, alrededor de las 8:00 horas, personal de Carabineros, sin orden judicial ni administrativa, detuvo en su casa habitación a Eduardo González Galeno, llevándolo hasta la Tenencia de Cunco, siendo interrogado y posteriormente subido a un helicóptero de la Fuerza Aérea de Chile y trasladado hasta la Base Aérea Maquehue en Temuco, siendo (sic) visto un cabo como la persona que lo sacó de la Tenencia, arrastrándolo hacia afuera. Desde la fecha precedente, indica también la sentencia, se perdió el rastro de su paradero y no consta su defunción.

El hecho anterior es calificado por los jueces de la instancia como constitutivo del delito de secuestro calificado que contempla el artículo 141 incisos primero y tercero del Código Penal, en la persona de Eduardo Enrique González Galeno.

En lo que interesa a la casación en el fondo, referida únicamente al aspecto civil del fallo impugnado, se indica en la sentencia que por los mismos razonamientos contenidos en el motivo 17° del pronunciamiento de primer grado no resulta procedente acoger la excepción de

prescripción por hechos ocurridos en 1974 (debió decir 1973), fundada en el artículo 2332 del Código Civil y, en subsidio, en los artículos 2514 y 2515 del mismo cuerpo legal.

Agrega el fallo que en la decisión del a quo se rechaza la imprescriptibilidad de la acción penal y esto debe que entenderse también rige para el ámbito civil, puesto que carece de sentido sostenerla 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 renunciable. La prescripción de la acción de que se trata, continúan los sentenciadores, no puede ser determinada a partir de las normas de Derecho Privado, que se refieren efectivamente a cuestiones patrimoniales, puesto que éstas atienden a finalidades distintas de aquellas que emanan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del *Ius Cogens*, que importan obligaciones de respeto, garantía y promoción de esos derechos, así como la adopción de medidas para hacerlos efectivos. Así por lo demás, afirman, fluye de la norma del artículo 5° de la Constitución Política de la República.

Seguidamente el fallo señala que la imprescriptibilidad de las acciones civiles reparatorias de los daños producidos por un crimen como el investigado emana de los convenios internacionales sobre crímenes de guerra, primero, y sobre Derechos Humanos, después; en particular, en América, del denominado Pacto de San José de Costa Rica y por cierto de la numerosa jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana, cuyos fallos han aceptado las peticiones indemnizatorias, considerándolas integrantes o propias de la obligación de reparación que cabe al Estado en casos de violaciones graves al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La fuente de la responsabilidad civil tratándose de una violación de esta especie, concluye sobre el punto, está en las normas y principios de este Derecho, específicamente en los artículos 1.1 y 63.1 del Pacto.

La norma civil de prescripción de la acción y la responsabilidad estatal, continúan los sentenciadores, sólo podría aceptarse y comenzar a computar el plazo respectivo desde la época en que el Estado ha terminado la investigación penal, concretado ello en la acusación judicial. Únicamente desde entonces, añaden, resulta posible que la querellante deduzca la acción civil correspondiente y, a este respecto, se considera que la actora en este juicio, tan pronto se produjo el secuestro de su familiar, inició diversas acciones, incluidas las judiciales, para tratar de obtener que se procediera a la investigación de los hechos y a la ubicación de su hermano secuestrado, iniciativa que continúa durante todo el proceso, quedando acreditado tras larga y demorada investigación, con resultados a más de treinta años de ocurrido el ilícito, que existe responsabilidad del Estado, la que éste no puede eludir. En atención a ello, finaliza la sentencia, sería demostración de un tratamiento injusto y contrario a los más elementales principios de una justicia reparadora que las consecuencias negativas de tal demora las sufriera la querellante y demandante civil, beneficiándose el Fisco de Chile.

Tercero: Que la doctrina y la jurisprudencia discrepan respecto de la posibilidad de extender el status de imprescriptibilidad que se predica de la acción penal tratándose de delitos de

lesa humanidad, a las acciones dirigidas a obtener reparaciones de naturaleza civil por los mismos hechos.

En efecto, se sostiene, por una parte, que tanto la responsabilidad civil como la penal derivada de esta clase de delitos se sujeta a un mismo estatuto de imprescriptibilidad, que tiene su fuente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Éste postula que todo daño acaecido en el ámbito de los referidos derechos ha de ser siempre reparado íntegramente, con arreglo a las normas de derecho internacional convencional o, en su defecto, del derecho consuetudinario, de los principios generales o aun de la jurisprudencia emanada de tribunales de la jurisdicción internacional, mas con exclusión del derecho interno, pues 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 las reglas contenidas en los artículos 2497 y 2332 del citado Código, que regulan la institución de la prescripción en el área de la responsabilidad civil extracontractual, que es la que se debate en este caso.

Cuarto: Que desde luego y en lo que dice relación con la alegación de vulneración de tratados internacionales cabe dejar establecido, en forma previa, que al tiempo de los hechos investigados no se encontraban vigentes en Chile el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que sólo vino a ser aprobado por Decreto Supremo N° 778 (RR.EE.) de 30 de noviembre de 1976, publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1989, ni la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, promulgada por Decreto Supremo N° 873 (RR.EE.), de 23 de agosto de 1990, publicado el 5 de enero de 1991.

Quinto: Que no obstante lo anterior y en la misma línea de razonamientos acerca del contenido de tratados internacionales, previo es también hacer notar que ninguno de los cuerpos normativos citados en el fallo impugnado establece la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales. Así, la propia Convención Americana de Derechos Humanos no contiene precepto alguno que consagre la imprescriptibilidad alegada por el recurrente. Además, ninguna de las disposiciones citadas en el recurso excluye respecto de la materia en controversia la aplicación del derecho nacional. En efecto, el artículo 1° sólo consagra un deber de los Estados miembros de respetar los derechos y libertades reconocidos en esa Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio, sin discriminación alguna; y el artículo 63.1 impone a la Corte Interamericana de Derechos Humanos un determinado proceder si se decide que hubo violación a un derecho o libertad protegido.

Sexto: Que, por su parte, el Convenio de Ginebra sobre Tratamiento de los Prisioneros de Guerra, que prohíbe a las partes contratantes exonerarse a sí mismas de las responsabilidades en que han incurrido por infracciones graves que se cometan en contra de las personas y bienes

protegidos por el Convenio a que alude el artículo 131, debe entenderse necesariamente referido a infracciones del orden penal, lo que resulta claro de la lectura de los artículos 129 y 130 de dicho Convenio que aluden a actos contra las personas o bienes citando al efecto homicidio intencional, tortura o tratos inhumanos, incluso experiencias biológicas, el causar de propósito grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud, el hecho de forzar a un cautivo a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga o privarle de su derecho a ser juzgado regular e imparcialmente al tenor de las prescripciones del Convenio.

Séptimo: Que, finalmente, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad de 1968, que establece la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, así como de los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto antes indicado, se refiere también y únicamente a la acción penal. En efecto, en el artículo IV 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.

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

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

Décimo: Que de acuerdo a lo anterior, en la especie resulta aplicable la regla contenida en el artículo 2332 del mismo Código, conforme a la cual las acciones establecidas para reclamar la responsabilidad extracontractual prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto.

Undécimo: Que correspondiendo el ilícito materia de esta causa al descrito en el fundamento segundo, consistente en la detención de Eduardo González Galeno el día 14 de septiembre de 1973 y su posterior desaparición, la que se mantiene hasta hoy, no cabe sino concluir, tal como lo ha sostenido esta Corte Suprema en reiterados casos, que la desaparición es consecuencia de la detención, por lo que aunque tal efecto permanezca en el tiempo el plazo de

prescripción habrá de contarse, en principio, desde la fecha de comisión del ilícito, en este caso desde el 14 de septiembre de 1973.

Duodécimo: Que, sobre la base de lo ya razonado, se concluye que en el fallo objeto de la casación en estudio se ha incurrido, desde luego, en el vicio que se denuncia en el recurso interpuesto por el Fisco de Chile, cometiendo con ello error de derecho al haber dado cabida a una legislación que no era la llamada a regir el caso en cuestión y dejado de aplicar las normas pertinentes del derecho interno.

Sin perjuicio de lo anterior, para acoger el recurso interpuesto, además de haberse sostenido la prescriptibilidad de la acción, -al contrario de lo argumentado en la sentencia de segundo grado-, resulta indispensable asentar que el plazo de prescripción que prevé el legislador se encontraba cumplido al momento de ejercerse válidamente la acción, pues de lo contrario el error cometido no habría tenido la influencia sustancial en lo dispositivo del fallo que la casación en el fondo exige como conditio sine qua non para justificar su anulación.

Décimo tercero: Que, en este contexto, y sin situarse explícitamente en la perspectiva del derecho internacional, esta Corte Suprema ha tenido oportunidad de matizar la aplicación de las normas del derecho interno sobre prescripción de la responsabilidad civil extracontractual, entendiendo que el plazo de cómputo correspondiente es susceptible de contarse desde una perspectiva distinta a la que evidencia la mera literalidad del artículo 2332 del Código Civil.

En efecto, tratándose de un caso como el de autos es posible sostener que los titulares de la acción indemnizatoria no estaban en condiciones de haberla ejercido en tanto no tenían certeza del paradero o destino del familiar desaparecido y, por lo mismo, parece más razonable computar el término legal de prescripción desde que dichos titulares tuvieron ese conocimiento y contaron con la información necesaria y pertinente para hacer valer ante los tribunales de justicia el derecho al resarcimiento por el daño sufrido que el ordenamiento les reconoce.

Ese momento, en la situación planteada en este proceso, ha de entenderse que lo constituye el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, pues sólo a partir de entonces se tuvo certidumbre de la condición de víctima de la persona cuya desaparición causa el daño que se persigue indemnizar. Ahora bien, aun computando el plazo de cuatro años que contempla el artículo 2332 del Código Civil desde el referido informe de la "Comisión Rettig", al tiempo de notificarse válidamente la demanda al demandado e incluso en el supuesto de atribuir a la presentación de la querrela el efecto de interrumpir la prescripción en curso, el término extintivo que interesa se encontraría en todo caso cumplido y, consecuentemente, extinguida la vía civil intentada.

Décimo cuarto: Que en razón de lo dicho, preciso es reiterar que se ha ejercido en la especie por la parte demandante una acción de contenido patrimonial, cuya finalidad no es otra, en términos simples, que hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado. Lo anterior conduce necesariamente a concluir que no cabe sino aplicar en materia de prescripción las normas

del Código Civil, lo que no contraría la naturaleza especial de la responsabilidad que se persigue en atención a que la acción impetrada pertenece -como se ha dicho- al ámbito patrimonial.

Décimo quinto: Que de lo precedentemente consignado surge que al rechazar la excepción de prescripción opuesta por el Fisco de Chile los sentenciadores incurrieron en los errores de derecho que se les atribuyen en el recurso, los que indudablemente tuvieron influencia sustancial en lo dispositivo del fallo impugnado, por cuanto incidieron en la decisión de hacer lugar a la demanda de indemnización de perjuicios por concepto de daño moral interpuesta por la actora, en circunstancias que ésta debió haber sido desestimada.

Por estas consideraciones y visto, además, los dispuesto en las normas legales citadas y en los artículos 764, 765, 785 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se **acoge** el recurso de casación en el fondo deducido por en demandado Fisco de Chile en el primer otrosí de la presentación de fojas 3065 contra la sentencia de diecinueve de agosto de dos mil once, escrita a fojas 3054, la que se invalida y se reemplaza por la que se dicta acto continuo, sin nueva vista, pero separadamente.

Acordada contra el voto de los Ministros señores Juica, Muñoz, Dolmestch, Araya, Künsemüller, Brito y suplente señor Escobar, quienes fueron de parecer de rechazar el recurso de casación interpuesto.

Los Ministros señores Juica, Dolmestch, Araya, Künsemüller, Brito y suplente señor Escobar tienen para ello en consideración:

1°.- Que, en primer término, cabe señalar que tratándose de una violación a los derechos humanos el criterio rector, en cuanto a la fuente de la responsabilidad civil, se encuentra en normas y principios de derecho internacional de derechos humanos y ello ha de ser necesariamente así por cuanto este fenómeno de graves transgresiones a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana es con mucho posterior al proceso de codificación, que por lo mismo no lo considera, pues, por una parte, responde a criterios claramente ligados al interés privado y, por otra, por haber sido la cuestión de los derechos fundamentales normada y conceptualizada sólo en la segunda mitad del siglo XX.

2°.- Que conforme a lo anteriormente expuesto no cabe calificar la acción indemnizatoria deducida en autos por la demandante como de índole o naturaleza meramente patrimonial, como se afirma por el Fisco recurrente, porque los hechos en que se la sustenta son ajenos a una relación contractual -vinculada a un negocio común- o extracontractual, sino configurativas de un delito de lesa humanidad, del cual emana, además de la acción penal, una civil de carácter humanitario; y es de esta clase en razón de que la pretensión de la actora se fundamenta en la detención y posterior desaparecimiento de su hermano, en completa indefensión, por militares que disponían de gran poder de coerción.

3°.- Que, en efecto, no puede negarse el carácter de delito de lesa humanidad a aquél que sirve de fuente u origen a la acción impetrada en la demanda y así, por lo demás, ha sido declarado en el fallo recurrido, sin que se hubiere controvertido esta calificación. Asimismo, consta

de los antecedentes que el caso aparece dentro de aquellos incorporados al Informe de la Comisión Verdad y Reconciliación (Decreto Supremo N° 355 de 1990, del Ministerio de Justicia) y tal carácter, en lo tocante a la indemnización de perjuicios, hace aplicable también, en lo que dice relación al acceso a la justicia para las víctimas y sus familiares a fin de conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente, los convenios o tratados internacionales, las reglas de derecho internacional que se consideran *ius cogens* y el derecho consuetudinario internacional, sin perjuicio de encontrarse también estipuladas en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, cuyo artículo 27 dispone que “el Estado no puede invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales” y que de hacerlo comete un hecho ilícito que compromete su responsabilidad internacional (Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Edición 2000, Humberto Nogueira Alcalá, “Las Constituciones Latinoamericanas”, página 231).

4°.- Que la cuestión de los derechos fundamentales constituye un sistema construido a partir de criterios particulares, propios de la naturaleza del hecho, y por tal razón no es posible interpretar las normas que los regulan de manera aislada, pues toda conclusión alcanzada en tales circunstancias necesariamente será contraria a este sistema jurídico. Cuando las referidas normas dejan de aplicarse a un caso que estaban llamadas a regir se produce su contravención y se infringe también la regla del artículo 5° de la Constitución Política de la República, que junto con reconocer el carácter vinculante de los instrumentos de Derecho Internacional, 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 obtener una indemnización que ha sido reclamado en estos autos.

5°.- Que el derecho de las víctimas y de sus familiares a recibir la reparación correspondiente implica, desde luego, la reparación de todo daño que les haya sido ocasionado, lo que se posibilita con la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno Chileno, conforme lo dispuesto en el ya citado artículo 5° de la Constitución Política.

6°.- Que analizando ahora los preceptos estimados infringidos por el Fisco de Chile en su recurso, cabe señalar que no resultan atinentes las reglas de Derecho Interno previstas en el Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, al encontrarse éstas en abierta contradicción con las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que protegen el derecho de recibir la reparación correspondiente a víctimas y familiares de éstas.

Asimismo, en tanto el Fisco acepta explícitamente en su recurso la posibilidad de que el plazo de la prescripción extintiva que alega se compute desde una época distinta de aquella que señala el artículo 2332 del Código Civil, no puede sino concluirse que hay también una clara aceptación de que los preceptos de este cuerpo legal no son necesariamente los llamados a regir

un caso como el planteado y que pueden, por lo mismo, dejar de tener aplicación, sin que esta omisión importe contravenirlos.

No debe olvidarse que la obligación indemnizatoria está originada para el Estado, tratándose de la violación de los Derechos Humanos, no sólo por la Constitución, sino también por los Principios Generales del Derecho Humanitario y de los Tratados Internacionales sobre la materia, como expresión concreta de los mismos, de tal suerte que las normas del derecho común interno se aplicarán sólo si no están en contradicción con esta preceptiva.

7°.- Que, entonces, cuando el Código Civil en su artículo 2497 señala que las reglas de prescripción “se aplican igualmente a favor y en contra del Estado”, debe considerarse que ello no resulta pertinente a esta materia, atendida su particular naturaleza según se ha puesto de manifiesto, y es por ello que la sentencia impugnada da correcta aplicación a las normas contenidas en los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En efecto, de acuerdo con este último precepto la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícito queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas a pretexto de hacer primar disposiciones de Derecho Interno. A este respecto debe también tenerse presente el carácter consuetudinario de estas normas y que atendida su naturaleza no son creadas sino simplemente reconocidas por los Estados, de lo que deriva su ineludible aplicación, de manera tal que produciéndose un hecho ilícito imputable a un Estado la responsabilidad de éste surge de inmediato por la violación de la norma de Derecho Internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias indeseadas.

La Corte Interamericana ha aclarado, además, que el artículo 63.1 de la Convención no remite al derecho interno para el cumplimiento de la responsabilidad del Estado, de modo 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).

8°.- Que en el mismo sentido, el artículo 131 de la Convención de Ginebra 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 artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, vigente desde el 27 de Enero de 1980, que previene -según ya se afirmó- que los Estados no pueden invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales - en la especie la de establecer responsabilidades-, incumplimiento del que ciertamente derivaría responsabilidad por un ilícito de índole internacional. Lo anterior conduce a sostener que el derecho a la reparación es un derecho fundamental, esto es, uno de aquéllos que los Estados declaran para asegurar y hacer posible la convivencia democrática, el que por su naturaleza es imprescriptible.

9°.- Que, además, debe tenerse en consideración que el sistema de responsabilidad del Estado deriva del inciso tercero del artículo 6° de la Constitución Política de la República y del artículo 3° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, y que de aceptarse la tesis del recurso, quedarían inaplicadas. Específicamente en lo

que se refiere a la norma de mayor jerarquía, puede señalarse que el referido artículo 6° se encuentra comprendido en el capítulo denominado "Bases de la Institucionalidad" por lo que es marco y cimiento del ejercicio de la jurisdicción y contiene el imperativo categórico que se le impone al tribunal nacional a descartar la aplicación de las normas que no se conformen o sean contrarias a la Constitución.

10°.- Que en concepto de los disidentes no es posible sostener la inexistencia de responsabilidad del Estado en esta clase de infracciones por la prescripción de la acción civil reparatoria, porque el valor justicia que orienta el Derecho y la convivencia social rechaza tal posibilidad, al extremo que el Derecho Internacional ha recogido el criterio que predica que todo daño que sea su consecuencia ha de ser reparado. Además, tal alegación desconoce la naturaleza del hecho que motiva la indemnización solicitada cuando reclama el sistema de responsabilidad extracontractual, porque si bien es cierto que la cuestión está desvinculada de lo meramente convencional o contractual, ello no implica que haya de hacerse aplicación de este régimen, que comprende la cuestión de la culpa y el dolo referidos a un agente determinado. En un caso como el de la especie no resulta necesario ocuparse de acreditar estos supuestos de responsabilidad en los causantes directos del daño, porque inequívocamente los hechos no han podido acaecer sino porque el mismo Estado actuó de manera dolosa cuando desarrolló en forma reiterada conductas lesivas a los derechos fundamentales, esto es, cuando integrantes de sus órganos de seguridad se involucraron en torturas, desapariciones forzadas y muertes, entre otros graves atentados.

11°.- Que si en virtud de normas jurídicas como las citadas, aplicadas por lo demás en el fallo impugnado al resolver el conflicto penal, no es posible concebir la prescripción de la acción penal, cabe preguntarse qué podría justificar que este motivo de extinción de responsabilidad fuese aplicable a la responsabilidad civil conforme con los extremos del Derecho Privado, si el hecho fuente de la responsabilidad es uno solo y de índole penal y si la responsabilidad de esta especie siempre será exigible. En concepto de los disidentes esta interrogante no tiene respuesta satisfactoria.

12°.- Que, en síntesis, tratándose de un delito de lesa humanidad cuya acción penal persecutoria es imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción establecidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos, integrante del ordenamiento jurídico nacional por disposición del inciso segundo del artículo 5° de la Carta Fundamental, que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito, e incluso por el propio Derecho Interno, que en virtud de la Ley N° 19.123 y su posterior modificación contenida en la Ley N° 19.980, reconoció de manera explícita la innegable existencia de los daños y concedió también a los familiares de las víctimas calificadas como detenidos desaparecidos y ejecutados políticos, por violación a los derechos humanos en el período 1973-1990, reconocidos por los

informes de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, beneficios de carácter económico o pecuniario.

Por consiguiente, cualquier diferenciación efectuada por el juez, en orden a separar ambas acciones y otorgarles un tratamiento diferenciado, es discriminatoria y no permite al ordenamiento jurídico guardar la coherencia que se le reclama.

13°.- Que por las razones expuestas precedentemente en opinión de estos disidentes no ha incurrido el fallo impugnado en el error de derecho que se le imputa al declarar imprescriptible la acción intentada por la actora contra el Fisco de Chile y rechazar la excepción opuesta por éste en tal sentido.

El Ministro señor Muñoz, por su parte, tiene presente para disentir los siguientes fundamentos:

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

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

En efecto, en la Teoría del Estado surge la supremacía individual en la Carta Magna y la supremacía constitucional en la Carta de Filadelfia. La supremacía individual resguarda al individuo de todo ataque que no implique una acción del Parlamento y la supremacía constitucional incluye las acciones del Parlamento. No obstante esta gran diferencia, ambas concuerdan en designar a los tribunales como garantes de dicha supremacía. Inmediatamente podemos advertir que será la lucha del hombre por sus derechos individuales la energía y componente indispensable que dará origen al establecimiento y desarrollo de los derechos y garantías en el aspecto jurisdiccional, primero en el derecho al proceso, reconocido con diferentes particularidades y principios. Con motivo del establecimiento del absolutismo, se podrán comprender todas las diferencias con el Estado democrático al asignar competencia a los tribunales, sean éstos especiales u ordinarios, como también el derecho a gozar de iguales prerrogativas como partes. Se conjuga en esta

argumentación el constitucionalismo, con ciertas ideas fundamentales que no son producto de un consenso inmediato, sino que hasta hoy se construyen, cual es que existe un conjunto de derechos que no pueden ser desconocidos por el Parlamento, el cual ciertamente los puede reglamentar, nunca desconocer o afectar esencialmente; que toda norma que se oponga a tales derechos se ve afectada en su validez, desde el momento que la primera norma a respetar en el Estado es la Constitución, conforme a lo cual tienen eficacia en la medida que se ajusten a ella, estructurándose diferentes sistemas al efecto, como son los controles a priori y posteriori; políticos o jurisdiccionales; por los tribunales ordinarios o especiales; difuso o concentrado; para llegar a aquella que dispone que toda interpretación debe efectuarse considerando la norma fundamental, buscando y prefiriendo la que mejor resguarde los derechos garantizados por la Constitución. El inicio de este proceso lo marcan las declaraciones de derecho y luego el reconocimiento de la primacía del texto constitucional.

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

2°.- Que el cambio fundamental de toda la evolución expuesta se observa en el tránsito de la regla de exención de responsabilidad de la autoridad estatal, derivado de la inmunidad de la corona conforme a la regla "The king can do no wrong" (el rey no puede cometer ilícito), hasta llegar al principio de la responsabilidad de todas las autoridades y particulares al interior del país, que emana de la igualdad ante la ley en un Estado democrático. En este desarrollo observamos como de un contencioso-administrativo de legalidad u objetivo, que contempla la posibilidad de anular la actuación de la autoridad, se llega a sustituir la determinación mediante la decisión de reemplazo e incluso aplicando sanciones. En un primer estadio se excluye de control la oportunidad, mérito y conveniencia, sin embargo, por aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad, se llega actualmente a contemplarlas. Del mismo modo el contencioso-administrativo de plena jurisdicción, de derechos o subjetivo, ligado principalmente a la lesión de derechos, en que se busca básicamente una declaración indemnizatoria, se pasa a una competencia de mayor amplitud, denominada de restauración, que tiene por objeto atender en toda su amplitud los efectos dañinos del actuar de la Administración. Otras acciones se encaminan a otorgar certeza a situaciones jurídicas, interpretar actuaciones y reprimirlas cuando proceda.

Todo este desarrollo ha derivado en una regulación ampliamente comprensiva y no excluyente, que en lo referido a la materia de que trata el litigio, se le conocerá como contencioso-administrativo de responsabilidad, que bien en la actualidad podría denominarse contencioso-estatal, pues se ha extendido desde el Estado-Administrador, al Estado-Legislator y al Estado-Juez. En lo que nos interesa, el contencioso-administrativo de la responsabilidad patrimonial emergerá con distintos caracteres en el derecho continental, especialmente en Francia (1855),

España (1869), Alemania (1979) e Italia. El cambio se producirá por vía jurisprudencial y en materias específicas por determinación legislativa.

No es posible resistir la tentación de reproducir la sentencia del Consejo de Estado francés, pronunciada con motivo del caso Rothschild, el 6 de diciembre de 1855, en que se conjuga la temprana concepción de los principios y la claridad de sus argumentaciones para expresar que las relaciones, derechos y obligaciones que emergen entre los agentes de la administración y los particulares que aprovechan sus servicios “no pueden estar regidos según los principios y disposiciones del derecho civil, que son de particular a particular; que, en especial, en lo que toca a la responsabilidad del Estado en caso de falta, de negligencia o de error cometidos por un agente de la administración, esta responsabilidad no es ni general, ni absoluta, sino que se modifica siguiendo la naturaleza y las necesidades de cada servicio”, principio que se reiterará en la sentencia del caso Blanco, de 8 de febrero de 1873, en que se pretende declarar civilmente responsable al Estado conforme a la legislación civil, el Consejo de Estado entrega la competencia a las autoridades administrativas “considerando que la responsabilidad que puede incumbir al Estado, por los daños causados por los hechos de las personas que él emplea en el Servicio Público, no puede estar regida por los principios que están establecidos en el Código Civil, para las relaciones de particular a particular; que esta responsabilidad no es ni general ni absoluta, sino que tiene sus reglas especiales que varían siguiendo las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados”.

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

3°.- Que en nuestro país la evolución de la responsabilidad de la Administración del Estado se ha desarrollado sobre la base de la jurisprudencia y de la legislación especial.

Respecto de la evolución jurisprudencial se observa que ciertas sentencias descansan en la aplicación de la legislación de derecho civil, como en otros fallos se invocan principios de derecho público. Son casos específicos en que se hace efectiva la responsabilidad del Fisco, puesto que los tribunales hacen esfuerzos y diversas distinciones para excluirla. La doctrina cita como los primeros fallos en que se sustenta la decisión en principios de derecho público “Sociedad

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

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

La circunstancia que se desea destacar es que la jurisprudencia, sobre la base de la legislación especial, ha sustentado la responsabilidad de la Administración. Esta normativa especial arranca de los artículos 2°, 4°, 5°, 6°, 7°, 38 de la Constitución Política de la República, 4° y 42 de la Ley N° 18.575. La norma del inciso segundo del artículo 21 de la Ley N° 18.575 no afecta la disposición del artículo 4°, por lo que a su respecto debe atenderse a la concepción de la Administración del Estado que expresa el inciso segundo del artículo 1° del mencionado cuerpo de leyes, de forma tal que, sin duda alguna, este régimen de responsabilidad se aplica a las Fuerzas Armadas, como a las de Orden y Seguridad Pública.

No resulta desconocida la responsabilidad derivada de la noción de nulidad de derecho público, pero cuyo fundamento no se encuentra en el contencioso subjetivo o de declaración de derechos, sino que en el objetivo o de legalidad.

La doctrina y jurisprudencia nacional ya no debe hacer esfuerzos para legitimar la responsabilidad del Estado, por un actuar ilícito de sus agentes, invocando disposiciones de derecho privado.

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: 14 de septiembre de 1973.

Es así que el 11 de septiembre de ese año los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas y el General Director 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° 1, 12, 25, 27, 77, 78, 119, 127, 130, 133, 198, 527, 778 y 991, entre otras.

Desde el 11 de septiembre de 1973 se desarrollaron distintas acciones de movilización de tropas destinadas, además, de destituir al gobierno por parte de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile, a consolidar a efectivos de las instituciones armadas en el ejercicio del poder, sofocar cualquier ataque a las nuevas autoridades y a prevenir alzamientos de reconocidos partidarios del anterior gobierno, para lo cual se dispone de nóminas de personas que deben presentarse ante las autoridades, se decreta toque de queda, se crean unidades de inteligencia y se implementan medidas de excepción.

En la fecha indicada se dicta el Decreto Ley N° 3, en que, considerando la situación de conmoción interior que vive el país y lo dispuesto en el artículo 72 N° 17 de la Constitución Política del Estado, la Junta de Gobierno, declaró el “Estado de Sitio en todo el territorio de la República”. El 12 de septiembre de 1973, se dicta el Decreto Ley N° 5, en que considerando, entre otros motivos, “la necesidad de reprimir en la forma más drástica posible las acciones que se están cometiendo contra la integridad física del personal de las Fuerzas Armadas, de Carabineros y de la población en general”, en su artículo 1°, se declara, “interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado de sitio decretado por conmoción interna, en las circunstancias que vive el país, debe entenderse ‘estado o tiempo de guerra’ para los efectos de la aplicación de la penalidad de ese tiempo que establece el Código de Justicia Militar y demás leyes penales y, en

general para todos los efectos de dicha legislación”, agregándose al artículo 281 del Código de Justicia Militar la causal de justificación consistente en que “cuando la seguridad de los atacados lo exigiere, podrán ser muertos en el acto él o los hechores”, para luego elevar la penalidad en tiempo de guerra y se remarca la competencia de la justicia militar para conocer de diferentes ilícitos; normativa que se dicta como consecuencia de los ataques a las nuevas autoridades, que se califica de conmoción interna, todo lo que está en concordancia con lo dispuesto en el artículo 418 del citado Código, que expresa: “Para los efectos de este Código, se entiende que hay estado de guerra, o que es tiempo de guerra, no sólo cuando ha sido declarada oficialmente la guerra o el estado de sitio, en conformidad a las leyes respectivas, sino también cuando de hecho existe la guerra o se hubiere decretado la movilización para la misma, aunque no se haya hecho su declaración oficial”.

5°.- Que la normativa transcrita tiene por supuestos los siguientes aspectos: a) el país se encontraba viviendo circunstancias particulares, por lo que existía conmoción interna; b) Dicha “conmoción interna”, de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, importa “tumulto, levantamiento, alteración de un Estado, provincia o pueblo”, el mismo diccionario equipara tumulto a motín, levantamiento o sedición y esta última acción la define como “alzamiento colectivo y violento contra la autoridad o la disciplina militar sin llegar a la gravedad de la rebelión”; c) Con mayor razón se dará dicho estado si existe rebelión, que importa el levantamiento contra los poderes del Estado, con el fin de derrocarlo o destituirlo, circunstancia que ciertamente llevó a la lucha armada entre distintos bandos al interior de una misma nación, circunstancia que caracteriza a la guerra interna o civil, precisa circunstancia en que existe consenso en que hay “estado o tiempo de guerra”. Es por ello que un autor señala que “el estado o tiempo de guerra a que da origen el estado de sitio por conmoción interior no importa un estado preventivo de la guerra civil sino que un caso de guerra actual (efectiva) reconocido por la declaración del estado de sitio por conmoción interior, ya que ésta se decreta cuando ya se ha producido el alzamiento armado. La fecha de la promulgación del estado de sitio será la fecha del inicio del estado o tiempo de guerra” (Renato Astrosa Herrera, Derecho Penal Militar, página 52), lo esencial es que en las etapas de la guerra se dé la preparación, planificación y, fundamentalmente, la movilización, todo lo cual ocurrió en nuestro país por parte de las Fuerzas Armadas y Carabineros, por lo que sin lugar a dudas el estado o tiempo de guerra existió jurídica y materialmente.

Por otra parte, la normativa que se dictó indica expresamente que se dispone el “estado o tiempo de guerra” con la finalidad de aplicar la normativa penal sustantiva, como la procesal orgánica contemplada para ese estado, como para los efectos que disponen las “demás leyes penales y, en general para todos los efectos de dicha legislación”; normativa entre la cual se encuentra, precisamente, la de los Convenios de Ginebra de 1949. Se debe agregar que la doctrina y cierta legislación distinguen en el sentido de que “estado de guerra” importa la aplicación del derecho interno que regula dicha situación y por la noción de “tiempo de Guerra” cobra vigencia el derecho internacional respectivo. “En derecho penal bélico el tiempo de guerra y el estado de

guerra constituyen dos normas especiales con su propio contenido jurídico; una de derecho internacional y la otra de derecho interno...” (Pietro Vico, *Diritto Penale Comune di Guerra*, página 29, citado por Renato Astrosa Herrera, *Derecho Penal Militar*, página 46), empleándose por el legislador expresamente ambas terminologías.

En lo que dice relación con los Convenios de Ginebra debe tenerse en consideración que Chile los ratificó y se publicaron en el Diario Oficial los días 17, 18, 19 y 20 de abril de 1951, por lo que indudablemente deben ser considerados como tratados internacionales vigentes desde esa fecha y hasta nuestro días, pues no han sido denunciados. Es así como el artículo 3° expresa: “En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes contratantes, cada una de las partes contendientes tendrá la obligación de aplicar por lo menos las disposiciones siguientes: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención, o por cualquiera otra causa, serán en todas circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, cualquier otro criterio análogo.

A tal efecto, están y quedan prohibidos para cualquier tiempo y lugar, respecto a las personas arriba mencionadas: a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; b) la toma de rehenes; c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y enfermos serán recogidos y cuidados”.

Este Instrumento Internacional dispone, además:

Artículo 49: “Las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves al presente Convenio, definidas en el artículo siguiente.”

“Cada una de las Partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, o mandado cometer, cualquiera de las infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios tribunales, sea cual fuere la nacionalidad de ellas. Podrá también, si lo prefiere, y según las prescripciones de su propia legislación, pasar dichas personas para que sea juzgadas, a otra Parte contratante interesada en la persecución, siempre que esta última haya formulado contra ellas cargos suficientes.”

“Cada Parte contratante tomará las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente.”

“En todas circunstancias, los inculpados gozarán de las garantías de procedimiento y de libre defensa que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra de 12 de Agosto de 1949, relativo al trato de los prisioneros de guerra.”

Artículo 50: “Las infracciones graves a que alude el artículo anterior son las que implican algunos de los actos siguientes si son cometidos contra personas o bienes protegidos por el Convenio: homicidio intencional, tortura o tratos inhumanos, incluso las experiencias biológicas, el causar de propósito grandes sufrimientos o realizar atentados graves a la integridad física o la salud, la destrucción y apropiación de bienes, no justificativas por necesidades militares y ejecutadas en gran escala de manera ilícita y arbitraria.”

Artículo 51: “Ninguna Parte contratante podrá exonerarse a sí misma, ni exonerar a otra Parte contratante de las responsabilidades en que incurre ella misma u otra Parte contratante respecto a las instrucciones previstas en el artículo precedente .”

Lo expuesto impone al Estado de Chile y especialmente a sus autoridades, la obligación de garantizar la seguridad de las personas que pudieren tener participación en conflictos armados al interior de su territorio, como también respecto de quienes no toman parte en actuaciones beligerantes, especialmente si fueren detenidas, quedando vedado disponer medidas que tiendan a amparar los agravios cometidos contra personas determinadas o lograr la impunidad de sus autores, llegando a una jurisprudencia uniforme los tribunales internacionales, que la omisión constituye una forma de transgredir dicha normativa por las autoridades, para lo cual se ha tenido especialmente presente que los acuerdos internacionales deben cumplirse de buena fe, en caso contrario, el Estado tiene el derecho de denunciar dicho acuerdo internacional, actuación que no adoptaron las autoridades chilenas.

Es así que resulta vinculante y aplicable al presente caso lo previsto por el citado Convenio Internacional en su artículo 146 que expresa: Las Altas Partes contratantes se comprometen a tomar las medidas legislativas necesarias para fijar las sanciones penales adecuadas que hayan de aplicarse a las personas que cometieren, o diesen orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves del presente convenio que quedan definidas en el artículo siguiente. Cada una de las Partes contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido u ordenado cometer, una cualquiera de dichas infracciones graves, debiendo hacerlas comparecer ante los tribunales de ella, fuere cual fuere su nacionalidad”, al igual que el artículo 147, que dispone: “Las infracciones graves a que alude el artículo anterior son las que implican cualquiera de los actos siguientes, si se cometieren contra personas o bienes protegidos por el Convenio: homicidio adrede, tortura o tratos inhumanos, incluso experiencias biológicas, causar intencionalmente grandes sufrimientos o atentar gravemente a la integridad física o a la salud, las deportaciones y traslados ilegales, la detención ilegítima, coaccionar a una persona protegida o servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga, o privarla de su derecho a ser juzgada normal e imparcialmente según las estipulaciones del presente Convenio, la toma de rehenes, las destrucción y apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y ejecutadas en gran

escala de modo ilícito y arbitrario”, y conforme a lo expresado por el artículo 148 “ninguna Alta Parte contratante tendrá facultad para exonerarse a sí misma” ...de las “responsabilidades incurridas por ella..., a causa de infracciones previstas en el artículo precedente”.

Debe tenerse en consideración, además, que la misma Convención precisa las personas protegidas en caso de conflicto sin carácter internacional en los artículos 3° y 4° del anexo Relativo al Trato de los Prisioneros, de 12 de agosto de 1949.

En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en la sentencia dictada con fecha 9 de septiembre de 1998, en el ingreso rol N° 469-98, correspondiente a la causa rol N° 895-96 del Segundo Juzgado Militar de Santiago, referida al secuestro de Pedro Enrique Poblete Córdova, motivaciones 9° y 10°, como en la sentencia de fecha 17 de noviembre de 2004, recaída en el ingreso 517-2004, referida al proceso 2182-98 de la Corte de Apelaciones de Santiago, precisamente por secuestro calificado de Miguel Angel Sandoval Rodríguez, considerandos 34° y 35°.

Así entendidas las cosas, el Estado como persona jurídica de derecho público internacional de la única responsabilidad que se puede exonerar es la de carácter no penal, puesto que éste es personal. Igualmente no puede exculparse de la responsabilidad penal por cuanto en la actualidad cobrará aplicación, en su caso, el estatuto de la Corte Penal Internacional.

En este mismo sentido se inscribe la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, cuyo artículo 27 dispone que “el Estado no puede invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales”, puesto que se hacerlo se incurre en un ilícito que compromete su responsabilidad internacional.

6°.- Que, en todo caso, en el concierto del Derecho Internacional, el Derecho Humanitario comprende las ramas del Derecho de Guerra, que tiene por objeto regular las hostilidades, y el del Derecho Humanitario propiamente tal, que pretende obtener el respeto de las personas que no estén comprendidas en tales acciones, ya sea porque no forman parte de los ejércitos, como por el hecho que, formando parte de las fuerzas regulares en pugna, ya se encuentran sometidos. Dentro de las principales reglamentaciones se encuentra la Convención de Ginebra de 1864 que tiene por objeto mejorar la suerte de los heridos, reconociendo el principio que tales personas (los lesionados) son neutrales, al igual que quienes los atienden; la Convención de La Haya de 1899, que pretendía reglamentar las hostilidades; el Convenio de La Haya de 1907 que prohíbe ciertas acciones, como lanzar misiles desde globos, los gases asfixiantes y las balas que se dilatan al ingresar al cuerpo, además de referirse al trato de los enfermos y heridos; El mismo año se extiende la regulación a la guerra marítima; El Convenio de Ginebra de 1906 se refiere en mejor forma a los heridos y enfermos; El protocolo de Ginebra de 1925 prohíbe el empleo de gases tóxicos y bacteriológicos.

Por otra parte, bajo el amparo del tratado marco de la Carta de las Naciones Unidas, conforme a la información oficial del Ministerio de Relaciones Exteriores, nuestro país se ha obligado por tratados internacionales, los cuales ha suscrito en la modalidad de declaraciones o

resoluciones que reprueban, rechazan y acuerdan reprimir los crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, definidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg 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. 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 Núremberg, 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: i) planear, preparar, iniciar o desencadenar una guerra de agresión o una guerra en violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales; ii) participación en un plan común o conspiración para la ejecución de cualquiera de los actos mencionados en i); b) Crímenes de guerra: Violaciones de las leyes o usos de la guerra, que incluyen, pero no están limitadas a ello, el asesinato, el maltrato o la deportación para realizar trabajos en condiciones de esclavitud, o con cualquier otro propósito, de poblaciones civiles de territorios ocupados o que en ellos se encontrasen, el asesinato o el maltrato de prisioneros de guerra o de personas en el mar, la matanza de rehenes, el saqueo de la propiedad pública o privada, la destrucción injustificada de ciudades, villas y aldeas, o la devastación no justificada por las necesidades militares; 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”.

Sin perjuicio de lo anterior el 11 de diciembre de 1946 se suscribe la declaración que repudia el crimen de genocidio.

En 1948 se ratifica la convención contra el genocidio, el que entiende como un delito de derecho internacional que comprende cualquier acto que tienda a matar, lesionar de manera grave, someter intencionalmente, impedir nacimientos y trasladar de manera forzada a personas, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional como tal” y el 13 de febrero de 1946 se recomendó la extradición de los criminales de guerra.

En la Carta Internacional de los Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948, se considera que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, en que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos del hombre han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, resulta esencial que tales

derechos sean protegidos por un régimen de derecho, dado que los pueblos de las Naciones Unidas han afirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, es así que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar la cooperación con la Organización de las Naciones Unidas en el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, proclamando el ideal común de su promoción, respeto y aseguramiento progresivo, entre los que se encuentra el derecho a la vida y a la seguridad de las personas.

Por el paulatino y progresivo desarrollo de la conciencia universal se continuó con la elaboración y suscripción de diferentes instrumentos internacionales por los que se condena toda forma de discriminación el 20 de noviembre de 1963, como la política del apartheid el 16 de diciembre de 1966.

El 26 de noviembre de 1968, "Recordando las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) de 13 de febrero de 1946 y 170 (II) de 31 de octubre de 1947, sobre la extradición y el castigo de los criminales de guerra; la resolución 95 (I) de 11 de diciembre de 1946, que confirma los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg y por el fallo de ese Tribunal, y las resoluciones 2184 (XXI) de 12 de diciembre de 1966 y 2202 (XXI) de 16 de diciembre de 1966, que han condenado expresamente como crímenes contra la humanidad la violación de los derechos económicos y políticos de la población autóctona, por una parte, y la política del apartheid, por otra,

"Recordando las resoluciones del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas 1074 D (XXXIX) de 28 de junio de 1965 y 1158 (XLI) de 5 de agosto de 1966, relativas al castigo de los criminales de guerra y de las personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad,

"Observando que en ninguna de las declaraciones solemnes, instrumentos o convenciones para el enjuiciamiento y castigo de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad ha previsto limitación en el tiempo,

"Considerando que los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad figuran entre los delitos de derecho internacional más graves,

"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 y libertades fundamentales, y puede fomentar confianza, estimular la cooperación entre los pueblos y contribuir a la paz y la seguridad internacionales,

"Advirtiendo que la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad 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"

"Reconociendo que es necesario y oportuno afirmar en derecho internacional, por medio de la presente Convención, el principio de la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad y asegurar su aplicación universal"

“Conviene en lo siguiente: Artículo I Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera sea la fecha en que se hayan cometido: a) Los crímenes de guerra ...; b) Los crímenes de lesa humanidad ...”, conforme a la definición del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg.

Esta Convención tiene vigencia internacional desde el 11 de noviembre de 1970, la que si bien Chile suscribió, no la ha ratificado a la fecha, sin que este hecho impida observar que en la expresión de motivos se advierte que la convención es un acto más bien declarativo que constitutivo de una situación jurídica, ya que representa el paso natural luego de haber desarrollado la normativa internacional que se destaca, la que ha sido suscrita por la República de Chile. Se une a lo anterior que se participara en la revisión de su protocolo facultativo. La Corte Internacional de Justicia ha declarado que la firma de un tratado genera un estatuto provisorio para los estados, que se traduce en el derecho a velar por que no se debilite el convenio, como también a no contrariar sus disposiciones en el tiempo intermedio que dure el trámite de ratificación, siéndoles aplicables el principio de la buena fe que establece la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Si lo anterior pudiera estimarse que es una explicación que no genera vinculaciones para el Estado de Chile, sí le es aplicable y exigible el respeto a la Declaración de Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad, de fecha 3 de diciembre de 1973, que señala:

“La Asamblea General, Recordando sus resoluciones 2583 (XXIV) de 15 de diciembre de 1969, 2712 (XXV) de 15 de diciembre de 1970, 2840 (XXVI) de 18 de diciembre de 1971 y 3020 (XXVII) de 18 diciembre de 1972,

Teniendo en cuenta la necesidad especial de adoptar, en el plano internacional, medidas con el fin de asegurar el enjuiciamiento y el castigo de las personas culpables de crímenes de guerra de crímenes de lesa humanidad,

Habiendo examinado el proyecto de principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición, y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad,

Declara que las Naciones Unidas, guiándose por los propósitos y principios enunciados en la Carta referentes al desarrollo de la cooperación entre los pueblos y al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, proclaman los siguientes principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad:

1.- Los crímenes de guerra y los crímenes de lesa 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.

2.- Todo Estado tiene el derecho de juzgar a sus propios nacionales por crímenes de guerra o crímenes de lesa humanidad.

3.- Los estados cooperarán bilateral y multilateralmente para reprimir y prevenir los crímenes de guerra y los crímenes de lesa humanidad y tomarán todas las medidas internas e internacionales necesarias a ese fin.

4.- Los Estados se prestarán mutua ayuda a los efectos de la identificación, detención y enjuiciamiento de los presuntos autores de tales crímenes y, en caso de ser éstos declarados culpables, de su castigo.

5.- Las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la comisión de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad serán enjuiciadas y, en caso de ser declaradas culpables, castigadas, por lo general en los países en que se hayan cometido estos crímenes. A este respecto, los Estados cooperarán entre sí en todo lo relativo a la extradición de esas personas.

6.- Los Estados cooperarán mutuamente en la compilación de informaciones y documentos relativos a la investigación a fin de facilitar el enjuiciamiento de las personas a que se refiere el párrafo 5 supra e intercambiarán tales informaciones.

7.- De conformidad con el artículo 1 de la Declaración sobre Asilo Territorial, de 14 de diciembre de 1967, los Estados no concederán asilo a ninguna persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar que ha cometido un crimen contra la paz, un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad.

8.- Los Estados no adoptarán disposiciones legislativas ni tomarán medidas de otra índole que puedan menoscabar las obligaciones internacionales que hayan contraído con respecto a la identificación, la detención, la extradición y el castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad.

9.- Al cooperar para facilitar la identificación, la detención, la extradición y, en caso de ser reconocidas culpables, el castigo de las personas contra las que existan pruebas de culpabilidad en la ejecución de crímenes de guerra o de crímenes de lesa humanidad, los Estados se ceñirán a las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas y a Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”.

Se debe tener presente, además que el Estado de Chile participa y suscribe el informe del Grupo Especial de Expertos sobre el trato a los presos políticos en Sudáfrica, de 19 de diciembre de 1968, proyecto de convención sobre represión y castigo del crimen de apartheid de 15 de noviembre de 1972, que se concreta en la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid, de 30 de noviembre de 1973; de la cuestión de castigo a los criminales de guerra y personas que hayan cometido crímenes de lesa humanidad de 15 de diciembre de 1969, 15 de diciembre de 1970 y 18 de diciembre de 1971, principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de

guerra o de crímenes de lesa humanidad de 18 de diciembre de 1972 y 3 de diciembre de 1973; cuestión sobre formas de torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 2 de noviembre de 1973, 5 de noviembre de 1974 y 13 de diciembre de 1976, que se concreta en las declaraciones sobre protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 9 de diciembre de 1975 y 8 de diciembre de 1977; sobre personas desaparecidas y desaparición forzada o involuntaria se efectúa la declaración de 20 de diciembre de 1978, 17 de diciembre de 1991 y 18 de diciembre de 1992; declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidas de 9 de diciembre de 1998.

A las anteriores resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, que el Estado de Chile suscribe, se agregan informes, recomendaciones y declaraciones de sus distintas comisiones, de conformidad a los artículos 55 c) y 56 del texto original de la Carta de las Naciones Unidas que obliga a los Estados Miembros "al respeto universal y a la observancia de los derechos humanos" y la transgresión de este principio, aceptado como fuente general del derecho internacional de vigencia universal, genera el deber de penalización.

En el ámbito americano, la Conferencia de Chapultepec, en marzo de 1945, recomienda no dar refugio a los culpables de crímenes de guerra y se proceda a entregarlos a las Naciones Unidas. Se efectúa la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en 1948. Por su parte la Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada de Personas, en su artículo VII consagra la imprescriptibilidad de esos crímenes.

En el concierto internacional el 25 de mayo de 1993, en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (que le concede el derecho a tomar acuerdos obligatorios para todos los estados miembros, si se estima que existe amenaza a la paz mundial), el Consejo de Seguridad dictó las resoluciones 808 y 827 con el objeto de "juzgar a los presuntos responsables de violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex-Yugoslavia a partir de 1991", que constituye el paso final ante la falta de acatamiento de la normativa que se inicia con acuerdos y la dictación de las resoluciones que impone embargo de armas (713, de 1991), llaman a respetar el derecho humanitario (764 y 771, de 1992) e imponen la fiscalización internacional (780, de 1992).

La preocupación internacional llevó al Consejo de Seguridad, el 8 de noviembre de 1994, a dictar la resolución N° 955 en que creó el tribunal para conocer de la muerte de más de 500.000 personas en Ruanda. De la misma forma, esto es por decisión del Consejo de Seguridad de 14 de agosto de 2000, se dictó la Resolución N° 1315, por la que se creó el tribunal destinado a conocer de los crímenes ocurridos en Sierra Leona.

Siempre en el ámbito internacional, pero ya frente a decisiones concretas, los principios del Tribunal de Nüremberg han orientado la jurisprudencia de las naciones para determinar los delitos de lesa humanidad, pero en la actualidad ciertos presupuestos de procesabilidad ya no son

exigibles, como es la existencia de la actualidad o inminencia de un conflicto armado en el territorio donde se perpetran dichos ilícitos, conforme se expresa en el fallo “Prosecutor con Tadić, nota 88, par.141, el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia y en la sentencia de 2 de septiembre de 1988, recaída en el caso “The Prosecutor con Jean Paul Akayesu” del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, párrafos 578 y siguientes.

7°.- Que, sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, se ha señalado que para estar ante un crimen de lesa humanidad debe existir un atentado a nivel nacional en contra de la población civil o de alguno de sus integrantes, por causas o finalidades políticas, entre otras, que no necesariamente deben tener un carácter sistemático, pero en todo caso deben ser deliberados y por motivaciones que condicionan una desviación del poder, cuando se atribuyen a agentes del Estado, principalmente por inexistencia o falta de motivos de hecho o de derecho que se han invocado, en atención a que efectivamente se ha tenido en consideración un efecto político, por ejemplo.

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. Además se puede expresar:

- Existe un conjunto de sucesos, que bajo ciertos parámetros, permiten ser calificados de delitos de lesa humanidad, como es el atentado a la vida por agentes del Estado, si para ello se tienen en consideración motivaciones políticas; hecho que, además, permite ser calificado como acción genocida, conforme a los términos de la Convención respectiva que se ha aludido.

- El respeto y observancia de los derechos humanos es un principio de vigencia internacional, del cual deriva aquel que señala que su trasgresión debe ser castigada.

- La represión de los crímenes de guerra, lesa humanidad y de naturaleza genocida, indudablemente representa un imperativo del derecho doméstico, pero, además, si se considera lo normado por los artículos 55 c) y 56 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, como por la suscripción de las declaraciones adoptadas por las Naciones Unidas y del sistema americano respecto de la declaración de los derechos del hombre y otros instrumentos internacionales.

- En la actualidad ya no es necesario que exista un conflicto armado, como presupuesto de los crímenes de lesa humanidad y genocida, sólo es necesario que se den los supuestos expresados por el tribunal de Nüremberg.

- La falta de investigación adecuada de los delitos de lesa humanidad es de competencia preferente del Estado en que sucedieron los hechos, pero de competencia subsidiaria, sino conjunta, de cualquier Estado ante el hecho que tal investigación no sea eficiente y efectiva.

- El sistema internacional, ante hechos que pueden afectar la paz mundial, puede crear tribunales especiales para el conocimiento de crímenes de guerra y lesa humanidad, sin perjuicio de la jurisdicción penal internacional permanente del Tribunal de Roma.

Tales razonamientos y la existencia de un profuso conjunto de declaraciones y tratados internacionales ratificados por Chile y otros en proceso de serlo, como de distintas declaraciones suscritas por las autoridades competentes, permiten llegar a la conclusión que existe un derecho humanitario que todas las autoridades e individuos de nuestro país deben respetar, pues en el estado actual de las cosas hay un derecho de gentes o *ius cogens* que resulta vinculante y perentorio para las autoridades nacionales, entre ellas para los tribunales.

8°.- Que la existencia de los principios generales del derecho han sido recogidos por múltiples sentencias de nuestros tribunales, pero al respecto se puede transcribir lo señalado por el Tribunal Constitucional de nuestro país en su sentencia de 21 de Diciembre de 1987, Rol N° 46, considerando 21: “Que de lo expuesto en las consideraciones anteriores se infiere con nitidez que el ordenamiento institucional estructurado por la Constitución de 1980 descansa sobre ciertos principios y valores básicos, entre los cuales cabe señalar ...: la libertad del hombre, que los derechos fundamentales de la persona humana son anteriores y superiores al Estado y la Constitución, razón por la cual no los crea sino que los ‘reconoce y asegura’; que el Estado en cumplimiento de su finalidad propia, cual es promover el bien común, debe darles segura y eficaz protección...; que el ejercicio de la soberanía que se realiza por el pueblo y por las autoridades que la Constitución establece reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y, en fin, que nadie puede ser condenado por hechos anteriores a las norma jurídica que establece la pena” (considerando 19°); “que todos estos principios se encarnan en disposiciones concretas de la Carta Fundamental como son, entre otros, los artículos 1°, 4°, 5°, inciso segundo, y 19, en especial su número 3, inciso séptimo” (considerando 20°); y “que estos preceptos no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en si mismas, como también, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución” (considerando 21°).

9°.- Que desde el punto de vista del derecho interno del Estado, se puede sostener la vinculación de los instrumentos internacionales suscritos por Chile, que no tienen el carácter de tratados solemnes, ya que les ampara la normativa general del tratado marco que está constituida por la Carta de las Naciones Unidas, orientada por los factores que llevaron a constituirla.

Se puede tener en consideración que nuestra historia jurídica permite llegar a esta conclusión en atención a que la Constitución de 1833, en su artículo 82, dispuso: Son atribuciones especiales del Presidente: 19 Mantener las relaciones políticas con las potencias extranjeras, recibir sus ministros, admitir sus cónsules, conducir las negociaciones, hacer las estipulaciones preliminares, concluir y firmar todos los tratados de paz, de alianza, de tregua, de neutralidad, de comercio, concordatos y otras convenciones. Los tratados, antes de su ratificación, se presentarán

a la aprobación del Congreso; norma que reitera el artículo 72, N° 16 de la Constitución Política de 1925.

Por su parte el Decreto Ley N° 247, de 1973, dando cuenta de lo que era la práctica y costumbre, reglamenta los procedimientos referidos a los instrumentos internacionales que obligan al Estado de Chile, distinguiendo entre tratados solemnes por una parte y los protocolos, acuerdos de ejecución derivados de un tratado marco, los acuerdos en forma simplificada y declaraciones, por otra. Es así que dispuso que los tratados solemnes fueran suscritos por el Ministro de Relaciones Exteriores o el Plenipotenciario debidamente autorizado, su aprobación se efectuaría por la Junta de Gobierno, luego de lo cual el Presidente de la Junta de Gobierno firmará el instrumento de ratificación o adhesión, realizando el canje o depósito de los instrumentos de ratificación o adhesión, procediendo a su promulgación y publicación. En lo referido a “aquellos tratados que se limiten a cumplir o ejecutar lo dispuesto en un tratado anterior, entrarán en vigor mediante la sola firma o mediante el cambio de notas reversales”, circunstancia que se mantiene al dictarse el los decreto leyes 527 y 991.

La Constitución Política de la República de 1980, en su texto original, artículo 32, señala que son atribuciones especiales del Presidente de la República, N° 17, “Concluir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organizaciones internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime conveniente para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 50 N° 1”.

Esta normativa ha sido interpretada en el sentido de aceptar la existencia de los tratados de ejecución o acuerdos en forma simplificada. Al respecto corresponde recordar el Memorandum del Ministerio de Relaciones Exteriores de 28 de mayo de 1951, por el cual se expresa: “Se ha entendido, que debe distinguirse entre los tratados en el sentido estricto constitucional y los compromisos internacionales que podrían llamarse acuerdos en forma simplificada, los que no requieren aprobación parlamentaria ni ratificación”. En el informe emitido a la Comisión de Constitución Legislación y Justicia y Reglamento del Senado, en 1973, distingue: a) Tratados pactados en cumplimiento de una ley, los que no necesitan ser sometidos a la aprobación del Congreso, sea que autoricen expresa o tácitamente al Presidente para suscribirlos; b) Tratados pactados en cumplimiento de un tratado en vigencia, tienen igual solución; c) Tratados acordados en virtud de las facultades propias del Presidente de la República, no requieren ser sometidos al Congreso. La Contraloría General de la República coincide con los dos primeros criterios en el Informe N° 35.090 de 17 de agosto de 1955 a la Comisión de Legislación y Justicia de la Cámara, y en los Dictámenes N° 36.383 de 1959, N° 4949 de 1960, N° 6149 de 1966 y N° 1172, de 19 de agosto de 1969, calificando en este último al Tratado de Montevideo, como “tratado marco”, “es decir, una convención que sólo fija principios, crea mecanismos y establece órganos destinados a los fines de ella, los que van llenando con su actuar la estructura de todo el contenido”, extrayendo como conclusión que “los mecanismos destinados a ejecutar el Tratado no requieren nueva

aprobación parlamentaria”. En este mismo sentido la Comisión de Relaciones Exteriores del Senado expresó que “el Presidente de la República, sin necesidad de otro texto legal autorizante, puede poner en ejecución todas y cada una de las disposiciones de este instrumento internacional (Acuerdo de Cartagena), ya que tal facultad emana implícitamente del hecho de su aprobación”. El Tribunal Pleno de la Corte Suprema, por su parte, al responder la consulta formulada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, en su oficio N° 2.576, de 9 de septiembre de 1969, coincidiendo con su Fiscal, expresa que no ve inconveniente para que se procediera a adoptar un acuerdo con Brasil sobre la tramitación de exhortos judiciales mediante el intercambio de notas reversales, sin cumplir con otra formalidad, de modo que así se hizo, siendo aprobado mediante el Decreto Supremo 214, publicado en el Diario Oficial de 12 de mayo de 1970. El Máximo Tribunal distinguió entre tratados y medidas para poner en ejecución los compromisos internacionales, señalando que estas últimas no tienen el carácter de tratados internacionales, según lo resolvió al decidir el recurso de inaplicabilidad del Banco Alemán Transatlántico. Esta práctica se mantiene en lo relativo con el Mercosur, en el que Ejecutivo, por deferencia y expresando que no tiene obligación de hacerlo, somete a la consideración del Congreso el tratado de ejecución. El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en distintas sentencias y en todas ellas ha reconocido la distinción entre tratados marcos y tratados de ejecución, y si ha privado de efectos a algunos protocolos adicionales ha sido por considerar que sus disposiciones exceden los límites del tratado marco, pero no por ser constitucionalmente inexistentes (Rol 282, Décimo Protocolo Adicional y su Anexo al Acuerdo de Complementación Económica con Bolivia N° 22).

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. Es así que incluye: a las Convenciones, que es un tratado que establece normas generales, al Protocolo, que es un documento anexo o aclaratorio, al Estatuto, que es un tratado colectivo que establece normas para los tribunales internacionales, al Acuerdo, usado preferentemente para tratados de tipo económico, financiero, comercial, cultural, al Modus Vivendi, que es un acuerdo de tipo temporal, al Compromiso, término utilizado para acuerdos sobre litigios que serán sometidos a arbitrajes, a la Carta, que es un acuerdo que establece derechos y deberes, al Concordato, que es un acuerdo suscrito con la Santa Sede sobre asuntos religiosos, al Pacto Contrahendo, que es un acuerdo para celebrar otro acuerdo, a la Declaración, que es un acuerdo que establece principios jurídicos o afirma una actitud política común, etc.” (Hugo Llanos Mansilla, Teoría y Práctica del derecho Internacional Público, Tomo I, página 63).

El Derecho Internacional derivado de los tratados conforma el sistema de Fuentes del Derecho que se debe tener en consideración y aplicar a un litigio determinado, el cual se integra con la legislación nacional y de acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, los tratados deben ser cumplidos por los Estados partes de buena fe (art.25), considerando su contexto e incluso los acuerdos posteriores (art.31), sin que se puedan invocar las disposiciones del derecho interno para justificar su incumplimiento (art. 26), por el contrario desechando “toda interpretación de que resultare que la ley o la convención sería del todo ilusoria” (Andrés Bello, Obras Completas, Tomo X, Derecho Internacional, página 176).

Los razonamientos anteriores, en cuanto a los tratados marcos y de ejecución, han sido incorporados a nuestra Carta Fundamental por medio de la reforma de la Ley N° 20.050, de 26 de agosto de 2005. Es así como el Congreso mantuvo la facultad de aprobar o rechazar los tratados solemnes, en que se requiere el quórum que la Constitución exija atendida la materia. Por su parte los acuerdos simplificados o tratados de ejecución, sólo requieren de aprobación del Congreso si se trata de materias de ley. No lo requieren si no es materia de ley o queda dentro de la potestad reglamentaria.

10°.- Que resulta pertinente tener en consideración, además, que nuestro país desde los primeros textos constitucionales reconoció la existencia de ciertos derechos consustanciales a las personas, es así que al interior de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, sobre la base de la redacción de una norma que obligara a respetar los derechos de las personas y limitara la soberanía, se inicia un intercambio de opiniones, señalando el comisionado Jaime Guzmán Errázuriz que “La soberanía tiene un solo límite fundamental que es el derecho natural. Concuera en no decirlo como tal, porque es una expresión vaga, para muchos doctrinaria y tal vez innecesariamente conflictiva. Pero si se podría hablar del respeto a ‘los derechos fundamentales que arrancan de la naturaleza humana’. Ese le parece que es un límite a la soberanía”, concluyendo el presidente señor Ortúzar que la disposición propuesta es de extraordinaria importancia, pues “conforma un régimen en la Carta Fundamental que ni siquiera por vía de la reforma constitucional o por la del plebiscito podría destruirse” (Sesiones 48 y 49, de 25 y 27 de junio de 1974), consideración que se tiene presente al formular la norma del inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República de 1980. Esta construcción determinó que esta Corte Suprema haya expresado en innumerables fallos que “de la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional contenida en el artículo 5° de la Carta Fundamental, queda claramente establecido que la soberanía interna del Estado de Chile reconoce su límite en los valores que emanan de la naturaleza humana; valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente, lo que impide sean desconocidos” (Revista Fallos del Mes N° 446, enero de 1996, sección criminal, fallo 1, considerando cuarto, página 2066), construcción supraconstitucional que importa incluso reconocer que los derechos humanos están por sobre la Constitución Política de la República, entre ellos los que se encuentren en tratados internacionales, no por estar dichos derechos

fundamentales consagrados en instrumentos internacionales, los que siempre tendrán rango legal y deberán ser aprobados por el quórum respectivo, si no por referirse a derechos esenciales, en lo cual existe concordancia con lo resuelto por el Tribunal Constitucional.

Correspondiendo aplicar los instrumentos internacionales suscritos por Chile, resulta especialmente pertinente tener en consideración los principios dados para el Tribunal de Nüremberg, como los extraídos de sus sentencias, así como las declaraciones relativas al genocidio, de 1946 y 1950, Declaración de Principios de Cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los Culpables de Crímenes de Guerra o de Crímenes de Lesa Humanidad, de fecha 3 de diciembre de 1973, y de los Convenios de Ginebra de 1949, que imponen, entre otras la obligación de respeto de los prisioneros y la represión de la vulneración de sus derechos.

Todos estos aspectos, por último constituyen, según se ha expresado, principios de derecho internacional y han pasado a ser *ius cogens*, que los tribunales de todo el mundo están obligados a aplicar. De estimarse incluso que existe contraposición entre las disposiciones objetivas del derecho interno y el derecho internacional, como entre los derechos de quienes reclaman la actuación del estado y aquellos que piden cese la vigencia de la persecución, parece pertinente traer a colación lo enseñado desde hace más de un siglo por don Andrés Bello, en el sentido que ante “el conflicto de dos deberes, se debe preferir el que más importa al género humano” (Obras Completas, Tomo X, Derecho Internacional, página 179) y que en este caso es el esclarecimiento y sanción de una conducta, por lo que la eventual prescripción de la acción penal y amnistía deben ser rechazadas.

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 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.

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

En el mismo sentido la referida Corte ha expresado la inadmisibilidad de las disposiciones relativas a la prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos

humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (Caso Barrios Alto - Perú, sentencia de 14 de marzo de 2001).

En este mismo sentido mediante la Reforma Constitucional se autorizó que el Estado de Chile para reconocer el Estatuto de Roma de 17 de julio de 1998. Norma de Derecho Internacional ratificada por el Estado de Chile, mediante depósito, el 29 de junio de 2009, siendo promulgado mediante Decreto 104, de 6 de julio de 2009, la cual reprime, con carácter imprescriptible, los delitos de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra y contra la paz, entre otros.

Por otra parte, en nuestro país se dictó la Ley N° 20.357, que tipifica los crímenes de lesa humanidad y de genocidio, entre otros. Igualmente se ha legislado sobre la “Declaración de ausencia por desaparición forzada de personas”, mediante Ley N° 20.377, de 10 de septiembre de 2009, con lo cual se integra la terminología de instrumentos internacionales a la legislación interna. En este mismo sentido el Código Procesal Penal dispuso en su artículo 250, la imprescriptibilidad de los delitos que constituyen violaciones a los derechos humanos, conforme a los tratados ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Estas argumentaciones resultan suficientes para sustentar que el Estado de Chile considera ilícitas las conductas de desaparición forzada y de muerte de nacionales en tiempo de conflictos armados internos, calificado como estado o tiempo de guerra, por razones políticas, de manera que los agentes del Estado que actuaron en los hechos a que se refiere la demanda han generado la responsabilidad del Fisco de Chile, quien debe indemnizar a los actores.

11°.- Que en el caso en estudio, los antecedentes reunidos permiten tener por justificados diferentes hechos que han sido calificados de ilícitos; calificación que se impone, además, por cuanto constituyen deberes de los funcionarios del Ejército y Carabineros de Chile atender la seguridad pública, social e individual de la población, en que la existencia de la instituciones tiene su razón en propender a dar eficacia al derecho, según lo dispone el artículo 101 de la Constitución Política de la República.

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.

13°.- Que de acuerdo a los razonamientos anteriores, los jueces de la instancia no han incurrido en error de derecho al no dar aplicación a las normas del Código Civil, sino a las normas constitucionales y los tratados internacionales ratificados por Chile que regulan el tema de la responsabilidad estatal. En efecto, resulta insostenible afirmar que las únicas reglas que existen en nuestro país para regular la responsabilidad del Estado son las contenidas en el Código Civil, desde que ello importa negarle validez y eficacia a normas jurídicas de carácter constitucional, administrativo e internacional que ya han sido aplicadas por los tribunales en materia de violación de derechos humanos. En el presente caso resultan aplicables las disposiciones de la Constitución Política de la República, en especial el inciso segundo del artículo 38, como las de la Ley N° 18.575, de Bases Generales de la Administración, en sus artículos 4° y 42.

14°.- Que en la actualidad la responsabilidad derivada de un actuar ilícito origina una obligación restaurativa, de connotaciones amplias, que implica un proceso y no una mera actuación, en la que participan tanto víctimas como ofensores, atendiendo integralmente sus efectos o consecuencias, sean éstas directas, indirectas e incluso las repercusiones mediatas. En la justicia restaurativa, se distingue de la retributiva y rehabilitadora, por cuanto, sin desatender el castigo y la reintegración social del ofensor, su eje central está planteado en reparar el daño de manera integral, de forma tal que, entendiéndola como un proceso, tiende a buscar multiplicidad de objetos, constituyendo la restauración tanto los resultados reparadores, que incluyen, en la mayor medida posible, la restitución, compensación, reparación, reconciliación, aceptación, hasta llegar a asumir el hecho con todas sus consecuencias, puesto que incluye a todos los que integran el problema: la víctima, el autor, sus familias, otras personas afectadas, la comunidad, en fin, el Estado mismo. Las actuaciones ilícitas no son sólo un problema entre el Estado y el imputado, sino un conflicto en que tienen interés todos aquellos a quienes afectan y en las distintas esferas en que les repercute; conflicto que, por disposición política o normativa, históricamente ha sido asumida por los profesionales de la justicia formal, la cual tiene intervención, pero no es la única instancia, como tampoco la indemnización es la única reparación. La aceptación de esta nueva concepción fue acogida en la Resolución de las Naciones Unidas sobre Principios Básicos en el Uso de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Criminal, adoptada por el Consejo Económico y Social en julio de 2000, luego de ser discutida en el X Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen y Tratamiento de los Delincuentes, celebrado en Viena.

Desde el punto de vista de la justicia restaurativa de una conducta ilícita se debe buscar la forma de remontar y solucionar los perjuicios causados, pero, además, compensar y acompañar, por lo que las prestaciones patrimoniales no solamente buscan reparar un daño, sino que permitir que éstas contribuyan a otros objetivos: alimenticios, financiar tratamientos de salud reparatorios, sean estos físicos o síquicos, formación profesional, establecimiento, recreación o compensatorios del sufrimiento y otros igualmente relevantes. Surge de la idea fundamental de reparar todo daño y, en la mayor medida posible, restituir a la situación existente con anterioridad al hecho que originó el ese daño. No es extraño que se establezcan fundaciones encargadas de administrar los

recursos, con la finalidad de entregar una efectiva restauración. Si bien, en último término existe un desembolso económico de la persona o institución a la cual se condena, éste no puede expresarse sea únicamente patrimonial.

15°.- Que la justicia restaurativa, en la situación concreta de autos, puede buscar afrontar la reparación de todo el daño originado con la conducta que afectó a los actores. En esta perspectiva corresponde enfrentar el tema de la extinción de la acción que pretende declarar la obligación de pagar una suma de dinero por parte del Fisco de Chile; extinción de la acción que debe ser resuelta a la luz de diversas determinaciones: a) Naturaleza del derecho subjetivo cuya declaración se demanda, b) Aplicabilidad del modo de extinguir las acciones prescripción, c) Requisitos de este modo de extinguir las obligaciones, especialmente oportunidad desde la cual se realiza el cómputo del plazo, suspensión, interrupción o renuncia.

16°.- Que respecto de la naturaleza del derecho subjetivo cuya declaración se demanda, en primer término integra la teoría de la responsabilidad del Estado en general y de la Administración en particular, es el denominado contencioso subjetivo o de declaración de derecho. En efecto, la unificación de la responsabilidad integra instituciones aparentemente disímiles, pero que aglutina la referencia común a la lesión originada por la Administración a los particulares, que en algunos casos se expresa de un modo específico de acuerdo a la forma como se ha producido esta lesión. Resulta que de este modo se constituye la garantía integral del patrimonio privado frente a la acción de la Administración, cualquiera sea la actuación desarrollada por ésta. A lo que se atiende es al hecho que ocasiona daño al patrimonio de los administrados, sin exclusiones. "Llegar a esa conclusión, en principio tan obvia, que impone, por tanto, la formulación de un principio de resarcimiento de todos los daños causados por el funcionamiento de la Administración, no ha sido, sin embargo, tarea fácil, ni en nuestro propio Derecho, ni en el panorama general del Derecho comparado" (García de Enterría, obra citada, página 358). Siguiendo al autor citado se puede decir que la importancia de esta concepción está en el cambio de paradigma, pues la óptica radicará no ya en la responsabilidad de quien causó el daño, si se quiere en una reparación por vía de sanción, sino que observando o considerando el patrimonio de la persona lesionada. "La responsabilidad pasará así a convertirse en un mecanismo que se pone en funcionamiento sólo si y en la medida en que se haya producido una lesión patrimonial en el sentido propio a resultas de la acción u omisión de la Administración." "El concepto de lesión se convierte de este modo en el auténtico centro de gravedad del sistema" (obra citada, página 378), que en el caso de nuestro país resulta más exigente, puesto que se requiere que la persona sea "lesionada en sus derechos por la Administración del Estado".

Referida esta materia a las violaciones a los Derechos Humanos y considerando las Directrices de la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985) (1) que entiende por "víctimas" a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de

acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. (2) Se incluye a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización. Por ello podrá considerarse "víctima" a una persona, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. (4) Estas personas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional. (5) Igualmente se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos. (6) Incluso se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas: a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información; b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente; c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial; d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia; e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas. Se expresa (7) que se utilizarán, cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas.

En la misma Declaración se asume el resarcimiento (8) de parte de los delincuentes o los terceros responsables de su conducta, quienes resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo. Ese resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos. (9) Se dispone una posible acción de oficio en este sentido, pues se exhorta a los gobiernos a revisar sus prácticas, reglamentaciones y leyes de modo que se considere el resarcimiento como una sentencia posible en los casos penales, además de otras sanciones penales. Expresamente se indica que (11) cuando funcionarios públicos u otros agentes que actúen a título oficial o cuasioficial hayan violado la legislación penal nacional, las víctimas serán resarcidas por el Estado cuyos funcionarios o agentes hayan sido responsables de los daños causados. En los casos en

que ya no exista el gobierno bajo cuya autoridad se produjo la acción u omisión victimizadora, el Estado o gobierno sucesor deberá proveer al resarcimiento de las víctimas.

Específicamente se aborda en forma concreta la indemnización, manifestando que (12) cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes, los Estados procurarán indemnizar financieramente: a) A las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves; b) A la familia, en particular a las personas a cargo, de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización. En este sentido (13) se fomentará el establecimiento, el reforzamiento y la ampliación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas. Cuando proceda, también podrán establecerse otros fondos con ese propósito, incluidos los casos en los que el Estado de nacionalidad de la víctima no esté en condiciones de indemnizarla por el daño sufrido.

Se preocupa especialmente de la Asistencia integral (14), puesto que las víctimas recibirán la asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria, por conducto de los medios gubernamentales, voluntarios, comunitarios y autóctonos. Socializando tales recursos (15) mediante la información a las víctimas de la disponibilidad de servicios sanitarios y sociales y demás asistencia pertinente, y se facilitará su acceso a ellos. Para desarrollar esta tarea (16) se proporcionará al personal de policía, de justicia, de salud, de servicios sociales y demás personal interesado capacitación que lo haga receptivo a las necesidades de las víctimas y directrices que garanticen una ayuda apropiada y rápida. De igual modo (17) al proporcionar servicios y asistencia a las víctimas, se prestará atención a las que tengan necesidades especiales por la índole de los daños sufridos.

Se refiere especialmente a (B) las víctimas del abuso de poder, entre quienes (18) se entenderá por "víctimas" a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos. En este sentido (19) los Estados considerarán la posibilidad de incorporar a la legislación nacional normas que proscriban los abusos de poder y proporcionen remedios a las víctimas de esos abusos. En particular, esos remedios incluirán el resarcimiento y la indemnización, así como la asistencia y el apoyo materiales, médicos, psicológicos y sociales necesarios. En este mismo sentido (21) los Estados revisarán periódicamente la legislación y la práctica vigentes para asegurar su adaptación a las circunstancias cambiantes, promulgarán y aplicarán, en su caso, leyes por las cuales se prohíban los actos que constituyan graves abusos de poder político o económico y se fomenten medidas y mecanismos para prevenir esos actos, y establecerán derechos y recursos adecuados para las víctimas de tales actos, facilitándoles su ejercicio.

Es así que la declaración de derechos es ampliamente comprensiva, pues las personas afectadas tienen derecho a los recursos judiciales (derecho a la justicia), que se les proporcione información de la forma en que sucedieron los hechos (derecho a la verdad), se sancione a los responsables (derecho a la condena penal) y acceder a los mecanismos de reparación integral del daño (derecho a la restauración). En este último sentido la reparación debe ser proporcional a la gravedad de las violaciones a los derechos fundamentales y al daño sufrido, e incluso la restitución, la compensación, la rehabilitación, la satisfacción y otorgar garantías de no repetición de los hechos delictivos. La restitución consiste en restablecer a la víctima a la situación anterior a la comisión de las violaciones; la compensación es una indemnización por daños, físicos o mentales, por pérdida de oportunidades económicas, laborales, educativas o sociales, y por gastos; la rehabilitación incluye el cuidado médico y psicológico, y servicios legales y sociales; la satisfacción comprende medidas dirigidas a que cesen las violaciones, se esclarezcan los hechos y se reconozca públicamente tales sucesos, como el castigo de los delincuentes; las garantías de no reincidencia residen en reformas democráticas de inclusión, a las instituciones democráticas y a los poderes públicos y sociales, el establecimiento de mecanismos para prevenir y resolver conflictos sociales y la adopción de planes educacionales de promoción de los derechos humanos.

Corresponde, entonces, que los Estados afronten integralmente el fenómeno creado por los victimarios, no por las víctimas, de manera indivisible comprendiendo el establecimiento de la verdad, haciendo justicia, atribuyendo responsabilidad, declarando el derecho a las compensaciones, reconociendo oficial y públicamente la forma en que sucedieron los hechos, curando y rehabilitando a quienes padecieron las violaciones, las cuales se mantienen en sus consecuencias en la medida que no registran una efectiva y eficiente decisión del Estado. El retraso en la respuesta del Estado para reparar integralmente el daño, constituye en sí misma una actuación que lesiona los derechos de las víctimas, puesto que fueron afectadas por agentes del Estado y luego el mismo Estado no les reconoce su derecho a ser reparadas, excusando su propia falta. Puesto que para perseguir tales crímenes ha existido acción de oficio, que impone a los tribunales actuar. Se ven discriminados por la falta de ejercicio de la acción criminal y también discriminados por la falta de compensación.

En la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 47/133, de 18 de diciembre de 1992, se dispone en su artículo 5º: "Además de las sanciones penales aplicables, las desapariciones forzadas deberán comprometer la responsabilidad de sus autores y la responsabilidad civil del Estado o de las autoridades del Estado que hayan organizado, consentido o tolerado tales desapariciones, sin perjuicio de la responsabilidad internacional del Estado, conforme a los principios del derecho internacional".

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

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

Al haber sido determinada la acción que se reclama sea reparada, la lesión está precisada, por lo que solamente corresponde determinar o individualizar el daño y su valoración, que en el presente caso se ha dejado indicada con plena claridad, como, además, se la ha cuantificado por el juez de primera instancia. Ante tales antecedentes procede la plena indemnización del daño ocasionado, sin perjuicio de dejar a salvo toda otra forma de reparación que se desee impetrar de la Administración. Esta forma de entender la responsabilidad de la Administración constituye un paso adelante en la teoría general que la contempla, puesto que se deja abierta la posibilidad que se acrediten las causales que la puedan excluir, respecto de las cuales en esta ocasión no se considera oportuno hacer referencia, pero sí dejamos expresado que en ningún caso podrá impetrarse la ausencia de falta de servicio.

17°.- Que el principio de la indemnidad del afectado en sus derechos por la actuación de la Administración, no descarta, en general, el reconocimiento de ciertas causales que excluyen su responsabilidad. Sin embargo, en la decisión del asunto de autos, debe atenderse al caso concreto, surgiendo la interrogante precisa: ¿es aplicable la prescripción extintiva a la acción que requiere la declaración de un derecho derivado de un hecho que constituye violación de los Derechos Humanos?

El tema se plantea no ya en el reconocimiento de la responsabilidad de la Administración, sino que en la forma como ésta acredita su extinción sobre la base de la prescripción de la acción, pero, además, considerando la calificación de los hechos como violaciones a los Derechos Humanos fundamentales y en especial un ilícito de lesa humanidad.

Surgen al respecto las argumentaciones expresadas por los demás disidentes, que está radicada en la naturaleza de la lesión, como en la unidad de la acción, las que en general este ministro comparte por las razones que se indicarán.

Desde luego este disidente estima inadmisibles las excepciones de prescripción esgrimidas por parte del Fisco, porque es contraria al hecho propio, puesto que existe falta de congruencia en el proceder del Consejo de Defensa del Estado al plantear esta línea de defensa, puesto que, por una parte, no obstante formar parte de la misma Administración, históricamente ha negado por años la existencia del Derecho Administrativo en cuanto éste reconozca derechos a los administrados para dirigirse en contra de aquella, sin embargo, por otra parte, a dicha rama del derecho sí se le

considera como un conjunto de normas especiales que reglan la actividad de la Administración, entre las cuales ciertamente están aquellas que se refieren a sus relaciones con los administrados, pero en un plano preeminente. Desde otro punto de vista, reclama privilegios que se apartan de la noción clásica del Derecho Público, puesto que conforme al principio de legalidad solamente tiene las facultades exorbitantes que el legislador le reconoce, dado que de lo contrario se afecta la igualdad ante la ley y ante la justicia, pero reclama tales poderes exorbitantes sustentadas en facultades “implícitas” a su función de servicio público. Así en todo lo no reglado el administrado no puede invocar derechos respecto de la Administración, sin embargo, ésta efectivamente puede hacerlo incluso contrariando las bases de la institucionalidad constitucional.

Igualmente de manera histórica y clásica dicha institución ha negado “jurisdicción” y competencia a los tribunales ordinarios para conocer de las acciones de los administrados que reclamar de sus actuaciones. Sin embargo, ha requerido de esos mismos tribunales y en los mismos juicios, que emitan declaraciones en su favor, especialmente respecto de las excepciones que interpone.

Esta falta de congruencia se expresa en el hecho que en determinados ilícitos ha autorizado se llegue a un acuerdo con las partes, ante presupuestos de hecho similares y en otros se ha negado, como ocurre en este proceso, sin que se conozcan los antecedentes de su determinación, que no sea la manifestación de una voluntad meramente potestativa.

En fin, busca, con determinación y particular vehemencia, se establezcan los hechos que originan la responsabilidad de la Administración en el campo penal, pero retrocede y contradice su misma acción cuando los afectados reclaman su reparación integral.

18°.- Que para desestimar la excepción de prescripción alegada por la demandada y afirmada en la sentencia recurrida surgen las siguientes consideraciones:

a.- La prescripción por ser una sanción no es posible aplicarla por analogía; analogía de normas de Derecho Privado inaplicables a la Administración la que se rige por el Derecho Administrativo, que forma parte del Derecho Público. Que lo demandado ha sido la indemnización por la detención y posterior desaparición de Eduardo Enrique González Galeno, que se funda en la lesión de los derechos de la actora. La oposición, en lo que interesa al recurso, se sustenta en la prescripción de esta acción. De este modo queda definitivamente establecida la discusión y es respecto de ella que ha de recaer la actividad probatoria y la sentencia para mantener la debida congruencia procesal en la causa. Es así que los requisitos de la sentencia favorable están constituidos por que se acrediten los supuestos de hecho de la acción interpuesta y que el demandado no justifique su oposición.

Si bien el artículo 1698 del Código Civil establece: “Incumbe probar las obligaciones o si extinción al que alega aquellas o ésta”, lo cierto es que el desarrollo de la jurisprudencia ha redefinido el onus probandi, expresando que corresponde la carga probatoria a quien reclama del órgano jurisdiccional la declaración de un derecho, puesto que debe justificar los hechos que constituyen los supuestos de existencia y validez de la pretensión. Del mismo modo, le asiste a

quien sustenta la oposición, acreditar la procedencia y los hechos fundantes de la misma, esto es, que los sucesos que impiden, modifican, transforman o extinguen la pretensión proceden en el evento que se reclama y se encuentren acreditados. Son los presupuestos de la pretensión, en este caso el hecho calificado de crimen de lesa humanidad, los que corresponde probar al actor y aquellos que tienden a desvirtuarlos en su naturaleza, procedencia de la alegación y justificación de su existencia, son de cargo del demandado.

Por su parte el demandado ha sostenido que la excepción de prescripción constituye una institución de aplicación general, universalmente aceptada y regulada en nuestro derecho en el Código Civil, el cual hace expresa mención al Fisco. Sin insistir que esta aplicación de normas de Derecho Privado importan la negación de la disciplina del Derecho Administrativo, ésta alegación resulta del todo improcedente, puesto que sin lugar a dudas de ninguna naturaleza, la prescripción constituye una sanción para el titular de un derecho que no solicita al órgano jurisdiccional su reconocimiento en el tiempo que el legislador contempla. Esta naturaleza sancionatoria impide que se aplique la institución de la prescripción extintiva por analogía, con mayor razón cuando se sustenta en la afirmación que la responsabilidad “extracontractual” es el régimen general del “Derecho Común Civil”, puesto que éste lo constituye el derivado de la responsabilidad contractual y la Administración no se rige por la responsabilidad aquiliana, sino que por principios propios.

Es más, ninguna argumentación sustenta la afirmación que la “prescripción constituye un principio general del derecho destinado a garantizar la seguridad jurídica y como tal adquiere presencia en todo el espectro de los distintos ordenamientos jurídicos, salvo que por ley o en atención a la naturaleza de la materia se determine lo contrario, esto es, la imprescriptibilidad de las acciones”. Por el contrario, no es efectivo el carácter de principio general de la prescripción, de hecho las legislaciones del common law no la reconocen, al respecto se puede destacar el “caso de las Montañas Negras (Black Hills), consistente en que en virtud del Tratado de Fort Laramie de 1868, ‘el gobierno norteamericano delimitó el territorio de la reserva Sioux al interior del cual se encontraba este macizo montañoso. Ahora bien, en 1874, minas de oro fueron encontradas en estas montañas. La administración de Ulises Grant, no respetó el tratado e hizo presión sobre los Sioux para que ellos vendieran las tierras. En 1980 la Corte Suprema (de Estados Unidos, por supuesto) asigna la suma de 122 millones de dólares de indemnización por esta expoliación” (Antoine Garapon, citado por Gonzalo Aguilar Caballo, Evolución de la Jurisprudencia en Materia de Imprescriptibilidad de la Acción Civil en casos de Violaciones de los Derechos Humanos, Gaceta Jurídica N° 341, página 14). Este mismo autor cita un ejemplo del Derecho Romano Germánico o continental, en que Alemania ha indemnizado por el holocausto con reparaciones institucionales, pero también individuales.

Ante la falta de sustento de la afirmación debe justificarse por la demandada la existencia de alguna norma que establezca la prescriptibilidad genérica de las acciones encaminadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad del Estado o de sus órganos institucionales, puesto que, precisamente, en ausencia de ellas, no corresponde aplicar normas de derecho civil a

la Administración, que, en todo caso, no son las disposiciones de derecho común aplicable a la Administración, la cual se rige por principios diversos, conforme lo ha reconocido la jurisprudencia nacional y comparada desde el año 1855, suceso que algunos autores incluso vinculan al 18 de febrero de 1800, con motivo de la dictación de la ley francesa que normó a la Administración con un carácter jurídico, externo, obligatorio y permanente (Máximo Severo Giannini, citado por Rolando Pantoja Bauzá, *El Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica de Chile, página 13).

Pretender aplicar las normas del Código Civil, considerándolo como derecho común, supletorio a todo el ordenamiento jurídico resulta exagerado y desproporcionado, por cuanto el Código Civil tiene una innegable importancia para todo el Derecho, sin embargo, la evolución de las ciencias jurídicas ha permitido establecer principios y normas propias para determinadas materias, lo cual el mismo Código reconoce, al estipular en el artículo 4°, que las disposiciones especiales “se aplicarán con preferencia a las de este Código”. De esta forma el Código Civil es supletorio a todo el Derecho Privado, al que orienta. Pero no debe olvidarse que si bien el fenómeno de la codificación se plantea para construir un sistema integral, estructurado y coordinado de la legislación, la descodificación se ha transformado en la manera empleada por el legislador para adoptar, de manera más dinámica, la forma en que adecua a las nuevas realidades situaciones emergentes que no se encuentran en el sistema existente, atendidas sus finalidades y valores propios.

De esta forma los principios y normas especiales han emergido en relación con el Derecho Público en general y el Administrativo en particular, como una descodificación material, pues responde a postulados diversos y, en no pocas ocasiones, entran en pugna con los del derecho privado, que regula las relaciones desde un plano de igualdad, con plena autonomía de las personas para obligarse. No obstante, esta rama emergente, definida y representativa de la supremacía de la finalidad de servicio público, se aparta de aquellos postulados.

Al reconocer que existe ausencia de normativa que regule la prescripción extintiva de las acciones en el Derecho Administrativo, se reconocen igualmente sus particularidades. Esta ausencia de regulación jurídica para determinadas situaciones impone al juez interpretar, o mejor dicho, integrar la normativa existente, que en el evento de estar sustentados en iguales directrices podrá aplicar la analogía. Al no responder a iguales paradigmas, debe integrarse la normativa con los principios generales del derecho respectivo, en este caso, del Derecho Administrativo y no del Derecho Civil. Así se colige del artículo 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil y, en este mismo sentido, el artículo 38, letra c) de la Corte Internacional de Justicia, dispone: “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: ... c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Principios generales del derecho que reconocen la imprescriptibilidad de las acciones reparatorias derivadas de violaciones a los derechos humanos.

b.- Imprescriptibilidad del derecho reclamado conforme al derecho internacional. De acuerdo a lo sostenido con anterioridad, se ha expresado que los hechos en que sustenta la acción

tienen el carácter de crímenes de lesa humanidad, cuya imprescriptibilidad se ha dejado justificada. Esta imprescriptibilidad se refiere a toda acción que emana de los hechos, la que resulta indivisible, de modo que se refiere tanto al aspecto penal y a la denominada pretensión de reparación integral, derivada de estas mismas normas, las cuales incluso se refieren expresamente a esta última pretensiones, como se puede observar en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, que señala: “Artículo 75. Reparación a las víctimas 1. La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o a sus causahabientes, indicando los principios en que se funda. 2. La Corte podrá dictar directamente una decisión contra el condenado en la que indique la reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación. Cuando proceda, la Corte podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por conducto del Fondo Fiduciario previsto en el artículo 79. 3. La Corte, antes de tomar una decisión con arreglo a este artículo, podrá solicitar y tendrá en cuenta las observaciones formuladas por el condenado, las víctimas, otras personas o Estados que tengan un interés, o las que se formulen en su nombre. 4. Al ejercer sus atribuciones de conformidad con el presente artículo, la Corte, una vez que una persona sea declarada culpable de un crimen de su competencia, podrá determinar si, a fin de dar efecto a una decisión que dicte de conformidad con este artículo, es necesario solicitar medidas de conformidad con el párrafo 1 del artículo 93. 5. Los Estados Partes darán efecto a la decisión dictada con arreglo a este artículo como si las disposiciones del artículo 109 se aplicaran al presente artículo. 6. Nada de lo dispuesto en el presente artículo podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de las víctimas con arreglo al derecho interno o el derecho internacional”.

En el artículo 79 se dispone que por decisión de la Asamblea de los Estados Partes se puede establecer un fondo fiduciario en beneficio de las víctimas de crímenes de la competencia de la Corte y de sus familias. Del mismo modo la Corte podrá ordenar que las sumas y los bienes que reciba a título de multa o decomiso sean transferidos al Fondo Fiduciario. Se establece igualmente la posibilidad de examinar la reducción de la pena, entre cuyas normas se indica en el artículo 110, que se considerará “si el recluso ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las decisiones y órdenes de la Corte en otros casos, en particular ayudando a ésta en la localización de los bienes sobre los que recaigan las multas, las órdenes de decomiso o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas”. Al reglamentar el recurso de apelación se contempla especialmente la posibilidad de impugnar por el representante legal de las víctimas, el condenado o el propietario de buena fe de bienes afectados, podrá alzarse “en contra de la decisión por la cual se conceda reparación”.

En el mismo sentido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por DS. N° 778 (RR.EE.), de 30 de noviembre de 1.976, publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de

1.989 y la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, promulgada por DS. N° 873 (RR.EE.), de 23 de agosto de 1.990, publicado el 5 de enero de 1.991, contienen normas directa o indirectamente referidas a la responsabilidad patrimonial del Estado, los artículos 9.5 y 14.6 del primero de ellos y, muy especialmente, los artículos 68 y 63.1 del último instrumento citado, que hablan de la “indemnización compensatoria” fijada en las decisiones condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del deber de reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración del derecho o libertad conculcados y “el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

El derecho internacional humanitario provee también otras disposiciones relativas a la obligación de las Partes contratantes de pagar una indemnización en caso de violación de sus normas. Tal sucede, v. gr., con los artículos III de la Convención de La Haya, concerniente a las leyes y costumbres de la guerra terrestre; en los Convenios de Ginebra, de 4 de agosto de 1.949, particularmente en los artículos 68, relativo al trato de los prisioneros de guerra y 55, del que versa sobre protección de las personas civiles en tiempo de guerra, así como en el artículo 91 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.

La Asamblea General de Naciones Unidas aprobó, mediante resolución A/RES/60/147, de 24 de octubre de 2005, los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”. Al efecto dispone “7. La prescripción de otras violaciones o de las acciones civiles no debería limitar indebidamente la posibilidad de que la víctima interponga una demanda contra el autor, ni aplicarse a los períodos en que no haya recurso efectivos contra las violaciones de las normas de derechos humanos y del derecho internacional humanitario”, de lo que se sigue que incluso la prescripción no puede impedir la posibilidad que la víctima interponga la demanda respectiva, puesto que estas pretensiones se rigen por el derecho interno, pero considerando sus obligaciones derivadas del derecho internacional, agregando, en todo caso que “los Estados resarcirán a las víctimas de sus actos u omisiones que violen las normas internacionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario”.

La referencia que se efectúa a la normativa internacional está relacionada con el hecho de la consagración de la reparación integral del daño, aspecto que no se discute en el ámbito internacional, en el que no se trata únicamente de la reparación a Estados o grupos poblacionales, sino que a personas individualmente consideradas; reparación que se impone a los autores de los crímenes, pero también a instituciones y al mismo Estado. También esta normativa internacional no ha creado un sistema de responsabilidad, lo ha reconocido, pues, sin duda, siempre ha existido, evolucionando las herramientas destinadas a hacer más expedita, simple y eficaz su declaración, en atención a la naturaleza de la violación y del derecho quebrantado.

En este mismo sentido no está lejos de la mirada del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, además de la condena a los culpables, su posterior rehabilitación y la reparación integral a las víctimas, el carácter preventivo de todo lo anterior, puesto que el establecimiento de la verdad y adopción de medidas justas, previene y disuade que conductas como las reprimidas vuelvan a ocurrir, dado que, aunque pase el tiempo, en algún momento la población local o la humanidad en general reacciona y dispone aquello que corresponde ante hechos de graves connotaciones, así todo eventual infractor está advertido que aunque pasen muchos años, su conducta será perseguida y sancionada. A este respecto resultan pertinentes las palabras del juez estadounidense R.H. Jackson, en el informe al Presidente de su país, de 7 de octubre de 1946, que al referirse a los procesos penales seguidos por el Tribunal de Nüremberg, “contribuían a la afirmación del principio de legalidad, sustantiva y procesal (con la tipificación de conductas y el establecimiento de la responsabilidad penal individual por su comisión), a la determinación de los hechos, al afianzamiento de la paz, y a la humanización del Derecho Internacional (Report of Robert H. Jackson, citado por Ana Morell, Funciones y Límites de la Jurisdicción Penal Internacional, artículo facilitado por la Dirección de Estudios de la Corte Suprema).

En este mismo sentido ya se ha expresado, que el Consejo de Seguridad al crear el Tribunal Penal Internacional para la Ex – Yugoslavia, mediante Resolución 827, de 25 de mayo de 1993, tuvo en consideración que permitiría el castigo de las personas responsables de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario y que contribuiría a la restauración y mantenimiento de la paz para poner fin a las violaciones y reparar de forma eficaz los derechos violados. Iguales consideraciones se tendrán presente por el Consejo de Seguridad al crear el Tribunal Penal Internacional para investigar los crímenes cometidos en Ruanda, dictando la Resolución 955, de 8 de noviembre de 1994, expresando que permitiría el castigo de los responsables y contribuiría al proceso de reconciliación nacional y a la restauración y el mantenimiento de la paz para poner fin a las violaciones y reparar de forma eficaz los derechos violados.

Siguiendo con esta perspectiva se puede expresar que, ciertos instrumentos internacionales universales y regionales, recomiendan tener presente las necesidades de las víctimas en el proceso penal y su asistencia a través de medidas dispuestas para aliviar los daños físicos, psicológicos, materiales y sociales, así como la reparación de los derechos violados, pudiendo citarse al efecto la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas N° 40/34, de 1985, párrafos 4 a 17; Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, artículos 1, 2, 10, 25, 63 y 68; Convención Europea sobre Reparación a las Víctimas de Crímenes Violentos de 1983, artículos 1 a 11, y Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, con sus Protocolos 3, 5, 8 y 11.

c.- Principio de congruencia y coherencia. Sin perjuicio de la congruencia requerida a la demandada, resulta indispensable pedir lo propio a los magistrados que resuelven los conflictos

jurídicos, aspecto que la doctrina denomina “principio de coherencia”, puesto que no se observan razones para decidir de manera diversa las excepciones de prescripción extintiva de las acciones que tienen por objeto imponer sanciones penales a los responsables y aquellas que reclaman la reparación integral del daño a todos los responsables, puesto que, con esto se afectan las garantías de igualdad y no discriminación. En efecto, no se advierte la razón por la cual cuando quien persigue la responsabilidad es el Estado la acción es imprescriptible y al dirigir la acción en contra del Estado, derivado de los mismos hechos, ésta se torna en prescriptible.

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

19.- Que en todo caso, este principio de interpretación se identifica con el “pro homine o favor persona”, que tiene por objeto aplicar siempre la norma que mejor asegure y garantice la vigencia de los derechos fundamentales. Cuando hay dos posibles normas referentes a derechos fundamentales, una de derecho interno (acción posiblemente prescriptible) y otra de derecho internacional (acción imprescriptible) que consagran soluciones antagónicas, corresponde necesariamente preferir las que permiten reconocer, declarar y potenciar el ejercicio de derechos.

Al respecto el Tribunal Constitucional de Chile, en la causa rol N° 740-07, en sentencia de 18 de abril de 2008, en su considerando 69° dejó establecido, en lo pertinente: “Que de todo lo expuesto sólo es posible concluir que la existencia de una norma reglamentaria que contiene disposiciones que pueden llevar a afectar la protección del derecho a la vida de la persona que está por nacer y que la Constitución buscó cautelar especialmente, la vulnera porque la sola duda razonable, reflejada en las posiciones encontradas de los expertos del mundo de la ciencia, de que la aplicación de esas normas reglamentarias pueda llegar a afectar el derecho a la vida del *nasciturus*, obliga al juez constitucional a aplicar el principio “favor persona” o “pro homine” en forma consecuente con el deber impuesto al Estado por la Carta Fundamental de estar al “servicio de la persona humana” y de limitar el ejercicio de la soberanía en función del respeto irrestricto del derecho más esencial derivado de la propia naturaleza humana de la que el *nasciturus* participa en plenitud.”

“En consecuencia, este Tribunal sólo puede concluir que el imperativo de proteger y promover el derecho a la vida, que se desprende del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución, en relación con el artículo 19 N° 1 de la misma, conduce a declarar inconstitucionales las Normas Nacionales” que señala. De igual forma en causa rol N° 1361-09, en sentencia de 13 de mayo de 2009, en su considerando 73° estableció: “Que, por otra parte, en el ejercicio de sus funciones, este Tribunal debe buscar aquella interpretación que se avenga mejor con el respeto de los derechos constitucionales. Así lo ha sostenido:

“En tal sentido, parece ineludible tener presente el principio “pro homine” o “favor libertatis” definido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: “Entre diversas opciones se ha de escoger la que restringe en menor escala el derecho protegido (...) debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana” (Opinión Consultiva 5, 1985);” (Rol 740)”.

Este principio ha sido ampliamente reconocido por tribunales internacionales de América y Europa.

20°.- Que por lo razonado hasta ahora, resulta contradictorio emitir pronunciamiento en cuanto a los requisitos de procedencia de la prescripción extintiva de las acciones que tienen por objeto obtener la declaración de la obligación de reparar el daño causado por violaciones a los Derechos Humanos, puesto que se sostiene por este disidente que tales pretensiones son imprescriptibles.

21°.- Que por tales argumentaciones no concurre en el fallo de la Corte de Apelaciones el error de derecho denunciado, por haber aplicado los tratados internacionales ratificados por Chile y actualmente vigentes que regulan la responsabilidad del Estado, puesto que, a lo menos, el Estado debe cumplir las obligaciones de investigar, sancionar y reparar.

El hecho en que se sostiene la demanda tiene la calificación de crimen contra la humanidad, los cuales son imprescriptibles en sus acciones, por lo que no es posible que una norma de orden interno y de Derecho Privado, como lo es el Código Civil, establezca plazos que una vez vencidos eximan al Estado de reparar a las víctimas, circunstancia que está en contradicción con lo estatuido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que, según se ha dicho, su artículo 63, establece uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados, puesto que cuando ha existido violación a los derechos humanos surge para el Estado infractor la obligación de reparar la acción con el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Los sentenciadores no incurrieron en error de derecho al reconocer el carácter imprescriptible de los hechos generadores de la obligación de reparar que pesa sobre el Estado de Chile, derivados de violaciones a los derechos humanos, en especial al constituir el caso de autos un crimen de lesa humanidad, según lo establecido en el artículo 6 del Estatuto Constituyente del Tribunal Internacional de Nüremberg y el Principio VI del Derecho Internacional Penal Convencional y Consuetudinario, textos que forman parte de los principios y normas consuetudinarias de Derecho Internacional Humanitario, que es también derecho aplicable en nuestro país. Por ello, así como los crímenes de lesa humanidad son imprescriptibles, lo son también las acciones reparatorias que surgen de tales delitos.

22°.- Que, en todo caso, si bien los hechos ocurrieron el 14 de septiembre de 1973, lo cierto es que la Ley N° 19.123 dispuso que la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación tendrá por objeto “la coordinación, ejecución y promoción de las acciones necesarias para el cumplimiento de las recomendaciones contenidas en el Informe de la Comisión

Nacional de Verdad y Reconciliación, creada por Decreto Supremo N° 355, de 25 de abril de 1990” y que le corresponderá especialmente:

“1.- Promover la reparación del daño moral de las víctimas a que se refiere el artículo 18 (las personas declaradas víctimas de violaciones a los derechos humanos o de violencia política) y otorgar la asistencia social y legal que requieran los familiares de éstas para acceder a los beneficios contemplados en esta ley”.

“2.- Promover y coadyuvar a las acciones tendientes a determinar el paradero y las circunstancias de la desaparición o muerte de las personas detenidas desaparecidas y de aquellas que no obstante existir reconocimiento legal de su deceso, sus restos no han sido ubicados. En el cumplimiento de este objetivo deberá recopilar, analizar y sistematizar toda información útil a este propósito”.

“3.- Guardar en depósito los antecedentes reunidos tanto por la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación como por la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación y todos aquellos que, sobre casos y asuntos similares a los por ella tratados, se reúnan en el futuro.- Podrá asimismo, requerir, reunir y procesar el conjunto de la información existente en poder de entes públicos, así como solicitarla a entes privados, que diga relación con las violaciones a los derechos humanos o la violencia política a que se refiere el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación”.

“El acceso a la información deberá asegurar la absoluta confidencialidad de ésta, sin perjuicio que los Tribunales de Justicia puedan acceder a dicha información, en los procesos sometidos a su conocimiento”.

“4.- Recopilar antecedentes y efectuar las indagaciones necesarias para dictaminar en aquellos casos que conoció la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y en que no le fue posible formarse convicción respecto de la calidad de víctima de violaciones a los derechos humanos o de la violencia política del afectado o respecto de casos de la misma naturaleza, sobre los que no tuvo conocimiento oportuno o, habiéndolo tenido, no se pronunció sobre ellos por falta de antecedentes suficientes”.

“En esta materia procederá con arreglo a las mismas normas prescritas para dicha Comisión en el Decreto Supremo N° 355, del Ministerio del Interior, del 25 de abril de 1990, que la creó”.

“Los casos referidos en el párrafo anterior de este número deberán ponerse en conocimiento de la Corporación dentro de los 90 días siguientes a la publicación de su Reglamento interno en el Diario Oficial, y serán resueltos dentro de un año contado desde la misma publicación”.

“Si la Corporación se forma convicción sobre la calidad de víctima de una persona, lo comunicará de inmediato a los órganos pertinentes de la Administración del Estado a fin de que concedan a los beneficiarios los derechos y prestaciones que les otorga la presente ley”.

“5.- Celebrar convenios con Instituciones o Corporaciones sin fines de lucro, para que éstas presten la asistencia profesional necesaria para cumplir con los fines de la Corporación, incluidos beneficios médicos”.

“6.- Formular proposiciones para la consolidación de una cultura de respecto de los derechos humanos en el país”.

Las personas calificadas de víctimas de violaciones a sus derechos fundamentales tendrán acceso a beneficios económicos mediante una pensión mensual, como, además, de caracteres médicos, físicos y psicológicos, educacionales y relacionados con exclusión de cumplir la carga personal del Servicio Militar.

Este hecho constituye una renuncia expresa a cualquier prescripción y se genera un reconocimiento expreso de los derechos de las víctimas, el que no puede ser posteriormente negado, dado que de éste deriva el reconocimiento del Estado de la calidad de víctimas de violaciones a los Derechos Humanos, entre otros a los actores, con motivo de la dictación de la Ley N° 19.123, de 8 de febrero de 1992.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que, de estimarse aplicables en la especie las normas sobre prescripción que contiene el Código Civil, la dictación de la mencionada normativa constituye en si misma, a lo menos, interrupción de cualquier prescripción, como ha tenido ocasión de disponerlo esta Corte Suprema en sentencia dictada en los autos Rol N° 4753-2.001, de 15 de mayo de 2002, considerandos 12° y 13°).

Por otra parte constituye jurisprudencia reiterada de esta Corte en el sentido que la denuncia del hecho ante la justicia del crimen, originando la suspensión de la acción penal, es motivo suficiente de interrupción de la acción civil, como lo ha sostenido la parte del Fisco, especialmente con motivo de la persecución de ilícitos que tipificados de fraude tributario. En efecto, se ha señalado que la interposición de las querellas criminales, dirigidas en contra de todos quienes pudieran tener alguna responsabilidad en los sucesos, tiene la virtud de dirigir la acción en contra de ellos, por lo que, de igual modo se cumpliría con la suspensión de la prescripción de la acción penal (jurisprudencia sostenida por la Segunda Sala Penal de la esta Corte en sentencias de fecha 27 de septiembre de 2000, dictada en los autos rol N° 4.367-1999 y de fecha 27 de septiembre de 2001, dispuesta en los autos Rol N° 3.574-2000, entre otras).

Se deja constancia que para resolver como se hizo el Tribunal dio aplicación a las reglas pertinentes contenidas en el párrafo 2.- “Los acuerdos de las Corte de Apelaciones” del Título V del Código Orgánico de Tribunales, aplicable a la Corte Suprema en virtud de lo dispuesto en el artículo 103 del mismo cuerpo legal, optando los Ministros señores Valdés y Carreño y señora Pérez por estimar, para el solo efecto de lograr acuerdo en los términos que exige el inciso primero del artículo 85 del aludido Código, que el plazo de prescripción de cuatro años que consagra el artículo 2332 del Código Civil ha de principiar a computarse en la oportunidad que se indica en el fundamento Décimo Tercero y no desde la fecha de perpetración del acto, con lo que se zanjó la discordia producida y se formó sentencia al respecto.

Registrese.
N° 10.665-2011.

Sr. Dolmestch

Sr. Araya

Sr. Valdés

Sr. Carreño

Sr. Pierry

Sr. Künsemüller

Sr. Brito

Sr. Silva

Sra. Egnem

Sra. Sandoval

Santiago, veintiuno de enero de dos mil trece.

De conformidad con lo que dispone el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie en virtud de la remisión que efectúa el artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, se procede a dictar el siguiente fallo de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de su fundamento 13°, que se elimina.

Y teniendo en su lugar y además presente las consideraciones vertidas en los motivos Tercero a Décimo Cuarto del fallo de casación que antecede y de conformidad, asimismo, con lo dispuesto en los artículos 186 y 227 del Código de Procedimiento Civil, se acoge la excepción de prescripción opuesta por el Fisco de Chile en lo principal de la presentación de fojas 2533 y se declara que se rechaza en todas sus partes, sin costas, la demanda civil de indemnización de perjuicios deducida por la actora Nelly González Galeno en el primer otrosí del escrito de fojas 2448.

Acordada contra el voto de los Ministros señores Juica, Muñoz, Dolmestch, Araya, Künsemüller, Brito y suplente señor Escobar, quienes fueron de opinión de rechazar la excepción de prescripción opuesta por el Fisco de Chile, en atención a los fundamentos vertidos en los votos disidentes de la sentencia de casación.

Regístrese y devuélvase.

Rol N° 10.665-2011.

Sr. Dolmestch

Sr. Araya

Sr. Valdés

Sr. Carreño

Sr. Pierry

Sr. Künsemüller

Sr. Brito

Sr. Silva

Sra. Egnem

Sra. Sandoval

Anexo N°2: Respuesta dada por el Gobierno de Chile con fecha 27 de junio de 2014 a la petición P-1676-09 Miguel Ángel Rodríguez Gallardo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.



Santiago, 27 JUN 2004

REF.: Petición P-1676-09
Miguel Ángel Rodríguez Gallardo

Señor
Emilio Álvarez Icaza
Secretario Ejecutivo
Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Washington D.C., Estados Unidos de América

Excelentísimo señor Secretario:

Por medio de la presente, el Estado de Chile viene a pronunciarse sobre los aspectos de admisibilidad de la denuncia:

La denuncia y sus antecedentes

Se ha presentado una denuncia en contra del Estado de Chile, por los señores Nelson Caucoto Pereira y Franz Moller Morris, en representación de Víctor Manuel Rodríguez Gallardo, en que se alega la falta de reparación civil por los hechos que afectaron a su hermano Miguel Ángel Rodríguez Gallardo.

Analizados los antecedentes aportados por los peticionarios, y sin perjuicio de las observaciones que sobre el fondo puedan formularse en su oportunidad, respecto a la alegación de falta de reparación civil el Estado no tiene reparos que plantear relativos al cumplimiento de los requisitos de forma.

Sin embargo, respecto a las alegaciones referidas **al Derecho a la vida, derecho a la integridad personal y derecho a la libertad personal**, el Estado hace el siguiente alcance:



Las Reservas del Estado de Chile a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El retorno de la democracia en el Estado de Chile, marcó el inicio de un largo y arduo proceso de actualización y adecuación de la conducta y de las normas internas a los estándares internacionales en materia de Derechos Humanos.

El hecho más significativo fue la aprobación de la reforma constitucional al artículo 5 que implicó un reconocimiento general a los tratados internacionales en esta materia. La modificación del inciso segundo del mencionado artículo de la Constitución, se acordó en el siguiente sentido:

“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”.

Instalado el gobierno democrático, el nuevo Parlamento aprobó y posteriormente ratificó una serie de Tratados relativos a la materia. En particular, la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por la unanimidad de los miembros del Congreso, fue ratificada y depositado el instrumento respectivo el 21 de Agosto de 1990.

Sin perjuicio de ello, en el caso particular del Pacto de San José de Costa Rica, el depósito del instrumento de ratificación fue hecho ante la Organización de los Estados Americanos con las siguientes declaraciones o reservas¹:

- a) El gobierno de Chile declara que reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por tiempo indefinido y bajo condiciones de reciprocidad, para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos previstos en el artículo 45 de la mencionada Convención.
- b) El gobierno de Chile declara que reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte Interamericana de Derechos

¹ Decreto Supremo N°873 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario oficial de la República el 05 de Enero de 1991. Es pertinente aclarar, además, que el contenido y alcance de estas reservas, contrario a la práctica ordinaria en nuestro país, y precisamente para dotarlas de la mayor legitimidad, fue puesto en conocimiento del Congreso el que las aprobó por amplísima mayoría”.



Humanos respecto de los casos relativos a la interpretación y aplicación de esta Convención de conformidad con lo que dispone su artículo 62.

Al formular las mencionadas Declaraciones, el gobierno de Chile deja constancia que los reconocimientos de competencia que ha conferido se refieren a hechos posteriores a la fecha del depósito de este Instrumento de Ratificación o, en todo caso, a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior al 11 de Marzo de 1990. Igualmente, el Gobierno de Chile, al conferir la competencia a la Comisión y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, declara que estos órganos, al aplicar lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 21 de la Convención, no podrán pronunciarse acerca de las razones de utilidad pública o de interés social que se hayan tenido en consideración al privar de sus bienes a una persona”.

Por su parte, es pertinente recordar que la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969) prescribe que las reservas son una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”.

A su turno, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-2/82 ha esclarecido que:

“Es imposible leer los trabajos preparatorios de la Convención sin reconocer que el propósito primordial de la referencia a la Convención de Viena en el artículo 75, fue el de permitir a los Estados adherirse a la Convención con un sistema de reservas muy liberal”².

En esta misma línea argumental, y de una interpretación sistemática de los artículos 74 y 75 de la Convención Americana y de los artículos pertinentes de la Convención sobre Derecho de los Tratados (en especial artículos 19 y siguientes), la propia Corte concluyó que:

“Se deduce de allí que el artículo 75 permite que los Estados ratifiquen o se adhieran a la Convención con cualquier reserva que ellos quieran

² Cfr. Corte I.D.H. **Opinión Consultiva OC-2/82**, de 24 de Septiembre de 1982, *El efecto de las Reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75)*, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 25.



hacer, siempre y cuando ésta no sea "*incompatible con el objeto y fin*" de la misma"³.

Por lo tanto, corresponde determinar si las reservas interpuestas por el gobierno de Chile, en definitiva, son incompatibles con el objeto y fin de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Al respecto, el gobierno de Chile reconoce las características especiales de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, en el sentido de que éstos no son tratados multilaterales de tipo tradicional, es decir, en beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados parte. Asumimos pues, que al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.

Atendamos entonces al contenido de las reservas del gobierno de Chile, a fin de determinar si se encuentran en contradicción con el artículo 75 del Pacto, es decir, si son o no contrarias al objeto y fin del tratado.

De la lectura del Decreto Promulgatorio antes transcrito, podemos apreciar que los reconocimientos de competencia se hicieron, imponiendo dos clases de limitaciones. La primera, una restricción *ex ratione temporis*, y la segunda, una *ex ratione materiae*.

La segunda de las hipótesis escapa al análisis propuesto para este caso particular, pero sólo por vía enunciativa digamos que Chile restringió su reconocimiento de competencia para situaciones de expropiación por causa de utilidad pública o interés social, en el sentido de que tales motivaciones no podían ser examinadas en su mérito por los órganos de supervisión internacionales.

La primera de las restricciones, precisamente se integra en el caso de la especie. Se trata de una restricción temporal, es decir, el reconocimiento de competencia a los órganos de supervisión se realizó desde el depósito del instrumento de ratificación hacia adelante, con expresa exclusión de situaciones cuyo principio de ejecución datara de una fecha anterior al 11 de Marzo de 1990 (asunción del primer gobierno democrático después del régimen *de facto*).

³ Cfr. Corte I.D.H. Opinión Consultiva OC-2/82, de 24 de Septiembre de 1982, *El efecto de las Reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75)*, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 22.



Esta reserva respondía a la convicción de los gobiernos democráticos en orden a realizar ingentes esfuerzos para resolver las violaciones de los derechos humanos del pasado reciente en el ámbito doméstico. En tal sentido, son numerosas las iniciativas emprendidas. Sólo por citar las más conocidas, mencionemos la Comisión de Verdad y Reconciliación (Comisión Rettig), la Ley N°19.123 sobre reparaciones a las víctimas de violaciones a los derechos humanos, la Mesa de Diálogo, y la Comisión sobre Prisión Política y Tortura.

Ello de ninguna manera ha pretendido desconocer la utilidad de los mecanismos de la Comunidad Internacional para atender estas situaciones, pero trasunta el convencimiento de que son los propios chilenos y los órganos elegidos democráticamente, los llamados, en primer lugar, a intentar resolver las heridas dejadas por las violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura militar.

En conclusión, la restricción *ex ratione temporis* de la competencia de los órganos del Sistema Interamericano, bajo ningún respecto puede ser considerada como contraria al objeto y fin de la Convención. Al contrario, además de las razones precedentemente anotadas, la limitación se deriva de una regla de sentido común, a saber, el Estado se somete a la supervisión internacional sólo desde el momento de la ratificación, o mejor dicho, sólo desde que puede razonablemente responder por los hechos cometidos bajo su imperio. Ciertamente, éste es soberano para resolver sobre las condiciones en que se someterá a la mencionada supervisión internacional.

Por lo tanto, estamos en presencia de un ejercicio responsable y fundado (en razones de orden público y bien común) de la soberanía.

En el caso particular sometido al conocimiento de la Comisión, nos encontramos con hechos que caen precisamente en esta restricción temporal, pues la causa eficiente de los derechos aparentemente conculcados reconoce su origen en la desaparición del Sr. Miguel Angel Rodríguez Gallardo, hecho ocurrido el día 28 de agosto de 1984.

Por lo antes señalado, esa Ilustrísima Comisión carece de competencia para conocer de dicha denuncia.

Hago propicia la oportunidad para expresar a V.E. las seguridades de mi más alta y distinguida consideración.



HERNÁN QUEZADA CABRERA
Director de Derechos Humanos