La interpretación judicial de la ley[1]

Hugo Rosende Álvarez
Director del Departamento de Derecho Privado
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Introducción

En los medios de comunicación social, en las encuestas de opinión pública y en el foro aparecen críticas al Poder Judicial fundadas en la existencia de fallos contradictorios entre sí, pese a versar sobre la misma materia y sujetos a las mismas normas legales; otras se encaminan a la falta de certeza jurídica, porque al decidirse de distinta manera situaciones análogas no es previsible la conducta de los jueces ni se respeta la igualdad ante la ley; finalmente, las críticas se dirigen a la influencia de factores no estrictamente jurídicos en las sentencias judiciales.

Esos planteamientos apuntan a un problema que permanece sin resolver y que quizá nunca tenga solución en la tarea de interpretar la ley, cual es el de zanjar la permanente disputa entre la prevalencia de la ley o de la personalidad del juez en las decisiones de la judicatura.

En este artículo nos proponemos recordar el pensamiento de Bello, así como de otros autores, acerca de la interpretación de las leyes, además de mostrar ejemplos prácticos del sentir de los jueces respecto de la hermenéutica judicial, todo lo cual nos hace pensar que la aspiración de una jurisprudencia uniforme y permanente es una quimera.

A. Andrés Bello y el estudio del Derecho Romano

Bello tenía el sello característico de los jurisconsultos romanos. El amor por la justicia; la educación de la juventud que debe saber "discernir lo justo de lo injusto"; la inquietud del saber jurídico; la observación de la vida nacional

[1] El autor agradece a los profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo doña Isabel Warnier R. y don Hugo Fábrega V., por su valioso aporte en este articulo.

para buscar solución de los problemas en el orden legislativo y judicial, y el permanente sentido de creación de los medios para dar justicia.[2]

La justicia es para Bello una virtud, como lo fue para los romanos.[3] Para éstos el derecho tiene su función en la justicia, que es una virtud que consiste en la voluntad constante de dar a cada uno lo suyo (Digesto 1,1,10) y desde el aspecto de la justicia el derecho es el arte de lo justo y de lo bueno (Digesto 1, 1, 1).[4]

Para el autor del Código Civil chileno, la justicia es la conformidad de nuestras acciones con las leyes, y la jurisprudencia es la ciencia que enseña a conocer, interpretar y aplicar las leyes. Finalmente, Bello piensa que sólo hay justicia donde hay ley y ésta se cumple, y hay jurisprudentes donde existen leyes positivas.[5] Y por ley entiende "un precepto general del soberano, que impone a los ciudadanos la obligación de arreglar a él su conducta".[6]

Bello sigue así una tendencia pragmática y positivista. Restringe de esta manera el derecho a una colección de leyes[7] y se transforma en iuspositivista.

Sus convicciones íntimas, sin embargo, se expresan en sus apuntes sobre principios de Derecho Romano, en los cuales guarda silencio acerca de la Justicia y el Derecho, porque no desea exponer una doctrina romana de origen estoico en la que no cree. Mas, en lo tocante al iuspositivismo o iusnaturalismo, Bello, en la docencia, repite el concepto escolástico de origen ciceroniano de que el derecho natural es el que Dios mismo ha promulgado al género humano por medio de la recta razón natural.[8]

1. Las ideas iuspositivistas defendidas por Bello y la oposición iusnaturalista

El ideario público de Bello en torno a la filosofía iuspositivista se alimenta de las obras de Bentham, que bien conoció en Inglaterra y refleja cierta coincidencia con el pensamiento de Kant.

---

[2] Hugo Hanisch Espíndola, *Andrés Bello y su obra en Derecho Romano*, p. 25, Ediciones del Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas, Santiago, 1983.

[3] Ibíd., p. 36.

[4] Ibíd., p. 77.

[5] Ibíd., p. 78.

[6] Ibíd., p. 70.

[7] Ibíd., p. 381.

[8] Ibíd., p. 382. Bello explica que toda ley supone una autoridad de que dimana. Como las naciones no dependen unas de otras, las leyes o reglas a que debe sujetarse su conducta recíproca sólo pueden serles dictadas por la razón, que, a la luz de la experiencia, y consultando el bien común las deduce

Bello luchaba contra la fuerte raigambre hispana del iusnaturalismo, traída a nuestras tierras por los conquistadores y hecha carne y sangre de su tradición hispana y colonial.

Las doctrinas de Vitoria sobre la conquista; del padre Las Casas sobre la libertad de los indios; el argumento de equidad en la determinación de las penas, que no era sino una aplicación del principio enunciado por Cicerón, padre del Derecho Natural romano, de: *summum ius, summa iniuria*; el derecho del pueblo de darse un gobierno, base de los cabildos y juntas; y a juzgar y deponer al mal gobernante o al gobernante injusto; la costumbre admitida de que la orden del rey se obedece, pero no se cumple, son consecuencias del principio de Derecho Natural español de que la ley injusta no es ley.[9]

Contra esa posición lucha Bello al afirmar que la sola justicia está en la adecuación de los actos con la ley, y para ello debió silenciar en sus estudios de Derecho Romano todo el capítulo de la justicia y el derecho, a pesar de que su maestro Heinecio lo desarrolla con minucioso análisis.[10]

2. Derecho objetivo y subjetivo en Bello

Andrés Bello señalaba que: "La palabra derecho (*ius*) en su sentido objetivo abraza las máximas y verdades que se dirigen a realizarlo en la vida, ya tengan ellas una existencia histórica, o solamente especulativa".[11]

"En el sentido subjetivo, dice, se llaman derechos (iura) las facultades humanas que nacen de la idea del derecho, y que el Estado reconoce y protege; puesto que la voluntad general jurídica debe demarcar a cada individuo, de un modo claro y preciso, su círculo de libertad exterior, en esfera de derecho, dentro de la cual pueden moverse sin que los otros le estorben, y sin que él mismo invada las esferas de libertad o derecho en que pueden moverse los otros; y mientras no sale del círculo que se ha trazado, está en su derecho, ejercita sus propios derechos, y el Estado le protege contra toda invasión exterior".[12]

Como consecuencia de todo lo anterior, "cada particular está obligado a respetar la esfera de la libertad exterior asignada a cada uno de los demás hombres,

---

del encadenamiento de causas y efectos que percibimos en el orden físico y moral del universo. El Ser Supremo, que ha establecido estas causas y efectos, que ha dado al hombre un irresistible conato al bien o la felicidad y no nos permite sacrificar la ajena a la nuestra, es, por consiguiente, el verdadero autor de estas leyes, y la razón no hace más que interpretarlas.

[9] Ibíd., p. 71.

[10] Ibíd., p. 71.

[11] Ibíd., p. 71.

[12] Ibíd., pp. 71y 72.

y este respeto constituye la justicia, que es la conformidad de las acciones al derecho. Recíprocamente, toda invasión de la esfera de libertad ajena, todo voluntario estorbo al ejercicio de los derechos de otro individuo, es un tuerto, una injusticia".[13]

3. Principio trascendente en Bello para buscar las bases del Derecho

La base trascendente del derecho Bello la encuentra en la libertad humana. Ella no es la libertad de los romanos definida en las *Institutas*, es una libertad garantizada por el Estado, regulada indirectamente por éste, fundamento del respeto de los demás, y de la cual nace un derecho de verdades y máximas, trascendente a las normas mismas.[14]

El positivismo era indispensable para Bello y su labor en la ordenación del sistema jurídico chileno. El caos legal imperante en esa época, del que tanto se lamentaba, como lo expresa en el Mensaje del Código Civil, sólo podía ser despejado mediante la dictación de leyes precisas que derogaran todo lo anterior, al igual que toda tradición costumbrista que pudiera torcer el sentido de las leyes o variar su recta aplicación.[15] Así se explica que al referirse al valor de la costumbre civil la acepte siempre que la ley se remita a ella, denegándole toda fuerza obligatoria a la costumbre en silencio de ley o contraria a ésta.[16]

Para que Bello pudiera llevar a cabo sus grandes aspiraciones era necesario establecer el principio de que la única ley válida era, en adelante, la que dictara el legislador, y que lo que no emanara de esta fuente carecía de todo valor.[17]

B. Andrés Bello y la interpretación

Bello, separándose del criterio del Código de Napoleón, introdujo normas expresas respecto a la interpretación de la ley, como aparece en los artículos 19 a 24 y en algunas otras disposiciones, como los artículos 3°, 4°, 11 y 13 del Código Civil chileno.[18]

[13] Ibíd., p. 72.
[14] Ibíd., p. 72.
[15] Ibíd., p. 76.
[16] Artículo 2° del Código Civil: "La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella".
[17] Hanisch, op. cit., p. 76.
[18] Carlos Ducci Claro, *Interpretación Jurídica*, p. 91, Editorial Jurídica de Chile, 1977.

1. Explicaciones en el diario "El Araucano", de 30 de septiembre de 1842 y, en parte, como nota en el Proyecto Inédito

Dice el autor del Código Civil lo siguiente:

"Nos inclinamos a creer que muchas cuestiones no se suscitarían, o llegarían con más facilidad a una solución satisfactoria, si por una y otra parte se siguieran unas mismas reglas de interpretación legal. Pero mientras unos adhieren estrictamente al texto y tratan de licenciosa la inteligencia de sus antagonistas, otros creen que lo sublime de la hermenéutica legal es internarse en la mente del legislador y asistir a sus consejos. Por este medio, según conciben, se toman por guía, no las palabras de la ley, sino su intención, su idea. Pero lo que sucede, las más veces, es que el intérprete sustituye a la idea del legislador la suya propia y de aquí tantas y tan encontradas opiniones sobre la inteligencia de los textos más claros. Nosotros creemos que lo más seguro es atenerse a la letra; que no debemos ampliarla o restringirla, sino cuando de ella resulten evidentes absurdos y contradicciones; y que todo otro sistema de interpretación abre ancha puerta a la arbitrariedad, y destruye el imperio de la ley".[19]

2. Comentarios de Bello sobre la "Observancia de la ley", publicados en el "El Araucano", año de 1836

Acerca de la **"Observancia de la ley"**[20] Bello escribió que debía ser muy fuerte "la sujeción a las leyes en los encargados de administrar justicia. Los individuos en quienes está depositada esta gran confianza de los pueblos no pueden en su desempeño separarse de las leyes; y por muy poderosas que sean las razones privadas que les asistan para apartarse de su tenor o declinar un tanto de él, todas deben callar, no debiendo oírse en el santuario de la justicia otras voces que aquellas que, pronunciadas por la razón antes de los casos, dieron a los jueces las reglas seguras de su conducta, que de ningún modo podían consignarse a la elección de una voluntad sujeta a variaciones y extravíos. Puede muchas veces parecer al juez una ley injusta; puede creerla temeraria; puede encontrar su opinión apoyada en doctrinas que le parezcan respetables, y puede ser que no se equivoque en su concepto; pero con todo, ni puede obrar contra esa ley, ni puede desentenderse de ella, porque, si en los jueces hubiera tal facultad, no ya por las leyes se reglarían las decisiones, sino por las particulares opiniones de los magistrados. Los que conocen bien la gravedad de su destino, y sus verdaderas atribuciones, son por lo dicho solícitos de

[19] Op. cit., pp. 91 y 92.
[20] Bello Andrés, en el "El Araucano", 1836. Opúsculos Jurídicos, pp. 202 y siguientes en "Obras Completas de don Andrés Bello", Volumen IX, Santiago de Chile, Impreso por Pedro G. Ramírez, 1885.

examinar las disposiciones legales, de darles su verdadero valor, y despreciar toda interpretación siniestra, toda doctrina que no se encuentre en verdadera consonancia con ellas; y éstos son los que cumplen del mejor modo con los grandes cargos anexos al tremendo oficio de decidir sobre la fortuna, sobre la vida y el honor de sus semejantes".

"Si es el juez, repetimos, esclavo de la ley, si sobre ella no tiene arbitrio, si nada es tan opuesto a su oficio como la acepción de personas, se sigue que nada puede ser tan reprobado como querer inclinar el ánimo de los jueces por otras vías que no sean aquellas establecidas y justificadas por el derecho".[21]

Concluye su artículo Bello[22] diciendo: "Las decisiones del magistrado no deben, ni aun con los más plausibles motivos, desviarse un punto de la norma que les trazan las leyes, porque no pueden hacerlo sin introducir en el orden judicial un principio de arbitrariedad, que no siempre será guiado por impulsos igualmente excusables, y que, creciendo por grados, llegará a viciarlo del todo. Tal ha sido siempre la marcha de las corruptelas y abusos".

3. La "necesidad de fundar las sentencias"

En otro artículo sobre la **"Necesidad de fundar las sentencias"**, Bello[23] explica: "No podemos menos de transcribir aquí lo que dice sobre esta materia el docto jurisconsulto Emerigon en su `Tratado de Seguros', que se mira justamente como una obra clásica de derecho. `A pretexto de equidad, no deben los jueces de los comerciantes (y lo mismo se aplica a todos los otros jueces) apartarse de las leyes y reglamentos. Se les manda solamente no detenerse en las sutilezas del derecho y en lo que se llama *summum ius, summa iniuria*. Si la ley es clara y precisa, no les es permitido violarla, por dura que les parezca (ley 12 *Qui et a quibus manum*). La conciencia de la ley vale más que la del hombre (Stracca). Debe el juez seguir la equidad de la ley, no la de su propia cabeza (Dumoulin). Los jueces dan sentencias inicuas cuando se imaginan ser árbitros y maestros de la equidad (Stracca). Ellos deben tener continuamente a la vista lo que decía M. Pussort (...): Todos saben que el juez no hace el derecho, sino solamente lo declara. Es su dispensador, no su dueño".

"El poder y la soberanía están en la ley y no en él. Y si el juez pudiera impunemente contravenir a la ley, sería por consecuencia infalible dueño de las haciendas, honras y vidas de los ciudadanos, pues sin temor de pena alguna podría disponer de ellos como quisiese, a pesar de la ley". Agrega, citando a

[21] Op. cit., p. 203.
[22] Ibíd., p. 209.
[23] Andrés Bello, op. cit., pp. 280 y ss., "El Araucano", años 1834 y 1839.

Cicerón, lo siguiente: "La injusticia de una sentencia arbitraria es un atentado contra la ley, más grave que todos los hechos de los particulares que las quebrantan, porque corrompe la fuente misma de la justicia; es un crimen como el de los monederos falsos, que ataca al príncipe y al pueblo".

Culmina sus comentarios expresando: "la práctica de fundar las sentencias es para nosotros indudable, porque ella tiende a producir orden y coherencia en el sistema legal, y del orden nace la luz y la luz no es menos inseparable de la belleza en las artes, que de la verdad en las ciencias".

La síntesis de su pensamiento no puede ser otra que "el culto a la ley y a su aplicación estricta".

Bello, refiriéndose al juez, señala:[24] "No hay un poder sobrenatural que mueva sus labios, como los de la Pitia,[25] sin el previo trabajo de sentar premisas y deducir consecuencias. ¿Es su sentencia la aplicación de una ley a un caso especial? Cite la ley. ¿Su texto es oscuro, y se presta a diversas interpretaciones? Funde la suya. ¿Tiene algún vicio el título que rechaza? Manifiéstelo. ¿Se le presentan disposiciones al parecer contradictorias? Concílielas, o exponga las razones que le inducen a preferir una de ellas. ¿La ley calla? Habrá a lo menos un principio general, una regla de equidad que haya determinado su juicio. De algunos antecedentes ha tenido por fuerza que deducirlo. ¿Qué le impide manifestarlos, cualesquiera que sean? ¿No deberá saber el público si un poder que pesa sobre todos los hombres, que se extiende a todos los actos de la vida, se administra con inteligencia y pureza? ¿Y no es la exposición de los fundamentos de las sentencias el único medio de impartir este conocimiento? El que por un decreto judicial ve engañadas sus esperanzas, cancelados sus títulos, destruida su fortuna, inmolada tal vez su existencia, ¿tendrá que someterse a las órdenes del magistrado, como a las de una ciega y misteriosa fatalidad?"

"La práctica de fundar las sentencias, que bajo este respecto está íntimamente ligada con la naturaleza de las instituciones republicanas, proporciona otras

[24] Op. cit., p. 284.

[25] Pitia era el nombre que los griegos daban a la sacerdotisa del oráculo de Apolo en Delfos. Para consultar al oráculo se empezaba por ofrecer un sacrificio a fin de conseguir que las circunstancias fuesen favorables. Luego la pitia procedía a una serie de purificaciones y abluciones y bebía agua de la fuente Kassotis, mascaba luego hojas de laurel y conducida al interior del templo se la situaba encima del trípode, colocado encima de una grieta, de la que se escapaba un vapor frío que producía un delirio momentáneo, y desde el cual la pitia o sacerdotisa transmitía los oráculos. Uno o dos sacerdotes de Apolo, llamados profetas, se colocaban cerca de la pitia. Ellos eran los que recogían las palabras incoherentes de ésta, entrecortadas de exclamaciones y convulsiones de la sacerdotisa y las interpretaban a su modo y las ponían en verso. Hasta la época romana no se interpretaron en prosa. Estos sacerdotes, que estaban muy al corriente de los asuntos de Grecia y de los intereses del consultante, daban una interpretación razonable a las palabras sin sentido y a las interjecciones de la pitia, y en los casos difíciles daban una respuesta ambigua.

ventajas colaterales de grande importancia. Ella reviste de una sanción solemne la interpretación de las leyes, y dándole fuerza de costumbre, la convierte en una ley supletoria, que llena los vacíos y dilucida las oscuridades de los códigos. La marcha de los tribunales se hace de esta manera más regular y consecuente. Las decisiones divergentes de casos análogos, oprobio de la administración de justicia, son cada día más raras. Y no habiendo nada que fije tanto las ideas como el orden y armonía que las encadenan, esa misma regularidad y consecuencia facilitan, y por consiguiente propagan y generalizan, el conocimiento de las leyes".

4. Las reglas de la interpretación de la ley en el Código de la Louisiana de 1825 y su influencia en el Código Civil chileno

Las disposiciones acerca de la interpretación de la ley en el Código Civil chileno tienen como fuente las reglas contenidas en el Código de la Louisiana de 1825, que en un cuadro comparativo, como es el que se ofrece a continuación, se permite apreciar su influencia en el ordenamiento civil patrio.

Código de la Louisiana	Código Civil
Artículo 13. Cuando una ley es clara y libre de ambigüedad, no se puede eludir su literalidad a pretexto de buscar su espíritu.	**Artículo 19.** Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.
Artículo 14. Las palabras de la ley deben ser generalmente entendidas según el significado más conocido y más usado, sin atender tanto a los refinamientos de las reglas gramaticales sino que a la aceptación general y de uso vulgar de las palabras.	**Artículo 20.** Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado.
Artículo 15. Las palabras del arte o las expresiones y frases técnicas deben ser interpretadas conforme a la significación y acepción que les den las personas versadas en cada una de esas artes, oficios o profesionales.	**Artículo 21.** Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso.

Artículo 16. Cuando las palabras de la ley sean dudosas, se puede buscar su significado examinando el contexto en el cual las palabras, frases y oraciones ambiguas pueden ser comparadas, a fin de determinar su verdadero sentido.	**Artículo 22.** El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.
Artículo 17. Las leyes in pari materia, o sobre una misma materia, deben ser interpretadas con referencia de la una a la otra; aquello que es claro en una ley puede servir de base para explicar aquello que es dudoso en otra.	**Artículo 22, inc. 2°.** Los pasajes obscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto.
Artículo 18. El medio más universal y más eficaz para descubrir el verdadero sentido de una ley, cuando sus expresiones sean dudosas, es considerar la razón y espíritu de esa ley o la causa que determinó a la legislatura dictarla.	**Artículo 19.** Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.
Artículo 19. Cuando para prevenir un fraude, o por cualquier otra razón de bien público, la ley declara nulo ciertos actos, sus disposiciones no pueden ser eludidas sobre la base de que ese acto particular se ha probado no ser fraudulento o contrario al bien público.	**Artículo 11.** Cuando la ley declara nulo algún acto, con el fin expreso o tácito de precaver un fraude, o de proveer a algún objeto de conveniencia pública o privada, no dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario a fin de la ley.
Artículo 20. La distinción entre leyes odiosas y favorables, con la mira de darles un sentido estricto o amplio, no puede hacerse por quienes tienen la tarea de interpretarlas.	**Artículo 23.** Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes.

Artículo 21. En materias civiles, a falta de ley, el juez está obligado a proceder conforme a la equidad; para decidir según la equidad, él debe recurrir a la ley natural y a la razón, o a los usos cuando la ley positiva guarda silencio.	**Artículo 24.** 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.
	Artículos 4° y 13.
	Artículo 4°. 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 13. Las disposiciones de una ley, relativas a cosas o negocios particulares, prevalecerán sobre las disposiciones generales de la misma ley, cuando entre las unas y las otras hubiere oposición.

5. La prueba legal tasada y la procedencia del recurso de casación en el fondo

La interpretación judicial comprende dos aspectos: a) el establecimiento de los hechos y su mérito probatorio, y b) la interpretación de la norma jurídica y su correcta aplicación.

El establecimiento de los hechos y su fuerza probatoria están regidos por las reglas de la prueba tasada. Su infracción es recurrible por la vía del recurso de casación en el fondo por violación de las leyes reguladoras de la prueba.

La interpretación de las normas jurídicas está regida por las reglas de los artículos 19 a 24 del Código Civil. Para que se respeten estos preceptos, era de toda lógica que su falta de observancia hiciera procedente el recurso de casación en el fondo. Ducci Claro[26] recuerda que entre las fuentes teóricas que tuvo en vista Bello en la redacción del artículo 19 del Código Civil, se encuentra el significado del vocablo que se da en el Repertorio de Merlin. Allí se lee lo

[26] Ducci Claro, Carlos, op. cit., p. 96.

siguiente: "Los litigios civiles se basan en el sentido preferente que cada una de las partes le da a la ley; no es pues por una ley nueva, sino por la opinión del juez que la causa debe ser decidida. Se teme que los jueces abusen de este principio para juzgar contra el texto de la ley. Si los jueces se lo permitieran, el Tribunal de Casación anularía su sentencia".

Sin embargo, los sistemas probatorios ofrecen siempre latitud al juez en el establecimiento de los hechos así como en la valoración de la prueba rendida. En el régimen de prueba legal tasada, la ley ofrece márgenes de flexibilidad en varias formas. Por un lado, el establecimiento de los hechos es una facultad privativa de los jueces del fondo, y, por el otro, la ley autoriza al juez a crear un medio de prueba, como ocurre con las presunciones judiciales; o apreciar facultativamente el mérito probatorio, como acontece en ciertos casos con la prueba de testigos; o valorar conforme a las reglas de la sana crítica, como sucede con el informe de peritos; o para preferir la prueba que el juez crea más conforme con la verdad, cuando existan dos o más pruebas contradictorias y falte la ley que resuelva el conflicto.

En los sistemas de libre convicción o de apreciación racional de la prueba, el juez goza de más libertad que en el régimen de prueba legal tasada.

Por otro lado, la Corte Suprema ha dicho que "Las reglas contenidas en los artículos 19, 20 y 22 del Código Civil sólo constituyen principios o normas generales destinados a orientar la labor de los tribunales de justicia en su función específica y primordial de averiguar y fijar recto y genuino sentido de la ley, para aplicarla con acierto a la resolución de las controversias de que conocen, por lo que su infracción no puede ser aducida por sí sola, sin adicionarla a otras reglas, para fundamentar un recurso de casación en el fondo. Es requisito básico de esta vía procesal que la infracción invocada influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo, condición que no puede producirse sin relacionar aquellas reglas con una ley en que propiamente repose el fallo, es decir, que tenga el carácter de decisoria litis" (Corte Suprema, 11 abril 1955, R., t. 52, sec. 1ª, p. 42, y Corte Suprema, 12 mayo 1992. R., t. 89, N° 2, sec. 1ª, p. 51).

Una parecida concepción está contenida en una sentencia de 1992, que en lo que interesa dice que "los arts. 19 y 22 del Código Civil son preceptos de ordenamiento procesal, como quiera que junto a las demás disposiciones del párrafo 4° del Título Preliminar del señalado Código, constituyen sólo un medio auxiliar del juez para dar a cada disposición legal la interpretación que éste considere adecuada, de manera que, atendidas tal naturaleza y finalidad, no pueden ellas ser objeto de un recurso de casación en el fondo, por no investir en sí mismas el carácter de normas decisoria litis" (Corte Suprema, 27 mayo 1992. R., t. 89, N° 2, sec. 1ª, p. 55). Se pueden citar otras sentencias que contienen ideas similares.

De aquí se desprende que el valor que se reconoce a esas reglas es condicionado a la comprobación efectiva que su uso en tal o cual caso tiene "influencia sustancial", es decir, lo subordina a la determinación de una "interpretación errónea" de una regla sustantiva.[27]

6. La dogmática nacional acerca de las reglas de interpretación del Código Civil

a) **Enrique Cood y José Clemente Fabres**, dos autores que dejaron escritas sus opiniones en *Explicaciones del Código Civil*, obra destinada a los estudiantes del ramo,[28] señalan en relación con el párrafo 4° del Título Preliminar del Código Civil, lo que sigue:

"Las reglas de este párrafo, de la misma manera que todas las de la hermenéutica legal, como encaminadas al descubrimiento de la verdad en la intelijencia de las leyes, pertenecen a la lójica. Por esta razón, aunque las lejislaciones romana i española trataran extensamente de esas reglas, los códigos modernos nada dicen a este respecto, o solo establecen ciertos breves principios jenerales. Nuestro Código adoptó este último camino, con el objeto de dar al juez una norma segura, aunque jeneral, que le sirva para guiarse en el vasto campo de los aforismos i axiomas jurídicos, muchas veces contradictorios i de vaga aplicación, i para discenir cuál ha sido en estas materias el verdadero espíritu del Legislador".

Como lo señala Quintana Bravo,[29] lo destacable en estos autores es el interés por las reglas de interpretación y su función. Se piensa en una interpretación sometida a reglas, de manera de apoyar en éstas el resultado, que consiste en el descubrimiento de la verdad en la inteligencia de las leyes.

En el comentario al art. 19 del Código Civil se muestran ya diversos aspectos de esta posición. El inciso primero de ese artículo dice: "Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu". A este enunciado los autores formulan el siguiente comentario:

"A. El primer inciso de este artículo prescribe la interpretación literal, mosaica o judaica: cuando la lei es clara, sería absurdo atribuirle una significación

[27] Fernando Quintana Bravo, *Interpretación y Argumentación Jurídica*, p. 241, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

[28] Cood, Enrique, y Fabres, José Clemente, *Explicaciones del Código Civil. Destinadas a los estudiantes del ramo en la Universidad de Chile*. Publicada por la Academia de Leyes y Ciencias Políticas, Imprenta Cervantes, Santiago, 1882, citado por Fernando Quintana Bravo, op. cit., p. 109.

[29] Ibíd., pág. 110.

oculta, pues si ésta hubiera constitutido el propósito del Lejislador, lo habría manifestado. Sin embargo, como al lejislar se tiene solo en vista la jeneralidad de los casos, es de todo punto inevitable que la disposición de la lei resulte inequitativa o absurda en ciertos casos excepcionales. En esos casos el Derecho Natural, el Internacional, el Canónico, i las mismas leyes de Partidas prescriben que la interpretación se funde mas en la intención que en las palabras. Sin desconocer que sea esto lo más filosófico, nuestro Código establece sin embargo lo contrario, esto es, que siendo clara la lei, el majistrado la aplique en todo caso sin interpretación alguna, de suerte que en este sistema la verdadera justicia de una sentencia consistirá siempre en su perfecta conformidad con la lei escrita. Los casos en que, en virtud de esta regla, sea naturalmente dañosa la aplicación de los preceptos legales, serán mui pocos, porque las leyes, para cuya formación han sido aprovechados los conocimientos i la experiencia adquiridos por la humanidad en el curso de los siglos, alcanzan ya un alto grado de perfección, i cuidan de introducir las excepciones o salvedades que reclama el interés de la justicia i la equidad; i si en algún caso, la lei es manifiestamente inícua, puede solicitarse su modificación o derogación por el Poder Legislativo, que se reune con frecuencia entre nosotros; en tanto que si se adoptara la regla opuesta, nos expondríamos a perder en la práctica el beneficio de las buenas leyes por su interpretación abusiva i arbitraria. Sin embargo de todo lo dicho, la disposición de este inciso no puede aplicarse de modo que conduzca a un monstruoso absurdo, i debe entenderse que tiene ciertas limitaciones naturales que, aunque silenciadas muchas veces por la lei, son del todo necesarias"[30]

Quintana[31] resume el planteamiento de Cood y Fabres de la manera siguiente:

a) es un trasfondo de división de poderes, el poder judicial debe limitarse a acatar la ley y aplicarla tal cual está, sin alterarla en modo alguno. Esto define la vinculación del juez a la ley; incluso el antiguo recurso de remitir al legislativo los antecedentes de un caso en que se presenta una especial dificultad legal, se elimina, quedando reducido a un simple informe anual sobre las dudas y dificultades en la aplicación de las leyes, como ocurre con el art. 5° del Código Civil. La vinculación a la ley se asocia a un concepto de aplicación que ha dominado largamente, y del que se encuentran antecedentes en los autores franceses, y que consiste en la operación lógica de subsumir el caso de que se trata en la cláusula legal general. Subsumir, a su vez, se entiende como identificar el caso particular corno uno perteneciente a la clase genérica de casos enunciados en la cláusula general. Este concepto de aplicación así entendido es importante, pues se desliga de la interpretación propia.

[30] Cood y Fabres, op. cit. pp. 107 y 108, citados por Quintana, op. cit., pp. 111 y 112.
[31] Op. cit., pp. 113 y 114.

b) El segundo supuesto es el del *verum sensum*, asociado al tema de la claridad. El legislador es entendido en su materia, sabe lo que hace, en cierto modo es infalible, pues el margen de error es pequeño, casi inexistente. Expresa lo que piensa y quiere, de manera clara, que no suscita dudas. De ahí que la interpretación busque capturar ese pensamiento o intención, genuinamente expuestos en las palabras de que se vale para comunicarlos. Se puede entonces hablar del verdadero sentido como el pensamiento o intención auténticos del autor de la ley. Para que esto sea posible es necesario suponer la doctrina de la claridad. Aquí hay implicadas dos cosas: una, que el autor de la ley tiene un pensamiento claro que el lenguaje corriente puede captarlo y expresarlo, y otra, que una vez expresado ese pensamiento, el destinatario o intérprete puede captarlo sin dificultad o dudas. A esto alude la doctrina de la claridad que manejan los juristas.

c) Un tercer supuesto es el de la suficiencia de la sola letra, o para decirlo de modo general, el primado de la literalidad. Frente a la dualidad letra y espíritu, se da primacía a la letra, lo que quiere decir que sólo a partir de los enunciados en palabras el intérprete puede y debe llegar a captar el verdadero sentido.

Cood y Fabres piensan que el primado de la literalidad ha sido convertido en prescripción legal y que en tal virtud es la primera y más importante regla interpretativa. Por eso, para ellos, tenor literal y sentido claro son solidarios y giran en torno a un solo tema, el de los significados no controvertidos ni controvertibles, que quedan prendidos en la sola letra. En conexión con esto se encuentra el aforismo *in claris non fit interpretatio*: la interpretación que le dan los autores es que si el sentido es claro, el juez debe aplicar la ley "sin interpretación alguna". De aquí resulta que la interpretación se concibe corno una actividad auxiliar, técnicamente reglada, que en rigor sólo procede en caso de duda u oscuridad. Cuando el sentido es claro no se habla en propiedad de interpretación, sino de aprehensión inmediata y directa de un sentido, que es el pensamiento o voluntad auténticos del legislador. La oscuridad se asocia con la duda, esto es, con la posibilidad de varias interpretaciones de una misma palabra o enunciado.

d) Finalmente, debe tenerse como un cuarto supuesto la identificación del sentido con el pensamiento o intención del legislador. A esta forma se le da el nombre de interpretación subjetiva. El intérprete enfrenta un enunciado y a través de él capta el verdadero pensamiento o intención de su autor histórico o real.

El inciso 2° del art. 19 dice: "Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento". El comentario que Cood y Fabres hacen de este enunciado es el siguiente: "Según lo decían

las Partidas, la oscuridad de la lei existe en dos casos: 1° cuando no puede entenderse absolutamente, i 2° cuando se presta a dos o más interpretaciones, lo que se conoce con el nombre jenérico de ambigüedad. Es mui difícil, casi imposible, que el primer caso llegue a presentarse, dado el gran número de personas que intervienen en la formación y aprobación de las leyes; el segundo, por el contrario, se presenta con mucha frecuencia. La oscuridad de ambas clases puede provenir, ya de vicio en la redacción de la lei, ya de modismos de lenguaje, de que no está exento el Lejislador, i que varían con las épocas. La disposición de este 2° inciso es mui lójica, puesto que debe suponerse que el Lejislador haya querido armonizar todas sus disposiciones con su pensamiento o espíritu, i era, por lo demás, mui necesaria, porque, aun cuando la lei sea oscura, puede llegar el caso de aplicarla, i es forzoso entonces atribuirle algún sentido". Y agregan algo importante: "Ya hemos dicho que en las leyes no se consignan ahora los fundamentos en que se apoyan, así que entre nosotros será mucho más raro descubrir en la lei misma su espíritu, que lo fue, v. g. en los Derechos Romano i Español. El medio más seguro i eficaz de que ahora podemos echar mano para conocer ese espíritu es la historia fidedigna del establecimiento de la lei. Las discusiones que preceden en las Cámaras Lejislativas a la aprobación de las leyes, las opiniones vertidas e indicaciones propuestas en el seno de las comisiones encargadas de estudiarlas, los proyectos de leyes i de códigos, i los preámbulos que suelen precederlos, son buenas fuentes de consulta, i forman la historia fidedigna del establecimiento o, mejor dicho, según la expresión constitucional, de la formación de la lei".[32]

Dejando de lado los comentarios al art. 20 sobre cómo entender el significado de las palabras, Quintana examina al art. 22, sobre el contexto. Dicen los autores: "Así se conoce el espíritu del Lejislador, porque no es de presumir que haya incurrido en contradicción, diciendo en la disposición clara alguna cosa opuesta a la que quiso decir en la disposición oscura. El principio que establece este artículo se funda en que debe haber unidad en la lei, puesto que el pensamiento del Lejislador es uno, i es claro que dentro de su plan o sistema jeneral, debe haber encerrado i distribuido con lójica i consecuencia todas sus prescripciones. Existirá, pues, entre todos los preceptos de la lei estrechísimo enlace, i de aquí la necesidad de estudiar el Derecho en sus principios fundamentales i en su conjunto armónico".

Sobre el espíritu general de la legislación, que el art. 24 menciona, escriben: "El espíritu jeneral de la legislación no puede ser conocido sino después de estudiarla toda, o al menos, aquellas partes que tengan relación con la materia de que se trate; a veces es mui difícil percibirlo, i entonces naturalmente son

[32] Quintana Bravo, op. cit., pp.115 y 116.

débiles los argumentos que en él se funden. Constituyen, por ejemplo, espíritu jeneral de la legislación el que la mujer casada deba estar bajo la potestad del marido, dar amplias garantías a los intereses de los menores, facilitar la división de la propiedad i la circulación de los capitales, evitar que los terceros sean perjudicados por actos que no hayan conocido ni debido conocer, ejecutados por otras personas, etc.".

Sobre la equidad dicen lo siguiente: "La equidad natural es la base de todas las lejislaciones, verdad reconocida por la inmensa mayoría, si no por la totalidad de los autores i jurisconsultos. I el Derecho Natural no solo es fuente, sino complemento de la lejislación, porque en los casos no previstos o no resueltos claramente por la lei positiva, la solución dependerá muchas veces de la justa aplicación de la lei natural. Adviértase, pues, que al hablar este artículo de la equidad natural, no se ha referido a la virtud que templa o suaviza el rigor de la lei, pues si ésta existe, el juez es obligado a aplicarla, sino a la virtud que, inspirándose en los principios de justicia natural i eterna, suple el silencio de la lei escrita, i complementa, por decirlo así, la obra del Lejislador. A veces es menester contrariar aparentemente los preceptos del Derecho Natural para garantir importantes intereses sociales. Así, aunque el contrato celebrado con pleno conocimiento i voluntad por un menor le obligue en conciencia, el Código lo considera nulo, porque ha advertido que de lo contrario se abusaría engañando al menor, presuntivamente falto de conocimiento y experiencia".

La breve explicación que dan los autores sobre la expresión "espíritu general de la legislación" no permite avanzar demasiado, pero sugiere que se trata de ciertas ideas o directrices que informan la legislación. Esto se aproxima a lo que después se llamarán principios jurídicos. La equidad en que piensan los autores es la que se emplea como mecanismo de integración en caso de laguna. Esto está de acuerdo con la idea general dominante de aceptar como excepcional los casos de dificultades en la expresión y los vacíos legales.[33]

b) En 1892 **Paulino Alfonso**[34] decía: "Si el legislador, a quien debe suponerse suficientemente versado en la materia sobre la cual hace recaer sus disposiciones, y el lenguaje con que las expresa, dijo algo con claridad, será porque quiere que, así como lo dice, se entienda y se practique. Dejar pues de entender sus disposiciones en el sentido claro que ellas ofrecen, bajo cualquier pretexto, aunque sea en razón de las consecuencias absurdas o perjudiciales a que ello dé lugar, es sublevarse contra la autoridad de la ley, es convertirse en intérprete del legislador. Provee ese principio a que sea reconocido y acatado el verdadero pensamiento del legislador.

[33] Comentarios de Quintana Bravo y citas de Cood y Fabres, en op., cit., pp. 120 a 122.
[34] Ducci Claro, op. cit., p. 97.

c) **Manuel Amunátegui Solar,**[35] en 1897, expresaba: "dispone el Código que ante todo se atienda al tenor literal cuando el sentido de la ley es claro. La letra de la ley es, por lo tanto, la expresión del pensamiento del legislador". Concluía: "El conocimiento de la ley no se podrá alcanzar sino colocándose en el mismo lugar en que se ha encontrado el legislador, sustituyéndose a él y reconstituyendo su propio pensamiento".

d) **Marín Ugalde,**[36] en el año 1919, decía sobre el elemento gramatical: "esta obediencia antigua, como podemos llamarla, al texto de las prescripciones, no pudo ser sino pasajera. No existiendo una comunicación directa entre las inteligencias, es preciso, para establecer comunicación entre una y otra, un vehículo material: las palabras, la escritura, la construcción de las frases, etc. Pero éstas son los medios de traducción de la idea y no constituyen de ningún modo la idea misma".

e) **Luis Claro Solar**[37] manifiesta: "La obra del intérprete, como hemos dicho, es reconstruir el pensamiento del legislador, y como el legislador ha formulado su pensamiento en un texto, la ley es la expresión del pensamiento del legislador. Cuando la ley es clara, tenemos este pensamiento netamente declarado, conocemos la intención del legislador por su propia boca y no podemos eludirla; y el juez debe, por graves que sean las consideraciones que se puedan oponer a la ley, aplicarla tal como está escrita". Alfredo Barros Errázuriz y Héctor Claro Salas participan del mismo criterio.[38]

Este autor,[39] después de haberse ocupado de la promulgación de la ley y de sus efectos, expresa: "Tal es la manera como se manifiesta, según nuestra Constitución, la voluntad soberana". Y antes había dicho que "el Poder Judicial, que no tiene intervención alguna en la confección de la ley y ha sido creado para aplicarla, sea ella buena o mala, no tenía, según la Constitución de 1833, atribución alguna para juzgar la constitucionalidad de una ley y resistir su aplicación". Alude más adelante a la facultad que la Constitución ha concedido a la Corte Suprema para declarar inaplicable una ley cuyo contenido sea contrario a la Constitución.

[35] Ibídem, págs. 97 y 98.
[36] Marín Ugalde, Osvaldo, *Interpretación de las leyes*, citado por Carlos Ducci Claro, op. cit., pp. 98 y 99.
[37] Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo Primero, p. 122, Editorial Jurídica de Chile, 1978.
[38] Ducci Claro, Carlos, op. cit., p. 98.
[39] Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil y Comparado*, Tomo Primero, pp. 29 y ss., especialmente N°s 47 y 65, Editorial Jurídica de Chile, 1978.

f) **Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga**[40] refiriéndose al artículo 19 del Código Civil, enseñaban: "Esta regla viene del Derecho Romano y traducida del latín al castellano, los comentaristas la formulaban así: 'Cuando la ley está concebida con palabras tan claras, que en ellas aparece bien expresa y terminante la voluntad del legislador, no debemos eludir su tenor literal a pretexto de penetrar en su espíritu'. Y agregaban estos profesores: "Y es natural, el pensamiento se exterioriza con palabras; si aquél se hace visible claramente en éstas, debe estarse al tenor literal de la ley. Lo contrario equivaldría a suponer que el legislador no sabe manifestar sus ideas, que es incapaz de escoger las palabras reveladoras de su pensamiento; en resumen, que no sabe expresarse. Y esto es inconcebible en quien hace leyes".

"Para que el sentido de una ley se estime claro, no basta que la parte consultada, un artículo de ella, esté redactado en términos que no provoquen dudas; también es menester que no haya otro precepto que lo contradiga, porque si lo hay, el sentido de la ley no es claro, ya que éste resulta del conjunto de sus disposiciones y no de una aislada".

"El sentido de la ley es claro, pues, cuando el alcance de la disposición se entiende por su sola lectura, sea porque considerada aisladamente de las demás no origina dudas, sea porque relacionada con ellas no denota discordancia".

"Con todo, la claridad es un concepto relativo. Una ley que no provocaba dudas al tiempo de promulgarse, puede hacerlas nacer después por diversas circunstancias que enturbian su primitivo sentido. Por otra parte, aun hay leyes que son y permanecen claras en su texto abstracto, pero que, enfrentadas con hechos de la realidad, se tornan oscuras por virtud de esos hechos".

g) **Victorio Pescio**[41] dice: "Si la ley es clara, debe ser aplicada al asunto sin contemplación ni vacilación alguna. En consecuencia, la verdad es que, en tales casos, no cabe hacer interpretación de ningún género; se trata, simplemente, de aplicar una regla legal a un caso concreto. Tal es el sistema de la `regla de oro' que consagra el artículo 19, inciso 1°, que debe concordarse con la del artículo 23: Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación".

h) Los profesores **León y Mujica** señalan:[42] "Siempre hemos enseñado en nuestra Cátedra que la norma de hermenéutica legal que se consigna en ese

[40] Alessandri Rodríguez, Arturo, y Somarriva Undurraga, Manuel, *Curso de Derecho Civil*, Tomo I, Volumen I, Parte General, pp. 133 y 134, Editorial Nascimiento, 1961.
[41] Pescio Vargas, Victorio, *Manual de Derecho Civil*. Título Preliminar del Código Civil, Tomo I, p. 276, Editorial Jurídica de Chile, 1978.
[42] León Hurtado, Avelino, y Mujica Bezanilla, Fernando, "El tenor literal en la interpretación de la ley", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 65, sección derecho, pp. 224 y ss., Editorial Jurídica de Chile, 1968.

inciso (se refieren al inciso 1° del artículo 19 del Código Civil) dispone que el tenor literal de una ley señala el contenido y alcance que el legislador quiso darle. Las palabras traducen normalmente de manera fiel el pensamiento del legislador. El legislador es culto, sabe el significado de las palabras que emplea y su sintaxis debe suponerse correcta. Pero esta prevalencia del `tenor literal' queda supeditada a que 'el sentido de la ley sea claro', porque puede suceder que aunque el lenguaje empleado sea correcto y preciso, ese 'tenor literal' no traduzca el verdadero pensamiento del legislador, creando de este modo duda en el intérprete sobre el verdadero 'sentido de la ley'. Faltaría, entonces, el supuesto necesario –'cuando el sentido de la ley es claro'– para atenerse exclusivamente al tenor literal".

Agregan, enseguida, que: "puede acontecer excepcionalmente que en una ley sobre determinada materia, un artículo sea claro y preciso en sus términos formales, pero contradiga el sentido de toda la ley, de uno o más de sus preceptos o de otras leyes, que deban tener prevalencia. En tal evento, no obstante 'el tenor literal', el intérprete deberá buscar el genuino sentido del precepto, recurriendo a otros elementos de interpretación, como el lógico o el histórico".

i) **Ducci**[43] se pregunta: ¿Es clara la ley cuando su tenor literal es claro? Y contesta: Es evidente que éste no es el sentido de la disposición, porque el artículo 19 de nuestro Código habla del "sentido de la ley", que, en palabras de Jiménez de Asúa, se introdujo "por un singular acierto del redactor". Por lo tanto, la claridad a que el precepto se refiere es a una claridad de sentido, de contenido y alcance jurídico de la norma, y no a su claridad gramatical. De esta manera hay una coincidencia con Giuvenzo Celsio, para quien: "No consiste el entender las leyes retener sus palabras, sino en comprender sus fines y efectos" (Digesto 1- 3 - 17). Por consiguiente, la disposición puede ser gramaticalmente perfecta, de una claridad meridiana, y, sin embargo, su sentido jurídico puede ser oscuro, ambiguo o contradictorio. En resumen, el claro concepto de qué es el sentido de la ley y no su tenor literal es lo que debe buscar el intérprete.

Este autor[44] agrega que la función del juez consiste en: la aplicación del derecho a casos concretos, lo cual no puede consistir en la simple aplicación indiscriminada de una proposición gramatical, sino en reconocer los múltiples cambios y alteraciones que en forma acelerada experimenta el cuerpo social y en comprobar, desde un punto de vista práctico y concreto, la absoluta insuficiencia de un método gramatical.

[43] Ducci Claro, Carlos, op. cit., p. 101.
[44] Ibíd., pp. 105 y ss.

Por otra parte, Ducci, citando a Radbruch, sostiene que no son los legisladores los autores de la ley. La voluntad del legislador no es la voluntad colectiva de los que participaron en la legislación, sino más bien la voluntad del Estado. Este Estado, sin embargo, no habla por las manifestaciones personales de los participantes en la producción de la ley, sino por la ley misma.

j) **Cousiño Mac-Iver**[45] dice, citando a Mezger, que la interpretación de la ley "es el descubrimiento y determinación de su propio sentido con el objeto de aplicarla a los casos concretos de la vida real". Conforme a este criterio, los conceptos de aplicación y de interpretación se confunden, ya que el juez siempre realiza una tarea de interpretación al aplicar la ley a un caso particular; su labor consiste en pasar de lo abstracto del precepto a lo concreto del hecho; pues ella oscila entre dos extremos: el principio jurídico y el fenómeno de la vida real, o sea, entre la norma del "deber ser" y el suceso acaecido en el mundo del "ser".

Hay quienes sostienen, sin embargo, que solamente se interpretan las disposiciones obscuras y que lo claro no requiere interpretación, recordando a Justiniano, que prohibió interpretar el Digesto.

El profesor Cousiño señala que la mayor o menor claridad de la norma escrita, por una parte, y el juicio intelectual que resuelve sobre si el caso concreto se acomoda a su contenido, por la otra, son dos cosas bien diversas, de tal modo que siempre que un juez trata de dar vida y realidad a la ley realiza una tarea de interpretación, aunque no tenga dudas respecto del alcance y significación del precepto. Más todavía, lo normal es que frente a una ley existan opiniones individuales y que, para algunos, resulte claro aquello que es obscuro para otros, pues la percepción del significado jurídico es 'eminentemente subjetiva'. De aquí, el que sería absurdo sostener que, respecto de un mismo caso, unos realicen una simple labor de aplicación y otros realicen una labor interpretativa.

Refiriéndose al elemento gramatical o literal en la interpretación de la ley, señala que en la búsqueda de este tenor literal debe rechazarse la llamada interpretación judaica o masorética, creada por los gramáticos hebreos y los rabinos para mantener la genuina lectura e inteligencia del texto de la Biblia. En su parecer, el derecho es una realidad viva y palpitante y que, dentro de su dinamismo finalista, no es posible admitir la fijación estática de sus conceptos, especialmente si se considera que el valor semántico de las palabras sufre un continuo cambio. Esto obliga a rechazar *in limine* esta forma de interpretación contraria a la consideración teleológica (o de los fines de la ley).

[45] Cousiño Mac-Iver, Luis, *Derecho Penal Chileno*, Parte General, tomo I, pp. 97 y ss., Editorial Jurídica de Chile, 1975.

Finalmente; expresa este autor:[46] "La ley una vez promulgada es una realidad y no una mera abstracción. Es más, tiene una individualidad propia, que sólo admite un remoto parentesco con el pensamiento de quienes contribuyeron a darle forma". Y agrega: "La ley, merced a su voluntad propia, tiene un dinamismo siempre actual que la habilita para abarcar todos los hechos del mundo circundante que se encuentren dentro de su hipótesis conceptual, aun cuando dichos hechos no hubieren podido ser imaginados por el legislador.

C. Reacciones críticas a la Escuela de la Exégesis y de las normas de interpretación de las leyes en el Código Civil

1. Crítica histórica de Bernardino Bravo Lira y de Alejandro Guzmán Brito

El profesor **Bravo Lira**[47] recuerda que el Derecho Común, anterior a la codificación, era un derecho de juristas, cuya fuente principal no era la ley, ni la costumbre, sino los autores jurídicos, habiéndose cultivado este derecho en la Universidad de Bolonia por el año 1088, en las cátedras de leyes y cánones.

El juez frente a un derecho de juristas pasa a ser una pieza clave, desde que goza de una gran latitud o libertad para fallar. No está encerrado dentro del marco de la Constitución y las leyes. Por tanto, puede acudir a múltiples fuentes del derecho en busca de la solución justa para cada caso sometido a su decisión. Se trata de un arbitrio judicial regulado por el derecho, pero esta regulación no presenta la rigidez propia del derecho legislado. Ese Derecho Común que regulaba el arbitrio judicial era un derecho de juristas y, por ende, el juez no podía fallar contra la opinión de los juristas de mayor autoridad.

La codificación –en opinión del profesor Bravo Lira– afirma el derecho nacional o propio frente al Derecho Común. Al efecto, se acude a la ley, exaltada por la Ilustración, como la más racional y perfecta entre las fuentes del derecho. Más aún, se mira a la legalidad como una protección del individuo contra la arbitrariedad de los jueces. Por eso, el verdadero significado de la codificación no está en los nuevos cuerpos legales, sino en la nueva relación entre el juez y el derecho que ellos tornaron posible. El Derecho Común está presente en los códigos en virtud de la potestad de los gobernantes y no de la autoridad de los juristas.

[46] Op. cit., pp. 100 y 101.

[47] Bernardino Bravo Lira, "Arbitrio judicial y legalismo. Juez y Derecho en Europa Continental y en Iberoamérica antes y después de la codificacion", en R.D. y J., tomo 87, N° 3, sección derecho, pp. 67 y ss., 1990.

La crítica de Bravo Lira apunta a que con la codificación se podrá mandar algo justo o injusto y en ambos casos se tendrá en cuenta sólo el mandato –el *iussum*–, sin importar si el contenido de lo mandado es –el *iustum*– lo justo. El juez no podrá discernir por sí mismo lo que en las leyes es derecho y lo que es abuso, porque se desliga de la autoridad de los juristas; quedando desarmado frente a la leyes, sin más elementos para justificar el contenido de sus personales apreciaciones. Sin el contrapeso de la autoridad, el juez se condena a oscilar entre la arbitrariedad y el legalismo. En esta disyuntiva, el juez se inclina fácilmente por la vía más objetiva del legalismo.

Alejandro Guzmán Brito[48] explica la jurisdicción en las concepciones clásica, moderna y contemporánea.

En el **derecho romano o concepción clásica**, se presentan las siguientes peculiaridades: a) el derecho civil es un producto primordial de la actividad de los juristas, quienes lo crean y desarrollan a través de sus respuestas o dictámenes; b) junto al derecho civil está la posibilidad de que el pretor, a través de recursos procesales, establezca nuevas instituciones, generalmente más progresivas y menos formalistas que aquellas del derecho civil, y c) la ley sólo en casos excepcionales, cuando se trata de materias que por su propia naturaleza no pueden depender de un dictamen jurisprudencial, suele intervenir. Así ocurre, por ejemplo, en la fijación de plazo, en el cobro de intereses excesivos en el mutuo o en la distribución de tierras. Únicamente en estos casos de excepción la ley se aplicaba según el aforismo "*dura lex sed lex*", lo que significa que la ley por dura que sea es ley y debe aplicarse.

Lo que no estaba permitido al juez era fallar conforme con la equidad.

En el **derecho romano medieval** el juez estaba sujeto a criterios independientes de su propio pensar y esos criterios estaban contenidos en la ley.

La ley para los glosadores y postglosadores era el ***Corpus Iuris***, compilación de varios libros: el *Digesto*, el *Código*, las *Instituciones* y las *Novelas*. El más importante libro del Corpus era el ***Digesto***, y éste era una antología de escritos de la jurisprudencia romana clásica. Sigue en importancia el ***Código de Justiniano***, el cual es en su mayoría una compilación de rescriptos imperiales, o sea, de respuestas dadas por el emperador a consultas de particulares sobre casos jurídicos, en las que el emperador, asesorado por su consejo de juristas, actúa no como legislador, sino como hombre dotado de saber jurídico, como actuaban los mismos juristas. Finalmente las *Instituciones* eran una readaptación

[48] Alejandro Guzmán Brito, "El juez, entre la equidad y la ley: un estudio histórico-dogmático como base para la superación del positivismo", en R.D.J., tomo 78, N° 1, derecho, pp. 1 a 15.

del texto de derecho compuesto por Gayo en el siglo II, lo cual hace que sea también un libro de doctrina. Así, el derecho romano medieval fue un derecho de juristas o derecho preferentemente jurisprudencial. Sin embargo, los medievales temerosos de la desvinculación del juez frente al derecho, le prohibieron recurrir a la equidad ruda.

Desde muy antiguo se distinguía entre la equidad ruda o no constituida y la equidad constituida o derecho.

Se definía la equidad como la adecuación de las cosas, que todo lo equipara y que en casos iguales exige igual derecho (Cicerón).

La equidad se descubre mediante el análisis de las cosas mismas, pues va ínsita en su naturaleza.

Puede permanecer **en estado bruto o rudo, sin una elaboración**, por lo que se llama equidad no constituida.

También puede estar **elaborada, transformada en derecho**, formulada como criterio discernible de lo justo e injusto, lo que significaba estar contenida en el *Corpus Iuris*, y entonces se denomina equidad constituida o derecho.

El juez sólo estaba facultado para aplicar la equidad constituida o derecho. El conflicto que pudiera presentarse entre la equidad constituida y la equidad ruda, debía decidirlo el juez recurriendo a dar preferencia a la primera, o sea, al derecho. Se justifica este criterio en la siguiente razón: "Porque la equidad de un solo hombre que no está exaltado especialmente por sobre los demás hombres a modo de gobernante, corre el riesgo de no ser nada más que, como ellos decían, una equidad cerebrina, extraída de su cerebro, una alucinación; una equidad sacada de *corde suo*, de su corazón; *ex ingenio suo*, de su ingenio; corre el riesgo de ser una equidad bursátil, extraída de su bolsa particular, de debajo de su manga diríamos hoy".

El sentido práctico de los juristas medievales hizo que introdujeran entre los conceptos de equidad ruda y equidad constituida o derecho, un tercer concepto, que llamaron **equidad escrita**. Esta expresión comprendía los recursos jurisdiccionales de que había sido autor el antiguo pretor romano, sobre los cuales hay muchas referencias en el *Corpus Iuris*, que el juez podía aplicar aun en los casos no previstos originalmente, para paliar alguna solución dura de los textos. Al uso de estos recursos se llamó **equidad escrita: equidad**, porque era expresión del principio que todo lo equipara y que en casos iguales reclama iguales derechos; y **escrita**, porque era una equidad prevista en la ley, escrita en ella, ya que consiste en medios contemplados en el *Corpus Iuris* mismo.

Así se fexibilizaba el derecho civil de los juristas.

En el **derecho moderno y contemporáneo** se procura garantizar en la mejor medida la libertad. Para ello postuló la separación de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. El racionalismo liberal convirtió la ley, como expresión de la voluntad soberana, en única fuente del derecho, incluso en el derecho privado.

Los antiguos soberanos habían afirmado el monopolio de la interpretación de la ley y defendido sus ordenanzas de todo intento de readaptación por parte de los tribunales.

La teoría de la separación de los poderes también excluyó al juez de toda posibilidad de interpretación, llegando a exigir en los casos de leyes oscuras o de lagunas legales una remisión de la causa a las asambleas legislativas, para la solución clara y precisa de la cuestión litigiosa (ley de 24 de agosto de 1790, tit. 2, art. 12 en plena Revolución Francesa, "*référé législative*"). Este criterio es recogido incipientemente en Chile en el artículo 5° del Código Civil.[49]

El dogma de la sujeción del juez a la ley cobra su mayor extensión e importancia práctica con la revolución francesa. De allí pasa a la Escuela de la Exégesis (S. XIX) y llega a su máxima expresión teórica, y transformado en normativismo, con Hans Kelsen.

2. La influencia de autores y jueces europeos norteamericanos en la interpretación[50]

a) Las críticas a la Escuela de la Exégesis y al silogismo aplicable como instrumento de interpretación de la ley se remonta a **Jeremías Bentham**, 1823, defensor del utilitarismo, quien juzgaba las leyes desde el punto de vista de los efectos reales que ellas producen. En su parecer son leyes buenas o justas aquellas que al ser aplicadas producen efectos buenos o justos; son leyes malas o injustas las que al ser llevadas a la práctica causan efectos malos e injustos. Luego, el método correcto de interpretación es aquel que lleva en cada caso a la solución más justa.

b) **Rudolf von Ihering**, en el año 1884, critica el método deductivo-silogístico. Señala que es erróneo juzgar un derecho como si se tratara de un sistema

[49] "Artículo 5°. La Corte Suprema de Justicia y las Cortes de Alzada, en el mes de marzo de cada año, darán cuenta al Presidente de la República de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que noten en ella".

[50] Crf. Luis Recaséns Siches, "Interpretación del Derecho", Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XVI, pp. 534 a 573, Driskill S.A., Buenos Aires, 1996.

filosófico, y considerarlo sólo desde el punto de vista de su mérito intelectual, del orden lógico de sus miembros y de su unidad. Poco importa que en ese aspecto aparezca como una obra perfectísima, si tal derecho no descansa por completo en el conocimiento de sus funciones prácticas.

Para Ihering "el fin es el creador de todo derecho; y no hay norma jurídica que no deba su origen a un fin, a un propósito, esto es, a un motivo práctico".

c) **François Gény**, en 1899, sostuvo que la interpretación judicial del Código Civil francés había sido considerablemente creadora y estaba lejos de constituir una deducción logística de las normas y de los principios contenidos en aquel cuerpo legal.

Mostró también que la ley no es tanto un principio lógico, sino más bien una manifestación de voluntad, por lo que al aplicarla es necesario esclarecer cuál fue su propósito. En esta parte se aprecia una coincidencia entre su pensamiento y el de Ihering.

Concluye Gény que para conocer el propósito perseguido por el legislador es necesario investigar las realidades sociales concretas, con el fin de que la aplicación de las normas a ellas produzca los resultados queridos por el legislador.

d) **Raymond Saleilles**, reaccionando contra la Escuela de la Exégesis y fundador de la Escuela de la Evolución Histórica o método histórico evolutivo, en el año 1880 planteó:

"En lugar de construcciones a priori de las cuales se tengan que deducir consecuencias prácticas, construimos nuestras instituciones jurídicas, lo mismo en Derecho Privado que en Derecho Público, según los resultados o las leyes de la experiencia, en vista de las necesidades inmediatas de la práctica; sin preocuparnos de las contradicciones teóricas y de las apariencias ilógicas que debemos admitir...".

e) **Hermann Kantorowicz**, en 1906, inicia el movimiento a favor del "Derecho Libre" en Alemania, postulando una tesis voluntarista y antilogicista.

Se opone a la lógica jurídica de la hermenéutica tradicional porque esa lógica nunca podrá indicar el límite de lo lícito, como tampoco puede ayudar a la búsqueda de la solución.

Lo importante para él consiste en hallar un criterio que escoja entre las premisas posibles solamente aquellas que suministren conclusiones justas. Esta elección, en su opinión, no es un problema de racionalidad, sino una cuestión de voluntad.

f) **Henri de Page**, en 1925, señala: "El abuso de la lógica deductiva entraña un peligro infinitamente grave, el peligro del error generalizado. Desgraciadamente se olvida demasiado que la lógica no es una fuente de verdad, sino un simple procedimiento del espíritu, una técnica de la deducción".

Este autor presintió la necesidad de distinguir entre lógica formal y lógica de lo humano o razonable o real.

La **lógica formal** es deductiva y partiendo de una premisa inicial, verdadera o errada, se desarrolla impecablemente con independencia del resultado justo o inicuo a que se arribe por ese procedimiento.

La **lógica real** aspira a la verdad y su aplicación permite evitar una conclusión engañosa, mentirosa, errada o aberrante.

g) **La escuela norteamericana de la Jurisprudencia Sociológica (Oliver Wendell Holmes, Benjamín Cardozo, Roscoe Pound)**

Oliver Wendell Holmes, Magistrado de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, en los últimos años del siglo XIX puso de manifiesto su opinión en el sentido de que la vida real del Derecho no ha consistido en la lógica, sino en experiencia. Las necesidades sentidas en cada época, las teorías morales y políticas predominantes, las intuiciones en que la acción política se ha inspirado, confesadas o inconscientes, e incluso los perjuicios que los jueces tienen como las demás personas, han tenido que ver mucho más que los silogismos en la determinación de las normas para gobernar a los hombres.

El esquema total del Derecho es, según Holmes, el resultado de un conflicto entre la lógica y el buen sentido. Existe un proceso lógico en la interpretación, que se manifiesta en sentar las premisas correctas, tanto la de los principios o normas como las relativas a los hechos. Al hacerlo, se sopesan las ventajas sociales de los deseos en conflicto y en ello participan el buen sentido y la experiencia vital del juez.

Oliver Holmes, en el año 1897, propuso adoptar el punto de vista del "hombre malo" al meditar sobre las consecuencias probables de una determinada conducta. Para el "hombre malo" lo importante es saber si la acción programada ocasionará la reacción punitiva de un órgano del Estado. La predicción de esa reacción es el derecho.[51]

[51] Julio Cueto Rúa en el prólogo al libro de Jerome Frank, *Derecho e Incertidumbre*, p. 7, Distribuciones Fontamara S.A., México, 1993.

En opinión de Holmes, el derecho es predicción de la conducta judicial, la cual debe efectuarse acudiendo a las colecciones jurisprudenciales. En éstas se encontrarán las verdaderas respuestas si se las interpreta como la expresión de la voluntad de los jueces, influida por consideraciones de orden económico, social y político, amén de las tradicionales consideraciones lógicas e históricas.[52]

Benjamín Cardozo, en 1921, quien fuera afamado magistrado de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, reconoció, con plena sinceridad, que a veces se servía de un método lógico o filosófico; otras veces buscaba ilustración en los antecedentes históricos de la institución en juego; en ocasiones tenía que referirse a usos y costumbres sociales vigentes, y en otras oportunidades se sentía obligado a proceder primero a un estudio sociológico de los hechos que le aclarase el sentido de éstos, y a una ponderación estimativa basada en las ideas de justicia y de bienestar social. A este juez lo que le importaba era encontrar una decisión justa a cada litigio sometido a su resolución. En el fondo, buscaba primero la decisión más justa posible y después veía cuál de los métodos le servía para justificar su decisión. Estas reflexiones de Cardozo ponen de manifiesto las deficiencias de la lógica tradicional para interpretar las normas jurídicas.

La escuela norteamericana de la Jurisprudencia Sociológica señala que el Derecho no es una pura lógica, sino que, además, es también esencialmente un instrumento para la vida social, para la realización de los fines humanos, dentro del cauce variado y cambiante de la historia.

Por consiguiente, la labor del legislador y la del juez no deben limitarse a un proceso meramente lógico, sino que deben contener un conocimiento sociológico de las realidades actuales, que sirva como base para la formulación de normas generales e individuales inspiradas en los criterios de justicia.

Para esta escuela, el objetivo del Derecho es la justicia y el bienestar social. Por lo tanto, ninguna norma que en su resultado práctico se aparte de esa finalidad puede justificar su existencia.

El juez debe obediencia al derecho positivo, pero cuando él haya de decir hasta qué punto las normas existentes han de ser interpretadas extensiva o restrictivamente, debe inspirarse por las ideas de justicia y bienestar social, las cuales determinarán el método adecuado de interpretación, y aclararán la dirección y el alcance de esas normas. En todo caso, la máxima preocupación estará siempre en la elaboración de sentencias justas.

[52] Ibíd., p. 10.

J. C. Hutcheson, 1929, formula una confesión como juez. Dice que después de haber ponderado minuciosamente todos los materiales a su disposición, y de haber meditado cuidadosamente sobre ellos, deja que su imaginación intervenga. Rumia sobre el proceso, espera que se le presente una especie de corazonada, algo así como una premonición, una sospecha, un latido, una iluminación intuitiva que aclare la conexión entre el problema y la decisión que le indique cuál sería la conclusión justa.

El juez Hutcheson añade que ese proceso mental que él relata se refiere al juicio que se expresa en el fallo, es decir, al meollo mismo de la solución que da al problema planteado.

No se refiere al ensayo de justificación en los resultados y considerandos de la sentencia; o, expresándolo con otras palabras, se refiere a la decisión, en contraste con la logomaquia* mediante la cual el juez intenta explicar o excusar el fallo.

Realmente el juez decide por medio de una especie de intuición, y no por una inferencia o silogismo de los que se estudian en la lógica; decide por la convicción que se forma de modo directo, y no por virtud de un raciocinio.

Hay una relación entre el sentido etimológico de la sentencia y la intuición o corazonada del juez. El origen etimológico de la palabra sentencia es el verbo "*sentire*", es decir, experimentar una especie de emoción, que en el caso del juez supone una especie de intuición emocional.

En el siglo XX la filosofía objetivista de los valores (de Max Scheler) mostró que el método de captación de los valores objetivos es una intuición emocional. A su vez, Pascal hablaba de un lógica del corazón (*logique du coeur*), según la cual "el corazón tiene razones que la razón no puede comprender".

Siguiendo esta corriente de pensamiento, el juez capta mediante una corazonada la justicia del caso que le corresponde fallar y la expresa a través de una deducción o raciocinio lógico.

De esa manera se viste de silogismo lo que es una corazonada o sentido intuitivo de la justicia. Y quienes analizan la jurisprudencia conforme a esa deducción lógica para prever las posibles decisiones futuras de los tribunales se equivocan, pues no conocen cuáles fueron los factores que en realidad influyeron en los jueces para emitir sus fallos.

* Logomaquia: Discusión en que se atiende a las palabras y no al fondo del asunto. (Diccionario de la Lengua Española, tomo II, p. 841, Madrid, 1984).

El raciocinio es articulado por el juez, sólo después, para redactar los "considerandos" de su sentencia. El impulso vital que motiva su fallo es un sentido intuitivo de lo justo y de lo injusto respecto del caso particular que tiene ante sí.

El juez astuto, después de haber decidido de esa manera, pone a contribución todas sus facultades mentales, no sólo para justificar aquella intuición ante sí mismo, sino para afrontar airosamente las críticas que se le pueden dirigir. Así, pasa revista a todas las normas, a todos los principios, a todas las categorías y conceptos jurídicos, que puedan resultarle útiles directamente o por analogía, con el fin de elegir entre todos esos materiales aquellos que en su opinión justifiquen el resultado que desea, por estimarlo justo.

Un siglo antes, otro gran juez norteamericano, el canciller **Kent**, en una carta personal explicaba de modo similar su método para llegar a una decisión. Ante todo trataba de adquirir un dominio sobre los hechos. Después, buscaba cuál sería la solución justa para el caso debatido; y era esa valoración la que le inclinaba a la decisión. Entonces se sentaba a buscar autoridades sobre las cuales pudiese apoyar y fundamentar aquella decisión.

h. **El realismo jurídico norteamericano.**

En esta perspectiva, existen distintos enfoques del realismo: pragmático, valorativo y psicológico.

– Realismo pragmático (Mc Dougal Lasswel y Llewellyn)

Mc Dougal clasificó los factores que influyen en la decisión de los jueces en sociológicos y psicológicos.

Entre los factores sociológicos se encuentran la política, la sociología y la economía. En los psicológicos influyen sobre la voluntad del juez sus prejuicios, sus sentimientos, sus pretensiones, conscientes o inconscientes, y hasta el sustrato fisiológico de sus determinaciones volitivas.[53]

– Realismo valorativo (Félix Cohen).

Cohen mantiene su interés en lo normativo, pero rechaza que se apliquen en la interpretación judicial métodos puramente lógicos y postula la incorporación de los aportes de la sociología y la axiología positivas. Le preocupan los

[53] Julio Cueto Rúa, op. cit., p. 10.

cánones valóricos que guían al juez en su misión interpretativa y el conjunto de los factores psicosociológicos que influyen en sus decisiones.

– Realismo psicológico (Jerome Frank) (1930).

Frank sostiene que las cuestiones normativas, las vinculadas con la interpretación de las normas, o con la creación de nuevas, cuando así lo exigen la novedad del caso o la inexistencia de adecuados criterios normativos anteriores, sólo ocupan una parte mínima de la actividad judicial.

En su opinión, los litigios, en su gran mayoría, no surgen de las discrepancias acerca del significado de las normas, sino de las divergencias respecto de los hechos.

Siguiendo el planteamiento de Holmes en cuanto a que el derecho es comportamiento judicial, esto es, lo que los jueces deciden en los casos concretos, Frank afirma que los abogados deben predecir ese comportamiento, en la medida de lo posible. Han de considerar no como los jueces interpretarán las normas ni cómo declararán el derecho aplicable al caso particular, sino qué actitud adoptarán frente a los hechos de la causa.

Cobran entonces –en la óptica de Frank– enorme importancia los tribunales de la instancia y en particular los de primer grado, para: la fijación de los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos; la recepción de las probanzas, y la ponderación de su mérito probatorio. La interpretación de los hechos por el juez pasa a ser crucial y lo más difícil e incierto en la predicción del comportamiento judicial, a lo que se agrega que es allí donde la justicia decide el destino de las personas o de sus bienes.

En cuanto a la previsibilidad de los fallos futuros, Frank dice que ello no es posible, tanto porque las normas no están establecidas de antemano con plena certeza ni los hechos son entidades objetivas determinables con plena seguridad. Incluso el caso controvertido puede ser enfocado desde principios diversos, y la elección entre éstos no está predeterminada. Esa elección depende de juicios de valoración sobre cuál de los varios principios en juego reviste una jerarquía superior.

En definitiva, según Frank, la personalidad del juez es realmente el factor central en la interpretación y en la decisión del caso.

El Liberalismo Jurídico Contemporáneo (norteamericano y escandinavo)

John Rawls, en su obra *Teoría de la Justicia*, plantea que desde la óptica liberal la función institucional del juez se manifiesta en la "justicia procedimental", conforme a la cual el juez debe interpretar el derecho soslayando sus preferencias y la situación imperante. Sin embargo, este autor reconoce que ese sistema no ocurre en los hechos. A raíz de lo anterior, Rawls se inclina a pensar que las aspiraciones de justicia, constitutivas de valor moral, involucran a la persona del juez y sus convicciones al momento de interpretar la norma, lo que deriva en una "justicia procedimental imperfecta", que contiene valores jurídicos y sociales.

Alf Ross, en sus trabajos "La lógica de las normas" y "El Derecho y la Justicia", complementa el pensamiento de Rawls, en el sentido de que la interpretación del juez no debe ser de manera alguna el análisis caprichoso del derecho positivo, sino que debe ajustarse a la conducta que realizan los demás jueces y quienes practican el derecho. De esta manera, la interpretación judicial incluye de parte del juez un examen riguroso de la literalidad de la norma y del comportamiento de sus pares, lo que hace que no exista margen ni posibilidad de interpretaciones contradictorias.

3. Pensamiento de presidentes de la Excma. Corte Suprema.

a) En la sesión inaugural del año judicial de 1953, el presidente de la Corte Suprema, **Gregorio Schepeler Pinochet**, expresó: "Hemos dedicado nuestra vida a servir un valor axiológico, como es la justicia". Concluye su disertación manifestando: "Jueces y abogados encargados de aplicar el derecho, con la responsabilidad condensada en el dicho francés: El derecho vale solamente por las condiciones en que es aplicado, debemos procurar superarnos cada día con incansable entusiasmo para que el derecho sea bueno con su correcta aplicación y para que no lo malogremos".[54]

El presidente Schepeler coloca la justicia como un valor que debe alcanzar la jurisdicción y la correcta aplicación del derecho como medio para alcanzar la virtud cardinal de la justicia. De sus palabras se advierte que el juez no puede ser un mero aplicador de la ley vigente habida cuenta a que pide a jueces y abogados superarse para que el derecho sea bueno y no lo malogremos.

b) **Pedro Silva Fernández**[55] escribe en el año 1941 sobre el arbitrio judicial, lo que no significa la arbitrariedad, el capricho a la licencia, sino la aplicación de un criterio ponderado, recto, ecuánime, justiciero.

[54] *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 50, Sesión Inaugural, p. 17, 1953.
[55] Pedro Silva Fernández, "El arbitrio judicial ante el Código Civil", R.D.J., Tit. 38, pp. 128 y ss., 1941.

En el articulado del Código Civil se contienen numerosas disposiciones que otorgan a los jueces las más amplias facultades para el ejercicio de sus funciones. El señor Silva Fernández las examina en: la interpretación de la ley (art. 24); la elección de personas (art. 363); la calificación de discernimiento (art. 2319); el ejercicio de la facultad moderadora (art. 1544); la determinación de la cuantía (art. 1315); la apreciación de circunstancias (arts. 88 y 351); la exigencia de solemnidades (arts. 1020 y 1025), y la fijación de plazo (arts. 378 y 2201), o en señalar un término razonable (art. 276) o equitativo (art. 2291).

La reseña que hace Silva Fernández evidencia, en su opinión, que el Código Civil entregó al arbitrio, a la equidad o prudencia del juez importantes materias, lo que puede considerarse avanzado para la época de su dictación.

Con el ánimo de expandir el arbitrio judicial, propone una reforma procesal en que se implante esta facultad en la medida en que la prudencia o equidad del juez constituyen una garantía de solución acertada y justiciera. Concluye señalando que mientras ello no ocurra, habrá que utilizar en muchos casos las presunciones y el sabio precepto del artículo 431 (hoy 428) del Código de Procedimiento Civil, que dice:

"Entre dos o más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán la que crean más conforme con la verdad".

De esta manera, la sentencia será la expresión real de la fórmula: "*Res judicata pro veritate habetur*". La cosa juzgada se considera verdadera. (Digesto 50, 17, 207).

c) **Osvaldo Illanes Benítez**[56] escribía acerca de su visión sobre el juez y la ley.

A su juicio, el estudio del derecho no puede prescindir de la sociología, porque en esta ciencia encuentra su origen el derecho antes de ser tal. Por eso dice: "el derecho, en el orden jurídico, no tiene más fuentes que la sociología".

Este autor afirma: "Así como el derecho es el cimiento en que descansa un país libre y soberano, la justicia es el elemento esencial que contribuye a que él sea más fuerte y duradero. Una vez que falte, ya sea el derecho o la justicia, ha llegado para ese Estado su hora final".

Para explicar la justicia, toma las palabras de León Bourgeois: "No hay armonía sin orden; no hay orden sin paz; no hay paz sin libertad; no hay libertad sin

[56] Osvaldo Illanes Benítez, "El juez y la ley", R.D.J., tít. 28, N°s 1 y 2, derecho, pp. 154 y ss., 1931; y tít. 29, N°s 1 al 10, derecho, pp. 18 y ss., 1932. Presidente de la Corte Suprema desde 1963 a 1966.

justicia". En definitiva, todo está subordinado a la justicia: el orden, la paz y la libertad. Y esta trilogía permite el desarrollo de los pueblos, mas esos atributos no pueden existir sin la justicia.

En el pensamiento y la convicción de Illanes Benítez, la justicia de hoy y del porvenir debe basarse en la **solidaridad social**: conmiseración y bondad con los desgraciados de la vida y deber de la sociedad para con el desdichado, a quien debe ayudarlo y socorrerlo en los momentos de miseria.

El movimiento de la solidaridad social es robustecido por la Escuela de Derecho Libre o Jurisprudencia Libre. A estos respectos, Gustavo Radbruch decía:

"El movimiento del Derecho libre salva a la ciencia jurídica de su tenaz aislamiento: abre todas las ventanas de su estrecha morada, y le muestra la plenitud de la vida que le circunda, y el anchuroso cielo de ideas que cierne sobre ella. Sólo así es posible remediar el despego tan extendido entre nuestros jóvenes juristas hacia su profesión. Ya Schuller expresó insuperablemente en su discurso inaugural académico, la razón por la cual la ciencia jurídica hastía tan fácilmente a sus cultivadores: Se siente uno separado, arrancado, de la conexión de las cosas, porque ha dejado de engarzar su actividad en la gran totalidad del mundo".

Y consigna que: "el derecho debe prepararse en las ciencias sociales, que enseñan las necesidades de la vida, para las cuales habrá de ser elaborado el mismo –*divinarum atque humanarum rerum notitia*– según las palabras de los juristas romanos".[57]

Aborda, el autor, luego dos cuestiones importantes en la administración de justicia: la necesidad de que los códigos contengan sólo principios abstractos y la independencia de los jueces. Sobre este particular solicita dar libertad al juez y no encastillarlo en un cúmulo de artículos porque su misión es hacer justicia, y para ello es preciso tener un amplio campo para ejercerla, porque vastas son las necesidades de los hombres.

De aquí siguen algunas reflexiones sobre el juez. Comienza con la necesidad de su preparación, que a más de la abogacía le exige conocer la sociología y la psicología humana. El juez debe tener cualidades morales: amor a la justicia; amor a la verdad y un deseo constante de mejorar las leyes. Y el juez debe mantener los ojos muy abiertos para examinar todas las circunstancias que rodean al hecho por resolver.

[57] "*Divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque inusti scientia*". Conocimiento de las cosas humanas y divinas, y ciencia de lo justo y de lo injusto. Definición de la jurisprudencia según la filosofía griega.

De otra parte, el juez debe tener personalidad que sea capaz de resistir las presiones, influjos o los intereses creados a fin de que la conciencia rectamente formada actúe libremente.

En su sentencia el juez debe convencer, no sólo a las partes que litigan, sino también a la sociedad, quien le ha delegado la facultad de administrar justicia.

Si la tarea del juez es convencer, ¿qué impide que, en ciertos casos, dé una lección moral o jurídica en la sentencia? No puede entenderse que está limitado por su deber de fallar conforme al mérito del proceso, porque el artículo 167 del Código de Procedimiento Civil lo refiere a las acciones o excepciones alegadas. Nada lo impide y si lo hace, el juez pasa a ser un jurista social. En ello muchas veces no bastará la ley o el derecho consuetudinario, sino que tendrá que recurrir al pensamiento científico, la ciencia, según la naturaleza de las cosas, la justicia y las conveniencias sociales (Reichel).

En el año 1967, el señor Illanes, como Presidente de la Corte Suprema, explica: "El Derecho, siendo la historia del hombre, es la única forma que la civilización occidental ha encontrado para buscar la paz con sentido perenne. Nada puede ser duradero si se aparta de lo que es vital para él. Construir las fórmulas jurídicas amoldadas a su constante evolución es la gran labor que hoy tienen los juristas y los legisladores".

Y agregaba: "En un mundo que se renueva con prisa, empujado por la ciencia y la tecnología, la ley debe tener una suficiente elasticidad para abarcar los hechos que se producen con tanta rapidez. El progreso de las naciones está subordinado a la medida en que se adopten los sistemas necesarios para que el derecho cumpla su fin: justicia del hombre para con el hombre".

La esfera de la Justicia no puede estar separada de la del Derecho. Aquella necesita de motivos que están más allá de la que realmente existe en la sociedad, sin dejar de hacerse eco de las perturbaciones y complejidades que hay en este campo social.

Los legisladores y los jueces deben constantemente darse la mano y estar imbuidos en la convicción de que ellos no son instrumentos inertes de una razón abstracta, sino que son órganos llenos de responsabilidad para la realización de la justicia en el orden social.

El "Derecho vivo", como lo llama Northrop, se halla en las realidades sociológicas que se producen por debajo del derecho e influyen en éste. Las leyes y las sentencias judiciales –agrega– deben reflejar ese derecho vivo, esa realidad social.

Sin embargo, el empirismo no es todo en el Derecho. Es necesario que éste comprenda el conocimiento científico; una comprensión mucho más amplia; una experiencia en la que esté toda la vida intelectual y espiritual del hombre.

El Derecho, además, implica una filosofía jurídica. Las expresiones normativas suponen y suscitan problemas filosóficos. Toda filosofía contiene, explícita o implícitamente, pensamientos que pueden proyectarse sobre el Derecho.

En esta era atómica que vivimos, hace falta una filosofía jurídica que sea a la vez una filosofía de la naturaleza y de la cultura. ***Ius naturae et ius gentium***.

Por todo esto es que nunca podrá perderse la fe en él. Mientras más avanza el mundo, en la ciencia y en la técnica: la humanidad con más ahínco ha de asirse a sus principios, que se renuevan cada día.

En el Derecho sigue el universo cifrando una gran esperanza, a pesar de sus zozobrantes vicisitudes.

d) En el año 1969, **Ramiro Méndez Brañas**, como presidente de la Corte Suprema, dijo:

"La judicatura y la ley. Antiguamente el Juez –como decía Hans Reichel– era sólo ejecutor de la voluntad del señor territorial, manifestada en la ley. No podía adoptar resoluciones propias; la ley y las órdenes del servicio le decían todo lo que era necesario. Lo que hoy nosotros denominamos interpretación no era otra cosa que la averiguación de aquello que el legislador (idéntico en esto al Monarca) había querido u opinado. Si el juez tenía dudas sobre el sentido de la ley, o si creía encontrar en ella una laguna, debía dirigirse al Soberano o a su representante, para buscar allí la interpretación y resolución auténticas".

En el siglo XVIII se experimenta un gran cambio con la obra de Montesquieu: *El espíritu de las Leyes,* en la que se expresa que "el juez es la voz de la ley que se hace viva por su medio. Dice en concreto lo que la ley ha prescrito en abstracto".

Robespierre tomó estas ideas e indujo a los revolucionarios franceses a crear el Tribunal de Casación. Y en sus discursos habló de este Tribunal con el propósito de que los jueces sean los más obedientes y pasivos en la observancia de las leyes.

Napoleón I cuando inicia la elaboración del Código que lleva su nombre, dijo con énfasis: "sometamos al juez al despotismo de la ley, para que sus fallos no sean arbitrarios".

En esta forma se pasa del absolutismo del Monarca o del Estado al absolutismo legal. Y esto hace decir a Berod: "Tú eres libre ¡Oh Juez! solamente debes observar un millón de artículos legales".

Hoy cualquier absolutismo en la interpretación legal puede inducir a una injusticia; salvo que sean aquellos principios clásicos que aun permanecen inmutables, a pesar del progreso que ha tenido el Derecho.

No es ocioso repetir que la norma jurídica, la parte objetiva del Derecho, ha de ser cada día más flexible, para que pueda abarcar la vida del hombre frente a su espíritu siempre en constante ebullición. Y no pasará mucho tiempo para que el que dispensa la justicia sea un juez social.

El mismo presidente, en el año 1970, expresó:

"Creemos que el primer deber del juez es aplicar la ley en su verdadero sentido y alcance; la ley escrita que es la declaración de la voluntad soberana que representa la opinión mayoritaria del país; y que mientras que la ley subsista, no es posible apartarse de ella para agradar a quienes pretenden destruir todo lo existente a cambio en un futuro muy incierto".

Hace años, otro presidente de esta Corte, el señor Schepeler, sostenía que la justicia social que se toma por nueva no es sino la antigua tuición de las personas pobres, confiada a una protección más eficaz del débil frente al poderoso; pero no olvidemos –acentuaba– lo que de la justicia dijo Ulpiano: voluntad constante de dar a cada uno lo que es suyo.

Más adelante, señaló:

"...es absurdo decir que la justicia entre nosotros es una justicia de clase, defensora incondicional del status social vigente. Ella es simplemente aplicadora de las leyes que rigen en la República. Por eso es necesario que los Cuerpos Legislativos estudien los cambios que el progreso de la legislación requiere a fin de que se obtenga un efectivo mejoramiento en los sistemas imperantes y se atiendan todas aquellas necesidades que la justicia exige para un mejor servicio de la comunidad...".

En el año 1971, el señor presidente don Ramiro Méndez manifestó:

"Nuestra tarea está encauzada por la voluntad soberana de la nación. Cuando nos indica caminos, a ellos debemos atenernos y así lo hacemos, aplicando, naturalmente, en la inteligencia de la norma, nuestro criterio y no el ajeno. No se nos pida, pues, que atendamos al sentido que quieran dar a la ley los otros

organismos, elementos o grupos de nuestra estructura republicana. La Justicia no pretende que ellos, en el ejercicio de sus facultades privativas, consulten el criterio de los magistrados".

En el año 1972, el mismo presidente expresó:

El Derecho es un producto interno de la historia de cada pueblo y va surgiendo a impulsos de la vida, en su incesante movimiento.

El legislador debe transformarlo en norma positiva, pero no olvidemos el ejercicio de la libertad; y que nuestros tribunales han conseguido mediante la interpretación de la ley desarrollar en gran parte las instituciones jurídicas, todo dentro del espíritu general de la legislación.

Debemos fidelidad al ordenamiento jurídico, pues lo contrario nos llevaría seguramente a la arbitrariedad.

Y pido excusas si vuelvo a reiterar, porque lo considero conveniente, lo antes expresado, en cuanto a que no ignoro que el mundo y el país viven momentos en que se pugna por establecer reformas sustanciales en todas las estructuras; que la vida marcha a ritmo acelerado; que se espera por muchos un nuevo amanecer; pero no podemos abdicar de nuestras íntimas convicciones acerca de que el Derecho que aplicamos debe ser la expresión de lo justo y de lo necesario para mantener la paz social, lo que lógicamente nos obliga a un proceso de búsqueda permanente de las normas mejores, abandonando al mismo tiempo las que van resultando inadecuadas en el mundo nuevo que nace, sin perder la vista, ni destruir por ningún motivo la continuidad histórica e institucional que ha sido orgullo de nuestra patria, pues la misma historia y la experiencia demuestran que la ruptura violenta produce el atropello de principios que vuelven a surgir cuando la razón y la serenidad regresan; pero ya el daño causado tanto a la Nación como los ciudadanos es irreparable. Esto es lo que debemos evitar.

e) En el año 1973, el presidente de la Corte Suprema, **Enrique Urrutia Manzano**, explicó:

"Cuando se dirigen quejas de que en la Magistratura se hace una justicia de clases a favor de los que poseen, se quejan en realidad, sin decirlo, de que la Magistratura misma, dada su posición constitucional que la constriñe a ser intérprete rígido del derecho formulado por el legislador, no está en situación de hacer una justicia de clases a favor de las clases trabajadoras...".

Tomando pie en las palabras de Víctor Chijikvadze, el presidente dijo:

"El ejercicio de la legalidad presupone la aplicación de la norma jurídica en consonancia con su letra y sentido. Aquí es imposible justificar cierta desviación argumentando que el impetuoso desarrollo de la vida impide a la ley estar al día. Los organismos legislativos, al promulgar unas u otras normas jurídicas, toman al máximo en cuenta las posibles modificaciones que tendrán lugar en la vida social, su multiplicidad y dinamismo. Mas, si la evolución de la sociedad ha motivado cambios de fondo y se hace preciso introducir una norma nueva o bien modificar o derogar la vigente, eso incumbe a la competencia de los organismos legislativos y no a los que ejercen el derecho. Mientras la ley (como cualquiera otra norma jurídica) no haya sido anulada o modificada en el orden fijado, debe ser estrictamente observada por todos".

Y agregó:

"Lo expresado por Calamandrei y Víctor Chjikvadze confirma, pues, que los jueces deben actuar dentro de un serio respeto al derecho y, por lo tanto, con sujeción y acatamiento a los impositivos legales que lo hacen tangible; correspondiendo a los legisladores modificar esos impositivos con la frecuencia conveniente para que sean un trasunto real y efectivo de las demandas sociales exigidas por una civilización en progreso cada día ascendente; modificaciones, una vez más decimos, que no pueden ser exigidas al intérprete, por ser materia propia, por lo demás, por obvias razones, inherente al que crea la ley, en nuestro caso: el legislador".

f) En el año 1976, el presidente de la Corte Suprema **José María Eyzaguirre Echeverría**, a propósito de la Carrera Universitaria de Derecho, decía: Serían completamente inútiles o intrascendentes todas las reformas legales que puedan introducirse, por perfectas o avanzadas que ellas sean, al mismo tiempo, en las diversas Sedes de nuestro principal Plantel Universitario y en las demás Universidades reconocidas por el Estado en que también se enseña el Derecho, si no se modifica substancialmente el sistema actualmente en vigor para los estudios de tal disciplina.

La consecuencia de la Reforma Universitaria de 1971 ha sido que los que egresan de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y reciben, posteriormente, su título de abogado tienen, en gran proporción, una ignorancia que no puede menos de preocupar seriamente a todos los que amamos y que hemos dedicado nuestras vidas al Derecho.

La ignorancia de materias de tanta importancia no sólo afecta a jueces y abogados, sino que trasciende a la vida institucional de la República y al respeto que todos los ciudadanos le deben.

g) En el año 1986, **Rafael Retamal López**, presidente de la Corte Suprema, refiriéndose a la independencia del Poder Judicial, expresó: El artículo 73 de la Constitución consagra la facultad de conocer de las causas civiles y criminales como tarea exclusiva de los tribunales establecidos en la ley, y el artículo 12 del Código Orgánico de Tribunales reitera el principio diciendo que el Poder Judicial es independiente de toda otra autoridad en el ejercicio de sus funciones.

En lo externo, pues, la independencia del Poder Judicial está asegurada por la Constitución y la Ley. Ninguna otra autoridad puede cercenar las facultades de dicho Poder de fallar las causas y hacer ejecutar lo juzgado.

Lo que establecen los preceptos citados ha sido práctica constante del Poder Político: nunca ha pretendido ejercer funciones judiciales.

Si hay motivos psicológicos para que algún funcionario judicial se sienta inhibido en su libertad e independencia funcionaria, el asunto es de su exclusiva incumbencia.

La aludida independencia no significa en modo alguno que para demostrar imparcialidad algún juez trate de manera especialmente severa a quien debe cordialidad, porque esta forma de ser imparcial demuestra lo contrario y constituye, además, una deshumanización de la conducta.

A propósito del tema que se está tratando, sería necesario aludir a un problema candente, y si bien sería posible pasar por sobre estas ascuas, eso significaría evadir la más comentada posición del juez por el público, el objeto principal de las conversaciones populares cuando la justicia resuelve cuestiones que socialmente le interesan.

La imparcialidad de los jueces la estudian los cultores del Derecho y la juzgan los profanos en función de sus ideas sociales.

El tema, pues, es trascendental y no debe eludirse. Y para no eludirlo lo primero es decir la verdad acerca de la interpretación honorable y sincera de la ley. La conciencia del juez sería la base de la honorabilidad y lo sincero consistiría en que del autoexamen resultara que la tesis que sostenemos es la que emana de un real convencimiento.

Es cierto que la conciencia y la mente del juez han sido forjadas con elementos del mundo y del vivir cotidiano, como la educación recibida, los libros leídos y meditados, las reflexiones solitarias y las ideas sociales absorbidas a lo largo de los días. De donde es posible concluir que no todas las conciencias se forman idéntico concepto del asunto sometido a su decisión.

Lo importante es que las solas ideas sociales, con prescindencia de los otros elementos que forman la conciencia, no sean las que influyan exclusivamente en la decisión adoptada.

De esta manera es perfectamente factible que un mismo problema regido por determinadas leyes, tenga para cada hombre una solución diferente.

Abierto, pues, el espíritu del juez a todos los influjos que ha recibido en la formación de su conciencia y de su mentalidad y adoptando honesta y sinceramente con arreglo a su formación un punto de vista determinado, no puede negarse que el juez ha procedido con independencia y con imparcialidad.

Es necesario decir esto en público, porque el sentir profano examina las decisiones de la justicia desde un limitado punto de vista social o político, sobre el filo de la navaja, que es el solio necesario del juez.

Así entendida la imparcialidad, la disparidad de opiniones es de puntos de vista honestos y sinceros y para saber en tales casos cuál de los grupos en pugna está en la razón, hay que distinguir entre la razón pura y la razón práctica.

La primera la conoce sólo Dios; y la segunda es la mayoritaria.

4. La recepción del pensamiento crítico extranjero en Fernando Fueyo Laneri, Rubén Galecio y Carlos Cerda

a) **Fueyo**[58] dice que Bello recogió el pensamiento de los siglos XVIII y XIX: legislador sabio y sobrehumano, juez disminuido y menospreciado, Escuela Francesa de la Exégesis y subsunción lógica. Además, su extrema prudencia, y su desconfianza, le hicieron asilarse en la letra de la ley para los efectos de su interpretación, por ser más seguro y porque así se evitan arbitrariedades y no se destruye el imperio de la ley, y todo ello tras la confección de un silogismo impecable.

Razones de orden político, histórico, social y humano; en especial la consideración muy particular del díptico legislador-juez, hicieron que Bello adoptara en su tiempo una interpretación literal. Se necesitaba entonces de la labor mecanicista del juez, porque la interpretación suponía un riesgo. Aquellas razones que justificaban el método exégetico hoy –dice Fueyo– han desaparecido en nuestro país.

[58] Fueyo Laneri, Fernando, *Interpretación y Juez*, pp. 161 y ss., Universidad de Chile y Centro de Estudios "Ratio IURIS", Santiago de Chile, 1976.

El Código Civil chileno –agrega– tiene una gran amplitud de contenido, no emergente de su literalidad en forma directa. Es mediante normas indeterminadas o flexibles de orden substantivo o procesal, que confieren al juez la posibilidad efectiva y el mandato de creación del derecho concreto que debe aplicar al caso sometido a su conocimiento.

En su línea de pensamiento, Fueyo declara su viva preferencia por la creatividad del juez en la sentencia, que más allá de escuelas, normas positivas ausentes o presentes, o de técnicas, o de épocas, o de criterios; califica como una cuestión de realidad, que a su juicio es un hecho.

Enfrentado a quienes considera los adoradores obsesivos de la ley, que aprecian en ésta, por sobre todo, su omnipotencia, su omnicomprensividad y el monismo en su aplicación, los invita a meditar seriamente sobre las palabras de Eduardo García de Enterría pronunciadas a mediados del siglo XX, cuando decía. "La sociedad actual (...), como un resultado de la experiencia histórica inmediata, ha comenzado a ver en la ley algo en sí mismo neutro, que no sólo no incluye en su seno necesariamente la justicia y la libertad, sino que con la misma naturalidad puede convertirse en la más fuerte y formidable amenaza para la libertad, incluso en una forma de organización de lo antijurídico, o hasta en un instrumento para la perversión de lo jurídico".

Le parece, al profesor Fueyo, preferible seguir los siguientes padrones:

- decidirse por las fuentes plurales y terminar con el monismo, de la fuente única que es la ley o la costumbre *secundum legem* o en materia comercial, *extra legem.*

- desechar la posibilidad de gobernar al juez con reglas rigurosas, porque la naturaleza de la función, la personalidad del juez, la realidad social, la justicia del caso concreto, y otros factores, lo desatarán siempre de las fuentes oficialmente proclamadas.

- que la decisión jurisdiccional se funde en los siguientes factores y prelación: la conducta, el juez y la norma, porque la norma no decide hoy la suerte del orden social, del Estado de Derecho, de la seguridad jurídica, de la justicia del caso concreto.

- que debe reconocerse que la lógica judicial importa una razonable creación judicial del Derecho, operación en la cual se involucran circunstancias sociológicas pertenecientes a la cultura, como lo son los aspectos políticos, económicos, psicológicos, ambientales, de protección de culturas autóctonas, etc.

- que se debe contribuir a la seguridad jurídica abandonando la subsunción

lógica, porque un modo reglado y severo de interpretar se traduce en una constante inseguridad en razón de la pugna permanente entre el sistema que impone reglas estrictas de hermenéutica y quienes procuran abandonarlo, empleando de hecho otras fuentes de mejor resultado. Lo cual se justifica –dice– porque los encargados de interpretar y aplicar la ley están llamados a superar el conocimiento que de la materia regulada tenía el legislador en su tiempo; a veces distante en decenios, y aun siglos.

- que la equidad, oculta o disimulada, o deliberada, se aplica por el juez para contrarrestar normas positivas caducas, injustas o de aplicación perniciosa. No extraña que nuestros tribunales resuelvan libremente, aun "*contra legem*".

- los hechos y su fuerza creadora, y su fijación amplia y libre por el juez, han de ser debidamente considerados en el tratamiento de la interpretación, integración y aplicación del ordenamiento positivo.

b) **Galecio**[59] se preguntaba hace algo más de cuatro décadas: ¿Y qué es la crisis del Derecho? A su juicio, la crisis es fundamentalmente la pérdida o minoración de los valores que nos han gobernado, en tanto que los nuevos no aparecen o no consiguen una decantación uniforme y plena. El espíritu de las épocas se traduce siempre en conceptos y éstos en voluntad jurídica que trata de arreglar la vida normativamente y tener vigencia en el futuro. ¿Y qué ha pasado? Ha pasado que por diversas causas, entre las cuales sólo algunas son la masificación, el industrialismo, la mecanización, y la propaganda comercial, el individuo se ha despersonalizado, ha perdido la conciencia de su propio valer, fundiéndose en la colectividad como simple átomo de un complejo superior a él; ha perdido la vieja fe en la libertad y como el hombre libre es inseguro ha querido reemplazar la libertad por la seguridad. El antiguo sentimiento de orgullo personal y de autoridad que caracterizó a los hombres del siglo pasado, significativamente vestidos de negro con sus chaqués impecables, sus cuellos duros y sus sombreros de alta copa, ha sido reemplazado por la fundición en el medio, la anonimización, la autoridad impersonal y muchas veces oculta o irresponsable. A la mecanización ha seguido el sustituirse los valores, siempre impregnados de fines, de contenidos y de significados, por una mera formalización del hombre que no divisa su propio destino personal perdido en la fronda de las técnicas, las tácticas y los métodos manipulados por fuerzas que no logra percibir con claridad.

Desde su perspectiva, Galecio[60] postulaba que para juzgar en un período en que los valores están alterados, el juez debe mirar con ojo vigilante en la conciencia

[59] Galecio Gómez, Rubén, "El juez en la crisis", R.D. y J., tomo 63, sección derecho, p. 121, Editorial Jurídica de Chile, 1966.
[60] Op. cit., pp. 127 y ss.

pública y no ceder a la deformación de los conceptos éticos fundamentales y de los principios, manejados y distorsionados de mil maneras por los medios, a veces los más nobles, de publicidad y de conocimiento. Ha de formarse pues un juicio deontológico (de deber ser) sobre las conductas que juzga y estar en situación de comprender los valores permanentes protegidos por la ley para compararlos con otros, secundarios y accidentales, que también confluyen, a veces en oposición contradictoria.

Como nadie, precisa comprender la persona humana, que se presenta como un ser perceptible y diferenciado, lleno de alma y de espíritu, que pide su arbitraje o que espera la condena o la absolución. Por eso el juez necesita defenderse de la anonimización, conservar una individualidad bien marcada, no dejarse arrastrar por las banalidades, estar siempre con los ojos abiertos para captar las sustancias y los contenidos. Pero ha de imponer silencio a sus pasiones, ha de independizarse de la opinión pública, resistir los arrebatos colectivos y lograr un equilibrio armónico de ideas y afectos que le permitan actuar con carácter ecuánime. Sabe que los valores y los principios, puestos en manos de la prensa o del público, se convierten de inmediato en materia cuestionable, en simples tópicos de conversación o amenidad que por tanto debe captar con espíritu comprensivo pero crítico.

No hay nadie más juzgado que este hombre que juzga: lo juzga el abogado en su competencia y equidad, juzga el profesor la validez de su jurisprudencia, lo juzga el reo en la soledad de su celda, y sobre todo se juzga él mismo en el diario enfrentarse con su propia conciencia. Así su prestigio personal estará siempre amenazado.

Examinando el juez y la ley, este autor decía:

"Desde los tiempos ya lejanos en que se comenzó la labor codificadora moderna, concibiéndose el Derecho como una plenitud hermética que abarca todo el campo de las conductas humanas posiblemente sujetas a la norma, y en que se pensó que la interpretación judicial debe estar restringida a un mínimo con el objeto de proveer a la certeza y a la seguridad jurídicas, han pasado muchos años y se han tejido muchas doctrinas. Sirvan de ejemplo Jeremías Bentham con su utilitarismo; Ihering con su teleologismo; Colmes con sus consejos sobre la "experiencia práctica"; Gény con su teoría de la libre investigación científica; y los movimientos en pro derecho libre en Alemania, de las jurisprudencias de intereses, de la jurisprudencia sociológica, que tuvo sus mejores intérpretes en Cardozo y Pound; la lógica experimental de John Dewey; el movimiento del realismo jurídico norteamericano y la crítica egológica de Carlos Cossio, convencido éste de que el juez es creador del derecho. En nuestra América, Recaséns Siches aboga por la lógica de lo razonable y le

ha contestado Sebastián Soler pidiendo una intervención prudente del juez en el manejo de la interpretación. En Italia una gran producción jurídica penetra en mismo tema, entre otros Emilio Betti y López de Oñate, que clama por la certeza del derecho.

c) **Carlos Cerda Fernández**[61] plantea la interrogante: ¿Poseen los jueces el poder y el derecho de legislar y de modificar las leyes?

En la visión convencional, dice, la ley es un conjunto completo de reglamentos que existe desde tiempos inmemoriales y que es inmodificable, salvo cuando el poder legislativo la altera por medio de la promulgación de estatutos. Los jueces son simplemente "oráculos vivientes" de las leyes. Son "la expresión de la ley". Su función es puramente pasiva, conforman "la boca que pronuncia la ley". Si realmente un juez tratara de crear un nuevo reglamento, sería culpable de usurpación de poder, puesto que sólo el Poder Legislativo está autorizado para cambiar las leyes.

En su parecer, una visión minoritaria, a la que él adhiere, es la correcta. Tomando palabras de Pollock, dice: "Actualmente ningún abogado inteligente afirmaría que las decisiones de los tribunales no incrementan las leyes y que no las alteran". Y afirman: "los jueces sí crean y cambian las leyes".

Citando al juez Hutcheson, dice: "El juez realmente decide por sentimiento y no por discernimiento, por corazonada y no por raciocinio, el que aparece solamente en el dictamen. El impulso motivador vital para la decisión es un sentido intuitivo acerca de lo correcto y de lo errado para el caso particular; y el juez hábil, habiendo decidido de esa forma, consigue el apoyo de todas sus facultades y activa su razonamiento no sólo para justificar esa intuición ante sí mismo, sino para hacerla aceptable a sus críticos".

De ahí, continúa Cerda, que los rasgos, la disposición, las propensiones y los hábitos peculiares de un juez a menudo van a determinar que lo que él decida es el derecho. En todo razonamiento práctico, cita a F.C.S. Schiller, "la personalidad entera de la persona la penetra y colora en su totalidad". De este modo, la personalidad del juez es un factor fundamental en la administración de justicia.

Más adelante el ministro Cerda se refiere a la justa resolución de la contienda, y manifiesta que es erróneo sostener que primeramente el juez elige disposiciones

[61] Cerda Fernández, Carlos, "Razonamiento Judicial", pp. 254 y ss., Cuadernos de Análisis Jurídico, 5 serie publicaciones especiales, Universidad Diego Portales, con el Centro de Desarrollo Jurídico Judicial de Corporación de Promoción Universitaria, 1995.

legales por medio de un proceso lógico, casi mecánico, y que luego procede a interpretarlas, cuando no son "claras". En la realidad ocurre a la inversa. El juez elige una norma a aplicar porque una interpretación previa de la misma le revela un sentido coherente con el de los hechos relevantes del caso y porque ese significado es conducente a una decisión justa.[62]

D. Sentencias ilustrativas

1. Amnistía

La influencia política en el cambio de criterio en la interpretación de la ley de amnistía y de la precripción. Oficio de S.E. el Presidente de la República a la Corte Suprema y nombramiento de nuevos ministros.

a) Doctrina inicial de la Excma. Corte Suprema, 11 de agosto de 1989. R.D. y J., tomo 86, N° 2, sección cuarta, p. 42, 1989

Pronunciada una ley de amnistía, el juez, queda legalmente impedido de continuar una investigación relativa a los hechos de que se trata; y debe necesariamente sobreseer definitivamente la causa desde que el propósito de toda ley de amnistía es poner término a la responsabilidad penal de los participantes en delitos cubiertos por los beneficios de dicha ley. Resulta evidente, entonces, que el juez deba fundar su sentencia solamente en la existencia de la ley de amnistía, debiendo ser materia de consideración solamente los hechos constitutivos de la causal de sobreseimiento definitivo, encontrándose impedido de analizar cualquiera otra circunstancia de hecho pendiente de investigación por ser incompatible con lo resuelto. De este modo debe interpretarse el artículo 413 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto basta la ley de amnistía para sobreseer definitivamente la causa, sin que pueda argüirse que la resolución no ha sido extendida en conformidad a la ley, por cuanto el aludido artículo 413 exige que la investigación se encuentre totalmente agotada para que ello ocurra.

El D. L. 2.191, al fijar fechas de inicio y de término dentro de las cuales los hechos a que se refiere son amnistiados, sólo pretendió fijar épocas claras y precisas para los efectos del perdón. De allí que sea impropio argumentar que determinados delitos cuyos comienzos de ejecución habrían tenido lugar dentro del período aludido, al mantenerse en el tiempo y sobrepasar la fecha de término del D.L. 2.191, quedarían excluidos de la amnistía, debiendo continuarse la investigación de los mismos.

[62] Recoge así el planteamiento de Jerome Frank.

En materia de tanta relevancia como son las situaciones de exención de responsabilidad penal, debe quedar muy bien precisado el momento de la comisión del delito, el cual no puede ser otro que el del comienzo de su ejecución. Los jueces del fondo han aplicado correctamente el D.L. 2.191, al considerar que los efectos de la amnistía cubren los delitos cometidos antes de la fecha de su publicación.

La amnistía extingue por completo la pena y todos sus efectos, como lo señala el número 3° del artículo 93 del Código Penal, considerándolo así también la Comisión Redactora del citado texto cuando en su sesión N° 22 dejó constancia que la amnistía "produce el efecto de borrar el delito, dejando a su autor en la misma situación en que estaría si no lo hubiera cometido". Procesalmente, en consecuencia, debido a la amnistía, desaparece todo motivo de investigación del delito, por lo que no pueden violarse los artículos 413 del Código de Procedimiento Penal; 40 N° 5 del mismo cuerpo de leyes; ni 93 N° 3 del Código Penal; o 10 del Código Orgánico de Tribunales, al sobreseerse definitivamente la causa durante la investigación sumarial.

La regla del inciso 1° del artículo 413 del Código de Procedimiento Penal, en cuanto a que el sobreseimiento definitivo no podrá decretarse sino cuando esté agotada la investigación, no es absoluta, pues tratándose de la muerte del reo, el cumplimiento de la condena, la amnistía, el indulto, la prescripción de la acción penal y la prescripción de la pena, es obvio que tal requisito es innecesario. Distintos son los casos de los números 1°, 2° o 3° del artículo 408 del Código de Procedimiento Penal, causales de sobreseimiento definitivo que por su naturaleza reclaman el agotamiento de la investigación. La amnistía es una causal objetiva y como tal sólo se requiere acreditarla para la procedencia del sobreseimiento definitivo.

Comentario

En causa seguida ante el Ministro Instructor Carlos Cerda, en visita en el Tercer Juzgado del Crimen de Santiago, éste encargó reos y sometió a proceso a cuatro personas como participantes de los delitos de asociación ilícita. Se solicitó al juez el sobreseimiento definitivo de la causa a virtud de lo dispuesto en el D.L. 2.191, petición a la que no dio lugar. Contra dicha sentencia se recurrió de queja, recurso que fue acogido por la Corte de Apelaciones de Santiago, la que corrigendo las faltas cometidas por el Instructor, dejó sin efecto los autos de enjuiciamiento contra las personas mencionadas. Apelada dicha sentencia, dictada en el recurso de queja, ella fue confirmada por una de las salas de la Corte por sentencia de 6 de octubre de 1986, y que sus fundamentos hizo suyos la Corte Suprema para rechazar los recursos de casación en la forma y fondo deducidos contra la sentencia.

b. Doctrina intermedia de la Corte Suprema, 19 de noviembre de 1993. (R.D. y J., tomo 90, N°3, sección cuarta, pp. 201 y ss.)

La Corte:
Vistos y teniendo presente:

1° Que los artículos 406 y 408 N° 5° del Código de Procedimiento Penal prescriben, imperativamente, que el procedimiento judicial en lo criminal se suspende definitivamente, entre otros casos, cuando se haya extinguido la responsabilidad penal por alguno de los motivos establecidos en los números 3° y 6° del artículo 93 del Código Penal, esto es, por amnistía y/o por la prescripción de la acción penal;

2° Que el sobreseimiento definitivo que ha originado el presente recurso de queja fue decretado en virtud del referido mandato categórico del artículo 408 N° 5 del Código de Procedimiento Penal en cuanto prescribe que el sobreseimiento definitivo se decretará cuando se ha extinguido la responsabilidad penal por el motivo establecido en el N° 3° del artículo 93 del Código Penal, esto es, por amnistía;

3° Que, en efecto, la amnistía concedida en el Decreto Ley N° 2.191, de 1978, fue otorgada en estos términos, en su artículo 1°: "Concédese amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas";

4° Que los hechos que dieron motivo a formar la causa, de haberse verificado, constituirían delitos acaecidos dentro del período de vigencia del citado D.L. N° 2.191, de 1978, amnistiados por éste; y no se hallan entre los exceptuados por la misma. Obviamente, no puede quedar cubierta por la amnistía la prolongación de algún supuesto delito de secuestro –que se hubiera perpetrado dentro de ese período de vigencia– más allá del 10 de marzo de 1978, fecha de término del período de amnistía, puesto que siendo el secuestro un delito permanente, la conducta que lo tipifica podría mantenerse después de esa fecha;

5° Que un Estado de Derecho, como es Chile, así consagrado fundamentalmente en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, se expresa, entre otras conductas básicas, en el imperio de la ley. Conculcar su autoridad es abrir camino a la violación de los derechos. El mandato de la ley de amnistía no puede, por lo mismo, quebrantarse sin afectar el orden constitucional y la legalidad ínsita en él, que emana de su esencia;

6° Que para considerar el carácter imprescindible de la amnistía cabe recordar que es un fenómeno histórico milenario. "Se hace remontar el origen de la amnistía al año 404 antes de Cristo", manifiesta Eduardo Novoa (*Curso de Derecho Penal*. Tomo II, página 440, Editorial Jurídica de Chile, 1966).

El significado etimológico de la palabra amnistía, de la voz griega "amnesis", que expresa la idea de "olvido del pasado", olvido del delito, precisa y fortalece su contenido ético, histórico y de interés político y público. "Se trata –destaca ese autor– de una institución que nació para resolver las dificultades que surgen en los casos de profundos cambios políticos y sociales, especialmente por situaciones revolucionarias o anormales, debido a que leyes anteriores o permanentes no parecen adecuadas para regir las extraordinarias circunstancias" (Ob. cit., página 441). "La amnistía –prosigue– hace perder efecto a lo que disponen leyes penales. En consecuencia, debe ser considerada como una medida excepcional, que corresponde adoptar después de períodos de gran beligerancia política, trastornos institucionales o momentos revolucionarios. Con ella se pretende solucionar conflictos a que daría lugar la aplicación de leyes permanentes, que no pudieron prever instantes anormales o extraordinarios que tuvieron lugar en la vida de una sociedad, durante los cuales esa aplicación no se estima justa. La legislación penal que era adecuada para tiempos normales, puede tornarse excesiva o contraria a los sentimientos generales de la justicia, si se trata de imponerla en tales instantes. También puede ser considerada la amnistía como una medida de benignidad que tiende a apaciguar los ánimos después de períodos de turbulencia política" (Ob. cit., página 443).

Alfredo Etcheverry, en su *Derecho Penal*, Tomo II, página 275, año 1964, expresa: "La amnistía no es personal sino objetiva, esto es, que no se concede para beneficiar a determinadas personas, sino que afecta a las consecuencias penales de determinados hechos, las que hace desaparecer". El tratadista Rafael Fontecilla, en su *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo III, página 133, Editorial Jurídica de Chile, 1978, refiriéndose a la naturaleza esencial de la amnistía, señala: "La amnistía no sólo extingue la pena, sino que deja al individuo en condiciones como si nunca hubiere cometido el delito materia de la amnistía... cancela el delito y por lo tanto las acciones promovidas o no". "La amnistía es más que el perdón del delito. Es un acto de alta política, por el que los Gobiernos, después de las perturbaciones o trastornos de los pueblos, hacen nula la acción de las leyes, echando el velo de un eterno olvido sobre ciertos delitos que atacan el orden, la seguridad y las instituciones fundamentales del Estado".

7° Que el examen de las normas jurídicas atinentes a los efectos de la amnistía, corrobora plenamente su finalidad de que "más que el perdón del delito, es un acto de alta política", "echando el velo de un eterno olvido sobre ciertos delitos". El artículo 93 N° 3 del Código Penal prescribe que "La responsabilidad

penal se extingue: 3° Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos". Mas esta norma no expresa cabalmente su verdadero sentido, el que sí lo manifestó la Comisión Redactora del Código Penal chileno, en la sesión 22, según consta en sus Actas de Sesiones, en estos términos: "La amnistía produce el efecto de borrar el delito, dejando a su autor en la misma situación en que estaría si no lo hubiera cometido".

La doctrina y la jurisprudencia consagran como el verdadero efecto de la amnistía, en el Derecho chileno, el precedentemente anotado, establecido por la Comisión Redactora del Código Penal chileno. "El que no se mantuviera en definitiva en el texto, no significa –anota Novoa– que los redactores hubiesen variado la idea que así consignaron". "Tan completos son los efectos de la amnistía, que pueden equipararseles a una ficción de no haber existido la ley penal que debió ser aplicada a el o los individuos que realizaron, con plena responsabilidad penal, los hechos tipificados legalmente" (Ob. cit., página 440). "Con ello se advierte que no es feliz la expresión legal contenida en el artículo 93 N° 3 ya citado, pues la amnistía no solamente tiene el efecto de extinguir la pena y todos sus efectos, sino que, además, deja al delincuente en la condición de persona que no hubiera delinquido" (Ob. cit., página 441). "Dictada una ley de amnistía, ha de tenerse por anulado el carácter delictuoso del hecho y por eliminada toda consecuencia penal que para el autor derive de él. Este efecto se retrotrae al momento mismo en que el delito fue cometido, de modo que el sujeto habrá de ser tenido como un inocente que en momento alguno ha soportado el peso de una responsabilidad penal. Si la amnistía se dicta antes de que se inicie el proceso, no podría deducirse acción penal alguna. Si se dicta durante el proceso, corresponderá sobreseer definitivamente en la causa. (Ob. cit., página 444).

Rafael Fontecilla, refiriéndose al término del procedimiento judicial en lo criminal por el sobreseimiento definitivo respecto de los delitos cubiertos por amnistía, cita el pensamiento de Groizard: "De aquí que no sólo extingue las penas impuestas, sino que también concluye con los procedimientos abiertos para imponerlas" (Ob. cit., página 33).

El profesor Gustavo Labatut manifiesta sobre los efectos de la amnistía: "La amnistía importa el perdón u olvido del delito y extingue por completo la pena y todos sus efectos. En realidad, sus efectos son aun más amplios, pues extingue, además, la acción penal que nace del delito. Por consiguiente, dictada una ley de amnistía, se sobreseen definitivamente los procesos pendientes, conforme a lo dispuesto por el artículo 408 N° 5° del Código de Procedimiento Penal" (*Derecho Penal*, 9ª edición, Tomo 1, página 302);

8° Que siendo efecto de la esencia de la amnistía "borrar el delito, dejando a su autoil en la misma situación en que estaría si no lo hubiera cometido",

como categóricamente lo expresó la Comisión Redactora del Código Penal chileno, según se ha mencionado precedentemente, es asimismo jurídicamente forzoso, como también lo destacan la doctrina y la jurisprudencia, como se ha visto y se verá, no dar curso a una querella por delito amnistiado, o, si la causa se hubiere iniciado, sobreseer definitivamente, pues lo mandan perentoriamente los siguientes artículos del Código de Procedimiento Penal;

a) Los artículos 102 y 107 del Código de Procedimiento Penal atañen categóricamente al respecto. El primero prescribe que "si no constituyen un delito los hechos expuestos en la querella, el juez no le dará curso y dictará al efecto un auto motivado". Y el segundo ordena: "Antes de proseguir la acción penal, cualquiera que sea la forma en que se hubiere iniciado el juicio, el juez examinará si los antecedentes o datos suministrados permiten establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad del inculpado. En este caso pronunciará previamente sobre este punto un auto motivado, para negarse a dar curso al juicio".

El pleno de la Corte Suprema, dando estricto cumplimiento a lo ordenado en el antedicho artículo 107, ha expresado en los antecedentes PR N° 7230, PR N° 7231, PR N° 7634 y PR N° 7655, con fecha 30 de abril de 1992, lo siguiente: "Que en conformidad a lo establecido en el artículo 107 del Código de Procedimiento Penal, "antes de proseguir la acción penal, cualquiera que sea la forma en que se hubiere iniciado el juicio, el Juez examinará si los antecedentes o datos suministrados permiten establecer si se encuentra extinguida la responsabilidad penal del inculpado. En este caso pronunciará previamente un auto motivado, para negarse a dar curso al juicio"; y "Que atendida la fecha de ocurrencia de los hechos denunciados –durante el período cubierto por el D.L. N° 2.191, de amnistía– el Juez de la causa ha debido dar aplicación a esta última disposición legal, por lo que no resulta procedente la diligencia dispuesta en la resolución antes referida" (de que se remitieran antecedentes relativos a un operativo de Carabineros).

b) "La amnistía –ya expresó la Corte Suprema más de medio siglo atrás– borra la existencia de lo pasado, hace desaparecer el delito y sus consecuencias" (*Gaceta*, año 1915, página 596).

c) El artículo 407 del Código de Procedimiento Penal, que dispone que "Puede decretarse auto de sobreseimiento en cualquier estado del juicio"; y si bien es cierto que el artículo 413 señala que "El sobreseimiento definitivo no podrá decretarse sino cuando esté agotada la investigación con que se haya tratado de comprobar el cuerpo del delito y de determinar la persona del delincuente, tal norma no procede aplicarla en los casos de amnistía, pues en ellos los

delitos, según se ha visto, dejan de ser delitos, por lo que –siendo contrario a derecho, a la doctrina, a la jurisprudencia y a la esencia de la institución de la amnistía– resulta absolutamente inútil que esté agotada la investigación con que se haya tratado de comprobar el cuerpo del delito y de determinar la persona del delincuente, cuyo es el primer objeto a que deben tender las investigaciones del sumario, según el artículo 108 del precitado cuerpo legal.

d) Más todavía: debe, asimismo, sobreseerse en cualquier estado de la causa tratándose de delito amnistiado, porque éste, por la amnistía, dejó de ser delito, caso en el que el artículo 408 números 2° y 5° ordena el sobreseimiento definitivo: "El sobreseimiento definitivo se decretará –dispone el artículo 408 N° 2° del Código de Procedimiento Penal– cuando el hecho investigado no sea constitutivo de delito"; y el N° 5°: "Cuando se haya extinguido la responsabilidad penal del procesado por alguno de los motivos establecidos en los números... 3°... del artículo 93 del mismo Código" (Penal), norma que dispone que "La responsabilidad penal se extingue: 3° Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos". Se consignó con anterioridad que el exacto significado de este último precepto es, según la Comisión Redactora del Código Penal, de la doctrina y de la jurisprudencia, que "la amnistía produce el efecto de borrar el delito, dejando a su autor en la misma situación en que estaría si no lo hubiera cometido".

e) Debe, asimismo, sobreseerse definitivamente por perentorio mandato del artículo 441 del Código de Procedimiento Penal: "Cuando se declare haber lugar a cualquiera de las excepciones comprendidas en los números... 6°... del artículo 433: –la de amnistía o indulto– se sobreseerá definitivamente en la causa y se mandará que se ponga en libertad al reo o reos que no estén presos por otro motivo".

Bien sabido es que las excepciones de previo y especial pronunciamiento tienen por finalidad corregir el procedimiento, o enervar la acción penal (como la fundada en la arnnistía). Estas excepciones, como también es bien sabido, se oponen a través de los artículos de previo y especial pronunciamiento, pudiendo hacerse en cualquier momento del sumario, de conformidad con el artículo 405 del Código de Procedimiento Penal, o conjuntamente con la contestación a la acusación en carácter de subsidiaria, como lo dispone el artículo 434 inciso 1° de ese cuerpo legal. El artículo 433 del Código de Procedimiento Penal dispone que "El reo sólo podrá oponer como excepciones de previo y especial pronunciamiento las siguientes... 6° Amnistía o indulto". Si se declara haber lugar a la predicha excepción de previo y especial pronunciamiento, el juez tiene un solo y obligado camino: sobreseer definitivamente en la causa. Es el mandato del artículo 441 del mismo Código, norma transcrita más arriba, en el párrafo c).

El jurista Eduardo Novoa, examinando la procedencia del sobreseimiento definitivo por la amnistía, manifiesta: "Otorgada ella, el tribunal debe apreciarla como una excepción de previo y especial pronunciamiento y sobreseer definitivamente en la causa (ver artículos 433 N° 6°, 441 y 445 del Código de Procedimiento Penal en relación con el artículo 408 N° 5 del mismo Código)" (Ob. cit., página 443).

9° Que la dictación de sobreseimiento definitivo en el caso de autos, por hallarse favorecidos los hechos por la amnistía –y que también ha podido dictarse por la prescripción de la acción penal– es, como ya se ha anotado, tanto más imperativa en un Estado de Derecho, consagrado en Chile fundamentalmente en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República, en el que, al imperar la ley, no puede dejar de cumplirse la amnistía y decretarse el sobreseimiento definitivo, como bien lo entienden la doctrina y la jurisprudencia, a la que se ha hecho referencia en las consideraciones precedentes. No es cuestión, por tanto, de que convenza o no a determinados partidos, facciones o grupos políticos, o a este o aquel proselitismo o sectarismo.

10° Que el argumento esgrimido, de que antes de sobreseer es previo ubicar los cadáveres de las personas cuyo desaparecimiento se ha denunciado, no es óbice para respetar la amnistía, no es legítimo impedimento para que ésta cumpla su misión más que milenaria, de 25 siglos, y dictar sobreseimiento definitivo, pues, además de que ya han transcurrido cerca de 20 años desde que acaecieron los hechos amnistiados, existen otros medios para procurar encontrarlos. Así, por ejemplo, ya por Decreto Supremo N° 355, de 25 de abril de 1990, del Ministerio de Justicia, se creó lo que se denominó "Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación", a la que el artículo 1° letra b) le encomendó "reunir antecedentes que permitan individualizar a las víctimas de las violaciones a los derechos humanos y establecer su suerte o paradero", prescribiendo, en su artículo 4°, que "Para el cumplimiento de su cometido corresponderá a la Comisión: a) Recibir, dentro del plazo y en la forma que ella misma fije, los antecedentes que le proporcionan las posibles víctimas, sus representantes, sucesores o familiares... c) Practicar todas las indagaciones y diligencias que estime conveniente para cumplir su cometido, incluso la solicitud de informes, documentos o antecedentes a las autoridades y servicios del Estado". Y en el artículo 8° agregó que "Las autoridades y servicios de la administración del Estado deberán prestar a la Comisión, dentro del ámbito de sus respectivas atribuciones, toda la colaboración que ella les solicite, poner a su disposición los documentos que les requiera y facilitar su acceso a los lugares que ella estime necesario visitar".

11° Que tampoco parece aceptable la objeción al sobreseimiento definitivo fundada en que si la víctima hubiera sido secuestrada durante el período cu-

bierto por la amnistía, dada la característica de delito permanente del secuestro, éste se prolonga mientras subsista.

12° Que el supuesto antedicho, de un secuestro que hubiera acaecido durante los años cubiertos por la amnistía y que continuare después de su término, es casi impensable, por el transcurso de casi 20 años de larguísima duración. Sin embargo, si existiera el secuestro, la característica de permanente de este delito, en el que el momento consumativo perdura en el tiempo, no impide respetar la amnistía en lo que concierne al período que ésta cubre, pero no en la parte concerniente a la subsistencia posterior al término de la amnistía, en la que la conducta típica debiera subsistir, prolongarse en el tiempo, ya que en el delito permanente, como es el secuestro, "su característica esencial es la persistencia de la acción y del resultado; aquella dura tanto como éste" (Labatut, ob. cit., página 165).

13° Que la idea que suele expresarse de que no es dable sobreseer definitivamente por amnistía si no está probada la existencia de un delito, es contraria a la doctrina y carece de base jurídica seria, pues el sobreseimiento definitivo, por esencia, como lo define el artículo 406 inciso 1° del Código de Procedimiento Penal, en relación con el artículo 408 del mismo cuerpo legal, termina definitivamente el procedimiento judicial haya o no delito. De manera tal que la iniciación de un procedimiento judicial debe terminarse definitivamente –como mandan, en lo que concierne al caso que se examina, los N°s 1°, 2° y 5° del mencionado artículo 408, y este N° 5° en relación con el artículo 93 N° 3° del Código Penal– cuando en el sumario no aparecen presunciones de que se haya verificado el hecho que dio motivo a formar la causa, o cuando el hecho investigado no sea constitutivo de delito, o cuando se haya extinguido la responsabilidad penal por amnistía.

14° Que en la hipótesis de no aplicarse la amnistía, procede la prescripción de la acción penal contemplada en el artículo 93 N° 6° del Código Penal, o sea, el transcurso de un determinado espacio de tiempo sin que el delito haya sido perseguido;

15° Que el mayor plazo de prescripción de la acción penal contemplado en nuestro derecho positivo es el de quince años del artículo 94 del referido cuerpo legal, término que, según el artículo 95, empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito. Este plazo de prescripción de suspende desde que el procedimiento se dirige contra el delincuente (artículo 96 del citado Código). En el caso sub lite, el hecho se denunció como delito el 28 de diciembre de 1988, que habría acaecido el 24 de septiembre de 1973, según la denuncia de fojas 1 del expediente rol N° 52-89 de la Fiscalía de Aviación de Puerto Montt. Entre una y otra fecha transcurrieron más de los quince años

contemplados por la ley como plazo máximo para la prescripción de la acción penal;

16° Que, consiguientemente, en el supuesto que el delito denunciado fuera de aquellos respecto de los que la ley penal contempla dicho mayor plazo para la prescripción de la acción penal, ésta se hallaría prescrita en el caso de autos, prescripción que hace obligatorio sobreseer definitivamente, por así mandarlo el artículo 408 N° 5° del Código de Procedimiento Penal, al ordenar que "El sobresimiento definitivo se decretará... 5° Cuando se haya extinguido la responsabilidad penal del procesado por el motivo establecido en el N° 6° del artículo 93 del Código Penal, esto es, por la prescripción de la acción penal.

Por las anteriores consideraciones, lo prescrito en los artículos 541 inciso 2° y 549 incisos 5° y 6° del Código Orgánico de Tribunales, y por no existir falta o abuso susceptible de ser corregido por la vía disciplinaria, se declara sin lugar el recurso de queja, deducido en lo principal de fojas 1 contra la resolución de fojas 36 de la causa rol N° 52-89 de la Fiscalía de Aviación de Puerto Montt, que sobreseyó definitivamente en ella por amnistía.

Se previene que el Ministro señor Jordán concurre a desechar el antedicho recurso solamente por hallarse extinguida la responsabilidad penal por la prescripción de la acción penal.

Se previene que el Abogado Integrante señor Cousiño Mac-Iver concurre al presente fallo y fundamentos –excepto los 14° a 16°– especialmente porque siempre ha sostenido que la amnistía significa jurídicamente una derogación transitoria y temporal de la ley penal en ella comprendida, sea en forma singular o plural, haciendo desaparecer los correpondientes tipos delictivos, lo cual el artículo 93 N° 3 del Código Penal expresa, en forma breve y lacónica, diciendo que la responsabilidad penal cesa "por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos". Como consecuencia de lo anterior, en los delitos amnistiados no es posible admitir otras formas de extinción o de exención de responsabilidad, como ser el indulto, la prescripción de la acción penal, la legítima defensa u otros semejantes, puesto que el hecho imputado carece de tipicidad.

Acordada contra la opinión del Ministro don Luis Correa, quien fue de parecer de acoger el referido recurso de queja porque, a su juicio, es necesario acreditar si el certificado de defunción que rola en autos corresponde realmente a la persona que en él se indica, para lo cual debería citarse al padre de ésta que aparece requiriendo la inscripción, como asimismo, para que se establezcan las condiciones en que se habría procedido a la inhumación, decretando, en su caso, lo que fue de derecho.

Servando Jordán López, Efrén Araya Vergara, Germán Valenzuela Erazo, Luis Correa Bulo, Luis Cousiño Mac-Iver, abogado integrante, Fernando Torres, Auditor General del Ejército.

Oficio de S.E. el Presidente de la República al señor Presidente de la Excma. Corte Suprema, de fecha 4 de marzo de 1991

El texto del oficio es el siguiente:

"Creo mi deber poner en conocimiento de la Excma. Corte Suprema, antes de entregarlo a la publicidad, el "Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación", cuyo texto me es grato adjuntarle.

Como este alto Tribunal sabe, dicha Comisión fue creada por el Gobierno con el objeto de contribuir al esclarecimiento de la verdad sobre las más graves violaciones a los derechos humanos cometidas en los últimos años, sus antecedentes y circunstancias, individualizar a sus víctimas, establecer su suerte o paradero y recomendar tanto las medidas de reparación y reivindicación que crea de justicia, como las medidas legales y administrativas que a su juicio deban adoptarse para impedir o prevenir la comisión de hechos semejantes.

El decreto que la creó dejó expresa constancia de que la Comisión de Verdad y Reconciliación no podría en caso alguno asumir funciones jurisdiccionales propias de los Tribunales de Justicia ni interferir en procesos pendientes ante ellos y, en consecuencia, no podría pronunciarse sobre la responsabilidad que con arreglo a las leyes pudiera caber a personas individuales por los hechos de que tomare conocimiento. Agregó que si en el ejercicio de sus funciones la Comisión recibiera antecedentes sobre hechos que revistan caracteres de delito, debería ponerlos sin más trámite a disposición del Tribunal que corresponda.

La Comisión cumplió su cometido en un arduo trabajo de nueve meses cuyo fruto es el Informe que hoy se dará a conocer al país.

Como la Excma. Corte podrá apreciarlo, el Informe revela numerosos hechos que revisten caracteres de delitos. Muchos de ellos han sido o son objeto de procedimientos que se substancian ante diversos tribunales. Otros han sido puestos en conocimiento del Tribunal que corresponde por la propia Comisión.

Teniendo en cuenta la gravedad de los hechos que el Informe señala y el enorme impacto que ellos han tenido en la conciencia nacional, me considero moralmente obligado a solicitar a la Excma. Corte Suprema que, en ejercicio de sus atribuciones, instruya a los tribunales correspondientes para que activen con la mayor diligencia los procesos actualmente pendientes sobre los delitos

a que el Informe adjunto se refiere y los que deban instruirse con motivo de los antecedentes que la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación les ha remitido últimamente.

Convencido de la importancia que para la comunidad nacional tiene el que se haga justicia en estos casos, cumpliendo cada Poder del Estado las funciones propias de su competencia –que soy el primero en respetar–, no dejaría tranquila mi conciencia si no hiciera presente al Excmo. Tribunal que, en mi concepto, la amnistía vigente, que el Gobierno respeta, no puede ni debe ser obstáculo para que se realice la investigación judicial y se determinen las responsabilidades que correspondan, especialmente en los casos de personas desaparecidas.

Creo necesario al efecto recordar que el actual art. 5° de la Constitución Política establece que es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Entre estos está el derecho a la justicia.

Pienso que una interpretación sistemática de esas normas constitucionales, su legislación complementaria y de los tratados vigentes, exigen que se realicen las investigaciones necesarias para determinar la existencia del delito y la individualización de los responsables y para sancionarlos penal y civilmente cuando corresponda. Muchos de estos delitos son de ejecución permanente, como los que han afectado a los detenidos desaparecidos y, en consecuencia, pueden y deben ser siempre investigados.

Confío en que la Excma. Corte Suprema, en ejercicio de sus atribuciones, dispondrá lo necesario para que los tribunales competentes se aboquen al conocimiento de estos casos con el mayor celo y diligencia. Por su parte, el Ejecutivo y los servicios que de él dependan prestarán a esos tribunales la mayor colaboración posible.

Dios guarde a V.E.
Patricio Aylwin Azócar.

c) Doctrina final de la Excma. Corte Suprema

c.1) Sentencia Corte Suprema de 29 de noviembre de 2002 dictada por los Ministros Sres.: Alberto Chaigneau del Campo, Enrique Cury Urzúa; José Luis Pérez Zañartu; Milton Juica Arancibia; Adalis Oyarzún Miranda; Juan Romero Riquelme Auditor General del Ejército.

Doctrina. Se ha dado una incorrecta aplicación a la norma del artículo 408 N° 5 del Código de Procedimiento Penal, pues esta última establece que el sobreseimiento definitivo por alguna de las causales que en un sentido amplio debe entenderse con respecto del procesado propiamente tal, como también respecto del inculpado o imputado a quien pueda aplicarse alguno de los numerales que señala la disposición adjetiva que se analiza, y del examen de la causa y del propio sobreseimiento definitivo decretado y confirmado, aparece que los responsables serían militares que no han sido identificados, por lo que ni siquiera los presuntos responsables son conocidos. También se ha hecho una incorrecta aplicación del artículo 93 N° 3 del Código penal, pues la amnistía se aplica a personas determinadas y no a hechos punibles, según se desprende de la literalidad de la norma citada y de la historia fidedigna de su establecimiento. En efecto, si bien en la sesión N° 22 de la Comisión Redactora del Código Penal, de 30 de julio de 1870, se estableció: "2°. La amnistía produce el efecto de borrar el delito, dejando a su autor en la misma situación en que estaría si no lo hubiera cometido", no es menos efectivo que en la sesión N° 139, de 19 de mayo de 1873, al redactarse en definitiva por los comisionados el texto del artículo 93, dándose por aprobado el propuesto por el Sr. Rengifo, se eliminó el efecto objetivo que habría producido la amnistía en los términos en que se había concebido inicialmente, hacer desaparecer el delito, dejándola establecida como una causal de extinción de responsabilidad penal, que es y será siempre personal. Así, su texto definitivo aclara la situación, pues establece: "Art. 93. La responsabilidad penal se extingue:.. N° 3. Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos". La literalidad de la norma transcrita evidencia que la amnistía extingue "la pena", o sea, la sanción que debe aplicarse al responsable de un delito, para lo cual se hace necesario la individualización completa del sujeto responsable del hecho punible, y su participación en alguna de las formas que establece el artículo 14 del Código Penal, y una vez acreditado ello, no debe aplicársele la sanción que correspondería. La conclusión antes señalada se ve reforzada por la literalidad del Decreto Ley 2.191, de 1978, pues este cuerpo legal es reiterativo en la utilización de la expresión "personas" para referirse a quienes se aplica su texto contenido en sus cinco únicos preceptos. Tampoco se ha dado una correcta aplicación a la norma del artículo 413 del Código de Procedimiento Penal, pues esta última disposición establece que el sobreseimiento definitivo se decretará siempre que esté agotada la investigación con que se haya tratado de comprobar el hecho punible y de determinar la persona del delincuente, infracción que se ha cometido porque el Tribunal Militar no sólo no investigó, sino que dejó sin efecto diligencias decretadas por el tribunal del fuero ordinario y procedió de inmediato a sobreseer definitivamente la causa, en circunstancias que él mismo, mejor que nadie, podía haber investigado con mayor celo y propiedad las circunstancias de la detención ilegal de la persona, pues se reconoce en la resolución recurrida que el hecho fue cometido por "funcionarios públicos" adscritos al fuero militar, sin que fueran individualizados.

También se infringió el artículo 148 del Código Penal, pues esta figura sanciona un hecho punible de carácter permanente, y mientras no se sepa con exactitud qué fue lo que sucedió en definitiva con el detenido, no sería posible aplicar la amnistía del Decreto Ley N° 2.191, aun cuando se conociera quién o quiénes fueron los autores del hecho, pues dicha legislación se aplica dentro de un período determinado, y no se sabe con exactitud si al término de dicho período, ocurrido el 10 de marzo de 1978, la persona desaparecida continuaba detenido o no y cual era su estado. De todo lo expuesto se desprende en forma inequívoca que al dictar la resolución recurrida, el Tribunal se segunda instancia no aplicó adecuadamente las normas de los artículos 408 N° 5 y 413 del Código de Procedimiento Penal, 93 N° 3 y 148 del Código Penal y disposiciones del Decreto Ley 2.191, de 1978, lo que tuvo influencia substancial en lo dispositivo del fallo recurrido, pues de haberlas aplicado correctamente no se habría sobreseído definitivamente y en cambio se habría proseguido con la investigación, decretándose las diligencias que se determinan en la sentencia de reemplazo, por lo que procede acoger el recurso deducido.

c.2) Corte Suprema, 17 de noviembre de 2004 (Fallos del Mes, N° 528, sección criminal, sentencia 4, pp. 2897 y ss.)

Es del caso expresar que la amnistía se encuentra regulada en el artículo 93, N° 3°, del Código Penal, el que prescribe que la responsabilidad criminal termina: "3° Por amnistía, la cual extingue por completo la pena y todos sus efectos".

A pesar que la generalidad de la doctrina se ha mostrado acorde en que los alcances de la amnistía son mayores a los que del propio texto legal emanan, llegando inclusive a señalarse que "ésta hace nula la aplicación de las leyes, echando el velo de eterno olvido sobre ciertos delitos que atacan al orden, la seguridad y las instituciones fundamentales del Estado" (Rafael Fontecilla R., Ob. cit., p. 133), no es posible, al parecer de esta Corte, aplicar dicha institución cuando no se han fijado los presupuestos mínimos de ello al no haberse determinado la fecha en la cual concluyó el injusto en estudio. De esta manera, no parece razonable que se invoque la aplicación de la "amnesis" u "olvido" cuando en la práctica el delito no ha finalizado en su perpetración.

En el caso en análisis, el hecho fijado irrevocablemente para estos sentenciadores, sólo puede enmarcarse en la figura del artículo 141 del Código Penal, tal como lo explicita la sentencia de segundo grado porque se dan estrictamente los requisitos de: a) detener, b) privar a otro de libertad, c) sin derecho y d) prolongarse por más de noventa días tal situación, sin que obre ningún antecedente que permita insertar tales sucesos en alguna otra figura penal, especialmente la del secuestro con resultado de muerte, por cuanto no consta en autos su defunción como aconteció con otras personas detenidas en similares

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO HEMEROTECA

circunstancias y que sus cuerpos fueron hallados; ello no ocurre en el caso sub lite y es fundamento de todo juicio penal la acreditación de la existencia del hecho punible y su comprobación por los medios que admite la ley, el primer objeto del mismo; por lo que no es posible concluir la muerte del ofendido. Teniendo presente que en estos autos se estableció el hecho del secuestro y que éste se prolongó por más de noventa días y aún no se tienen noticias ciertas del paradero de Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, ello es suficiente antecedente para calificar el secuestro investigado en este proceso, que es un delito permanente, toda vez que la acción que lo consuma creó un estado delictuoso que se prolongó en el tiempo subsistiendo la lesión del bien jurídico afectado; en él han persistido la acción y el resultado.

Que, por otra parte y a mayor abundamiento, el delito de secuestro que se encuadra en el artículo 141 del Código Penal, corresponde, además, al delito descrito en el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, suscrita en Belén de Pará, Brasil, el nueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro, actualmente en tramitación en el Congreso Nacional, la que ya entró en vigencia internacional, el veintinueve de marzo de mil novecientos noventa y seis, al ser ratificada por varios Estados latinoamericanos.

Que, se ha argumentado reiteradamente que el delito cometido no puede ser el de secuestro, pues nadie cree que él esté todavía con vida, privado de libertad, sino que, por el contrario, todos piensan que está muerto.

Ahora bien, aunque esta última suposición pudiere ser verdad, ello nada dice en contra de la posibilidad de configurar el delito de secuestro, pues lo que no se ha probado en autos es que Sandoval Rodríguez haya sido muerto inmediatamente después de su detención y encierro sin derecho y, lo que es aún más importante, que su deceso, en el supuesto de haberse producido, haya sido anterior a la fecha en que se dictó el D.L. 2.191, sobre amnistía, único caso en que los procesados podrían intentar invocar esta última.

En otras palabras, si bien el Decreto Ley en comento ha señalado expresamente que se encuentran amnistiados los hechos cometidos entre el once de septiembre de mil novecientos setenta y tres y el diez de marzo de mil novecientos setenta y ocho, el delito de autos comenzó a perpetrarse el siete de enero de mil novecientos setenta y cinco y desde el veintiuno de enero del mismo año no se tuvieron más noticias de la víctima, existiendo certeza de que al diez de marzo de mil novecientos setenta y ocho, fecha de la expiración del plazo contemplado en el artículo 1° del D.L. 2.191, no había aparecido y no se tenían noticias de él, ni del lugar donde se encontrarían sus restos, en el evento de haberse producido su muerte sea ésta provocada por los secuestradores o por

otros sujetos, lo que torna inaplicable la amnistía alegada, ya que el secuestro continuaba perpetrándose una vez que expiró el período de tiempo cubierto por esta causal de extinción de responsabilidad criminal.

Que, además conviene tener en cuenta que luego del once de septiembre de mil novecientos setenta y tres, en que las Fuerzas Armadas destituyeron al gobierno y asumieron el poder, mediante el ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo se dictó por la Junta de Gobierno, el doce de septiembre de ese año, el Decreto Ley N° 5, que en su artículo primero declaró interpretando el artículo 418 del Código de Justicia Militar, que el estado descrito impuesto por conmoción interna (situación que regía al diecinueve de julio de mil novecientos setenta y cuatro), 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. Este estado se mantuvo hasta el once de septiembre de mil novecientos setenta y cuatro, en que se dictó el Decreto Ley N° 641, en que se declaró a nuestra nación en estado de Sitio, en Grado de Defensa Interna, conforme al Decreto Ley N° 640, del día anterior, debido a que las condiciones en ese momento en el país constituían un "caso de conmoción interior provocada por fuerzas rebeldes o sediciosas que se encuentren organizadas o por organizarse, ya sea en forma abierta o en la clandestinidad", de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6°, letra b), de dicho cuerpo jurídico, lo que se tradujo en el "funcionamiento de los Tribunales Militares en tiempo de guerra a que se refiere el Título III del libro I del Código de Justicia Militar, con la jurisdicción militar de ese tiempo y se aplicará el procedimiento establecido en el Título IV del libro II de dicho Código y la penalidad especialmente prevista para tiempo de guerra", situación que se mantuvo por seis meses luego de la dictación del referido Decreto Ley N° 641, es decir, hasta el once de marzo de mil novecientos setenta y cinco y fue en este período cuando se detuvo a Sandoval Rodríguez.

Pues bien, a la data de los acontecimientos en análisis, indudablemente se encontraban vigentes, como hoy, los Convenios de Ginebra de mil novecientos cuarenta y nueve, ratificado por Chile y publicados en el Diario Oficial del diecisiete al veinte de abril de mil novecientos cincuenta y uno, 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, que es justamente la situación de Chile durante el período comprendido entre el doce de septiembre de mil novecientos setenta y tres y el once de marzo de mil novecientos setenta y cinco, al trato humanitario incluso de contendientes que hayan abandonado sus armas, sin distinción alguna de carácter desfavorable, prohibiéndose para cualquier tiempo y lugar, entre otros: a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, y b) los atentados a la dignidad personal. Asimismo, ese Instrumento Internacional

consigna en su artículo 146 el compromiso de sus suscriptores para tomar todas las medidas legislativas necesarias en orden a fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometen, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves definidas en el Convenio; como también se obligan los Estados a buscar a tales personas, debiendo hacerlas comparecer ante sus propios Tribunales, y a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a las disposiciones del Acuerdo. Precisa que en toda circunstancia, los inculpados gozarán de las garantías de un justo procedimiento y de libre defensa que no podrán ser inferiores a las previstas en los artículos 105 y siguientes del Convenio de Ginebra de doce de agosto de mil novecientos cuarenta y nueve, relativo al trato de los prisioneros de guerra. Y en el artículo 147 describe lo que se entiende por infracciones graves, a saber entre ellas el homicidio intencional, torturas o tratos inhumanos, atentar gravemente a la integridad física o la salud, las deportaciones y traslados ilegales y la detención ilegítima;

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.

Que estando este Tribunal en concordancia con el de segundo grado, estima que es menester precisar que, si bien la noción del delito permanente es de origen doctrinario pues no se consigna expresamente en algún precepto de nuestra legislación positiva, la verdad es que la elaboración de la clasificación de los hechos punibles, sólo en algunos casos de excepción, como los artículos 1°, 2°, 3°, 7° y 369 del Código Penal, 11, 18, 77, N° 1°, y 263 del Código de Procedimiento Penal y 165 del Código Orgánico Tribunales, reconocen una mención específica en la ley, pero la gran mayoría se asienta más bien en las distintas pautas que se deducen del propio Código Penal, tales como bien jurídico protegido o la estructura dada a los correspondientes tipos de la parte especial. Es así como la distinción entre delitos instantáneos y permanentes, se afinca en el hecho que el bien jurídico protegido por estos últimos admite una lesión prolongada en el tiempo y que la acción descrita por el tipo tiende, precisamente a generar ese quebrantamiento progresivo.

Si el delito queda consumado en un solo instante, esto es, si el proceso ejecutivo que culmina al completarse todas las exigencias del tipo delictivo se cierra en un momento determinado y único, nos encontramos en presencia de un delito instantáneo. Nótese que no se atiende a la duración de los preparativos o de los actos conducentes a la plena realización del hecho, sino solamente al instante en que éste queda completo. Y entonces, un homicidio que se perpetra suministrando gradualmente sucesivas dosis de veneno a la víctima, es un delito instantáneo, porque a pesar de que haya demorado la ejecución, quedó consumado en el instante en que aquella falleció. También el hurto es un delito instantáneo, no obstante que los actos para realizarlo hayan sido varios y demorosos, porque hay un momento en que el autor se apropia de la cosa y él marca la época de la consumación. Para decidir si la consumación de un delito queda perfeccionada en un solo momento, hay que atender a la descripción típica que la ley nos proporciona de él, principalmente según el verbo indicador de la acción que esa descripción contiene, pues si esa acción es enterada en un instante determinado ha de tenerse el delito por instantáneo.

Los delitos permanentes son, en cambio, aquellos en que el momento consumativo perdura en el tiempo. En ellos se produce también un instante en que la conducta típica está completa, pero entonces se origina un estado o situación susceptibles de ser prolongados en el tiempo, que constituyen subsistencia de esa conducta. "Tal es el caso del secuestro; el agente encierra a su víctima y su conducta típica queda completa con ello, pero el encierro empieza a durar y puede durar más o menos según la voluntad del hechor. Esta mantención o subsistencia de la conducta típica plena puede darse solamente en ciertos tipos que emplean un verbo denotativo de una conducta susceptible de duración. Así ocurre en nuestro Código Penal con los artículos 135, 141, 142, 217, 219, 224, N°5, 225 N° 5 y 457, entre otros. Obsérvese como varios de ellos colocan la expresión "continuare" antes de la forma verbal indicativa de la acción típica, la que se usa en gerundio." (Eduardo Novoa Monreal, *Curso de Derecho Penal Chileno*. Editorial Jurídica de Chile. 1960, pp. 259 a 261.

Esta misma división es recogida por Labatut y Cousiño, quienes se muestran contestes en cuanto a qué es lo que debe entenderse por delito permanente y cuál es la importancia de su distinción (Gustavo Labatut G.: *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 165; y Luis Cousiño Mac-Iver, *Derecho Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, 1975, tomo I, pp. 316 a 319).

Que entre las particularidades prácticas importantes que presentan los delitos permanentes resalta aquella en que la prescripción de la acción penal no empieza a correr sino una vez que ha concluido la duración de su estado consumativo. Así lo admite unánimemente la doctrina, como la del precitado

profesor Novoa, quien expresa que "En suma, la característica diferencial entre los delitos instantáneos y permanentes está en que los primeros quedan terminados cuando alcanzan la plenitud de los requisitos propios de la consumación, al paso que los segundos inician en ese momento una duración en el tiempo más o menos prolongada, en la cual la violación jurídica subsiste por la voluntad del sujeto activo". "La gran importancia de esta clasificación queda demostrada por diversas particularidades que presentan los delitos permanentes, entre las que destaca:

La prescripción de la acción penal correspondiente a ellos no empieza a correr sino una vez que ha cesado la duración de su estado consumativo (Eduardo Novoa, ob. cit., p. 260; Gustavo Labatut, ob. cit., p. 298; Cousiño Mac-Iver, ob. cit., p. 317. En el mismo sentido, Enrique Cury U.: *Derecho Penal, Parte General,* Editorial Jurídica de Chile, Edic. 1992, tomo II, p. 433; Alfredo Etcheberry: *Derecho Penal,* Carlos Gibbs Editor, tomo II, pp. 282 y 283; y Hugo Ortiz de Filippi: *De la Extinción de la Responsabilidad Penal,* Ediar Conosur Ltda., 1990, p. 92).

También la jurisprudencia ha reconocido esta categoría de delitos permanentes como "aquellos en que la acción consumativa crea un estado delictuoso que se prolonga en el tiempo mientras subsiste la lesión del bien afectado, como ocurre en los delitos comunes de rapto, detención ilegal y abandono de familia (sic), que se caracterizan por una voluntad criminal duradera y en que la prescripción de la acción penal comienza a correr desde la cesación del estado delictuoso" (*Revista de Derecho y Jurisprudencia,* Tomo VLII, 1960, segunda parte, sección cuarta, pp. 166 y 167, considerando 6°).

Que en el caso en estudio, en el evento que los sentenciados expresaren en qué lugar se encuentra la víctima, recién ahí comenzaría a contarse la prescripción a su favor, y si esta estuviere muerta, habría que determinar la data del fallecimiento para, en primer término, ver si se encontraba comprendida en el período amparado por la amnistía, y en caso de no estarlo, comenzar el cómputo de la prescripción. Pero en modo alguno pueden aplicarse estas instituciones al no haber cesado el estado delictivo en el cual incurrieron los secuestradores, toda vez que el injusto se ha mantenido.

Que la prescripción en general, tanto relativa a la de la acción penal como de la pena, como ya se adelantó, es un instituto que opera, en el caso del delito en comento, una vez que éste ha terminado, conforme lo reseñado por la doctrina ya citada y que también ha refrendado la jurisprudencia cuando afirma "en caso de ser delito permanente, la prescripción comienza a correr al cesar la prolongación de la consumación delictiva" (*Revista de Derecho y Jurisprudencia,* p. 167, recién mencionada en el basamento trigésimo séptimo).

Entonces tampoco cabe aplicar prescripción de la acción penal alegada, desde el momento que no aparece comprobado en autos que el injusto haya cesado de cometerse, sea por haberse dejado en libertad a la víctima, sea por existir señales positivas y ciertas del sitio donde se encuentran sus restos y de la data de su muerte, en caso de haber ocurrido ésta, por lo que se rechazará el recurso intentado en este sentido.

Y, por consiguiente, no han incurrido en error de derecho los jueces recurridos al no acceder a los requerimientos de las defensas de los convictos para que se les reconozca la procedencia de la amnistía y de la prescripción de la acción penal alegadas en sus descargos.

Por todas estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 6° y 7° del Código Civil, 141 del Código Penal; artículos 6° y 334 del Código de Justicia Militar, 535, 541, N°s. 9° y 10°, 546, N°s 2°, 3°, 5° y 7°, y 547 del Código de Procedimiento Penal, 767 del de Procedimiento Civil y lo establecido en los Decretos Leyes, N° 5 de 1973, N° 521 de 1974, N° 640 y N° 641 de 1974, se decide que SE RECHAZAN los recursos de casación en la forma y en el fondo criminales intentados por Miguel Krassnoff Martchenko, representado por el abogado Sr. Gustavo Promis Baeza, en lo principal de sus libelo de fs. 1898 a 1955; la casación en el fondo interpuesta por el Sr. Juan Carlos Manns Giglio, en asistencia de Fernando Laureani Maturana y Juan Manuel Contreras Sepúlveda, en su presentaciones de fs. 1956 a 1971 y 1972; las casaciones en la forma y fondo alegadas por el Sr. Luis Fernando Bravo Ibarra, mandatario de Gerardo Godoy García; que se lee de fs. 1993 a 2006; la casación en el fondo del Sr. Francisco Javier Piffaut Passicot, patrocinante del Sr. Marcelo Moren Brito, de fs. 2007 a 2013; y la casación en el fondo civil deducida por el Sr. Nelson Caucoto Pereira, apoderado de la demandante civil doña Pabla Segura Soto, que se encuentra de fs. 2014 a 2017, en contra de la sentencia de cinco de enero de dos mil cuatro, escrita de fs. 1841 a 1891, complementada el ocho de enero del mismo año, que se lee de fs. 1892 a 1895, la que en consecuencia no es nula.

Redacción del Ministro Sr. Jaime Rodríguez Espoz.
Regístrese y devuélvase.
Rol N° 517-2004.

Sentencia (2ª Sala). Pronunciada por los Ministros señores Alberto Chaigneau, Enrique Cury, Jaime Rodríguez y los abogados integrantes Sr. Fernando Castro y Sra. Luz María Jordán.

Rol N° 517-2004. c/ Contreras Sepúlveda, Juan Manuel y Otros. Recurso de Casación en la Forma y en el Fondo Criminal. Santiago.

Comentario

El cambio del criterio interpretativo sustentado por la Corte Suprema acerca de la amnistía y la prescripción se ven influidos por el oficio que el ex Presidente Aylwin enviara al Presidente de la Corte con motivo del informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación; por los nuevos ministros nombrados después de marzo de 1991, y especialmente por la integración de la Sala Penal del máximo Tribunal. Todo lo anterior se ve claramente reflejado en la argumentación jurídica contenida en los fallos mencionados precedentemente.

2) La no aplicación literal de la ley. Caso Hexagon.

Recurso de protección. Director de Impuestos Internos. Importación de Automóviles. El recurso de protección, en el caso de autos, ha sido bien dirigido en contra del Director del Servicio de Impuestos Internos por no haber evacuado, como lo obliga el artículo 6°, letra A, N° 1° del Cód. Tributario, la consulta hecha por un Director Regional del servicio, referente al tratamiento a seguir para las liquidaciones de determinadas pólizas de importación de vehículos, es competente para seguir conociendo de dicho recurso de protección la Corte de Apelaciones de Santiago.

La tramitación y procedencia del referido recurso de protección no se encuentran afectadas por la disposición del artículo único del DL. 1.684, de 28/1/77 si se recuerda lo expresado en las consideraciones 2, 4 y 5 de la exposición de motivos del Acta Constitucional N° 4, contenida en el DL. 1.553, de 11/IX/76 y si se tiene en cuenta que los actos u omisiones arbitrarios o ilegales que han dado origen al recurso de protección en este caso, no se hallan comprendidos en algunas de las situaciones de emergencia a que se refiere el artículo 5° de la aludida Acta Constitucional N° 4 u en otra norma constitucional o legal.[63]

Comentario: La Corte Suprema en sentencia pronunciada el 20 de abril de 1977 estimó procedente la interposición del recurso de protección de esos autos, no obstante lo dispuesto en el artículo único del Decreto Ley N° 1.684, de 28 de enero de 1977, que estableció la improcedencia del recurso de protección durante los Estados de Emergencia.[64]

[63] Fallos del mes N° 221, Sección Civil, Sentencia N° 4, pág. 53, Santiago de Chile, abril 1977.

[64] El texto es el siguiente: Artículo único: Derógase el artículo 14° del Acta Constitucional N° 4, de 1976, y sustitúyese por el siguiente: "El recurso de protección establecido en el artículo 2° del Acta Constitucional N° 3 será improcedente en las situaciones de emergencia, sea de las contempladas en el Acta Constitucional N° 4, de 1976, o en otras normas constitucionales o legales".

3) La retrocesión fallada en equidad y en derecho

a) Sentencia Corte Suprema de fecha 9 de octubre de 1981, Barahona Urzúa, Jorge (Recurso de Queja)

Acción de retrocesión fallada en equidad.

Doctrina. Expropiado un predio para cumplir la función social de la propiedad establecida en la Constitución, esto es, para los destinos establecidos en el artículo 67 de la ley 16.640, Ley de Reforma Agraria, o sea asignarla a campesinos, cooperativas agrícolas y demás indicadas en dicho precepto, y no habiéndose cumplido ellos en forma alguna, nace para el propietario el derecho a la retrocesión.

Puesto que no existe disposición legal alguna que contemple la acción de retrocesión, debe recurrirse en tales condiciones a la equidad natural, según lo disponen los artículos 24 del Código Civil y 170 del Código de Procedimiento Civil, si se tiene presente que reclamada la intervención de los tribunales en la forma legal y en negocios de su competencia no podrán éstos excusarse de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión, conforme lo establece la propia Constitución Política del Estado (artículo 73, inciso 2°).

Para la civilización cristiana y occidental, en la que se inspira la legislación de Chile, aun la más reciente, el derecho de propiedad es un derecho natural, esto es el conjunto de derechos que el hombre trae consigo al nacer, que le competen sólo por razón de su ser.

El acuerdo del consejo de la CORA, que resuelve expropiar un predio determinado es un acto jurídico administrativo, esto es, una manifestación unilateral de voluntad de un órgano de la Administración destinado a producir efectos jurídicos individuales o subjetivos.

El acto de autoridad que priva a una persona de un bien de su dominio por medio de la expropiación debe poseer una justa causa de expropiación, dentro del concepto de bien común y de función social de la propiedad. En consecuencia, la expropiación debe cumplir las finalidades que se tuvieron en vista al realizarla; si así no sucede, la expropiación carece de causa.

El acto administrativo debe estar inspirado en el principio general que es la base de todo régimen de derecho, la buena fe; por tanto, no puede procederse arbitrariamente en una expropiación; ella debe cumplir los fines de bien común y de función social, que es su fuente esencial.

Si el Estado queda en libertad de expropiar a sus súbditos, basado en un interés social, como es el de extender el derecho de propiedad a todos ellos y no cumple en forma alguna el objetivo de una expropiación, que previamente ha sido calificada soberanamente por los representantes del pueblo, que componen los poderes colegisladores, el derecho de propiedad desaparece y deja de ser una de las garantías establecidas por la Carta Fundamental de la República; derecho de propiedad que es el fundamento esencial de la libertad individual y del libre albedrío de los hombres, que sin ella pasan a ser totalmente dependientes del Estado.

La expropiación debe estar fundada en el principio de la legalidad, que es la base más importante de un Estado de Derecho. Sin el control jurisdiccional que a los tribunales les corresponde para que se represente tal principio, éste quedaría entregado sólo a la buena voluntad de la Administración.

Las circunstancias de hecho en que la autoridad tomó posesión material del bien expropiado no se conforman absolutamente con la actuación que deben tener las autoridades responsables y revelan, se podría afirmar, un desprecio sin precedentes al Estado de Derecho propio de un país civilizado y evolucionado como el nuestro.

En los hechos, se interpone acción de retrocesión en contra de la Corporación de Reforma Agraria, CORA, para que se ordene, previo reintegro del valor pagado al contado por la referida Institución al expropiado, la restitución del predio objeto de la expropiación. La acción se basa fundamentalmente en que el predio fue expropiado para cumplir con la función social de la propiedad, establecida en la Reforma de la Constitución de 1925 introducida por la Ley 16.615, esto es, para los destinos establecidos en el artículo 67 de la Ley 16.640, o sea, asignarla a campesinos, cooperativas agrícolas y demás indicados en el mismo precepto, pero como el referido destino no se ha cumplido en forma alguna, nace para el propietario el derecho de retrocesión, también analizado por los tratadistas de reversión de dominio.

CORA en escrito de contestación en conjunto con el Fisco han sostenido que la acción no existe dentro del Derecho Positivo chileno, porque no hay disposición alguna que la establezca.

La Corte ajustándose a la equidad natural, la ausencia de ley expresa que establezca la retrocesión, concluye que lo solicitado en la demanda debe acogerse, en el caso particular de que se trata, y que los jueces recurridos al revocar la sentencia del juez a quo y negar lugar a ella, han hecho un uso errado de sus atribuciones, incurriendo en una falta y ocasionando un agravio al recurrente que debe ser reparado por esta vía y además en virtud de lo dispuesto en los

artículos 79 inciso primero, de la Constitución Política del Estado, 540 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, resuelve que se acoge el recurso de queja interpuesto por don Jorge Barahona Urzúa parcialmente y declara que confirma lo resuelto por el tribunal a quo aclarándose el punto dos de su parte resolutiva, en el sentido de que la sucesión de don Jorge Barahona Puelma deberá devolver a la Corporación de Reforma Agraria o a la Institución que sus derechos represente o al Fisco, la cantidad que hubiere recibido como cuota al contado del precio de la expropiación, reajustada conforme al IPC y devolver también los bonos cuyo valor no hubiere hecho efectivo.

Redacción del ministro señor Eyzaguirre. José María Eyzaguirre E., Emilio Ulloa M., Marcos Aburto O., Estanislao Zúñiga C., Julio Fabres E.

b) Sentencia Corte Suprema de fecha 9 de octubre de 1981, Aspillaga Sotomayor, Pedro, con Corporación de la Reforma Agraria.

Acción de Retrocesión fallada en derecho.

Doctrina. Frente a lo dispuesto por los artículos 56 y 57 de la Ley 16.640 carece de relevancia el que el plazo previsto por su artículo 67 inciso 3° sea o no fatal, porque en ningún caso el bien expropiado al transferirse a la CORA queda afecto, en cuanto al dominio de ésta, a plazo, modo o condición (sentencia de casación).

La expropiación es un acto de autoridad y en tal carácter lo rigen las normas del derecho público y no las del derecho privado. Siendo un principio general dentro del derecho público aquel que puede hacerse sólo aquello que la ley autoriza, al no estar contemplada o permitida en ésta la sanción de caducidad invocada en la demanda, con los efectos que allí se le atribuyen respecto de la expropiación, resulta jurídicamente inaceptable y debe rechazarse.

En juicio ordinario entre don Pedro Aspillaga Sotomayor y la Corporación de la Reforma Agraria, la Corte de Apelaciones de Rancagua confirmó el fallo del Juzgado de Letras de Santa Cruz que dio lugar a la demanda de "retrocesión".

En contra de esta sentencia confirmatoria, la demandada interpuso recurso de casación en el fondo, por haber incurrido en su concepto, en seis grupos de infracciones legales con influencia sustancial en su parte dispositiva, toda vez que de no haberse cometido, debió revocar el fallo apelado negando lugar a la demanda.

En los hechos, un predio del demandante fue expropiado por la Corporación de la Reforma Agraria, con arreglo a la Ley 16.640, por la causal del artículo 3°

del referido cuerpo legal consignándosele en la Tesorería respectiva la cuota al contado del valor de la expropiación. Posteriormente la misma entidad acordó transferir a la Corporación Nacional Forestal el predio expropiado. Tanto en primera como en segunda instancia se dio lugar a la acción de retrocesión interpuesta por el actor.

La Corte Suprema, conociendo del recurso de casación interpuesto por la demandada acogió la impugnación en contra del fallo de la Corte de Apelaciones de Rancagua que confirmó el del Juzgado de Letras de Santa Cruz y declaró que anulándose dicha sentencia, se reemplazaría por la que a continuación se sintetiza: Que el actor estima, en su demanda, que la caducidad de dominio que invoca constituye una sanción legal que debe materializarse en la retrocesión de su dominio sobre el bien de que fue expropiado.

Que la expropiación es un acto de autoridad y en tal carácter lo rigen las normas del Derecho Público y no las del Derecho Privado. Ahora bien, siendo un principio general dentro de aquél que pueda hacerse solamente aquello que la ley autoriza, al no estar contemplada o permitida en ésta la sanción de "caducidad" invocada en la demanda con los efectos que allí se le atribuyen respecto a la expropiación, resulta jurídicamente inaceptable y debe rechazarse.

Frente a lo dispuesto por los artículos 56 y 57 de la Ley de Reforma Agraria N° 16.640, resulta obvio a juicio de los sentenciadores que, tratándose en la especie de una expropiación consumada, o sea, legalmente perfecta, no puede quedar sujeta a plazo, condición o modo y que al antiguo propietario no le asiste derecho alguno sobre el bien que le fue expropiado que pueda estimarse como base de un resurgimiento de dominio o retrocesión en él como pretende la demanda.

Finalmente, reafirma lo expuesto la circunstancia de que nuestra legislación no contempla la "retrocesión" y que sólo se refiere a la "caducidad" de la expropiación en el inciso 2° del artículo 39 de la Ley 16.640, pero cuando ésta aún no estuviere consumada por no haber efectuado la consignación respectiva el expropiante dentro del plazo de un año indicado en este precepto, que no es el caso de autos, en que, como se dijo, se encuentra terminado extinguiendo con ello el dominio del expropiado.

Redacción del ministro don Estanislao Zúñiga Collao, José M. Eyzaguirre E., Marcos Aburto O., Estanislao Zúñiga C., Raúl Rencoret D., Jorge Barceló P.

Comentario: Es revelador que la Excma. Corte Suprema falló en el mismo día dos demandas de retrocesión en forma distinta, concurriendo a las mismas sentencias los ministros señores Eyzaguirre, Aburto y Zúñiga. La razón de hecho

para decidir el asunto en equidad en el caso del expropiado señor Jorge Barahona Puelma deberá encontrarse en el párrafo que señala: "Las circunstancias de hecho en que la autoridad tomó posesión material del bien expropiado no se conforman absolutamente con la actuación que deben tener las autoridades responsables y revelan, se podría afirmar, un desprecio sin precedentes al Estado de Derecho propio de un país civilizado y evolucionado como el nuestro".

El señor Barahona Puelma había ocupado el cargo de Vicepresidente Ejecutivo de la CORA bajo el imperio de la Ley 15.020, durante el gobierno del Presidente Jorge Alessandri. Bajo la vigencia de la Ley 16.640 fue expropiado de su predio rústico y la toma de posesión material se efectuó en una verdadera "operación comando" de activistas y funcionarios de la CORA, lo que le produjo al señor Barahona un infarto cardiaco que le causó la muerte. Es en ese contexto y conociendo de un recurso de queja que la Corte Suprema falla en equidad. En cambio, en el caso Aspillaga conociendo recursos de casación la Corte falla en derecho.

E. Conclusiones

1) La búsqueda de uniformidad en la jurisprudencia resulta ser, en no pocas veces, una utopía atendidos los cambios que experimentan las integraciones de las salas de las Cortes.

2) La disparidad de criterios de los jueces está marcada por sus convicciones personales, políticas o de experiencia, todos los cuales –consciente o inconscientemente– determinan sus decisiones jurisdiccionales. De esto se sigue que la directriz a seguir para encontrar el sentido de justicia del sentenciador habrá de buscársele en su manera de ser más que en las normas legales que encaucen la interpretación.

3) Las teorías que explican la interpretación o los métodos que se enseñan para ello, sirven de apoyos al pensamiento del juez para justificar su decisión ya adoptada en su fuero interno y lo propio hacen las normas escogidas por él para fundamentar su sentencia.

4) Los sistemas probatorios ofrecen siempre latitud al juez en el establecimiento de los hechos así como en la valorización de la prueba rendida. En el régimen de prueba legal tasada, la ley ofrece márgenes de flexibilidad, en varias formas. Por un lado, el establecimiento de los hechos es una facultad privativa de los jueces del fondo, y, por el otro, la ley autoriza al juez a crear un medio de prueba, como ocurre con las presunciones judiciales; o apreciar soberanamente su mérito probatorio, como sucede en ciertos casos con la prueba de testigos; o

valorar la prueba rendida conforme a las reglas de la sana crítica, como acontece con el informe de peritos; o para preferir la prueba que el juez crea más conforme con la verdad, cuando existan dos o más pruebas contradictorias y falta la ley que resuelva el conflicto.

En los sistemas de libre convicción o de apreciación racional de la prueba, el juez goza de más libertad todavía que en el régimen de prueba legal tasada.

5) La existencia de fallos contradictorios resta certeza al verdadero sentido y alcance que debe atribuirse a las normas legales. Ello provoca una sensación pública de que la justicia no se rige por cánones de generalidad, como lo postulaban los juristas clásicos "a casos semejantes, soluciones semejantes", y que, en definitiva, los criterios de decisión dependen del juez y no del contenido de las normas aplicables al caso particular.

6) La proliferación de resoluciones judiciales amparadas en la personalidad del juez más que en las reglas de interpretación dadas por el legislador acusan una debilidad estructural de la judicatura, lo cual obliga a mirar con atención los cursos de formación y perfeccionamiento de los jueces que imparte la Academia Judicial.

7) Por último, la pretensión de transformar los fallos judiciales y las razones que los sustentan en dogmática jurídica constituye un propósito quimérico en muchos casos, porque cada juicio y cada decisión reviste caracteres particulares y únicos que no son extrapolables a otras situaciones semejantes; en definitiva, la sentencia dependerá de la personalidad del juez y de sus circunstancias parangonando los dichos de Ortega y Gasset.