

Ante la
CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE
CASO CPA N. ° 2017-30

FONDATION ESPAGNOLE « PRÉSIDENT ALLENDE »,
VICTOR PEY CASADO ET CORAL PEY GREBE
Demandeurs

c.

L'ÉTAT DU CHILI
Défenderesse

INFORME EN DERECHO SOBRE LA SENTENCIA
DICTADA EN CAUSA ROL C-3510-1995 DEL
PRIMER JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO,
CARATULADA PEY CON TESORERIA (FISCO)

DE ROBERTO ÁVILA TOLEDO

de nacionalidad chilena, Cédula Nacional de Identidad 8.045.543-7, abogado desde 1983, egresado de la Universidad de Chile, ha impartido clases en la Universidad de Chile (años 2004-2006); profesor de Derecho Civil en la Universidad del Mar (2009-2012); ha prestado servicios para el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile (1995-2001); con domicilio profesional en Chile, Santiago, calle Huérfanos 1373, oficina 309, fono 56-226079413, correo: roberticochile@yahoo.es

30 de diciembre de 2017

INDICE

OBJETO DE ESTE INFORME.....	3
1.- LA NULIDAD EN EL DERECHO CHILENO.....	3
2.- LA NULIDAD DE DERECHO PUBLICO ES IMPRESCRIPTIBLE.....	8
3.- LA CONFISCACIÓN O COMISO DE PROPIEDADES DE LOS CIUDADANOS ES UNA SANCION QUE SOLO PUEDE APLICAR EL PODER JUDICIAL LUEGO DE UN DEBIDO PROCESO	16
4.- CÓMO LA SENTENCIA DEL PRIMER JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO RECONOCE LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO.....	18
Razones por las cuales debe entenderse que la sentencia reconoce la existencia de una nulidad de derecho público.....	19
a.- El Juez se pronuncia sobre la nulidad de derecho público porque esta apareció de modo manifiesto. Artículo 1683 del Código Civil.....	19
b.- Cómo la nulidad de derecho público fue uno de los principales fundamentos de la demanda.....	20
c.- La validez del Decreto Supremo 165 fue cosa litigiosa aun cuando no se reciba como punto de prueba.....	20
d.- Sólo pueden prescribir extintivamente acciones y derechos existentes. La NDP existía, por ello el Juez la declara prescrita. Si la NDP no existía, no era prescriptible. Sólo prescribe lo existente	21
5.- OTRAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL FALLO	23
a.- La invocación de la sentencia a una norma constitucional para aplicar el estatuto privado a una nulidad de derecho público es enigmática.....	23
b.-La prescripción no le era aplicable al demandante ni aun con el estatuto privado. La prescripción se aplica a la negligencia del titular de un derecho en la cautela del mismo	23
c.- Según fallos recientes y relevantes de la Corte Suprema de Chile e información pública de organismos del estado de Chile, los decretos leyes dictados por la dictadura fueron simples ficciones legales (tapaderas) de la represión política. En estos se incluye el Decreto Ley 77 de 1973.....	24
d.- Al rechazar la demanda por falta de legitimidad activa se reconoce la existencia de un derecho vulnerado.....	26
e.- El no condenar en costas implica que el litigante no fue completamente vencido o tuvo motivo plausible para litigar. Ese motivo plausible es la existencia de la nulidad de derecho público discutida. .	26
ANEXOS	28

OBJETO DE ESTE INFORME

Este informe tiene como objeto el analizar la sentencia dictada en la causa rol C-3510-1995 del Primer Juzgado Civil de Santiago de Chile caratulada *PEY/ FISCO DE CHILE*, de cuyas actuaciones he tenido a la vista una copia. También he tomado conocimiento de los escritos de las partes y de los Informes y declaraciones del Sr. Libedinsky -el experto del Estado de Chile- en el arbitraje ante el CIADI *Pey Casado. contra la República de Chile* (caso N° ARB/98/02, resumisión).

El propósito central de este análisis es determinar si la sentencia en comento reconoció la existencia de una nulidad de derecho público en actos del Estado chileno que afectaron el derecho de propiedad de don Víctor Pey y que fueron la causa del litigio.

1.- LA NULIDAD EN EL DERECHO CHILENO.

1. A modo de introducción, importa tener presente que en derecho chileno una sociedad disuelta no puede ser parte en un juicio, que la identidad de la cosa juzgada se extiende a los llamados “considerandos resolutivos” y que la causa de pedir está basada en la causa de la acción.

2. La Corte de Apelaciones de Santiago, en su sentencia de 24 de mayo del 2000 (caso “*Novoa Chevesich con Servicio de Impuestos Internos*”, rol N° 2540-1999), estudió el caso de una sociedad disuelta que interpuso una demanda contra el Fisco y obtuvo una indemnización. La sentencia de la Corte de Apelaciones consideró que una sociedad disuelta carece hasta tal extremo de existencia legal en el momento de proponer la pretensión que ello había causado una situación de cosa juzgada aparente y fraudulenta, concluyó que el fallo no podía ser cumplido en el ordenamiento chileno y podía ser dejado sin efecto de oficio. La doctrina de la Corte es que en el caso de que estuviera disuelta la sociedad debe declararse de oficio la existencia de una cosa juzgada “*aparente*”, por faltar uno de los requisitos del juicio -la parte- lo que entraña la inexistencia del mismo incluso después de producida la eficacia de cosa juzgada.

3. Según la Corte Suprema (S. de 13 de septiembre de dos mil seis, Consid. 7º, Rol N° 4416-04.):

“La identidad objetiva de la cosa juzgada se produce de ordinario en la parte resolutive de la sentencia. De un modo excepcional, se extenderá este efecto a ciertos considerandos que la doctrina y jurisprudencia denominan ‘considerandos resolutivos’, los que por tener un nexo directo con la parte resolutive alcanza también la eficacia de cosa juzgada.”

En la doctrina procesal chilena calificada, el profesor Tavolari define los considerandos resolutivos en los siguientes términos:

“para calificar un razonamiento de considerando resolutivo, debe atenderse a varias exigencias: a) Formalmente, debe ubicarse entre las motivaciones del fallo. Su presencia en la parte resolutive excluiría, en principio, el debate y conduciría a calificar la oración como decisión. b) Sustancialmente, debe importar un anticipo efectivo de la decisión que, por tal puede o no reiterarse, en lo resolutive. c) Puede contener el establecimiento de los hechos del pleito o, a lo menos, de aquellos cuya existencia representan el fundamento inmediato de la sentencia” (Tavolari Oliveros, Raúl (2000):

“Límites objetivos de la cosa juzgada civil (intento de delimitar la cuestión en el derecho chileno)”, pág. 216, en *El proceso en acción* (Editorial Libromar).

4. El Código de Procedimiento Civil define la causa de pedir como el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio (art. 177 inc. 2º, inspirado en el Código de Procedimiento Civil francés, basado en la “causa de la acción”), y la cosa juzgada puede ser invocada tanto por el litigante como por todos a quienes aprovecha el fallo según la ley (art. 177 inc 1º del mismo Código):

Art. 177. “La excepción de cosa juzgada puede alegarse por el litigante que haya obtenido en el juicio y por todos aquellos a quienes según la ley aprovecha el fallo, siempre que entre la nueva demanda y la anteriormente resuelta haya: 1º Identidad legal de personas; 2º Identidad de la cosa pedida; y 3º Identidad de la causa de pedir. Se entiende por causa de pedir el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio.

Como viene repitiendo la doctrina de la Corte Suprema desde al menos la Sentencia de 3 de abril de 1914:

“la causa de pedir es la que particularmente determina la condición jurídica de las acciones o excepciones alegadas y que, por consiguiente, aceptar ó desechar una excepción por una causa de pedir distinta de la invocada importaba resolver una excepción diversa a la sometida a juicio por las partes.”

5. Dicho esto, la nulidad es la sanción jurídica establecida en el derecho chileno para los actos jurídicos (declaraciones de voluntad destinadas a producir efectos jurídicos) que adolecen de ciertas ilegalidades. El efecto de la sanción es que las cosas se retrotraen al estado anterior al acto declarado nulo.

6. Las nulidades de aplicación en el derecho privado están expresamente normadas en los artículos 1681 y 1682 del Código Civil, que entró en vigencia en 1857.

Art. 1681. “Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa.”

Art. 1682. “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.”

Art. 1683. “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse su declaración por el ministerio público en el interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo que no pase de diez años.”

Art. 1684. “La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso o por la ratificación de las partes.”

7. Un ejemplo de nulidad relativa es la celebración de un contrato de trabajo por una persona que aún no tiene plena capacidad por falta de edad suficiente. Un caso de nulidad absoluta por causa ilícita un contrato tenga que como causa (motivación por una o todas las partes) el cometer un delito, como lo sería un contrato de sicariato (encargo de matar a una persona).

8. Como se aprecia, en la nulidad relativa hay un interés privado que el derecho trata de cautelar, pero solicitar su declaración se deja a la voluntad del eventual afectado que se busca proteger. En el caso de la nulidad absoluta la gravedad de la ilegalidad es tal que hay un interés público comprometido, es la sociedad la que se ve afectada por ese acto jurídico ilegal.

9. Por tratarse de actos jurídicos que provienen de privados y tienen por fin producir efectos entre estos y considerando la importancia de la certeza jurídica, el Código Civil estableció distintos plazos de saneamiento siendo el máximo de ellos 10 años. Es de hacer notar que ese plazo es el mismo establecido como máximo con que se puede adquirir derechos ajenos o extinguir acciones ajenas por la vía de la prescripción.

10. En el caso de la nulidad absoluta y teniendo presente el interés público comprometido su reglamentación es diferente, hay una enorme diferencia en cuanto a la actitud del Tribunal al enterarse de ella.

Art. 1683. "La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse su declaración por el ministerio público en el interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo que no pase de diez años."

11. Hay aquí una norma que es absolutamente excepcional para todo Tribunal chileno y especialmente para uno civil, y es que se le obliga a actuar de oficio, *motu proprio*, aún sin petición de parte. Esto cuando se esté ante una nulidad absoluta que aparezca "de manifiesto".

12. Los tribunales chilenos se inspiran en el principio de la pasividad, es decir resuelven sólo sobre el conflicto que las partes someten a su jurisdicción, son estas con su demanda y contestación y eventualmente replica y dúplica, las que determinan el sentido y alcance del conflicto jurídico, en definitiva; que es lo que hay que resolver.

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 10 inciso 1 del Código Orgánico de Tribunales, se lee;

Art. 10. "Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, salvo los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio."

En este caso, el de la nulidad absoluta que aparece de "manifiesto" el Juez debe por mandato de la ley resolver algo que no necesariamente ha sido sometido a su conocimiento. Esta excepcionalidad se explica por el interés público comprometido. Tener presente esta excepcionalidad es muy relevante para valorar el contenido principal de este informe, como veremos más adelante.

13. Sin perjuicio de todo lo anterior, parte minoritaria de la doctrina y de la jurisprudencia acogieron también como sanción para los actos jurídicos de los privados con vulneración de ley lo que se llama "la inexistencia". Se trata de actos jurídicos que vulnerar de tal manera la ley que el saneamiento por el transcurso del tiempo no pudiera hacer aparecer ante la ley este acto produciendo actos válidos. Por ejemplo, si una persona deja

en su testamento una asignación a un caballo. Como el caballo no es una persona jurídica no habría forma de ejecutar el acto sin nuevas violaciones al derecho. Ese acto ya no sería nulo sino simplemente inexistente, no nació a la vida del derecho ni era posible su saneamiento.

14. Tratándose de actos jurídicos del Estado o que pretendan serlo la doctrina y la jurisprudencia crearon la llamada Acción Constitucional de Nulidad de Derecho Público. Cuando hablamos de creación estamos diciendo que le dieron nombre y fueron llenando los vacíos existentes para su tramitación y fallo, pues la nulidad de derecho público ha estado siempre en nuestros textos constitucionales, tiene una evidente consagración constitucional, durante toda nuestra historia republicana

15. Esta acción es tan antigua como la existencia del Estado y el derecho chilenos. La independencia de Chile se consolidó en el territorio nacional en 1818 y a nivel regional como América Latina ello se produjo en 1824. En 1828 se dictó con cierta premura la primera Constitución Política de un Chile independiente y republicano la que no resolvió bien los problemas de administración del Estado y derechos ciudadanos y dio a la luz otros nuevos. Ante ello en 1833 se promulgó otra Constitución que se conoce por ese año y que tendría vigencia hasta 1925.

16. En este texto constitucional, como en todas las constituciones posteriores que se conocen como la de 1925 y la de 1980, ha existido siempre una norma destinada a evitar que el Estado, sus agentes o particulares auto investidos de facultades que no tienen actúen infringiendo la Constitución o la Ley. Esta norma con muy pocas diferencias de redacción aparece de la siguiente forma.

- Constitución de 1833. Artículo 160. *“Ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo **es nulo**”.*

*-Constitución de 1925. Art. 4.- “Ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo **es nulo**”.*

- Constitución de 1980. Artículo 6º.- *“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.”*

*Artículo 7º.- “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo **es nulo** y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.”*

(Subrayados añadidos).

17. Es muy claro que en el ámbito del derecho público, es decir, en el campo de la acción del Estado, los actos jurídicos sólo pueden ser dictados por: 1.- Una autoridad previamente investida de facultades, 2.- Con competencias suficientes en el ámbito de que se trata 3.- y mediante los procedimientos establecidos en la Ley.

18. La expresión “Nulidad de Derecho Público” no aparece, como hemos visto, en los textos constitucionales pero su existencia es indubitada en la doctrina y la jurisprudencia chilena desde el año 1833 en que se atribuye al jurista don Mariano Egaña, redactor del texto, su construcción teórica y plasmarla en el ya citado artículo 160 de la Constitución de ese año. Los tribunales chilenos tramitan y fallan habitualmente juicios por Nulidades de Derecho Público dirigidas en contra del Estado de Chile. Esta acción de carácter constitucional esta unánimemente aceptada.

19. Como la Constitución no señaló un procedimiento específico para su tramitación ante los tribunales, se recurre al Juicio Ordinario de Mayor Cuantía del Código de Procedimiento Civil que es el procedimiento que recibe todas las acciones que no tienen señalada por la ley un procedimiento de tramitación específico.

Código de Procedimiento Civil. Art. 3° “Se aplicará el procedimiento ordinario en todas las gestiones, trámites y actuaciones que no estén sometidos a una regla especial diversa, cualquiera que sea su naturaleza.”

20. Cuando la nulidad de derecho público implica un eventual desembolso patrimonial para el Estado- se tramita de acuerdo a las normas del juicio de Hacienda, reglado en el Título XVI del Libro III del Código de Procedimiento Civil, artículos 748 al 752, que es similar al juicio ordinario con pequeñas modificaciones destinadas a asegurar que el Estado no sea defraudado por negligencias de sus representantes, así por ejemplo una sentencia condenatoria que obliga al Estado a pagar tiene apelación automática, que en este caso adopta el nombre de Consulta.

21. Pero esta tramitación de acuerdo a las normas del procedimiento civil no puede significar, en ningún caso, que el fondo del asunto se deba resolver con las normas del derecho privado. Lo que se reglamenta en uno y otro caso difiere claramente: en el sujeto activo de la infracción, los alcances de la ilegalidad, y los efectos sociales de las mismas. No es lo mismo un particular concurriendo a un acto al que faltan requisitos legales, como en la celebración de un contrato para pintar una casa, que un acto de autoridad sin los requisitos legales, como puede ser la publicación de la Ley de Presupuesto del Estado sin aprobación parlamentaria.

22. Es un axioma en el derecho chileno que en el ámbito del derecho privado se puede hacer todo lo que no esté prohibido y en el ámbito del derecho público sólo lo que este expresamente autorizado.

23. Las normas de las nulidades del Código Civil se aplican a la nulidad de derecho público en cuanto sean compatibles y en cuanto la naturaleza misma de la situación así lo exija. Por ejemplo, la obligación del Tribunal para resolver y declarar una nulidad absoluta que aparezca de manifiesto en el acto jurídico que se revisa, art.1683 Código Civil, aún sin petición de parte, se justifica en que hay un interés público comprometido en la nulidad absoluta.

24. Con mayor razón esta obligación del Tribunal de actuar de oficio se encuentra presenta al tratarse de una nulidad de derecho público, cuando de lo que se trata es de actos de autoridad ilegales o

inconstitucionales o de actos de personas o reunión de personas que se atribuyen facultades y competencias de autoridades que no tienen.

2.- LA NULIDAD DE DERECHO PUBLICO ES IMPRESCRIPTIBLE.

25. Se ha entendido de manera unánime por la doctrina y la jurisprudencia de los tribunales chilenos que la acción de nulidad de derecho público es imprescriptible. Esto es cosa no debatida judicialmente al menos desde 1993 en adelante.

26. El fundamento de esta imprescriptibilidad es, en primer término, que la ilegalidad del acto jurídico estatal produce la respuesta *ipso jure* del ordenamiento jurídico, por lo que el acto ilegal no llega a nacer y, por consecuencia directa y necesaria, lo que nunca ha existido no puede sanearse por el transcurso del tiempo. No puede operar la prescripción respecto de un acto inexistente. La reacción de defensa de la legalidad estatal es *ex tunc*, es decir opera desde siempre, no desde el momento en que una sentencia declara la existencia de la nulidad.

27. Sólo puede sanearse lo que nació con problemas o ilegalidades, lo que nunca nació no puede sanearse. La cautela que la Constitución establece en su favor y de la legalidad en general es automática. Como afirmaba el 21 de noviembre de 1990 el Prof. de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile, Eduardo Soto Kloss (anexo nº 4, pág. 23):

4) Y al ser *ipso iure, ab initio*, insanable e imprescriptible la nulidad de derecho público que consagra la Constitución presenta consecuencias procesales de carácter muy especial.

¿Debe ser declarada judicialmente?

Y si debe ser declarada ¿puede o debe ser declarada *ex officio* por el juez? y si sólo puede ¿ha de ser, entonces, alegada? ¿Por acción y/o por excepción?

Sin entrar a este punto —que es, ciertamente, importantísimo— ya que es esta sólo una conferencia inaugural y, por ende, sólo un “aperitivo” intelectual (así lo estimo que deben ser éstas), baste aquí apuntar que siendo nulidad *ipso iure* no requiere, obviamente, ser declarada por el juez para que exista; de producirse esta declaración, es meramente declarativa, en cuanto simplemente reconoce una situación ya producida en tiempo anterior y, por tanto, sus efectos serán retroactivos.

28. Desde el año 1997, con la dictación del contundente fallo “Pérsico París con Fisco”, ya nadie discute en Chile que la acción de nulidad de derecho público es imprescriptible.

En este juicio compareció ante el 28 Juzgado Civil de Santiago don Mario Enrique Pérsico París solicitando la nulidad de derecho público del Decreto Exento número 34 del Ministerio del Interior y

del Decreto Supremo 396 del mismo Ministerio del año 1976. Señaló que en la semana del 11 al 18 de Septiembre de 1975 agentes dependientes del Ministerio del Interior tomaron posesión material de una camioneta marca Ford año 1968 de su propiedad. Luego mediante decreto número 34 se declaró en estudio su situación patrimonial y se le notificó prohibición de celebrar actos y contratos respecto de todos sus bienes, además se le apercibió que de no hacer los descargos en un plazo de 10 días se le considerarían bienes de partidos políticos proscritos, lo que implicaba su incautación. Luego mediante Decreto Supremo 396 se señaló que la camioneta pasaba a propiedad del Fisco de Chile

El Fisco alegó la falta de competencia por tratarse de un asunto contencioso administrativo, la inexistencia de los hechos y la prescripción de la nulidad de derecho público y de la acción que reivindicaba la camioneta para su dueño.

El Tribunal de primera instancia acogió la demanda. La Corte de Apelaciones de Santiago confirmó el fallo, y la Corte Suprema en fallo de 20 de noviembre de 1997 conociendo de recurso de Casación rol 34.087-95 interpuesto por el Fisco confirmó todo lo obrado anteriormente, señalando expresamente que la solicitud de nulidad de derecho público era imprescriptible.

Para ello se tuvo como fundamento el que a una acción de nulidad de derecho público no le es aplicable el derecho común, en la sentencia se lee:

"tratándose en la especie de una nulidad de derecho público, en la que se implican no sólo el interés privado del actor sino también el de la sociedad, en cuanto las actuaciones de los poderes públicos no pueden transgredir el estado de derecho, forzoso es admitir que las reglas del derecho común no pueden tener aplicación sino cuando las normas del derecho público se remitan a ellas o cuando las normas de derecho público se remitan a ellas o cuando la naturaleza de la institución admita que el derecho público se integre con normas comunes".

De no aplicarse el derecho de esta manera habría que *"admitir que los actos que contravienen el artículo 7 de la Constitución Política de la República pudieran purgarse del vicio que los aqueja al cabo de cierto término, lo que pugna con el propio tenor del precepto citado en cuanto señala que tales actos son nulos y originan las responsabilidades y sanciones que la ley señala".*

Respecto de la acción patrimonial de reivindicar para su dueño la camioneta en cuestión se señaló que tampoco podía prescribir, toda vez que para el derecho privado o común la prescripción extintiva sólo operaba en cuanto empezaba a correr plazo a favor de otro que estaba adquiriendo mediante prescripción adquisitiva. Esa prescripción adquisitiva nunca pudo empezar a correr en favor del fisco teniendo como base un acto aquejado de nulidad de derecho público, es decir, que nunca cobro existencia jurídica.

Se señaló también por la Corte Suprema que los decretos cuestionados debían ser declarados nulos toda vez que contenían resoluciones y mandatos propios de una sentencia judicial, que sólo podía ser resultado de un debido proceso tramitado por el Poder Judicial. Que esta separación de poderes estaba incluso en el texto legal "Bases de la Institucionalidad" impuesto por la propia dictadura militar. Ni el Presidente de la República, ni el Congreso, en caso alguno, pueden ejercer funciones judiciales

29. Esta es la doctrina que de manera unánime se viene aplicando por los tribunales chilenos.

30. Sin embargo, hay sentencias de la Corte Suprema chilena que han hecho una distinción de la acción de nulidad de derecho público y las acciones de carácter patrimonial cuando se interponen de manera conjunta. Estos fallos han reiterado la imprescriptibilidad de la nulidad de derecho público, pero señalando que la acción patrimonial se debe tratar de acuerdo al estatuto de derecho privado y sería susceptible de extinción por la vía de la prescripción. Es el caso, entre otras, de las Sentencias de la Corte Suprema de

- 29 de octubre de 2008 (Consid.12º)

“ Que de esta manera, la sentencia que se revisa, ha vulnerado lo dispuesto en los artículos 2514 y 2515 del Código Civil, al hacer aplicable la institución de la prescripción a la acción de nulidad de derecho público, lo que como se ha visto, constituye un error jurídico, lo que amerita que el recurso de nulidad de fondo, deba ser acogido, en atención a que tales yerros tienen influencia dispositiva en lo decidido, puesto que han llevado a rechazar la demanda íntegramente, en circunstancias que no correspondía hacerlo respecto de la nulidad de derecho público intentada.” (Anexo nº 1);

- 8 de abril de 2013 (Consid.12º):

“Que estas acciones declarativas de derechos o también denominadas de “plena jurisdicción”, de claro contenido patrimonial, producen efectos relativos, limitados al juicio en que se pronuncia la nulidad y se encuentran sometidas en lo concerniente a la prescripción a las reglas generales sobre dicho instituto contempladas en el Código Civil, entre otras, a las disposiciones de sus artículos 2497, 2514 y 2515. Es por ello que lo que en realidad prescribe no es la nulidad de derecho público, sino la acción declarativa de derechos a favor del particular. Efectivamente, la naturaleza misma de los derechos cuyo reconocimiento se solicita es siempre de carácter patrimonial y privado, aun cuando su fuente se encuentre en una nulidad de derecho público, y como tal sujetos a la posibilidad de extinguirse por el simple transcurso del tiempo. La ley no somete a un estatuto particular los efectos de un acto administrativo nulo, por lo que si compromete sólo la esfera patrimonial particular de un individuo debe regirse por las normas comunes generales existentes al respecto, y éstas son las contenidas en el Código Civil.” (Anexo nº 2).

Estas sentencias de la Corte Suprema que aplican la imprescriptibilidad de la nulidad de derecho público que se acompañan (anexos 1, 2 y 3) son meramente ejemplares, pues la jurisprudencia es unánime en este sentido.

31. Es un principio hermenéutico del derecho chileno que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Este principio se ha abandonado en estos dos fallos de 2008 y 2013 no en razón de fundamentos jurídicos, sino por razones de hecho. En efecto, como la nulidad de derecho público es imprescriptible bien podrían darse fallos que afectarían severamente el patrimonio fiscal.

32. Esta doctrina es susceptible de las siguientes apreciaciones críticas:

1.- **Incoherencia**, no se aprecian fundamentos suficientes para que el acto anulado se desligue de los efectos de la declaración de su nulidad para fines patrimoniales. Se llega a producir una situación contradictoria; un acto inexistente, que nunca existió termina produciendo efectos válidos. Se trata de dos estatutos jurídicos aplicados de manera paralela y contradictoria a unos mismos hechos. La prescripción extintiva se produce paralelamente con la prescripción adquisitiva operando en favor

de otro, son dos mecanismos simultáneos y entrelazados. Si no hay prescripción adquisitiva no puede haber prescripción extintiva.

Siguiendo el principio que donde existe la misma razón debe existir la misma disposición y que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y refiriéndose también a una situación de violación a los Derechos Humanos, la Corte Suprema de Chile ha resuelto (12/12/2017, anexo nº 6) que la prescripción se aplica de un modo coherente a una misma situación, que no se puede negar la prescripción y aceptar la media prescripción. Esa situación es similar a la situación que comentamos, repugna a la lógica que para los efectos de la nulidad de derecho público el acto impugnado no haya ni siquiera llegado a existir, pero para sus efectos patrimoniales sí exista. No es aceptable que un mismo acto prescriba para algunos efectos y para otros no, la prescripción es una sola institución.

En la sentencia, que se acompaña, se lee:

“Santiago, doce de diciembre de dos mil diecisiete. 1.- Que a propósito del rechazo de la prescripción parcial, el fallo resolvió que en esta materia no puede prescindirse de la normativa del derecho internacional de los Derechos Humanos que excluyen la aplicación de la prescripción tratándose de delitos de lesa humanidad, como acontece en la especie. El carácter de imprescriptibles de los delitos de lesa humanidad es común a la prescripción total y a la gradual, pues ambos institutos comparten la misma naturaleza jurídica y no resulta lógico ni racional que lo que es aplicable al primero de ellos no lo sea para el segundo, en circunstancias que su fundamento es el mismo 2.- Que sin perjuicio de lo razonado por la sentencia, cabe recordar que el artículo 103 del Código Penal no sólo está contemplado en el mismo título que la prescripción, sino que se desarrolla luego de aquélla, lo que revela la estrecha vinculación entre ambos institutos. Como en el caso se trata de delitos de lesa humanidad, lo que condujo a proclamar la imprescriptibilidad de la acción persecutoria, cabe sostener que por aplicación de las normas del Derecho Internacional y dado que tanto la media prescripción como la causal de extinción de la responsabilidad penal se fundan en el transcurso del tiempo como elemento justificante para su aplicación, la improcedencia de aplicar la prescripción total alcanza necesariamente a la parcial, pues no se advierte razón para reconocer al tiempo el efecto de reducir la sanción, dado que una y otra institución se fundamentan en el mismo elemento que es rechazado por el ordenamiento penal humanitario internacional, de manera que ninguno de tales institutos resulta procedente en ilícitos como el de la especie.”

Rol N° 11.601 – 17. Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Sres. Milton Juica A., Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., Manuel Valderrama R., y el Abogado Integrante Sr. Jean Pierre Matus A. No firma el Ministro Sr. Valderrama y el Abogado Integrante Sr. Matus, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión servicios y ausente, respectivamente MILTON IVAN JUICA ARANCIBIA MINISTRO Fecha: 12/12/2017

(El subrayado es nuestro)

Doctrina: la prescripción es una sola institución no puede prescribir para unos efectos y para otros no, *a contrario sensu* si prescribe para un efecto mayor prescribe también para un efecto menor.

2.- Se dispersan contradictoriamente los fines del derecho. En efecto, si el fin de la nulidad de derecho público es cautelar la primacía constitucional y legal y la declaración de nulidad un acto del Estado no produce la nulidad de sus efectos patrimoniales, en supuesta virtud de la certeza jurídica

pasan entonces a coexistir en un mismo plano y de modo contradictorio ambos fines del derecho. Nos encontramos con la situación paradójica y contradictoria que un acto declarado inconstitucional puede seguir produciendo efectos legales válidos.

3.- Esta interpretación por órganos del Estado (poder judicial) en favor del Estado carece de legitimidad. Más parece una excepción perentoria en beneficio del deudor que un restablecimiento integral del derecho. Lo que no se ha apreciado, y que la realidad terminara poniendo de relieve, es que la prescripción para fines patrimoniales puede perjudicar también al Fisco. Por ejemplo, si alguien obtiene una pensión de gracia fuera de los casos señalados por la ley repugna la conciencia jurídica que se declare nulo el decreto y que el autor del ilícito siga cobrando la asignación por amparo de la prescripción.

4.- El derecho pierde eficacia, el reclamo de los particulares en contra de actos inconstitucionales o ilegales del Estado busca en muchos casos la reparación patrimonial. Que el Estado reconozca y declare la ilegalidad pero que no reconozca ni repare sus efectos perjudiciales e ilegales quita toda eficacia a la acción destinada a cautelar la Constitución y la legalidad. Los conflictos jurídicos son conflictos de interés, las partes comparecen a los tribunales no para resolver disputas filosóficas o declaraciones históricas sino para hacer valer intereses patrimoniales. Un derecho sin eficacia deja de serlo.

33. Sin perjuicio de lo anterior hay muchas sentencias, unánimes en los últimos años, que cuando se refieren a hechos delictuales cometidos en el marco de los abusos de la dictadura militar (1973-1990) establecen que la responsabilidad civil sigue como “la sombra sigue al cuerpo” a la responsabilidad penal. De esta manera la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad hace imprescriptibles la responsabilidad civil.

34. La sentencia del 1er Juzgado civil de Santiago que analizamos aquí trata claramente de un abuso estatal cometido en medio de un ataque generalizado en contra de la población civil de Chile por las fuerzas armadas de nuestro país. El diario El Clarín era en 1973 el de mayor circulación y volumen de ventas en Chile y su simpatía hacia el gobierno constitucional y democrático del Dr. Salvador Allende algo público y notorio.

La Sentencia de la Corte Suprema de Chile de 18 de julio de 2017 (anexo nº 3, subrayado añadido) describe el contexto histórico de las medidas adoptadas por la Dictadura militar contra D. Víctor Pey Casado y las normas de derecho internacional convencional y consuetudinario vigentes en Chile tal como las aplica el Alto Tribunal:

“32º (...) los sucesos de que trata esta investigación corresponde a crímenes contra la humanidad, al ocurrir en un contexto propio de tal categoría de ilícitos. En efecto, se encuentra establecido en el proceso la existencia de un conflicto armado, sin carácter internacional, situación que torna aplicable plenamente los Convenios de Ginebra y que impone la prohibición de precisas y determinadas conductas (en lo que interesa para este proceso, los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios) respecto de las personas que no participen en las hostilidades.”

En tales términos, el marco jurídico aplicable a la descripción de hecho contenida en el fallo y que ha quedado asentada, analizada bajo el prisma de los Principios Generales del Derecho Internacional sobre crímenes de lesa humanidad, da cuenta que en la especie se han contravenido no sólo los bienes jurídicos comúnmente garantizados por las leyes penales, sino que el comportamiento desplegado ha supuesto una negación de la personalidad moral de la víctima, demostrándose así la íntima conexión entre el delito orden común y el valor agregado que se desprende de la inobservancia y menosprecio a la dignidad de la persona, porque la característica principal de

los delitos de lesa humanidad es la forma cruel con que diversos hechos criminales son perpetrados, los que se contrarían de forma evidente y manifiesta con el más básico concepto de humanidad; destacándose también la presencia del ensañamiento con una especial clase de individuos, conjugando así un eminente elemento intencional, en tanto tendencia interior específica de la voluntad del agente.

En definitiva, la conducta establecida da cuenta, como sucede en los delitos de lesa humanidad, de un ultraje a la dignidad humana y representa una violación grave y manifiesta de los derechos y libertades proclamadas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reafirmadas y desarrolladas en otros instrumentos internacionales pertinentes.”

“33 (...) A propósito del primer proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1954, ya entonces se concedió autonomía al delito de lesa humanidad, desvinculándolo del contexto bélico. Para esa fecha había sido conceptualizado como “los actos inhumanos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones contra cualquier población civil por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales, perpetrados por las autoridades de un Estado o por particulares que actúen por instigación de dichas autoridades o con su tolerancia”. Al referido concepto se ha agregado que las acciones deben ser “parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”, cuestión que aparece suficientemente demostrada en los antecedentes de esta causa, si se tiene en cuenta la forma de ocurrencia de las muertes de las víctimas y el encubrimiento de sus circunstancias.

Entre las características que distinguen este tipo de transgresiones se destacan la imprescriptibilidad, la imposibilidad de amnistiarlos y de consagrar excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de tan graves violaciones a los derechos esenciales tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extra-legales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos.

De este modo, teniendo en cuenta la naturaleza de los hechos investigados en la presente causa y tal como fueron presentados en el fallo que se revisa, así como el contexto en el que indudablemente deben inscribirse y la participación que miembros del Estado han tenido en ellos, no cabe duda alguna que deben ser subsumidos a la luz del derecho internacional humanitario dentro de la categoría de crímenes contra la humanidad y que se deben penalizar, pues merecen una reprobación tan enérgica de la conciencia universal, al atentar contra los valores humanos fundamentales, que ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular.”

42º: Que en lo tocante a la excepción de prescripción opuesta contra la acción de indemnización de los actores, reiterada jurisprudencia de esta Corte ha señalado que en el caso de delitos de lesa humanidad, siendo la acción penal persecutoria imprescriptible, no resulta coherente entender que la acción civil indemnizatoria esté sujeta a las normas sobre prescripción contenidas en la ley civil interna, ya que ello contraría la voluntad expresa manifestada por la normativa internacional sobre Derechos Humanos, integrante del ordenamiento jurídico nacional de acuerdo con el inciso segundo del artículo 5º de la Carta Fundamental, que consagra el derecho de las víctimas y otros legítimos titulares a obtener la debida reparación de todos los perjuicios sufridos a consecuencia del acto ilícito, e incluso por el propio derecho interno (...).

Por consiguiente, cualquier pretendida diferenciación en orden a dividir ambas acciones y otorgarles un tratamiento diverso resulta discriminatoria y no permite al ordenamiento jurídico guardar la coherencia y unidad que se le reclama.

Entonces, pretender aplicar las disposiciones del Código Civil a la responsabilidad derivada de crímenes de lesa humanidad posibles de cometer con la activa colaboración del Estado, como derecho común supletorio a todo el ordenamiento jurídico, hoy resulta improcedente.

Por otra parte, la reparación integral del daño no se discute en el ámbito internacional, y no sólo se limita a los autores de los crímenes, sino también al mismo Estado. La normativa internacional no ha creado un sistema de responsabilidad, lo ha reconocido, desde que, sin duda, siempre ha existido, evolucionando las herramientas destinadas a hacer más expedita, simple y eficaz su declaración, en atención a la naturaleza de la violación y del derecho quebrantado.

"43º: Que en la situación sub lite, dado el contexto en que los ilícitos fueron verificados, con la intervención de agentes del Estado amparados en un manto de impunidad forjado con recursos estatales, trae no sólo aparejada la imposibilidad de declarar la prescripción de la acción penal que de ellos emana sino que, además, la inviabilidad de proclamar la extinción por el transcurso del tiempo- del eventual ejercicio de las acciones civiles indemnizatorias derivadas de los delitos que se han tenido por acreditados.

"44º: Que por lo demás, las acciones civiles entabladas por los familiares de las víctimas en contra del Fisco, tendientes a conseguir la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados, encuentran su fundamento en los principios generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su consagración normativa en los tratados internacionales ratificados por Chile, los cuales obligan al Estado a reconocer y proteger este derecho a la reparación completa, en virtud de lo ordenado en los artículos 5º, inciso segundo, y 6º de la Constitución Política de la República.

Los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos consagran que la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícitos queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas a pretexto de hacer primar otros preceptos de derecho interno, pues si se verifica un hecho ilícito imputable a un Estado surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una regla internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias del agravio.

Esta preceptiva impone un límite y un deber de actuación a los poderes públicos, y en especial a los tribunales nacionales, en tanto éstos no pueden interpretar las normas de derecho interno de un modo tal que dejen sin aplicación las disposiciones de derecho internacional que consagran este derecho a la reparación, pues ello podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado de Chile. Por esta razón no resultan aplicables a estos efectos las reglas del Código Civil sobre prescripción de las acciones civiles comunes de indemnización de perjuicios, como pretende el recurso, toda vez que contradicen lo dispuesto en la normativa internacional de superior jerarquía.

"45º: Que (...) todo lo cual condujo a acoger las acciones civiles formalizadas en autos, cuyo objeto radica en la reparación íntegra de los perjuicios ocasionados por el actuar de agentes del Estado de Chile, ya que así lo demanda la aplicación de buena fe de los tratados internacionales suscritos por nuestro país y la interpretación de las disposiciones de derecho internacional consideradas ius cogens por la comunidad jurídica internacional. Sus preceptos deben recibir aplicación preferente en nuestro ordenamiento interno, al tenor de lo estatuido en el artículo 5º de la Constitución Política de la República, por sobre aquellas disposiciones de orden jurídico nacional que posibilitarían eludir las responsabilidades en que ha incurrido el Estado chileno, a través de la actuación penalmente culpable de sus funcionarios, y así acata la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

“46°: Que, cabe también tener en consideración que el sistema de responsabilidad del Estado deriva también de los artículos 6°, inciso tercero, de la Constitución Política de la República y 3° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, las que, de aceptarse la tesis del recurso, quedarían inaplicadas.”

35. A mayor abundamiento, el Estado de Chile ha reconocido el actuar ilegal e inconstitucional de sus agentes durante la dictadura militar dictando leyes destinadas a restituir bienes apropiados por la dictadura o a pagar su valor ante la imposibilidad de su restitución en especie dado el tiempo transcurrido o las circunstancias vividas. Así se dictó la ley 19.568 que dispone *“La restitución o indemnización por bienes confiscados y adquiridos por el Estado a través de los Decretos Leyes 12, 77 y 133 de 1973 1.967 de 1977 y 2.346 de 1978”*. El decreto Ley 77 es el aplicado a los bienes y derechos de las empresas CPP S.A. y EPC Ltda. propiedad de D. Víctor Pey Casado.

36. En el ámbito de la doctrina el distinguido profesor de derecho público y administrativo Eduardo Soto Kloss, antes citado, ha publicado y expuesto en foros, seminarios y clases el efecto *ipso jure* y *ex tunc* de la nulidad de derecho público. Así se puede leer en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XVIII (1997), *“La nulidad de derecho público, su actualidad”*.

“El verbo expresa la acción y la forma verbal que utiliza la Constitución, revela a las claras que es la propia Carta Fundamental la que declara el efecto o consecuencia de la contravención a ella en que incurre cualquier acto de cualquier órgano del Estado. La Constitución misma es la que declara que tal acto es nulo, vale decir, no asume ella la posibilidad que sea nulo en el futuro (será), o que requiera que esa nulidad se produzca sólo en la medida que haya pronunciamiento judicial ya partir de tal declaración. No, en absoluto; es nulo desde que el mismo instante en que incurre en la elaboración o dictación de ese acto, en una contravención a la Constitución, en las exigencias dispuestas para su validez. Jamás puede olvidarse que la finalidad que persigue el Art. 7 en concordancia con el Art. 6° es asegurar la supremacía de la Constitución, especialmente referida a la sujeción a Derecho de todo órgano del Estado, supremacía que es el medio para que efectivamente el Estado esté al servicio de la persona humana y se lleve a cabo la finalidad de aquél que es promover el bien común con pleno respeto de los derechos de las personas (Art. 10 inciso 41). De allí surge una de las características tan típica de esta nulidad de derecho público, cual es ser de pleno derecho ipso iure, vale decir, que se produce por el solo ministerio de la Constitución.

“Nos parece hoy bizantina la discusión que interesó a algunos varias décadas atrás y que hoy pareciera pretenderse revivir, de cómo compaginar esta operatividad directa la del texto del Art. 7° inciso 3° con la declaración judicial de la misma; al no captar bien nuestro sistema, se preguntaron algunos que si opera de pleno derecho no necesita declaración judicial, y por el contrario, si requiere tal declaración no operaría ipso iure. Hay una falacia en esa pretendida afirmación cual es afirmar una antinomia, porque el que sea de pleno derecho no excluye per se tal declaración judicial; se olvida que no cabe la autotutela en nuestro Derecho (salvo expresa excepción) y, por ende, ni la autoridad ni el particular pueden declarar por sí o ante sí nulo un determinado acto si ello significa una controversia de Derecho, pues ello corresponde exclusivamente a los tribunales de justicia (Art. 73 di.1 la Constitución Política). Y se requiere acudir al juez para que éste declare con la fuerza de cosa juzgada si es nulo o no tal acto cuya validez se controvierte. Pero si se acoge la pretensión anulatoria, el juez sólo reconoce un hecho anterior, que dicho acto es nulo tal como lo estipuló la propia Constitución al violar sus disposiciones (Art. 7).

“Alguno podría decir que como el texto no dice “de pleno derecho” no es posible sostener que es ipso jure, pero ello desconoce no sólo la historia fidedigna del origen del precepto (vid. nuestro “Derecho Administrativo”, cit. t. 2. pp. 123-130) sino también su finalidad; no es posible que un jurista exija que todo

tenga que expresarlo la ley cuando basta la lectura del precepto, su inserción en el ordenamiento y saber su finalidad para que se obtenga todo el sentido de sus disposiciones. Aquí es la propia Constitución que declara nulo el acto que la contraviene: si ella lo declara es: 1) desde el momento en que se incurre en el vicio o violación de ella que se produce; 2) jamás como acto entra al ordenamiento; 3) en ningún instante, por lo tanto, adquiere validez; 3) el juez sólo reconoce un hecho pasado al acoger una pretensión anulatoria de un acto de órgano estatal; y si produce efecto por haberse aplicado, habrá que ver si es acto de beneficio para un o unos destinatarios y ellos están de buena fe, habrá efectos adquiridos, pues son ajenos al error o torpeza del autor del acto; si esa aplicación produce daño, originará la responsabilidad del Estado y de quien hubiere dictado el acto (Art. 7° inciso 3°, en relación con el Art. 38 inciso 2° para los funcionarios de la Administración del Estado)”.

37. La discusión es hoy prácticamente inexistente en la doctrina y la jurisprudencia chilena; la acción constitucional de nulidad de derecho público es imprescriptible. Nadie enseña en la cátedra otra cosa, nadie lo discute y así lo resuelven los tribunales.

3.- LA CONFISCACIÓN O COMISO DE PROPIEDADES DE LOS CIUDADANOS ES UNA SANCION QUE SOLO PUEDE APLICAR EL PODER JUDICIAL LUEGO DE UN DEBIDO PROCESO

38. Chile surge como un Estado independiente a partir de las guerras de independencia entre 1810 y 1817. La ruptura con el Reino de España no solo se dio en el ámbito de una disputa por la soberanía sino también y principalmente en el de la filosofía política. Se rompió con las concepciones monárquicas absolutistas, que fueron reemplazadas por las republicanas. La Declaración francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano inspiran toda nuestra legislación constitucional desde aquellos tiempos.

La primera constitución chilena es de 1828, la que no logra dar estabilidad al país y dura muy poco. Existió un consenso nacional que se debía redactar otra constitución.

La constitución que logra encauzar el proceso político es la de 1833, que dura casi 100 años. Cuando se le reemplaza por la de 1925 solo se cambia el parlamentarismo por el presidencialismo, pero las tradiciones jurídicas siguen intactas.

El redactor y propulsor de esta constitución fue el parlamentario Mariano Egaña, partidario de un fuerte presidencialismo, pero aún en esa inspiración no se estableció entre las amplísimas 21 facultades del presidente (poder ejecutivo) consignadas en el artículo 82, la de disponer de los bienes y propiedad de los ciudadanos.

Evidentemente un presidente por muchas facultades que tenga no es un Rey absoluto.

Es más, en el artículo 12 número 5 se estableció lo siguiente:

“5°. La inviolabilidad de todas las propiedades, sin distinción de las que pertenezcan a particulares o comunidades, y sin que nadie pueda ser privado de la de su dominio, ni de una parte de ella por pequeña que sea, o del derecho que a ella tuviere, sino en virtud de sentencia judicial; salvo el caso en que la utilidad

del Estado, calificada por una ley, exija el uso o enajenación de alguna; lo que tendrá lugar dándose previamente al dueño la indemnización que se ajustare con él, o se avaluare a juicio de hombres buenos;

Esta disposición debe leerse con relación a lo dispuesto en el artículo siguiente:

Artículo 108. "La facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los Tribunales establecidos por la ley. Ni el Congreso, ni el Presidente de la República pueden en ningún caso ejercer funciones judiciales, o avocarse causas pendientes, o hacer revivir procesos fenecidos."

39. El Estado de Chile ha sido siempre una república. La existencia de ciudadanos con derechos, especialmente el de propiedad, que no pueden ser privados de ellos por simples actos del ejecutivo, no conoce excepción legal ni jurisprudencial. En esta inspiración política la facultad de incautar, confiscar o hacer caer en comiso bienes de propiedad de particulares se ha reservado siempre a los Tribunales de Justicia, los cuales sólo pueden privar de una propiedad a los ciudadanos luego de un proceso judicial tramitado conforme a las normas del debido proceso y dejándolo expresamente establecido en la sentencia condenatoria.

40. La causa más habitual de privación del derecho de propiedad es la caída en comiso de los instrumentos para cometer delitos como son las armas, pero ello sólo opera luego de una sentencia definitiva y respecto de la cual ya no procede recurso alguno, no antes.

41. Incluso en un proceso judicial penal, los bienes que son parte de los medios de comisión del delito permanecen en custodia del tribunal, quien no puede disponer de ellos. Se han dado sanciones muy severas cuando, por ejemplo, la policía ha usado bienes, tales como automóviles, que estaban bajo custodia judicial por un proceso penal en curso.

42. Chile tiene la posibilidad de procesos expropiatorios por causales de utilidad pública y los ha tenido desde siempre, pero con la obligación de pagar una indemnización. En la actualidad debe pagar anticipadamente, antes de tomar posesión del bien, la indemnización y el ciudadano puede discutir judicialmente el monto de esta. Pero estos no son en realidad una privación del derecho sino más bien un cambio de objeto de la misma.

43. Estas concepciones de filosofía jurídica y política son muy relevantes para poder entender que una incautación o confiscación de bienes efectuada por el poder ejecutivo es una inconstitucionalidad que aparece "de manifiesto" para cualquier juez o abogado chileno. Es una cuestión básica de nuestra formación y concepciones jurídicas. Nadie pasa el ramo de derecho constitucional en la universidad sosteniendo que el gobierno puede confiscar bienes de los particulares y sin una sentencia judicial.

4.- CÓMO LA SENTENCIA DEL PRIMER JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO RECONOCE LA NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO.

Resumen del caso y de la sentencia.

44. El resumen del caso (se adjunta copia íntegra de la sentencia, anexo nº 6) es el siguiente.

Don Victor Pey demanda al fisco de Chile (denominación que designa al Estado de Chile en su dimensión económica o patrimonial) para que se le restituya la rotativa marca Goss, y en la imposibilidad material de hacerlo que se le indemnice, señala que tropas militares ocuparon el diario, que desconocidos se apropiaron materialmente de las acciones acreditativas de la propiedad de la empresa, esto culminó el 17 de Marzo de 1975 con la publicación del Decreto Supremo 165 del Ministerio del Interior que, invocando facultades asignadas en el Decreto Ley 77 (decretos emanados de la Junta Militar a los que se daba por la vía de los hechos valor de Ley, estando el Congreso disuelto), procedió a declarar disueltas las sociedades periodísticas y a confiscar sus bienes. El demandante Pey señaló como una cuestión de hecho y evidente que el decreto 165 adolecía de nulidad de derecho público por haber infringido lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución al atribuirse facultades que son propias del poder judicial. Este artículo 4 continuaba vigente en 1975 y las facultades del poder judicial intactas, según señalaban expresamente las autoridades militares. A partir de lo anterior la figura que se configuraba era la del depósito necesario establecido en el artículo 2236 del Código Civil, el Estado de Chile nunca fue poseedor sino un mero depositario. El sr Pey debió huir del país ante la represión política, de esa manera la rotativa pasó manos de sus tenedores materiales en medio de una calamidad pública.

Defendió al Estado de Chile el Consejo de Defensa del Estado, que es el organismo que por ley tiene esa obligación y facultad. El fisco contestó, señalando que el Sr Pey no era titular de los derechos invocados y le faltaba legitimidad activa, que el fisco es dueño de la cosa y por ello nadie tiene legitimidad activa si no es el Estado, opone la validez del Decreto Supremo 165, que no se invadieron facultades del poder judicial *“sino que solo se declaró que pasaban al dominio del estado todos los bienes muebles de propiedad de la Empresa periodística Clarín Limitada”*, que el estado se transformó en poseedor del bien lo que habilita su adquisición por prescripción, y no se trataría de un mero tenedor no pudiendo darse la figura del depositario, han transcurrido más de 20 años por lo que las acciones deducidas se encuentran prescritas.

Se recibió la causa prueba, fijando los siguientes puntos: si el actor (demandante) se encuentra legitimado activamente, título en virtud del cual el demandante solicita la restitución, existencia de un contrato de depósito necesario, título en virtud del cual el fisco posee la máquina, efectividad de haber transcurrido los plazos de prescripción, efectividad que al demandante se le han causado perjuicios.

La sentencia determinó que debía rechazarse la demanda por cuanto el demandante carecía de legitimidad activa por ser el una persona natural y los derechos reclamados que recaen sobre la rotativa confiscada corresponderían a una persona jurídica, que las acciones se encontraban prescritas.

Razones por las cuales debe entenderse que la sentencia reconoce la existencia de una nulidad de derecho público.

a.- El Juez se pronuncia sobre la nulidad de derecho público porque esta apareció de modo manifiesto. Artículo 1683 del Código Civil.

45. Este artículo del Código Civil, tratando de la nulidad absoluta, en que como hemos visto existe un interés público comprometido, señala que, en el caso de la nulidad absoluta, y teniendo presente el interés público comprometido, su reglamentación es diferente.

Art. 1683. “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato...”.

46. Esta norma de la nulidad absoluta del Código Civil se debe aplicar, y se aplica siempre, por los tribunales chilenos a las nulidades de derecho público. El fundamento es que si el interés público comprometido en una nulidad absoluta, en un acto entre privado, habilita y exige romper el principio de la pasividad de los tribunales, con mucha mayor razón y fundamento se debe hacer actos que involucran al Estado de Chile y que tienen habitualmente un alcance y significación mucho mayor que los actos entre particulares destinados a producir efectos sobre particulares.

47. En este juicio la parte demandante no pidió que se declarara la nulidad de derecho público, simplemente la señaló, como un hecho evidente por sí mismo. En el derecho chileno los hechos públicos y notorios no se prueban, el tribunal simplemente los da por establecidos. La declaración de la nulidad de derecho público del Decreto 165 no viene en la petitoria, como ya hemos visto, lo que se pide es la restitución de la rotativa y, en subsidio, la indemnización sustitutiva.

48. Surge claramente entonces que la jueza de la causa sólo podía referirse a la nulidad de derecho público en la sentencia si esta aparecía de manifiesto en el acto. Se debe entender por aparecer de modo “manifiesto”, aquella ilegalidad o inconstitucionalidad que aparece de la simple lectura de los antecedentes.

49. Esto claramente ocurre para cualquier abogado o Tribunal chileno que se encuentre en presencia de un acto jurídico en el cual el Estado de Chile, sin pasar por el poder judicial, se atribuya, por sí y ante sí, la capacidad de transferir el dominio de los bienes de los ciudadanos en su favor. Esa nulidad salta a la vista.

50. La obligación de referirse a ella, y la jueza lo hace, es por el carácter manifiesto de la misma. El tribunal está cumpliendo una obligación legal y procesal, que rompe su pasividad, es decir; resolver sólo sobre lo que las partes someten como cosa disputada.

51. Si la nulidad de derecho público no hubiere aparecido de modo manifiesto, no era necesario referirse a ella y el decreto se habría tenido que tener por válido sin más. Le habría bastado rechazar la demanda por la supuesta falta de legitimidad activa.

b.- Cómo la nulidad de derecho público fue uno de los principales fundamentos de la demanda.

52. La demanda del Sr. Pey tiene un fundamento consistente en que nos encontramos en presencia de un depósito necesario del artículo 2236 del Código Civil.

53. En los artículos atinente se lee:

Art. 2236. "El depósito propiamente dicho se llama necesario, cuando la elección de depositario no depende de la libre voluntad del depositante, como en el caso de un incendio, ruina, saqueo, u otra calamidad semejante."

Art. 2237. "Acerca del depósito necesario es admisible toda especie de prueba."

Art. 2238. "El depósito necesario de que se hace cargo un adulto que no tiene la libre administración de sus bienes, pero que está en su sana razón, constituye un cuasicontrato que obliga al depositario sin la autorización de su representante legal."

Art. 2239. "La responsabilidad del depositario se extiende hasta la culpa leve."

Art. 2240. "En lo demás, el depósito necesario está sujeto a las mismas reglas que el voluntario."

54. El depósito necesario, dada la aflicción, desgracia y urgencia del depositante, le concede varios derechos que son excepcionales en este tipo de contrato, que solo benefician al depositante: 1.- El depositario responde de la culpa leve (debe actuar con los cuidados del buen padre de familia), igual que en los contratos con beneficio mutuo, a pesar que en este caso el beneficiado es el depositante 2.- Se acepta todo tipo de prueba, esto es una gran excepción pues en los contratos se exige escrituración como medio de prueba a partir de una suma de dinero que es pequeña. 3.- Una persona relativamente incapaz puede actuar válidamente.

55. Como se aprecia, la situación jurídica del sr Pey a partir del depósito necesario le era muy favorable y fácil de probar.

56. Pero toda esta situación favorable se desmoronaba rápidamente si el Decreto 165 no adolecía de nulidad de derecho público. Es decir, la pretensión jurídica del Sr Pey sólo podía tener viabilidad jurídica si el decreto del Ministerio del Interior era nulo, sólo allí surgía el depósito necesario. Se trata entonces de una cuestión fundamental para el actor y para la resolución del conflicto.

c.- La validez del Decreto Supremo 165 fue cosa litigiosa aun cuando no se reciba como punto de prueba.

57. Quien primero percibe la importancia de la validez del decreto 165 es la propia parte demandada, la cual, aún a sabiendas que no viene explícitamente solicitada en la parte petitoria de la demanda, formula alegaciones en favor de la validez del Decreto Supremo 165 y del Decreto Ley 77 invocando al Decreto ley 788.

58. Si el Tribunal se ve obligado a referirse a la nulidad de derecho público, si esta se menciona como fundamento de la demanda y la parte demandada alega en contra de ella, y fue cosa litigiosa, pues el Fisco alegó, en su Contestación y Dúplica, que el decreto no adolecía de nulidad de derecho público ¿por qué no se recibió como punto de prueba? La explicación está en que en el derecho chileno sólo se prueban los hechos y no el derecho, el cual se presume conocido por el Tribunal. Cómo se debe aplicar o interpretar el derecho es cosa que resuelve el tribunal a partir de lo ya expuesto por las partes en la parte de la discusión.

Pero, no cabe duda que la nulidad de derecho público fue cosa litigiosa, pues la parte demandante la señala como uno de los fundamentos de su acción, la parte demandada plantea alegaciones en su contra y el fallo se refiere explícita y largamente a ella

d.- Sólo pueden prescribir extintivamente acciones y derechos existentes. La NDP existía, por ello el Juez la declara prescrita. Si la NDP no existía, no era prescriptible. Sólo prescribe lo existente.

59. Sin perjuicio que es cosa sabida que en el derecho chileno la acción de nulidad de derecho público es imprescriptible, se hace necesario señalar lo siguiente.

60. En Chile, los contratos no transfieren el dominio sólo dan derecho a exigir su cumplimiento, lo que transfiere el dominio son los “modos de adquirir el dominio”

61. Para adquirir la propiedad de un bien se requiere de un título (por ejemplo, una compraventa) y que opere un “modo de adquirir el dominio” que en este caso sería la tradición, es decir la entrega de la cosa existiendo de un parte la intención y la facultad transferir el dominio y de la otra la facultad y voluntad de adquirir el dominio.

62. Los modos de adquirir el dominio son los siguientes:

Art. 588 del Código Civil. “Los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte, y la prescripción.”

63. Existen modos de adquirir el dominio que clasificamos como originarios, es decir que surgen con su primer dueño en cuanto nacen por este modo de adquirir, ellos son:

La ocupación: Art. 606. “Por la ocupación se adquiere el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no es prohibida por las leyes chilenas, o por el Derecho Internacional.”

Se señalan en este caso la caza y la pesca de animales salvajes.

La accesión Art. 643. “La accesión es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta a ella. Los productos de las cosas son frutos naturales o civiles.”

64. Existe también, pero no es un modo originario, la prescripción, que es un modo de adquirir los bienes y extinguir las acciones ajenas. Esta institución que viene del derecho romano existe en materia penal y en materia civil.

Esta última está definida en la siguiente disposición del Código Civil.

Art. 2492. *“La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso, y concurriendo los demás requisitos legales. Una acción o derecho se dice prescribir cuando se extingue por la prescripción.”*

65. La prescripción como modo de adquirir el dominio es derivativo, es decir no nace íntegra y plena para la persona en cuyo favor operó. La prescripción que es adquisitiva para uno es extintiva para el otro en cuyo perjuicio ha transcurrido el tiempo. Es un mecanismo que opera con dos caras de una misma moneda, lo que se extingue para uno prescribe adquisitivamente para otro.

66. La prescripción es adquisitiva o extintiva supone un derecho preexistente, a diferencia de la ocupación o la accesión, en que la propiedad nace con el modo de adquirir.

67. Que la prescripción tiene una íntima vinculación con el propietario anterior se hace evidente si consideramos lo que en doctrina y jurisprudencia llamamos posesión inútil. Esta comprende la posesión violenta y la posesión clandestina, la cual a diferencia de la posesión regular o la irregular, jamás podrá permitir adquirirse por prescripción el bien que se tiene por medio violento o clandestino.

67. La forma en que perdió la tenencia de la cosa el anterior dueño es relevante para abrir paso o no a la prescripción.

Art. 709. *“Son posesiones viciosas la violenta y la clandestina.”*

Art. 710. *“Posesión violenta es la que se adquiere por la fuerza. La fuerza puede ser actual o inminente.”*

Art. 711. *“El que en ausencia del dueño se apodera de la cosa, y volviendo el dueño le repele, es también poseedor violento.”*

Art. 712. *“Existe el vicio de violencia, sea que se haya empleado contra el verdadero dueño de la cosa, o contra el que la poseía sin serlo, o contra el que la tenía en lugar o a nombre de otro. Lo mismo es que la violencia se ejecute por una persona o por sus agentes, y que se ejecute con su consentimiento o que después de ejecutada se ratifique expresa o tácitamente.”*

Art. 713. *“Posesión clandestina es la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella.”*

68. Todo lo anterior permite concluir que para que opere la prescripción tanto adquisitiva como extintiva, como se colige de su propia definición legal (art 2492) y del espíritu de la legislación relacionada, deben existir derechos o acciones ajenas previamente existentes. La nada no prescribe jamás, simplemente no existe. La nada es intangible. La nada es la nada.

69. De este modo, cuando el Tribunal, erróneamente como ya vimos (pues la nulidad de derecho público es imprescriptible), *tras afirmar que EPC Ltda. es quien tiene la legitimidad activa para ejercitar la acción de depósito necesario en la Demanda del 4 de octubre de 1995 (Consid. 9º), declara la prescripción de la acción de nulidad de derecho público (foja 450, Consid. 14º) señalando*

“Que, en la especie, la acción de nulidad de derecho público no es imprescriptible y queda sometida a las normas de la prescripción de la acción civil”,

está diciendo claramente que la nulidad de derecho público existió pero que, en su particular y solitaria forma de aplicar el derecho, esta acción se extinguió por el transcurso del tiempo.

70. Lo relevante para estos efectos es que esa declaración de prescripción es el reconocimiento judicial que la nulidad de derecho público mencionada por el demandante - tan fundamental a su pretensión - a la que la parte demandante respondió en su alegato, que el Tribunal debió conocer y resolver, por mandato del artículo 1683 del Código Civil - existió en plenitud.

71. Para el Primer Juzgado Civil de Santiago, en solitario, prescribió. Sabemos que toda la jurisprudencia de la Corte Suprema es unánime en señalar la imprescriptibilidad de la nulidad de derecho público, y que de haber llegado esta causa a esas instancias la sentencia de término habría sido diametralmente distinta, acogiendo la nulidad que se aparecía al sentenciador de modo manifiesto. Sin lugar a dudas, el caso se habría resuelto a partir de esa nulidad de derecho público vigente, y no prescrita como ha señalado el Primer Juzgado Civil de Santiago.

5.- OTRAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL FALLO

a.- La invocación de la sentencia a una norma constitucional para aplicar el estatuto privado a una nulidad de derecho público es enigmática.

72. En la sentencia el Primer Juzgado Civil determinó, a fojas 448 (Considerando 12).

“Que, la nulidad de derecho público se rige por omisión en el caso de la constitución de 1925 o, por expreso mandato constitucional en el caso de la constitución de la república de Chile de 1980, por el estatuto civil”.

73. De haber sido revisada esta sentencia por instancias superiores no cabe duda de que habría sido revocada.

74. En efecto, la constitución de 1980 no menciona en ninguna parte que la nulidad de derecho público se rige por el estatuto civil, es más, la expresión Nulidad de Derecho Público tampoco aparece. La Nulidad de Derecho Público se tramita en un Juzgado Civil, a falta de otro procedimiento, pero evidentemente el fondo del asunto se resuelve en base a los principios y normas del derecho público.

b.-La prescripción no le era aplicable al demandante ni aun con el estatuto privado. La prescripción se aplica a la negligencia del titular de un derecho en la cautela del mismo.

75. Chile vivió entre 1973 y 1990 una dictadura en la que se cometieron todo tipo de abusos. El propio Ejército de Chile institucionalmente ha pedido perdón al país por ello. La Sentencia de la Corte Suprema de 3 de octubre de 2016 (anexo nº 5) afirma:

“5º. (...) al momento del pronunciamiento militar del 11 de septiembre de 1973 regía en Chile la Constitución de 1925, Carta Fundamental que consagraba la división de poderes, cuya finalidad era evitar de las autoridades los abusos en el ejercicio de sus funciones, mediante la fiscalización recíproca de sus actuaciones y la común sujeción al ordenamiento jurídico vigente (...) mediante distintos decretos leyes, se dispuso por las autoridades ejecutivas la disolución del Congreso Nacional y del Tribunal Constitucional; se proscribió a los partidos políticos que conformaban la Unidad Popular del presidente depuesto, a la vez que se decretaba el receso de todas las colectividades restante, (si bien en 1977, producto de la creciente oposición del Partido Demócrata Cristiano al régimen militar, también serían prohibidas); y se destruyeron los registros electorales. (...)

Se instauró una rigurosa censura a la prensa, la radio y la televisión, que puso fin a cualquier medio de comunicación masiva capaz de cuestionar o fiscalizar las acciones del régimen militar, con lo cual se implantaron condiciones proclives a los abusos de poder, sea en la forma de la prisión política o la tortura. Simultáneamente, el toque de queda, vigente durante años, sustrajo del escrutinio público las acciones de los agentes del Estado ocupados de la represión, autorizados para circular libremente en las horas prohibidas. El exilio por motivos de orden político entró en acción inmediatamente, afectando a miles de personas, muchas de las cuales, antes de hacer abandono del país, sufrieron prisión política y tortura.”

76. El demandante debió salir del país para poner a salvo su propia vida. No le era exigible, ni posible, que interpusiera acciones legales en contra de una dictadura que actuaba en plenitud, pidiendo nada menos que la inconstitucionalidad de sus decretos con los cuales se institucionalizaba la represión.

77. La acción de nulidad de derecho público no prescribe, pero aún en la errónea doctrina que ello pudiera jurídicamente ocurrir la acción no estaba prescrita pues el plazo sólo podía entrar a correr desde el 11 de marzo de 1990, que es el día siguiente a que asumió el presidente civil don Patricio Aylwin Azocar. En este caso el plazo no se encontraba vencido, no podía operar la prescripción.

78. La prescripción opera en contra del litigante negligente que no reclamo en tiempo oportuno sus derechos, por lo que estos ceden ante el principio de la certeza jurídica. En la especie no se trata de negligencia sino simplemente de la imposibilidad absoluta de iniciar acciones judiciales en tribunales chilenos pidiendo anular decretos leyes de la dictadura militar mientras esta operaba en plenitud.

c.- Según fallos recientes y relevantes de la Corte Suprema de Chile e información pública de organismos del estado de Chile, los decretos leyes dictados por la dictadura fueron simples ficciones legales (tapaderas) de la represión política. En estos se incluye el Decreto Ley 77 de 1973.

79. En abierta infracción a lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución de 1925, ya citado, la dictadura se auto-atribuyó la facultad de dictar leyes. Como al Congreso lo habían disuelto y por algo de pudor sus órdenes no se llamaron leyes sino Decretos Leyes.

80. Esos Decretos Leyes tuvieron materias distintas. Los que trataron de asuntos propios de toda administración del Estado no han sido puestos en cuestión por la judicatura. Sin embargo, los que tenían

propósitos políticos de represión o de encubrimiento de sus crímenes han sido simplemente dejado de lado, y no aplicados por los tribunales.

1.- La Junta Militar dictó el Decreto Ley 2.191 el 18 de abril de 1978 por medio del cual decretó la amnistía a sus propios crímenes. Este Decreto Ley nunca ha sido explícitamente anulado, pero siendo tan manifiesta su voluntad de auto regalarse la impunidad, todos los Tribunales chilenos dictan condenas por violaciones a los Derechos Humanos sin considerarlo, lisa y llanamente. Esto es más eficaz que haberlo derogado, pues su derogación habría implicado sólo el futuro y no se podría haber aplicado retroactivamente por ser perjudicial al reo.

2.- El año 1973 se inició un Consejo de Guerra en la Fuerza Aérea de Chile (Fach) en contra de los militares de esa fuerza aérea que la Junta Militar entendió no compartían sus propósitos. Todo esto se llevó adelante mediante procedimientos ilegales y con la aplicación de crueles torturas. Los afectados pidieron una vez vuelta la democracia (1990) que esos Consejos de Guerra, en que se les condenó por Traición a la Patria, se anularan; los tribunales chilenos nunca accedieron a aquello, señalando que no tenían facultades.

Ante esto las víctimas acudieron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos quien, en definitiva, acogió su reclamo y ordenó al Estado de Chile poner a disposición un recurso judicial expedito a las víctimas para estos efectos.

En definitiva, la Corte Suprema de Chile dictó un fallo acogiendo un recurso de revisión y en el que se lee lo siguiente (Consid. 7°):

“Como ya se expresó, el Decreto Ley N° 5, de 11 de Septiembre de 1973, publicado en el Diario Oficial del día 22 del mismo mes, declaró por la vía interpretativa, que el estado de sitio decretado por conmoción interna, debía entenderse “estado o tiempo de guerra”. Sin embargo, con infracción de fundamentales normas legales, las nuevas penalidades fueron aplicadas por los Consejos de Guerra y demás Tribunales Militares que actuaron durante el “estado o tiempo de guerra” con sujeción a esa nueva legislación, a hechos ocurridos con anterioridad a su vigencia, contraviniendo en forma expresa las disposiciones de los artículos 11 de la Constitución Política de 1925, vigente en la época, y 18 del Código Penal, que consagran la irretroactividad de la ley penal, principio universalmente aceptado. En síntesis, la declaración jurídica de guerra actuó como ficción legal y justificación política para acciones represivas sin correspondencia con el contexto de referencia, utilizándose como instrumento de coacción y castigo a los tribunales militares en tiempo de guerra”. (El subrayado es nuestro).

La Corte Suprema de Chile en este fallo dictado el 3 de octubre de 2016 (rol 27.543-2016, anexo n° 5), deja claramente establecido que estos Decretos Leyes no respondía a una ordenación racional para el bien común, sino que eran simples instrumentos para justificar y dar cobertura a la represión política.

3.- Respecto del DL 77 de 1973, el Archivo Nacional de Chile, dependiente de la Dirección de Bibliotecas Archivos y Museos organismo del Estado de Chile señala en su página de Internet <http://bit.ly/2ho9a8e> (consultada el día 24-12-2017), cito a la letra:

*“El Archivo Nacional de la Administración (ARNAD), hasta el 31 de octubre, exhibe la muestra “**El Decreto Ley N° 77 y la apropiación de bienes por parte de la dictadura cívico-militar (1973-1990)**”, que reúne documentos que dan cuenta de distintos ejemplos de la aplicación de este mandato.*

Dicho Decreto Ley, del 8 de octubre de 1973 (...) significó la cancelación de sus personalidades jurídicas, la expropiación de sus bienes, y el destino de éstos a los fines que conviniese la Junta Militar. Determinó que la infracción a esas disposiciones sería castigada con presidio, relegación e inhabilitación perpetua para ocupar cargos públicos.

Precisamente, los documentos de la exposición revelan como bajo este mecanismo, la dictadura incautó una gran cantidad de propiedades, terrenos, automóviles, pequeñas empresas y medios de comunicación, entre otros.

Entre los que podrán conocerse están el Decreto Exento 128, del 11 de junio de 1974, del Fondo Ministerio del Interior, que declaró disuelta la Empresa Periodística Horizonte, imprenta donde se imprimía el Diario El Siglo y diversas publicaciones, y el Decreto 101, del 10 de marzo de 1977, del Fondo Ministerio de Bienes Nacionales, que destinó dos inmuebles que indica a la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA), ubicados en las calles Santa Lucía 162 y José Domingo Cañas 1367, entre otra documentación."

Como despojo califica el Estado de Chile a través de sus organismos la aplicación del DL 77

d.- Al rechazar la demanda por falta de legitimidad activa se reconoce la existencia de un derecho vulnerado.

81. La sentencia aún en su incorrecta aplicación del derecho se muestra coherente en cuanto a su lógica interna. En efecto, se rechaza la demanda en definitiva **por prescripción y falta de legitimidad activa**.

82. Como sabemos, se entiende por falta de legitimidad activa cuando la acción se deduce por quien no es el titular del derecho o no se tiene la representación del mismo, o cuando la acción deducida no es la que corresponde al derecho que esta cautela.

83. En este caso, y se dice expresamente, se rechaza la demanda por falta de legitimidad activa. A juicio del tribunal el derecho existió, pero lo demandó una persona que no es titular del derecho y que no tiene su representación y los derechos reclamados patrimoniales se encuentran prescritos.

84. En ambos causales de rechazo está claro que el derecho existió, esto es extraordinariamente relevante para otras eventuales acciones del reclamante.

e.- El no condenar en costas implica que el litigante no fue completamente vencido o tuvo motivo plausible para litigar. Ese motivo plausible es la existencia de la nulidad de derecho público discutida.

85. A lo anterior se suma otro aspecto de la parte dispositiva del fallo que dice relación con el pago de las costas del proceso, después que el Fisco reiteradamente pidiera que el Juzgado condenara al Sr. Pey a pagarlas (Contestación, págs. 3, 12, 14, 16; Dúplica, pág. 4).

86. Estas se encuentran normadas en el Código de procedimiento Civil.

Código de Procedimiento Civil, artículo Art. 144. *"La parte que sea vencida totalmente en un juicio o en un incidente, será condenada al pago de las costas. Podrá con todo el tribunal eximirse de ellas, cuando aparezca que ha tenido motivos plausibles para litigar, sobre lo cual hará declaración expresa en la resolución."*

87. Coherente con las dos causales por las cuales se rechazó la demanda, el fallo no condena al demandante a pagar las costas de la causa, como ocurre con todo litigante completamente vencido, salvo que haya tenido motivo plausible para litigar.

88. El fallo establece que tuvo motivo plausible para litigar. Ese motivo: que al tribunal se le hizo evidente que la nulidad y los derechos del depositante necesario existieron. No se acogió en definitiva lo pedido, que era la restitución de la máquina rotativa, pero la nulidad de derecho público existió y era sobre ella que se construían todas las acciones judiciales que llevaban a la recuperación de la máquina rotativa por su dueño.

89. Cabe precisar, que se entiende por "plausible". En nuestro sistema de interpretación establecido entre los artículos 19 a 24 del Código Civil una forma de interpretar es recurrir al elemento gramatical que siempre se ha entendido como consultar al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

Normas aplicables.

Art. 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."*

Art. 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 legal."*

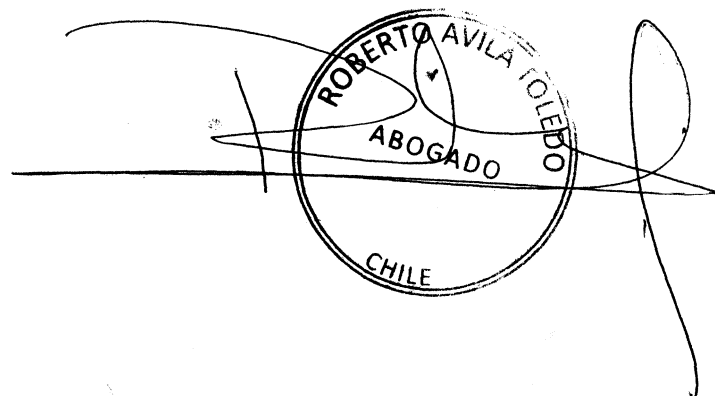
90. La palabra plausible significa, de acuerdo al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, y de acuerdo a la práctica judicial chilena:

"Del lat. plausibilis. 1. adj. Digno o merecedor de aplauso. 2. adj. Atendible, admisible, recomendable. Hubo para elló motivos plausibles."

91. Es decir, las acciones del sr Pey eran atendibles y admisibles de no ser porque, a juicio del tribunal, estaban prescritas y él no tenía legitimidad activa, pero aún en esa errónea aplicación del derecho; existieron.

CONCLUSION: De todo lo anterior se puede concluir, sin lugar a duda alguna, que el Primer Juzgado Civil de Santiago de Chile estableció en su sentencia la existencia de la Nulidad de Derecho Público que fue discutida en el juicio C-3510-1995 caratulado Pey con Tesorería (Fisco) y que afectan derechos de don Víctor Pey.

Santiago, 30 de diciembre de 2017



A circular professional stamp for Roberto Avila Toledo, an attorney in Chile. The stamp contains the text "ROBERTO AVILA TOLEDO", "ABOGADO", and "CHILE". A handwritten signature is written over the stamp.

ANEXOS

1. Sentencia de la Corte Suprema de 29 de enero de 2008 (Rol 5341-2006), declara imprescriptible la acción de nulidad de derecho público
2. Sentencia de la Corte Suprema de 8 de abril de 2013 (Rol N° 8867-2012), declara imprescriptible la acción de Nulidad de derecho público
3. Sentencia de la Corte Suprema de 18 de julio de 2017 (Rol N° 5989-17), sobre la obligación del Estado de Chile de aplicar el derecho convencional y consuetudinario, declara imprescriptible la acción civil ante delitos de Lesa Humanidad
4. Soto Kloss (E.): La nulidad de derecho público en el derecho chileno
5. Sentencia de la Corte Suprema de 3 de octubre de 2016 (Rol N° 27.543-16), sobre la obligación del Estado de Chile de aplicar el derecho convencional y consuetudinario.
6. Sentencia Corte Suprema rol 11601-2017 de fecha 12 de Diciembre de 2017 Secuestro calificado de Aliste y otros.
7. Sentencia Pérsico Paris con Fisco.

DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA

El abajo firmante declara lo que sigue:

- Ni el pago ni el importe de sus honorarios dependen del resultado de la controversia.
- No tiene conocimiento de ningún conflicto de intereses.
- Ha informado en su Informe acerca de todas las fuentes de información que ha utilizado. Ha sido, en la medida de lo posible, preciso y completo en la preparación de su Informe.
- Ha incluido en su Informe todos los elementos de que tiene conocimiento o de los que ha sido informado.
- Ha formulado en su Informe su propia opinión, con toda independencia.
- Es conecedor de que el Tribunal, en presencia de las partes, de sus respectivos asesores y expertos, puede escucharle sobre todos los temas tratados en su Informe.

DECLARACIÓN DE LA VERDAD

Declaro por mi honor que los hechos y argumentos que indica mi Informe corresponden a mi propio conocimiento, son exactos y precisos, y que la opinión que he expresado refleja auténtica y completamente mi opinión profesional.

En Santiago de Chile, el 30 de diciembre de 2017

Firmado: Roberto Ávila Toledo,
Cédula Nacional de Identidad 8.045.543-7
Abogado

