

ACTUALIDAD JURIDICA



Año II

N° 3

Enero 2001

FACULTADES DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El debido proceso



Responsabilidad médica



Hacia el libre comercio
con Estados Unidos



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

ACTUALIDAD JURIDICA



La Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año II, N° 3 - Enero 2001



Universidad del Desarrollo

FACULTADES DE DERECHO

7000191 n 4

Consejo Editorial

Gonzalo Rioseco *Presidente*

Jaime Williams B.

Angela Cattán A.

Cecily Halpern M.

Mario Rojas S.

Bruno Caprile B.

Hugo Fábrega V. *Secretario*

Director

Pablo Rodríguez G.

Editor

Rafael Cruz F.

Representante Legal

Ernesto Silva B.

ISSN N° 0717-5914 - Santiago de Chile

Ediciones Universidad del Desarrollo

La Revista **ACTUALIDAD JURIDICA** es una publicación semestral
de las Facultades de Derecho (Santiago y Concepción) de
Universidad del Desarrollo

Los juicios vertidos por los autores en sus artículos no representan
necesariamente la opinión de la institución que edita esta revista.

Impresión: OGRAMA S.A.



Índice de Contenidos

Tema central: El debido proceso

- El debido proceso a la luz de la ley chilena. Pablo Rodríguez G. 7
- El desafuero del senador Pinochet a la luz de los principios del debido proceso. Julio Alvear T. 21
- El debido proceso: tres instituciones procesales y una ausente. El ámbito constitucional. Julio E. Salas V. 51
- El proceso penal oral y el debido proceso. Héctor Oberg Y. 69
- El justo y debido proceso en el derecho internacional. Aldo Monsálvez M. 87
- El principio del debido proceso en el sistema jurídico indiano. Antonio Dougnac R. 95
- Los principios del proceso romano ilustrados con algunas instituciones. Alejandro Guzmán B. 123
- El juez y el juicio en Tomás de Aquino. Jaime Williams B. 135

Actualización en Derecho: Responsabilidad médica

- Responsabilidad médica. Gonzalo Grebe B. 149
- Responsabilidad médica desde la relación médico-paciente y la ética médica. Enrique Accorsi O. 159
- Responsabilidad civil de los establecimientos de salud. Gustavo Cuevas M. 169
- Responsabilidad civil individual del médico. Ambrosio Rodríguez Q. 181

Ensayos y Estudios

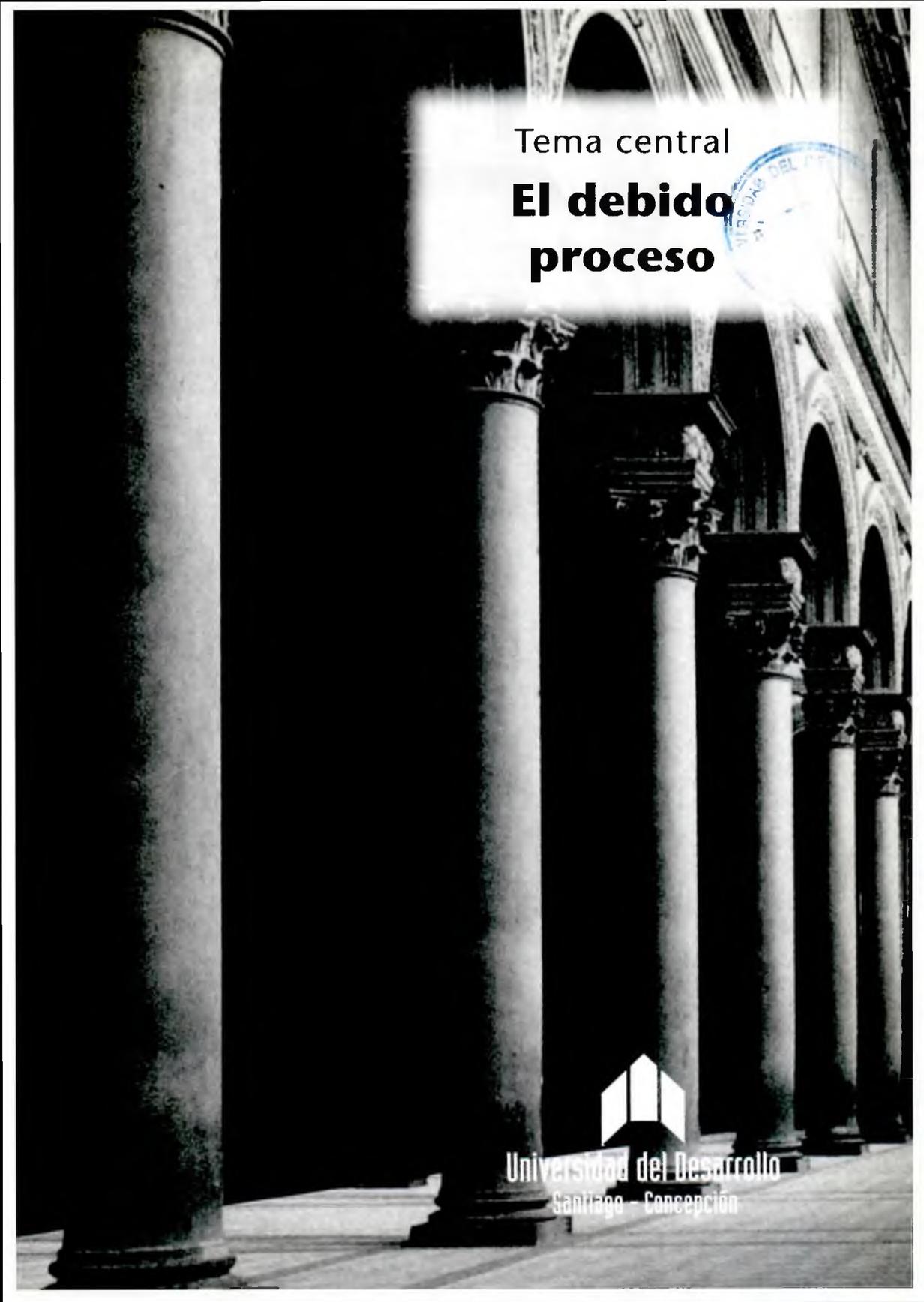
- Hacia el libre comercio con Estados Unidos: el caso de las exportaciones de cobre. Raúl F. Campusano 207
- Consideraciones generales de la justicia militar en Chile. Sergio Cea C. 225
- Narcotráfico y lavado de dinero: hechos que desafían al derecho. Gustavo Cuevas F. 233
- La empresa individual de responsabilidad limitada: una institución aún nueva en Chile. Héctor Carreño N. 243
- Chile y Argentina. A cien años del primer arbitraje británico. Carlos Bustos D. 275
- El sistema jurídico chileno de organización de los usuarios de aguas. Gustavo Manríquez L. 285
- La fundamentación del acto administrativo y el vicio por inexistencia de los hechos. Un recuento jurisprudencial. Eduardo Soto K. 303
- El protector de naturales y el derecho a la defensa. Angela Cattán A. 309
- Comentarios respecto de la norma consagrada en el art. 8° bis de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Jorge Reyes R. 319

Actividades de la Facultad

- Actividades sede Santiago. Rafael Cruz F. 337
- Actividades sede Concepción. Bruno Caprile B. 347

Libros: resúmenes y reseñas

- *Ius Publicum N° 3/1999* 357
- *Teoría del gobierno, derecho chileno y comparado*, de José Luis Cea E. – Jaime Williams B. . . 359
- *Reconocimiento y Ejecución en Chile de Sentencias Extranjeras*, de Aldo Monsálvez M. – Hugo Fábrega V. 365
- *Los incidentes y en especial el de nulidad procesal en el proceso civil, penal y laboral*, de Julio Salas V. – Héctor Oberg Y. 369



Tema central

El debido proceso



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

El “debido proceso” a la luz de la ley chilena

Pablo Rodríguez Grez

Decano Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El “debido proceso” en Chile fue introducido por la Carta Constitucional de 1980. Se trata, a partir de entonces, de una garantía constitucional, vale decir, de un derecho limitativo del ejercicio de la soberanía que prevalece por encima de todo otro instituto jurídico.

El artículo 19 N° 3 inciso 5° expresa que: **“Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”**.

Para la recta aplicación de esta garantía, fundamento del Estado de Derecho, debe atenderse de manera primordial al principio de **supremacía constitucional**. De acuerdo a él, la norma constitucional **prevalece** por sobre toda otra norma legal o reglamentaria; estas últimas deben **interpretarse** en armonía con aquélla, a fin de mantener una estricta armonía y coherencia entre todas las expresiones positivas de derecho (la coherencia es una de las características esenciales del ordenamiento jurídico); y en ausencia de una norma legal que reglamente la disposición constitucional, el juez **puede y debe aplicar** el mandato del Constituyente cuando éste confiera un derecho a la persona, particularmente en el ámbito de un juicio sometido al conocimiento de un órgano jurisdiccional. Lo anterior no representa más que una consecuencia obvia, si se tiene en consideración que es la Constitución la que otorga valor a todas las demás normas, cualquiera que sea su rango, debiendo, por lo mismo, conformarse a ella todas las expresiones positivas del ordenamiento jurídico. Es más, el derecho prevé los casos en que surge oposición entre una norma superior y una norma inferior (legal o reglamentaria), arbitrando la manera de eliminar del sistema toda prescripción que contravenga el contenido de una norma constitucional.

Especialmente expresivo nos parece don Alejandro Silva Bascuñán en su *Tratado de Derecho Constitucional*, cuando dice: “Para que la supremacía de la Constitución no sea un principio puramente doctrinario, y alcance efectiva vigencia, el sistema jurídico que pretende sostenerla debe propor-

cionar conjuntamente los medios de imponer su respeto, es decir, de lograr que el movimiento de toda actividad que se desarrolle en el Estado, ya se realice por los órganos de éste o por los miembros de la sociedad política, se produzca dentro de las bases sentadas en la ley fundamental". Por consiguiente, no escapa a este principio ninguna actividad del Estado, mucho menos la función jurisdiccional confiada a los tribunales establecidos por la ley.

I. Alcance del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal

Conviene precisar que, según nuestra jurisprudencia, el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal no se refiere al derecho de defensa, elemento sine qua non del "debido proceso", como pareciera desprenderse de su tenor literal. Esta disposición fue agregada por Ley N° 18.857, de 6 de diciembre de 1989, y proviene de un proyecto de modificación de este cuerpo legal de que es autor el ex Ministro de la Corte de Apelaciones de Santiago don Rubén Galecio Gómez. En la historia fidedigna del establecimiento de dicha norma quedó constancia de que ella regulaba una excepción de fondo, relativa a una eximente de responsabilidad penal. En otras palabras, esta disposición se referiría, concretamente, al tratamiento que el tribunal debe dar a la "locura o demencia" del inculpado o cuando él no está en situación de darse a entender por razón de sordomudez. Lo anterior ha llevado a la Corte Suprema a señalar que "nunca su contenido (del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal) se ligó al derecho de defensa del inculpado en su aspecto procesal, sino, más bien, a la defensa de fondo: la existencia de una posible anomalía mental que pudiera llevar a la dictación de un sobreseimiento definitivo por causa de locura o demencia" (Considerando N° 26 de la sentencia de mayoría de la Corte Suprema en que confirma el desafuero del senador Augusto Pinochet Ugarte).

No compartimos la opinión mayoritaria de la Corte Suprema. Desde luego, el elemento histórico de interpretación, contemplado en el artículo 19 del Código Civil, y al cual recurre excluyentemente el tribunal, no puede invocarse como única razón para fijar el ámbito en que debe aplicarse la indicada disposición. Más propio nos parece dar a ella el sentido que le corresponde en armonía con el precepto del artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Constitución. Lo señalado en el fallo que comentamos parte del supuesto, descartado por la doctrina en el día de hoy, que la voluntad, intención y sentido de la ley corresponde a la del legislador. Esta conclusión es anacrónica. La ley (y la norma en general) tiene una voluntad propia e independiente de la de su autor, que evoluciona con el transcurso del tiempo y que se adapta por sí misma a las nuevas circunstancias de la vida social.

Es imposible, por otra parte, armonizar todas las voluntades que concurren en la formación de la ley, puesto que ellas tienen motivaciones, impulsos y propósito distintos. De aquí la certidumbre que la "voluntad", la "intención" y el verdadero "sentido" de una norma están dados por su propio texto, por sus relaciones con otros textos de la misma naturaleza o de naturaleza similar, y por los fines que en ella se manifiestan y que encierra su dictación y aprobación. En este contexto, el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, interpretado en armonía con la garantía constitucional del "debido proceso", tiene un alcance considerablemente más ambicioso.

Dicho en otros términos, el proceso que alcanza a una persona mayor de setenta años o a un sordomudo no podría substanciarse si existen evidencias claras de que éste no está en situación de intervenir en el mismo, como consecuencia del menoscabo de sus facultades síquicas o las limitaciones que le impone su condición. Lo que decimos es la manera más idónea de armonizar el mandato constitucional con el mandato legal (por cierto menos general y abstracto). Más adelante definiremos lo que se entiende por "debido proceso" y, al analizar sus exigencias y contenido, desprenderemos que éste no puede darse en ausencia del imputado o frente a su incapacidad para interactuar con el tribunal. Es evidente que el sordomudo y el mayor de 70 años, con más frecuencia, están afectados por limitaciones síquicas y motoras, razón por la cual deben entenderse excluidos del "debido proceso", armonizando, de este modo, lo previsto en la Constitución y lo previsto en la ley.

II. Fundamento constitucional del "debido proceso"

Existen dos normas constitucionales involucradas en este tema. El ya citado artículo 19 N° 3 inciso 5° y el artículo N° 1 inciso 1°, en cuanto se garantiza "el derecho a la vida y a la integridad física y síquica de la persona". Ambas garantías apuntan en el mismo sentido: suspender un proceso penal si con él se pone en peligro un valor superior (el "debido proceso" o la "vida o integridad física o síquica de la persona"). En este caso entran en tensión dos principios de diverso rango. Por una parte, el deber del Estado de investigar las conductas presuntamente delictivas y sancionarlas una vez comprobada la responsabilidad del imputado, y, por la otra, una garantía o derecho constitucionalmente amparado.

Tan evidente nos parece la prevalencia de la garantía constitucional por sobre el deber del Estado de perseguir las conductas ilícitas, que la jurisdicción de todos los tribunales de la República está condicionada por el "debido proceso", de lo cual se sigue que les está vedado conocer de

causas civiles o penales, juzgarlas y hacer cumplir lo juzgado, si no es en el marco de un procedimiento y una investigación racionales y justos. El artículo 19 N° 3 inciso 5° expresa, sobre este particular, que ningún órgano que ejerza jurisdicción puede dictar sentencia sino en el marco de un proceso previo legalmente tramitado, y éste sólo puede existir si se respetan las garantías establecidas por el legislador para una investigación y un procedimiento racionales y justos. En suma, por disposición expresa de la Constitución prevalecerá siempre una garantía constitucional frente a un deber genérico del Estado, por importante que éste sea.

Desde otra perspectiva, no cabe duda que el derecho a la vida y la integridad física y síquica de la persona es el derecho más importante, al cual se hallan subordinados todos los demás. Sería absurdo que el cumplimiento de un deber genérico del Estado pueda servir para legitimar su quebrantamiento y atropello.

En consecuencia, si un proceso judicial pone en grave riesgo valores de tanta importancia como la vida o la integridad física y síquica de una persona, éste no puede substanciarse y el tribunal, como lo dice la propia Constitución, carece de jurisdicción.

III. "Debido proceso legal"

Frente a una garantía constitucional existen dos hipótesis posibles: que no exista regulación legal alguna o, bien, que el legislador haya dispuesto la forma en que debe cumplirse. En el primer caso, el juez debe aplicarla directamente y con preferencia a cualquier otra disposición. Es, precisamente, lo que sucede a menudo al resolverse un recurso de protección o de amparo económico, o sobre la responsabilidad civil del Estado o la llamada nulidad de derecho público. En el segundo caso, la garantía constitucional se realiza y desarrolla en función de los preceptos legales que la reglamentan.

¿En qué situación se halla la garantía constitucional del "debido proceso"? Parece indudable que en el segundo supuesto, ya que existen varias normas legales que regulan este instituto.

Desde luego, la Constitución confía al **legislador** el deber de establecer las **garantías** del "debido proceso" ("corresponde al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos"). A su vez, el legislador consigna los derechos esenciales de todo inculpado o procesado. El artículo 67 del Código de Procedimiento Penal, dispone que cualquiera de ellos "podrá hacer valer, hasta la terminación

del proceso, los derechos que le acuerden las leyes y los que el tribunal estime necesarios para su defensa". De esta norma se sigue que el legislador, por su parte, delega parcialmente esta atribución en el juez, el cual está llamado a complementar, en cada caso, las exigencias y requisitos del "debido proceso".

El nuevo Código Procesal Penal, que ha entrado en plena vigencia en Regiones Cuarta y Novena, reconoce al imputado, en el artículo 7°, los derechos, facultades y garantías que le otorga la Constitución Política de la República (entre ellas las que corresponden al "debido proceso"). El artículo 10, a su vez, expresa lo siguiente: "En cualquier etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, adoptará de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio". Agrega esta norma: "Si esas medidas no fueren suficientes para evitar que pudiere producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, EL JUEZ ORDENARÁ LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y CITARÁ A LOS INTERVINIENTES A UNA AUDIENCIA QUE SE CELEBRARÁ CON LOS QUE ASISTAN. CON EL MÉRITO DE LOS ANTECEDENTES REUNIDOS Y DE LO QUE EN DICHA AUDIENCIA SE EXPUSIERE, RESOLVERÁ LA CONTINUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO O DECRETARÁ EL SOBRESEIMIENTO TEMPORAL DEL MISMO".

Atendida la naturaleza de esta disposición y la necesidad de no discriminar en materia de garantías constitucionales, nos parece de toda lógica aplicar la misma norma, cualquiera que sea el sistema procesal penal que rige en la respectiva región. Proceder de manera diversa implicaría una clara infracción a lo preceptuado en el mismo artículo 19 de la Constitución, que en su numeral 2 asegura "la igualdad ante la ley", agregando, en el inciso siguiente, que "ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias". Más aún, el numeral siguiente asegura a toda persona "la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos". ¿Cómo conciliar estas garantías con la existencia de normas diversas y discriminatorias en lo concerniente a las exigencias y los efectos que se siguen del reconocimiento del "debido proceso legal"? Una interpretación coherente y sistemática obliga a dar a los artículos 7° y 10 de la nueva normativa procesal penal, una aplicación general en todo el territorio de la República, ya que los efectos que se derivan de que el imputado no pueda "ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes" no pueden ser diferentes en las diversas regiones del país.

A mayor abundamiento, la misma conclusión puede extraerse de lo previsto en el artículo 42 bis del Código de Procedimiento Penal. Esta norma es particularmente expresiva cuando señala que “no se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva, separar de su domicilio o arraigar a ningún habitante de la República, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes y sólo en estas mismas condiciones se podrá allanar edificios o lugares cerrados, interceptar, abrir o registrar comunicaciones y documentos privados”. Por consiguiente, si el inculpado no puede ser objeto de citación, arresto, prisión preventiva, etc., sino cuando está en condiciones de ejercer los derechos que le confiere la Constitución, la ley, los tratados internacionales o el juez en su caso, y siempre que con ello no ponga en riesgo su vida o integridad física o síquica, es claro que el proceso penal quedará en suspenso mientras no se presenten estas condiciones. Reiteremos que en ambos casos prevalece la garantía constitucional por sobre el deber del Estado de perseguir las conductas aparentemente ilícitas. El proceso no es más que un instrumento destinado al cumplimiento de este último fin. No puede él sobrepasar los derechos consagrados en la Constitución como garantías de la más alta entidad, incluso como limitativos del ejercicio de la soberanía.

El “debido proceso” tiene, además, una veta riquísima en los tratados internacionales. Cualquiera que sea el valor que se les atribuya, así se trate de normas legales o constitucionales (como erradamente, a juicio nuestro, postulan algunos autores), ellos contienen disposiciones expresas sobre las condiciones que deben concurrir en todo proceso judicial para darle el carácter de tal.

Chile ha suscrito y ratificado dos tratados sobre esta materia. “El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas”, suscrito el 16 de diciembre de 1966 y promulgado el 29 de abril de 1989, y la “Convención Americana Sobre Derechos Humanos”, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”, suscrito el 22 de noviembre de 1969 y promulgado el 5 de enero de 1991. En ambos instrumentos (en el artículo 14 N° 12 letra d, y en el artículo 8 N° 2 letra d, respectivamente) se consagran las garantías judiciales en términos casi idénticos.

En suma, no hay “debido proceso” si el imputado no tiene posibilidad de defenderse personalmente, cualquiera sea la razón que se tenga para ello, escoger a sus abogados, reconstituir los hechos en que se le atribuye participación, intervenir en las diligencias que se decreten a su respecto e interactuar con el tribunal, aportar las pruebas que estime necesarias, etc.

A lo anterior debemos agregar lo previsto en el artículo 19 N° 26 de la Constitución, verdadera norma de clausura, conforme a la cual se garantiza



a todas las personas “la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, **no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio**”. Recordemos que esta garantía tuvo origen en la doctrina de los “resquicios legales”, de triste memoria en nuestra historia jurídica, mediante la cual se lograba burlar un derecho a través de formalidades abusivas. En el día de hoy ninguna ley puede imponer un procedimiento o investigación irracional o injusta, por cuanto ello implicaría afectar sustancialmente el derecho en su esencia. Otra clara demostración del contenido y alcance del principio de supremacía constitucional.

De lo que llevamos dicho aparece, con cierta nitidez, que el “debido proceso” en Chile tiene una regulación jurídica que arranca no sólo de nuestros códigos, sino también de los tratados internacionales actualmente vigentes. Nos resulta manifiestamente claro que éste, hasta cierto punto, se confunde con el **derecho de defensa**, entendiendo por tal la facultad y aptitud para ejercer los derechos que las leyes otorgan al imputado y, en algunos casos, el mismo tribunal estima necesarios para estos efectos. Los ocho numerales del artículo 67 del Código de Procedimiento Penal apuntan en el sentido de fortalecer el **derecho de defensa**.

En la misma dirección apuntan los tratados internacionales precitados, que son más amplios. Así, por vía de ejemplo, el Pacto de San José de Costa Rica alude al derecho “a ser oído en el juicio” con las debidas garantías y en un plazo razonable; derecho a “un tribunal competente, independiente e imparcial”; derecho a “que se presuma la inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”; derecho a “ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete” si no se comprende o no se habla el idioma del juzgado o tribunal; derecho a “recibir comunicación previa y detallada de la acusación formulada”; derecho a que “se conceda tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa”; derecho a “defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con él”; derecho a “ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, si el inculcado no se defendiere a sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido en la ley”; derecho a “interrogar a los testigos presentes y obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”; derecho a “no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”; derecho de “recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”; derecho a que “sólo se considere válida la confesión si ella ha sido hecha sin coacción de ninguna naturaleza”; derecho a que “si el inculcado es absuelto por sentencia firme, no sea sometido a nuevo juicio por los mis-

mos hechos"; derecho a que "el juicio sea público, salvo en lo que sea necesario la reserva para preservar los intereses de la justicia". Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas agrega el derecho de "igualdad ante los tribunales y cortes de justicia"; derecho "a ser juzgado sin dilaciones indebidas"; derecho a "hallarse presente en el juicio respectivo"; derecho a "ser indemnizado cuando la persona condenada haya sufrido una pena como consecuencia de un error de la sentencia"; derecho a "no ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

Por consiguiente, descartamos absolutamente la posibilidad de substanciar un proceso penal cuando el inculpado no se encuentra en condiciones de hacer valer los derechos mencionados. No puede considerarse racional y justo un procedimiento o una investigación en estas circunstancias, ni puede sostenerse que el tribunal esté dotado de jurisdicción. Por último, es fácil condenar a una persona si ella está imposibilitada de defenderse, pero este pronunciamiento no pasa de ser un abuso carente de toda base moral.

IV. El "debido proceso" en la doctrina nacional

Varios autores y comentaristas se han pronunciado sobre el "debido proceso". José Luis Cea Egaña, en su *Tratado de la Constitución de 1980*, reconstruye la historia fidedigna del artículo 19 N° 3 inciso 5°. Conviene destacar que hubo una marcada preocupación por esta materia en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en cuyo seno se plasmó el proyecto que dio vida a la Carta Política hoy vigente. La conclusión más importante, a nuestro juicio, es que la Comisión intentó establecer **los requisitos mínimos del "debido proceso"**, lo cual se rechazó, precisamente, para no delimitar los derechos del imputado. Aludiendo a la exigencia de que el procedimiento fuera racional y justo (sólo posteriormente se agregó la "investigación"), este autor señala: "¿Qué es, entonces, lo racional y justo en el proceso? Se propuso en la Comisión precisar dichos conceptos refiriéndolos a un conjunto de actos legalmente previstos y que han sido cumplidos con anterioridad a la sentencia, que permita oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y libre producción de la prueba que correspondiere con arreglo a la ley. Pero surgieron objeciones a tal predicamento, fundadas en que sería menester no sólo definir los requisitos enunciados, con las dificultades inherentes a toda definición y la rigidez que aun la mejor de ellas siempre conlleva, sino que, además, habría que agregar otros presupuestos reputados igualmente esenciales en un debido proceso. Entre los últimos, tal imperativo cubriría la publicidad de las actuaciones, el derecho a la acción, el em-

plazamiento, el examen y objeción de la prueba rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad como regla general para interponer recursos, el pronunciamiento de los fallos dentro de los plazos previstos en la ley y la fundamentación de las sentencias con arreglo al sistema jurídico en vigor. Por tales razones, la Comisión concluyó que todos y cada uno de los elementos mencionados eran de la esencia de un proceso racional y justo, pero que ellos no agotaban las exigencias de la racionalidad y justicia. **Por ser limitativa quedó, precisamente, excluida la indicación de un comisionado para añadir al texto la frase 'que permita, por lo menos, oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y producción de la prueba que corresponde'.** Y al efecto se argumentó que 'cuando en un proceso esté presente alguno de esos elementos mínimos, ello podría dar motivo para sostener que el procedimiento ha sido racional y justo, como asimismo que la expresión 'por lo menos', de la partida, excluye todas las demás garantías mínimas del proceso, porque si la ley dice que eso es lo menos, deja de ser inconstitucional en cuanto no contemple otras''. Este análisis concluye señalando: **"Es decir, los indicados no son siquiera los requisitos mínimos ni los únicos del proceso legal. Ellos son algunos de los supuestos que, en todo caso, exige un proceso previo a la sentencia, justo en lo sustantivo y racional en el procedimiento, tramitado conforme a la ley. 'Racional y justo' son, en suma, las palabras con sentido clave en el proceso y su dinámico sentido excluye la idea de algo terminado. No existe freno, por ende, a la evolución que la jurisprudencia ha de recoger, enriqueciendo así el procedimiento"** (Págs. 306 y 307).

El planteamiento anterior coincide con lo previsto en el artículo 67 del Código de Procedimiento Penal, que entrega al juez la facultad de establecer, en cada caso, los derechos que estima necesarios para la defensa del inculpado. En otras palabras, el contenido integrado al concepto de "debido proceso" está abierto y puede ser complementado por la jurisprudencia.

En idéntico sentido se pronunció doña María Soledad Alvear, a la sazón Ministra de Justicia, en una conferencia pronunciada en la Universidad de Concepción, el día 15 de octubre de 1999: "Como lo muestra la experiencia comparada, el debido proceso no es una cláusula cerrada o fija en el ordenamiento procesal penal, cosa distinta, se trata de un horizonte que cotidiana y permanentemente los jueces deben esmerarse en alcanzar. Al decretar una actuación, al oír la solicitud de alguna de las partes, los jueces deberán siempre preguntarse de qué manera esa actuación o esa solicitud satisface o desarrolla esta exigencia del debido proceso".

Como puede observarse, no existe contradicción ninguna entre lo que señalan la Constitución, la ley, la jurisprudencia y la doctrina sobre el alcance y contenido del "debido proceso", sin embargo de lo cual, los jueces, hasta este momento, se resisten a aplicarlo, a pesar de tratarse de una garantía constitucional, vale decir, una institución del más alto rango en el ordenamiento jurídico.

V. Una valiosa experiencia internacional

Como es sabido, la Constitución asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y síquica (artículo 19 N° 1 inciso 1°). Cabe preguntarse ¿qué ocurre cuando este derecho entra en tensión con el deber del Estado de instar por la aplicación de la ley penal y, por ende, con el proceso dirigido en contra del autor de un presunto ilícito penal?

En otros términos, ¿cómo se resuelve el conflicto que surge si por el hecho de dirigirse un proceso penal en contra de una persona se pone en riesgo su vida o su integridad física o síquica? ¿Qué prevalece, el derecho constitucionalmente amparado o el principio inquisitivo que obliga al Estado a perseguir eventuales conductas delictuales?

Nótese que no se trata de resolver un caso en que se enfrentan dos garantías constitucionales, como sucedió, por ejemplo, a propósito de la publicación del libro *Impunidad Diplomática*, de que era autor el periodista Francisco Martorell. En ese juicio la Corte Suprema optó por hacer prevalecer el derecho a la honra y el respeto a la vida pública y privada, por sobre el derecho a la libertad de expresión. Entre otras razones, se señaló que el orden en que se enumeran las garantías constitucionales determina la preferencia que les ha dado el Constituyente. No parece ser ésta la mejor razón. En verdad, frente a la colisión entre dos o más derechos constitucionalmente asegurados, el tribunal, a juicio nuestro, debe ponderar los antecedentes y determinar, conforme el mérito del proceso, cuál ha de prevalecer, de acuerdo al siguiente criterio: debe optarse por el mal menor, reduciendo al máximo posible el daño social que provoca la infracción, compensando los efectos nocivos con el beneficio que se sigue de la norma que se cumple. Lo dicho se sustenta en el deber de toda autoridad de velar por que prevalezcan los valores de mayor entidad, atendidas las circunstancias y especificidades de cada caso. Si así no fuere, se estaría privilegiando lo meramente formal por sobre lo sustancial.

El caso propuesto es muy distinto, puesto que se confronta un derecho constitucionalmente garantizado (derecho a la vida y la a integridad física y síquica) y un principio general (obligación del Estado de instar por la



aplicación de la ley penal a los presuntos infractores). Creemos que, indudablemente, prevalece el derecho por sobre el principio, atendidas las siguientes razones:

1. El proceso no es una pena ni una consecuencia jurídica, sino un mero instrumento destinado a aplicar la ley penal. Por consiguiente, no puede admitirse que este instrumento ponga a riesgo un derecho tan fundamental como la vida o la integridad física o síquica.

2. La infracción de la garantía constitucional tiene un efecto cierto e inmediato (perjuicio efectivo o amenaza para la vida o la integridad física o síquica de la persona), en tanto el quebrantamiento del principio que obliga al Estado a instar por la aplicación de la ley penal, sólo genera un perjuicio eventual (puesto que el proceso puede concluir absolviendo al imputado). Entre un perjuicio efectivo y actual y un perjuicio incierto y eventual, debe optarse por evitar el primero.

3. La doctrina alemana distingue entre un **mandato definitivo** (como ocurre con un mandato constitucional o legal) y un **mandato de optimización** (los principios son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de acuerdo a las circunstancias jurídicas y fácticas imperantes). Por lo tanto, la garantía constitucional debe cumplirse sin excepción, en tanto el principio sólo en la medida de lo posible.

Robert Alexy, en su obra *El concepto y la validez del derecho*, recoge un caso bien especial que conviene transcribirlo:

“La diferencia entre reglas y principios se muestra con gran claridad en el conflicto de reglas y en las colisiones de principios. Un ejemplo de conflicto de reglas lo ofrece un fallo del Tribunal Constitucional Federal (alemán) en que se trata de un conflicto entre una ley de un Estado federado que prohíbe la apertura de locales de venta los miércoles a partir de las 13 horas, y una ley federal que lo permite hasta las 19 horas. El Tribunal soluciona este caso siguiendo la norma de conflicto. ‘El derecho federal prima sobre el estadual’ (Art. 31 LF) y declara nula la norma del Estado federado. Este es un caso clásico de conflicto de reglas. Ambas normas se contradicen. La una permite lo que la otra prohíbe. Si ambas fueran válidas, la apertura de los negocios los miércoles a la tarde estaría permitida y prohibida a la vez. La contradicción es eliminada declarando nula una de las normas y, con ello, excluyéndola del orden jurídico. **De manera totalmente distinta procede el Tribunal en un fallo sobre realización de una audiencia oral contra un acusado que corre peligro de un ataque cerebral o de un infarto. El Tribunal constata que en tales casos existe una ‘relación de tensión’ entre el deber del Estado de garantizar una**

aplicación efectiva del Código Penal y el derecho del acusado a su vida e integridad física (Art. 2, párrafo 2 frase 1 LF). Esta relación tendría que ser solucionada de acuerdo con la máxima de proporcionalidad. Lo que importa aquí es saber cuál de los dos intereses, abstractamente del mismo rango, tiene un peso mayor en el caso concreto. En el caso que había que decidir se trata de un 'peligro concreto y probable de que el acusado, en caso de que se realice la audiencia oral, pierda su vida o sufra graves daños en su salud'. Bajo estas circunstancias, el Tribunal aceptó la precedencia del derecho del recurrente a su vida e integridad física".

Resulta claro, entonces, la forma en que debe resolverse el problema planteado. Primará siempre y en todo caso la garantía constitucional por sobre el principio, atendida su naturaleza jurídica y el poder vinculante de cada norma en conflicto.

VI. Conclusiones

A manera de conclusiones podemos proponer las siguientes:

1. A partir de la Constitución de 1980 y particularmente de la modificación del artículo 19 N° 3 inciso 5° en 1997, en que se introduce la exigencia de que tanto el proceso como la "investigación" sean racionales y justos, la jurisdicción de nuestros tribunales de justicia quedó **condicionada** por el "debido proceso".
2. Los requisitos de un procedimiento y una investigación racionales y justos deben ser establecidos por el legislador y por el juez, sin perjuicio de lo que sobre este particular señalen los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.
3. Si una persona está impedida de ejercer su "derecho de defensa", entendiéndose por ello la imposibilidad de hacer valer las facultades y derechos que le acuerda la ley, el juez o los tratados internacionales, no puede ser objeto de un proceso penal, conclusión que se refuerza a la luz de los artículos 67 y 42 bis del Código de Procedimiento Penal y 7° y 10 del Código Procesal Penal.
4. No puede, tampoco, existir un "debido proceso", si con él se pone a riesgo o se amenaza la vida o integridad física o síquica del inculpado. En este caso prevalece la respectiva garantía constitucional (art.19 N° 1 inciso 1°).



5. El "debido proceso" es un instituto jurídico limitativo del ejercicio de la soberanía, y un avance trascendental para el derecho al impedir que pueda ser procesado o condenado quien no está en situación de defenderse.

VII. Una breve prevención

No se advierte en nuestros tribunales de justicia una plena conciencia sobre la importancia del principio de supremacía constitucional. Es frecuente encontrar resoluciones que prescinden de dichas normas, poniendo acento, exclusivamente, en disposiciones de carácter legal o reglamentario. Esta tendencia parece tener origen en la poca o ninguna importancia que se dio a las prescripciones constitucionales durante la vigencia de la Constitución de 1925. Fue sólo a partir de las Actas Constitucionales anteriores a la aprobación del texto constitucional de 1980, que se ha valorizado el contenido e importancia del mandato del Constituyente. Tampoco puede desdeñarse el hecho de que el recurso de protección, innovación revolucionaria en materia judicial, contribuyó a destacar la importancia de la Constitución y de su aplicación práctica en la vida jurídica.

No podemos negar un cierto escepticismo en esta materia. Será difícil que nuestros jueces, formados en otro contexto, puedan prescindir de conceptos muy arraigados que se han transmitido a través de varias generaciones y que subsisten en el día de hoy en desmedro de la importancia de las normas constitucionales y de la supremacía con que deben aplicarse.

El desafuero del senador Pinochet a la luz de los principios del *debido proceso*

Julio Alvear Téllez

Profesor de Ética Jurídica
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

La resolución de la Excelentísima Corte Suprema que, con fecha 8 de agosto de 2000,¹ desafuoró al ex Presidente de la República y actual senador vitalicio don Augusto Pinochet Ugarte, desconoce, a mi juicio, las implicancias esenciales del debido proceso, principio constitucional y de derecho natural.

Quien lea la resolución con detención puede observar cómo el fallo de mayoría ha pensado en el debido proceso sólo desde la letra de las disposiciones legales que le han servido de fundamento jurídico. Desde ahí razonan y en ese círculo lógico concluyen.

El debido proceso, sin embargo, ha de ser pensado, en justicia y también en estricto derecho, desde una perspectiva muy distinta: nuestros tribunales debieron abordar el tema no como si fuese una simple materia político-administrativa establecida radicalmente desde las palabras de la ley, sino como una realidad que se constituye desde la persona concreta sometida a su jurisdicción en todas sus circunstancias. En materia de derechos fundamentales, es palmario que es la ley la que se dicta para el hombre y no al revés; es evidente que es la presencia de la persona la que debe orientar la interpretación de la norma, no a la inversa.

Este artículo fue escrito con ocasión de la resolución que desafuoró al senador Pinochet con el objeto de probar, someramente y sin intención exhaustiva, que el debido proceso es un bien de la persona, no una entelequia legislativa. Y que dada la potestad conservativa de los tribunales de justicia, la naturaleza de su oficio y las características propias del proceso, toda actividad de un órgano que ejerza jurisdicción tiene el

¹ El texto íntegro de la resolución fue publicado prácticamente de un modo inmediato por el vespertino "La Segunda" en su edición del 8 de agosto de 2000, pp. 19, 20, 29, 31-34, y luego reproducido por la mayor parte de la prensa escrita del país.

especial deber de situarse en el ámbito de la persona humana y de la presencia de los bienes que respecto de ella la Constitución Política garantiza y promueve.

1. El ámbito político-jurídico de la decisión de la Corte Suprema

El ámbito en el que la Corte Suprema decidió el desafuero del senador Pinochet es algo digno de ser destacado.

En 1991, y luego de conocidos los resultados del llamado "Informe Rettig",² el entonces Presidente de la República, señor Patricio Aylwin Azócar, junto con parte del espectro político del país, sostuvieron que *la verdad* de lo sucedido en materia de derechos humanos bajo el Gobierno Militar estaba contenida en dicho informe. Sentado lo anterior, se estableció que la siguiente etapa era la actuación de los tribunales para que éstos hicieran *justicia* respecto de tales situaciones. Fue en ese contexto que el ex mandatario envió, con fecha 4 de marzo de 1991, un conocido oficio a la Excelentísima Corte Suprema para solicitarle que reinterpretara la ley de amnistía de 1978 (Decreto Ley N° 2.191), en el sentido de no aplicarla sino hasta que queden agotadas todas las investigaciones que sean del caso, en cuanto a los hechos y a la participación en ellos.³

Desde una perspectiva estrictamente jurídica, esta petición de "*hacer justicia*" especialmente basada en el contexto socio-político del "Informe Rettig" y en sus conclusiones, no dejaba de ser problemática para un hombre de derecho: la Comisión que había recabado los antecedentes y elaborado los resultados de dicho informe había sido constituida por una decisión político-administrativa,⁴ y había actuado, en la práctica, con las atribuciones de una comisión investigadora especial, creada ad hoc para sentar una "verdad de los hechos", sin las garantías institucionales de un debido proceso.

En cuanto al fondo, muchos, en la época, objetaron al Informe Rettig la palpable omisión de no haber establecido, en definitiva, *la Verdad*, con mayúscula, de lo ocurrido en Chile en el período investigado, en cuanto se había limitado a declarar la existencia de violaciones concretas a los derechos humanos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 11 de marzo de 1990, en circunstancias de que un proceder correcto debiera haber llevado a afrontar las causas y antecedentes profundos del Pronunciamiento Militar encabezado

² Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, febrero de 1991, 2° Vol., editado en 3 tomos.

³ Ver Documentos Anexos I, en el que se transcribe este oficio en sus partes pertinentes.

⁴ Mediante el Decreto Supremo N° 355, del Ministerio del Interior, se creó el 25 de abril de 1990 la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación.



por el General Pinochet y el porqué de las tareas que éste hubo de asumir, para de allí concluir en la necesidad de hacer efectivamente justicia.

Justicia no sólo conmutativa, sino también distributiva, en el más alto significado de esta virtud, que, sin duda, no hubiera dejado de excluir una magna acusación integral a todos quienes formaron parte de la Unidad Popular, por haber conducido deliberada y programadamente al país a la destrucción de sus valores morales, políticos y culturales, de sus relaciones sociales y económicas, de su soberanía e identidad nacional, propugnando en sus escritos, en sus discursos, en su labor proselitista, el enfrentamiento indeclinable entre sus habitantes, a impulsos de un dogma ideológico totalitario, excluyente y asesino.⁵

Sobre el proyecto deliberado y fuertemente planeado de cambiar al hombre y a la sociedad chilena, por todos los medios, de un modo universal, irremediable, e irreversible, para moldearlo según los cánones de la revolución marxista, con toda la flexibilidad necesaria para lograr tal fin, hay una abundante bibliografía.⁶

Sin embargo, habiendo triunfado políticamente la tesis vinculada al "Informe Rettig", si se analiza desde un punto de vista histórico la actuación de los tribunales chilenos en la década de los noventa, se ha de concluir que, en líneas generales, ellos se encaminaron por la ruta sugerida por dicho informe, concretada por un conjunto de actitudes y diligencias que coincide al pie de la letra con lo pedido por el primer Gobierno de la Concertación, encabezado por Aylwin.

La no aplicación de la ley de amnistía, la consideración de las desapariciones como delito permanente de secuestro, la imputación de delitos por la vía de la presunción de "autoría intelectual", ha conducido a un verdadero "desfile" de los militares por los pasillos de los tribunales.

Mientras tanto, los líderes del marxismo, que idearon, eso sí con un concepto mucho más cercano a la autoría intelectual, el proyecto totalitario de la toma del poder total, y que incitaron a tantos de sus militantes a la "lucha de masas", convirtiéndolos en *autores materiales* de la destrucción del "régimen capitalista" y de quienes lo desarrollaban,⁷ hoy viven un

⁵ Sobre la dimensión de los asesinatos, como hábito del socialismo marxista para alcanzar y consolidar el poder político, en los distintos países de Asia, Europa y Latinoamérica, puede verse un cierto balance, aún no acotado, en Stéphane Courtois y otros, "*Le Livre Noir du Communisme. Crimes, terreur, repression*", Editions Robert Laffont, Paris, 1997. Existe traducción castellana, en la edición de Planeta y Espasa Calpe, Barcelona, 1998.

⁶ Vid. Documentos Anexos II.

⁷ Vid. Documentos Anexos III.

descansado y dorado retiro con todas las garantías de la libertad y de la abundancia de la misma vida burguesa que ellos juraron exterminar y que, dígame de paso, por obra de las Fuerzas Armadas –que intervinieron en la crisis a impulsos de la sociedad civil– no lograron consumir.

2. El caso del senador Pinochet es fundamentalmente “político” y no “jurídico”. La recuperación del verbo histórico

Por lo que ha trascendido a la prensa, por lo manifestado por los propios querellantes de los casos de “derechos humanos”, por la misma línea argumental seguida por los distintos jueces al pronunciarse en este asunto, es fácil percibir que el caso del senador Pinochet está siendo tratado sin la dimensión que le corresponde, a propósito de la verdad de los hechos.

Desde el “Informe Rettig”, el *verbo político* que acompañó al relato de lo sucedido el 11 de septiembre de 1973 y en los años siguientes, desestimó de plano la precisa y radical naturaleza del quehacer socialista-comunista en Chile, tanto en los años previos al pronunciamiento militar, como en los años de la llamada “resistencia” a sus efectos éticos, políticos, sociales y económicos por parte de las corrientes más comprometidas con la revolución marxista latinoamericana.

Los ímpetus de los que se dejaron seducir por los dirigentes del marxismo, por sus pasiones, sus convicciones, sus odios, que nunca ocultaron, sus deseos de transformar la vida diaria de la población de un modo inmediato y para siempre, su proclama de guerra de la lucha de clases que los llevaba incluso a detener la producción del país por el prurito de un imperativo ideológico, es un hecho tan anormal, que hoy se vuelve incomprensible si no se lo rastrea en lo que va quedando de memoria histórica y si no se lo palpa, en su carne viva, en los rastros de la época, en su discurso político, su literatura, su modo de nombrar las cosas, sus gestos, símbolos y praxis revolucionaria, en su música, en donde más de un lector recordará quizás el cántico que cotidianamente amenazaba los hogares chilenos en el sentido de que “construyendo el socialismo, no nos moverán, y el que no crea, que haga la prueba”.

Este estado de espíritu rencorosamente revolucionario es necesario tenerlo en cuenta para comprender la psicología de quienes, atónitos y hundidos en la miseria, veían cómo se le estaba imponiendo un destino a Chile, ajeno a sus realidades singulares, viendo así amenazados, de un modo cada vez más omnipresente, el derecho a la educación de sus hijos, la propiedad privada, el derecho a vivir en paz, la libertad personal, el culto al verdadero Dios, etc. Se trataba de un conjunto de acciones provenientes de una

doctrina y una praxis materialista y atea, proyectada desde los ámbitos más altos del poder, que se proponía obliterar la vida, los esfuerzos y los derechos individuales de los chilenos, así como los bienes y servicios del Estado, a pretexto de la "construcción del socialismo marxista leninista".⁸

Este perfil psicológico de todos quienes en la época de la guerra fría sintieron de un modo cercano y vital el significado existencial de las pretensiones de la dirigencia marxista en un determinado país es un dato histórico importante.

En Chile, ya desde la década de los años 20, venía insuflándose a grandes líneas la toma del poder por parte de los órganos de la revolución socialista. La propia Democracia Cristiana, ante la eventualidad de su llegada al gobierno en 1970, se vio en la obligación de exigirle a Allende la firma de un Estatuto de Garantías, es decir, de un compromiso solemne de que el socialismo iba a respetar, al menos en nuestro país, los derechos humanos de los chilenos.

Allende comentaría este hecho después a Regis Debray con las siguientes palabras: *"ubícate en el período que se produjo ese estatuto y lo medirás como una necesidad táctica... en ese momento lo importante era tomar el Gobierno... Todas las medidas que hemos tomado son conducentes a la revolución... El proletariado es el que va a imponerse a la burguesía. Y si no fuera así, yo no estaría aquí. Yo estoy trabajando para el socialismo y por el socialismo... Hemos golpeado duro a la reacción, insistentemente. Reciben un golpe y no se reponen y le damos otro... (si ellos, los enemigos, dan golpes) nosotros daremos cien, con toda seguridad"*.⁹

Es que no se puede desconocer, como lo hace el "Informe Rettig", y con él, la actividad judicial que le ha seguido, que los hechos que se produjeron en Chile antes, durante y después del 11 de septiembre de 1973 son frutos, en gran medida, del esquema propio de la guerra fría, y pertenecen a un ámbito de magnitud enorme y complejísima, que contiene toda una realidad política, social e ideológica que llevó a una confrontación de

⁸ A este propósito, la Constitución Cubana, cuyo ideal político social fue el modelo de organización de los dirigentes socialistas chilenos de la época, establece en su preámbulo que *"sólo en el socialismo ("marxista leninista") y el comunismo... se alcanza la entera dignidad del ser humano"*, por lo que el Partido, a través del Estado, no puede tener sino como fin *"organizar y orientar los esfuerzos comunes hacia los altos fines de la construcción del socialismo y el avance hacia la sociedad comunista"* (art. 5), *"el trabajo en la sociedad socialista"* es un *"motivo de honor para cada ciudadano"* (art. 44); la *"libertad de palabra y de prensa"* sólo puede tener existencia *"conforme a los fines de la sociedad socialista"* (art. 52); *"es ilegal y punible oponer la fe o la creencia religiosa a la Revolución"* (art. 54 inc. 2), etc.

⁹ La entrevista dada por Allende a Regis Debray, ideólogo del "foco guerrillero" y ex compañero de Guevara en la selva boliviana, en "Punto Final" el 16 de mayo de 1971, es ya clásica para precisar el modo en que los dirigentes socialistas de la época, aun los más "occidentalizados", consideraban la institucionalidad política y jurídica en sus respectivas patrias.

culturas, civilizaciones y modelos de hombre, cuya naturaleza hay que saber discernir para calificar su entidad moral y su calificación jurídico-penal. La enormidad de lo ocurrido en el país hace 27 años a raíz de la necesaria e indispensable confrontación cívico-militar con los ejecutores del plan maestro del marxismo en Chile, en el contexto del dogma de la irreversibilidad de la Revolución dentro de un mundo mortalmente amenazado por la bipolaridad nuclear, es un elemento que no puede ser desconocido

De ahí que, la “verdad de los hechos” exige que la densidad de éstos, en lo que sea posible, sea reconstituida no sólo en su materialidad individual y casuística, sino también en su universalidad, pues es esto último lo que en definitiva les da su identidad política, histórica y jurídica. Si se desconectan los hechos de su ámbito propio y universal, a fin de “calzarlos” en la estrecha y antigua textualidad del ámbito penal ordinario, como si se tratase –en los casos en que realmente hay lugar a ilícitos– de simples hechos delictuales individuales y ordinarios, lo que se está haciendo es descentrarlos, a partir de una especie de estigmatismo jurídico que lleva a enfocarlos con sustracción de su magnitud histórica.

Por ello, no deja de ser preocupante el que nuestros tribunales se vean en la necesidad de sentar convicción en un caso, como es el del General Pinochet, cuyo ámbito es de aristas tan desbordantes, sin poder aquilatar en su decisión esos elementos que rebasan cualquier eventual criterio de justicia conmutativa.¹⁰ Al tratar de este modo hechos que ni por su naturaleza ni por su fin le calzan, ocurre el peligro enunciado en el Evangelio de echar vinos nuevos dentro de odres viejos, con el evidente riesgo de que se rompa el odre y además se pierda el vino (San Lucas 5,37-39; San Mateo 9,17; San Marcos 2,22).

A este tipo de tratamiento judicial, que, como venimos diciendo, coincide a lo menos materialmente con el esquema de interpretación que del pasado reciente sugirió el “Informe Rettig”, se le puede calificar convencionalmente de “político” y no de “jurídico”, para connotar que un tratamiento realmente “jurídico” del “Caso del Senador Pinochet” exigiría un análisis completo, no parcelado, de lo sucedido a la época en que se constituyeron los hechos que se le imputan.

Me parece que la razonabilidad jurídica exige que se analicen todos los antecedentes y causas de los hechos que se investigan, que no se excluyan unos ni se incluyan otros, sin un motivo que dé clara justificación de por qué se obra en uno u otro sentido.

¹⁰ Desde Aristóteles, se acostumbra clasificar la justicia particular en justicia *conmutativa* (que él denomina “correctiva” o “sinalagmática”) y *distributiva*. Cfr. *Ética a Nicómaco*, V, 5-7.



En cualquier caso, es imprescindible la recuperación del verbo histórico que dé razón de lo sucedido en Chile en toda su magnitud. Si el senador Pinochet se encuentra hoy en los tribunales, tratado de un modo más que cuestionable, mientras a Salvador Allende se le levantan estatuas evocatorias frente al Palacio de la Moneda, al lado del Ministerio de Justicia, es porque, obviando esa magnitud, los que fueron causantes de ella han podido concretizar una injusticia¹¹ de dimensiones dantescas en el orden de los sucesos históricos.

3. Ambivalencia de la resolución del desafuero

Para la historia jurídica futura resultará bastante complejo el análisis de la resolución de la Corte Suprema que comentamos si se atiende al solo mérito de sus antecedentes jurídicos. No es fácil explicarse la existencia de posturas tan contrapuestas: decisiones contrarias, calificaciones jurídicas opuestas, fundamentos opuestos, y unos mismos hechos.

De una lectura del cuerpo de la resolución se constata que los votos de mayoría y de minoría se contradicen recíprocamente y de un modo frontal en una serie de juicios en torno a los hechos y al derecho.

A modo ilustrativo, seleccionamos cinco proposiciones, afirmadas y negadas respectivamente:

i) que los hechos que se investigan *revisten* en su caso / *no revisten* en su caso... los caracteres del delito de secuestro.

ii) que *hay* / que *no hay*... personas secuestradas.

iii) que *hay* fundadas sospechas / que *no hay* elemento de prueba alguno, de ninguna naturaleza... para reputar al General Pinochet responsable de los delitos que se le imputan (homicidios, secuestros agravados, inhumación ilegal de cadáveres, asociación ilícita).

iv) que en el desafuero *no son aplicables* / *sí son aplicables*... las garantías del debido proceso.

v) que en el desafuero la ley de amnistía *no es aplicable* / *es aplicable*... a los hechos punibles cubiertos por ella.

Si se atiende a la conocida clasificación que desde un punto de vista

¹¹ Una injusticia de carácter *distributivo*. Acerca de las formas de injusticia –distributiva y conmutativa– en un juicio jurisdiccional, vid. Santo Tomás de Aquino, S. Th. 2-2, q.63, a.4, ad.1.

lógico jurídico hace Wroblewski de las decisiones judiciales a fin de analizar las diversas técnicas de razonamiento que le sirven de justificación, se constata que aquí no hay coincidencia de justificación en ninguna de ellas: ni en a) las decisiones *legales interpretativas*; ni en b) las decisiones *probatorias*; ni en c) las decisiones *resolutivas*.

Desde un perspectiva jurídica, aparece indescifrable qué ha pasado en esta resolución, respaldada o disentida por posturas tan antagónicas, si se tiene en cuenta que, como referimos, son los mismos supuestos de hecho que deben servir de pábulo para pronunciarse a favor o en contra del desafuero.

Los antecedentes que acompañan la resolución, sobre cuya base debieran fundarse las decisiones a), b) y c), en la práctica, han servido ambivalentemente para desarrollar al menos dos modelos de razonamiento excluyentes que, en consecuencia, han llevado a decisiones a), b) y c) enteramente contrapuestas. Con lo que el lector se pregunta si en definitiva han pesado dichos antecedentes al momento de formar la *opinio iuris*, y en qué medida lo han hecho.

Pregunta que, en esta oportunidad, dejaremos abierta, a fin de que el lector haga su propio análisis.

4. Fundamentos filosóficos del debido proceso. Noción.

En nuestro país el debido proceso no ha sido destacado suficientemente por nuestra cultura jurídica, salvo en los últimos años, en donde ha habido importantes aportes de algunos autores,¹² cercanos a la tradición anglosajona del "*due process of law*".

Encontramos, sin embargo, por lo general, una cierta bibliografía que

¹² Raúl Tavorari Oliveros, *Comentarios Procesales*, en sus acápitales: "*lectura del debido proceso*"; "*procesos y pactos internacionales*"; "*panorama iberoamericano del Hábeas Corpus*", Colección Jornadas Académicas, N° 19, Edeval, Valparaíso, 1994; Raúl Tavorari Oliveros, "*Hacia la enseñanza de una teoría general del proceso por los códigos procesales modelo para Iberoamérica*", en Revista de Derecho y Humanidades, Escuela de Derecho, Universidad de Chile, N° 5, 1997, pp. 73-92; Hugo Pereira Anabalón, "*Motivación y Fundamentación de las sentencias y debido proceso*", en Gaceta Jurídica N° 142, abril 1992, pp. 7-20; José Bernales Pereira, "*El debido proceso*", en Temas de Derecho, Universidad Gabriela Mistral, año 1, N° 1, 1986, pp. 6-9; Valeria Cerda, "*El debido proceso: análisis comparativo entre los tratados internacionales de derechos humanos y el Código de Procedimiento Penal chileno*", Universidad de Concepción, 1992 (memoria de tesis); Pedro J. Bertolino, "*Sobre el debido proceso en materia penal*", en Revista de Derecho Procesal, Universidad de Chile, N° 18, 1994, pp. 89-103; Arturo Fermandois V., "*Notas sobre el debido proceso y su dimensión metalegal*", en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, año LXVI, N° 203, 1998, pp. 293-300.

atiende a sus lineamientos conceptuales básicos en el plano legal,¹³ sin precisar la importancia que el debido proceso tiene para la validez de toda gestión procedimental en donde se emita una decisión jurídicamente vinculante para una persona.

No analizaremos aquí el extenso tratamiento que la doctrina y la jurisprudencia comparada han otorgado al debido proceso.¹⁴ Nos interesa enfocar este tópico desde la perspectiva de sus *fundamentos filosóficos*.

El debido proceso es un término que designa una realidad muy íntima a la persona humana. Acostumbrados abogados y jueces a ver concretizadas las exigencias básicas de justicia y de convivencia en normas positivas, olvidan sus fundamentos y su sentido.

A este respecto, no conozco doctrina más luminosa para explicar la razón de la existencia entre los hombres del debido proceso que la que sugiere Santo Tomás de Aquino a partir de una interpretación sistemática y global de las cuestiones 60 (*"De iudicio"*), a.1-6; 63 (*"De acceptione personarum"*), a.1,4; 67 (*"De iniustitia iudicis in iudicando"*), a.1-4; 68 (*"De iniustam accusationem"*), a. 1-4; 69 (*"De peccatis quae sunt contra iustitiam ex parte rei"*), a.1-4; 71 (*"De iniustitia quae fit in iudicio ex parte advocatorum"*), a.1-4, del *Tratado de la Justicia*, de su Suma Teológica (2-2).

Para facilidad del lector, expondré en 4 principios lo que me parece ser el núcleo del pensamiento del Doctor Angélico sobre el debido proceso:

i) Necesidad de una autoridad competente para juzgar

Dado que todos los hombres somos *iguales* en cuanto tenemos una *misma naturaleza*, nadie tiene, de suyo, *potestad* natural para *juzgar* la conducta del otro en sociedad y asignarle en razón de esa conducta una determinada

¹³ Cfr. Enrique Paillas, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1984, p. 174; René Jorquera Lorca, *Curso de Derecho Procesal Penal Chileno*, La Ley, Santiago, 1993, p. 41; Osvaldo López L., *Tratado de Derecho Penal Chileno*, Tomo I, Encina, 1975, p. 47. Sobre pasa el tratamiento "legal", José Luis Cea E., "La Igual Protección en el ejercicio de sus derechos", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 9, 1982, p. 529.

¹⁴ Hay una extensa bibliografía en la doctrina comparada. En lo especialmente referido a este trabajo, puede consultarse, Jerry L. Marshaw, *Due Process in the Administrative State*, New Haven, Yale University Press, 1985; Horacio D. Rosatti, *El derecho a la jurisdicción antes del proceso*, Buenos Aires, Depalma, 1984; Juan Francisco Linares, *Razonabilidad de las leyes: el "Debido Proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Depalma, 1989; Iñaki Esparza L., *El Principio del debido proceso*, Barcelona, Bosch, 1995; Gregorio Serrano H., *La Prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso*, Granada, Comares, 1997; Alberto Suárez Sánchez, *El Debido Proceso Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998; Susana Albanese, *Garantías judiciales: algunos requisitos del debido proceso legal en el derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 2000.

carga o pena. *“Si tú me juzgas a mí, no veo por qué yo no podría juzgarte a tí”*, podría decirle un hombre a otro.

De ahí que *un hombre sólo pueda juzgar de un modo vinculante en cuanto superior*, esto es, como representante de la potestad social, es decir, de la autoridad constituida legítimamente para gestionar el bien asociativo, y no por autoridad propia.¹⁵ *“Yo te juzgo no con potestad propia sino derivada, no con fuerza física sino con decisión racional y moral, y en la misma medida en que tengo a mi cargo la reparación de los daños que se causan a la sociedad”*, podría decir aquí el hombre que juzga a otro.

Es importante recordar que nadie juzga a otro en razón de su *naturaleza*, sino por causa de su *oficio*; de ahí que la decisión judicial vincula moralmente sólo cuando el juez no se aleja de las reglas ni de las finalidades de su oficio.

ii) Necesidad de un proceso racional para reproducir los hechos pasados y determinar el derecho aplicable

Dado que los hombres *no son omniscientes*, no pueden emitir un juicio vinculante para otros hombres de cualquier manera. Se lo impiden los límites del espacio, del tiempo, y la finitud de sus facultades cognitivas, tanto sensibles como intelectivas.

Conocemos los hechos pasados no con la inmediatez del presente. Necesitamos reproducir esos hechos cuya entidad ya no se manifiesta ante nuestros ojos. Y aun del presente hay muchas cosas que se nos escapan o se nos pueden escapar, por falta de atención, de discernimiento, o por mil motivos que dan cuenta de nuestra falta de omnisciencia.

“Sólo a Dios compete juzgar por su propia voluntad, y, por consiguiente, funda su juicio en la verdad que El mismo conoce, y no en lo que oye a otros. Los otros jueces no juzgan por propia potestad... y en lo que pertenece a la potestad pública deben formar su conciencia según lo que pueda averiguar en el juicio público”.¹⁶

Necesitamos entonces reglas para reproducir ese pasado. Reglas ecuanímenes, razonables, claras. Esas reglas constituyen el *proceso*, que es un cierto camino, un cierto proceder por el que un hombre queda habilitado temporal, espacial e intelectivamente para conocer los hechos pasados que se le reproducen ante sí para juzgarlos en derecho.

¹⁵ S. Th. 2-2, q. 67, a. 1.

¹⁶ S. Th. 2-2, q. 67, 2, ad. 2 y 4.

El proceso busca hacer transparente la verdad de lo sucedido, al juez que ha de juzgarla, según derecho. Sin verdad no hay juicio moralmente vinculante.

De este modo, un hombre podría decirle a otro hombre: *"Yo te puedo juzgar porque me consta objetivamente la existencia del hecho y porque puedo concluir, con certeza moral, a partir del mérito de las pruebas que obran en el proceso, tu participación libre en él"*.

iii) Necesidad de que el juez sea justo de acuerdo a lo obrado en el proceso

No basta detentar una potestad pública para poder juzgar jurídicamente a otro, ni es suficiente la existencia de un proceso para darle contenido a ese juicio.

Es necesario que aquel hombre que sirve el oficio de juzgar sea *virtuoso*, es decir, que a partir de un hábito interior juzgue racional e *imparcialmente* lo que se le somete a su conocimiento. Ha de juzgar según *razón*, para lo cual necesita *ciencia y prudencia jurídica*, y según *justicia*, para lo cual debe comportarse como un tercero entre dos partes, a fin de remover los obstáculos que impiden dar a cada uno lo suyo.

Una de las injusticias más graves en una decisión jurisdiccional es la acepción de personas, o en lenguaje moderno, la arbitrariedad: *"el juicio es acto de justicia en cuanto que el juez reduce a la igualdad de la misma aquellos extremos que pueden producir la desigualdad contraria. Mas la acepción de personas entraña una cierta desigualdad, en cuanto se atribuye a alguna de ellas algo que está afuera de su proporción debida, consistiendo en esta proporción la igualdad de la justicia. Y por esto es evidente que por la acepción de personas se corrompe el juicio"*.¹⁷

Al juzgar, el juez juzga como lo hace cualquier otro hombre: su inteligencia es falible, su voluntad es defectible ante el mal y susceptible de ser alterada por las pasiones. Es la *razón* la que le permite pronunciar un *juicio justo* y es la *virtud* personal (no el proceso) la que lo hace *ser justo*, es decir, *querer* dar a cada cual lo suyo de acuerdo con lo obrado en el proceso.

El juez al juzgar ejerce un oficio de una majestad difícil de aquilatar, que de algún modo lo asemeja a Dios. En efecto, Dios es quien, desde la visión teológica, asigna los bienes y penas definitivos a los hombres en razón de

¹⁷ S. Th. 2-2. q. 63, a. 4.

los méritos de su vida. El juez, sobre todo en materia penal, decide también si se han de aplicar al hombre en esta tierra, de una forma a su modo definitiva, determinadas penas.

Pero no es sólo al juez que se le ha de exigir determinadas características de razonabilidad, de equidad y de justicia en su voluntad. También a las partes que participan en el proceso. Para que las partes puedan participar en esos términos en el proceso –el actor para sostener la acción, el sujeto pasivo para defenderse– debe el juez discernir la situación de cada cual en cuanto persona, no sólo en cuanto parte. De ahí que:

(a) El derecho a defensa es consubstancial al hombre no sólo en razón del proceso, sino en atención a su dignidad, la que, en un plano metafísico, está al mismo nivel que la del juez.

(b) La presunción de inocencia rige siempre a favor del inculcado, mientras no se forme convicción contra él. Pero esa convicción se debe constituir a partir de datos objetivos de la causa, y en caso de dudas, éstas deben interpretarse en sentido favorable.

La razón más profunda de esto es que, como dice Santo Tomás, *“juzgar de las cosas es distinto que juzgar de los hombres”*. Somos superiores a las cosas, y las podemos juzgar con medida propia. A una persona no podemos juzgarla con nuestra propia medida, pues su ser es tan noble como el nuestro. De ahí que *“mientras no aparezcan manifiestos indicios de la malicia de alguno (a partir de lo que expresa exteriormente con sus actos), debemos tenerle por bueno, interpretando en el mejor sentido lo que sea dudoso”*.¹⁸

iv) Definición del debido proceso

El debido proceso se expresa en los tres principios anteriores, porque, en definitiva, es *el modo en que la persona humana comparece, según su dignidad, para ser juzgada por otro hombre*. De donde se deduce que aquél no es sino la exigencia jurídica de la persona humana frente a la situación de ser sujeto de juicio jurisdiccional.¹⁹

¹⁸ S. Th. 2-2, q. 60, a. 4, ad.2

¹⁹ La Constitución de 1980, como se sabe, establece en su artículo 19 N° 3, inciso 5°, que *“toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción deberá fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento”*.

En relación al debido proceso es vinculante para Chile el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículo 14, publicado en el Diario Oficial el 29 de abril de 1989; y la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8°, publicada en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991.



5. La decisión de la Corte Suprema a la luz del principio del debido proceso. Análisis de algunos de sus considerandos

Entremos ahora al análisis de la resolución de desafuero, en relación a lo que llevamos dicho del debido proceso.

5.1. El debido proceso no puede ser sino aplicable a la gestión de desafuero en un Estado de Derecho

El fallo de mayoría de la resolución que desaforó al senador Pinochet sostiene textualmente:

i) *“Que establecido, como ha quedado, que la gestión de desafuero no tiene los caracteres de un juicio o proceso, debe, lógicamente, concluirse que a ella no le resultan aplicables las garantías del debido proceso”* (Considerando 20).

ii) *“Con todo, esta Corte analizará esta institución, a fin de resolver si, en la presente gestión, se han vulnerado algunos de los principios que se incluyen en este concepto. El debido proceso legal constituye una institución de la más antigua raigambre jurídica... (Considerando 20). A continuación, se hace un análisis del desarrollo histórico del debido proceso legal y de su concepto actual, de acuerdo con lo que en las Actas de la Constitución de 1980 dejó constancia don Enrique Evans de la Cuadra (Considerando 21).*

iii) *“Es posible advertir que lo que la defensa del senador Pinochet ha pretendido es anticipar las exigencias de ese “debido proceso” a una etapa anterior al mismo, pretendiendo que se aplique a un privilegio, como es el fuero, que implica sólo un obstáculo para el normal ejercicio de la acción penal en su contra (...). Se ha tratado, en consecuencia, en este trámite, acudiendo a la invocación del derecho a un “debido proceso”, de conseguir u obtener la declaración de una falta de responsabilidad penal total, a la que conduce el sobreseimiento definitivo decretado de acuerdo con el artículo 617 del Código de Procedimiento Penal, en los supuestos que se resuelva no haber lugar a la formación de causa”* (Considerando 22).

iv) *“Resulta inaceptable que en nuestro derecho el deficiente estado de salud mental de un imputado en un proceso penal pueda afectar su derecho a defensa en juicio. Según la época en que esta anomalía se presente, ella podrá dar origen a alguna de las situaciones previstas en los artículos 408 N° 4, 409 N° 3, 421 o 682 y siguientes, todos del Código de Procedimiento Penal, pero no será apta para evitar un juzgamiento por un tribunal competente, siendo éste, en todo caso, el único calificado, dentro del respectivo juicio penal, para decidir en torno a la existencia, gravedad y consecuencia de las pretendidas deficiencias mentales”* (Considerando 28).

Esta actitud del fallo de mayoría de la Excma. Corte Suprema es insustentable en un Estado de Derecho, si se tiene en cuenta el acabado significado del debido proceso, que expresa la dignidad de la persona humana frente a poderes del Estado con capacidad para juzgarla y atribuirle cargas o penas.

Una revisión más concisa de los puntos antes transcritos de la resolución en comentario lleva a sostener, respecto de ellos, las siguientes conclusiones:

- Con respecto al punto i): Si se dice que *la gestión de desafuero no tiene los caracteres de un juicio o proceso*, debe concluirse lo contrario: con mayor razón le resultan entonces aplicables los principio del debido proceso. Esto en razón del mínimo respeto a la dignidad de la persona sometida a un juicio humano vinculante, que sin las garantías formales de un proceso puede entonces quedar entregada a los eventuales efectos no racionales de ese juicio.²⁰

- En cuanto al punto ii), la noción de debido proceso no engloba sólo el *debido proceso legal*, tal como puede ser diseñado a través de las distintas etapas establecidas por un código de procedimiento penal en la defensa de un inculpado, sino que es un *principio jurídico*,²¹ y un principio jurídico de carácter *constitucional*, por lo que se debe concluir que es obligación de los tribunales superiores de justicia, en el concreto ejercicio de su jurisdicción, frente a cada persona y a cada caso sub lite, obrar atendiendo a todo momento al pleno y cabal respeto, protección y promoción del debido proceso, en cuanto derecho de toda persona humana, lo que además exige interpretar de un modo benigno la ley procesal penal y no del modo más restrictivo, a fin de dar cabida en él a la influencia precisa de este principio.

Que el debido proceso sea no sólo un derecho fundamental, sino también un principio, lo ha afirmado, por lo demás, la propia Corte Suprema: *"la doctrina nacional ha definido el debido proceso como aquel que cumple con todas las normas esenciales que garantizan un correcto ejercicio de la función jurisdiccional y de la acción procesal y por lo tanto se encuentra integrado por principios relativos al procedimiento, denominados formativos del procedimiento, y por aquellos relativos al poder judicial"*.²²

²⁰ Hay un diferencia enorme entre la concepción del debido proceso como *instrumento* y como *proceso justo*. En realidad, la primera no se comprende sin la segunda. Sobre esto, vid. Tavolari, *"Hacia la enseñanza de una teoría general..."*, ya citado.

²¹ Acerca de la noción de principio jurídico, cfr. Rodolfo L. Vigo, *Teoría distintiva fuerte entre normas y principios*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, pp. 465-492.

²² Sentencia en recurso de protección, del 2 de julio de 1999, causa N° 310.



En este ámbito, el voto de minoría de la resolución de desafuero recordó que: *“Una adecuada interpretación de la supremacía constitucional y contenido de la garantía del debido proceso que consagra el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, necesariamente llevan a la conclusión de que el principio de razonabilidad que se consigna en dicha normativa, comprende no sólo el debido proceso meramente formal, sino que es comprensiva también de una noción substantiva de esta elevada garantía, que más allá de todo rigorismo formal, está destinada a impedir expresiones de ilicitud o abierta arbitrariedad en el juzgamiento, a fin de asegurar un juicio justo que conduzca a una decisión que se asiente en motivos y fundamentos razonables”* (Considerando 12).

- En cuanto al punto iii), no les corresponde a los ministros del fallo de mayoría atribuir intenciones a una de las partes –a la defensa del Senador Pinochet–, teniendo en cuenta que a) esas intenciones no fluyen de los antecedentes que obran en la gestión de desafuero; b) que de acuerdo a lo sustentado por el considerando 19, el desafuero sería un “preproceso”, un “antejuicio”, y que, por tanto, no cabría en él calificación de imputaciones propias de un proceso; c) un juez de suyo, por derecho natural y por legislación positiva, no tiene autoridad para imputar intenciones al afectado sin acusación formal y sin derecho a defensa, según, por lo demás, se deduce de lo que los mismos ministros han reproducido en los acápites 1) y 2) del considerando 21. Esta actitud confirma, en mi parecer, la importancia de la vigencia del principio del debido proceso en gestiones como la del desafuero...

- En cuanto al punto iv), debe afirmarse que es gravemente erróneo lo sugerido por el fallo de mayoría respecto de las relaciones existentes entre el derecho de defensa y el deficiente estado de salud: es este último la causa de una pérdida de integridad en el derecho a defensa, no al revés. Y ello es una realidad *personal*, no normativa: es la norma la que debe adecuarse a esta realidad normada que es la persona humana en eventual estado de debilidad psicológica, neurológica y orgánica, propias de la decadencia corpórea de la edad, no a la inversa.

Es la persona concreta, con una edad concreta, con afecciones concretas, en su realidad individual y única, la que se hace presente al proceso. No es un ser abstracto, sin nombre, sin peso, sin voz. Es a esa persona, en su real capacidad para comparecer en juicio, a quien debe mirar ese mismo tribunal con los ojos del debido proceso. Es en este sentido imposible de justificar racionalmente el que un tribunal humano se exima de entrar a analizar los exámenes médicos que respecto de una de las partes obran en el procedimiento. Es negar la verdad de la persona.

A este respecto, el voto de minoría sostiene que “*en relación con la falta de concurrencia en la especie de la garantía del debido proceso, en atención al estado de salud generalizado del requerido, como según se desprende de los antecedentes médicos que obran en autos y que fueron invocados por el Estado chileno en la oportunidad, que es de público conocimiento, los disidentes comparten los razonamientos que al efecto formulan en los considerandos signados con los números 17 al 24 del voto de minoría*” (de primera instancia), y que abundan en la relación entre el estado de salud y el debido proceso (Considerando 11).

Por otra parte, habiendo hecho valer el Estado chileno ante el gobierno británico los exámenes médicos que al General Pinochet se le hicieron en Londres, a fin de que, en atención a sus resultados objetivos, no sea éste sujeto de procedimiento jurisdiccional alguno en aquel país, resulta del todo contrario a derecho que el Poder Judicial en Chile, parte orgánica y funcionaria del Estado nacional, desconozca en toda su amplitud dichos exámenes.

5.2. El debido proceso es un principio constitucional y de derecho natural en beneficio del inculpado, no una concesión legal de mero trámite en favor del juez. Esto último no es aceptado en ninguna parte del mundo civilizado.

Atendiendo a lo que hemos sostenido en el acápite anterior, se puede afirmar que:

i) El *debido proceso* no es sólo una *disposición legal*, susceptible de ser medido sólo por la mayor o menor aptitud de una norma para concretar su contenido en los distintos trámites procesales de carácter penal. Es un *derecho subjetivo* fundamental que la Constitución reconoce en garantía de la dignidad de la persona sometida a un procedimiento judicial, y es un *principio jurídico* de rango *constitucional*, que, como tal, según se dijo, ha de orientar la actividad de los órganos del Estado –y, por tanto, también la del Poder Judicial–, todos los cuales, de acuerdo al artículo 5° inciso 2° de la Constitución, tienen el *deber* no sólo de *respetar*, sino también de *promover* los derechos fundamentales.

ii) El *debido proceso* es también un principio de *derecho natural* en beneficio de todo aquel que, sometido a un juicio humano jurisdiccional, ha de sufrir de él una *carga* (como es el caso de un *desafuero*, o de un *procesamiento*) o una *pena*. Ningún tribunal de la República tiene competencia para desconocer el principio del debido proceso, debiendo velar por el cumplimiento de dicha garantía en cualquier procedimiento, gestión o diligencia que haya de concluir en un pronunciamiento o juicio vinculante.

5.3. La resolución que desaforó al senador Pinochet viola el principio del debido proceso en cuanto establece como “verdad” la figura penal de secuestro, sin hechos concretos que lo prueben ni presunciones razonables que concluyan.

a) Existe un nexo necesario entre “verdad de los hechos” y proceso. No hay justicia sin verdad.

Hemos dicho que el proceso, desde el punto de vista de los fundamentos mismos de su establecimiento en la legislación de los pueblos, tiene como objeto reproducir la verdad de los hechos, dejando constancia de ellos por un sistema de prueba previamente establecido.

Más allá de ciertas disputas académicas que sitúan la función del juez en un ámbito más sociológico²³ o político,²⁴ lo cierto es que sin verdad no hay juicio, y carece de sentido el proceso. Y la verdad de los hechos ha de entenderse, en la perspectiva judicial, en su sentido puro, auténtico, siempre concreto, de correspondencia con lo sucedido realmente en el pasado.

No es ésta la oportunidad de desarrollar a fondo este tópico. Sólo me parece prudente afirmar que la verdad judicial no es la adecuación al *consenso social* o *político*, ni la *coherencia con el sistema legal*, sino el juicio humano, constituido con certeza moral, por el cual un juez da por acreditado un *hecho*, o la *participación libre en ese hecho*, de acuerdo al mérito de las pruebas aportadas en el proceso, con convicción de que con ello se viene a reproducir, dentro de lo humanamente posible, la realidad de lo ocurrido.

Quien niegue esto, niega todo lo demás: proceso, sistema de prueba, sentencia, pena, etc., por falta de posibilidad de que toda la trama del proceso judicial funcione sin verdad. Basta que una falta de verdad sea conscientemente asumida en un proceso por un juez, o por una de las partes, para que toda la escena judicial se vea afectada por ella, si no es detectada a tiempo y excluida del campo de las conclusiones jurídicas. “El Proceso” de Kafka no es más que eso: es kafkiano porque el proceso se abrió conscientemente a un principio de discordancia con la verdad, el cual deja caer en el sistema todo el pesado dinamismo de sus resultados, que son como el sueño: imagina enanos o gigantes, pero sin base.

²³ Roscoe Pound, por ejemplo, considera al derecho como obra de ingeniería social (*social engineering*), asignando, en definitiva, al juez el pragmático papel de servir con utilidad a la sociedad equilibrando los distintos intereses sociales y políticos en juego. Cfr. *Interpretations of Legal History*, Cambridge Mass, 1946, p. 20.

²⁴ Michel Foucault, vr. gr., sostiene la inevitabilidad de la dependencia entre el conocimiento jurídico –y por tanto, el conocimiento judicial– y la lucha por el poder, de tal modo que éste no expresa sino “la manera como se odian entre sí los hombres, luchan, procuran dominarse unos a otros, quieren ejercer relaciones de poder unos sobre otros”. Cfr. *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, México, 1986, p. 28.

No hay justicia judicial sin verdad. Si el proceso transforma lo no ocurrido en un hecho de la causa, no hay verdad judicial, y el ejercicio de la administración de justicia por parte del tribunal llamado a conocer de aquélla, ya no tiene dónde apoyarse. La justicia se vuelve imposible.

b) No es verdadera la existencia del secuestro calificado que se imputa al General Pinochet, y que sirve de base a la resolución de desafuero.

Se discutió mucho, por la prensa, si la resolución que desaforó al senador Pinochet respetó, en toda la medida de lo necesario, el nexo entre proceso jurisdiccional y verdad de los hechos que se le imputan a aquél. La disputa se centró en la existencia del delito de secuestro en contra de determinadas personas que figura en el proceso rol 2182-98 que conoce el juez Guzmán Tapia, cuyos cuerpos no han aparecido.

El *fallo de mayoría* de dicha resolución sostiene, en lo medular:

i) *“Que por lo que se refiere a la tipificación de los delitos de secuestro, se ha sostenido en estrados, por la defensa del senador Pinochet, que ellos no podrían entenderse configurados porque lo que consta en autos es que las supuestas víctimas de tales ilícitos habrían sido “sustraídas” de los lugares en los cuales se encontraban privadas de libertad y no “encerradas” o “detenidas”, como lo exige el tipo contenido en el artículo 141 inciso primero del Código Penal. Pero tal argumento no puede ser aceptado, pues, en verdad, para ser “encerradas” o “detenidas” las víctimas de un secuestro tienen que ser “sustraídas” del lugar en que previamente se encontraban; de suerte que entre la conducta de “sustraer” y las de “encerrar” no existe contradicción alguna, sino, por el contrario, una sucesión lógica de antecedente a subsecuente” (Considerando 51).*

ii) *“Que también se ha argumentado reiteradamente que el delito cometido respecto de las personas desaparecidas con ocasión de los hechos a que se refiere el proceso no puede ser el de secuestro agravado, pues nadie cree que ellas estén todavía con vida, privadas de libertad, y, por el contrario, todo el mundo piensa que fueron muertas. Aunque esto último pudiera ser verdad, nada dice en contra de la posibilidad de configurar el secuestro, pues lo que no se ha probado en autos es que esas víctimas hayan sido ultimadas inmediatamente después de haberlas sustraído sin derecho de los lugares en que se encontraban detenidas y, lo que es más importante, que su deceso haya sido anterior a la fecha que se dictó el Decreto Ley N° 2.191 sobre amnistía, único caso en que los procesados podrían intentar invocar esta última” (Considerando 54).*

El **voto de minoría**, por su parte, afirma tajantemente:

(i) *“De acuerdo con los antecedentes que aporta el proceso que se ha examinado en profundidad, de la realidad fáctica del mismo, aparece palmariamente comprobado que las supuestas víctimas de los delitos de secuestro agravado fueron muertas o asesinadas el 4, el 16 (o 17) y el 19 de octubre de 1973, en las ciudades de Cauquenes, Copiapó y Calama, lo que se demuestra con los elementos de convicción que se examinarán en los considerandos siguientes”*(Considerando 4) .

“Que todos los antecedentes anteriormente expuestos conducen a la convicción de que todas las personas individualizadas en la motivación primera como víctimas de secuestros reiterados agravados, fueron ultimadas o asesinadas en el mes de octubre de 1973, de suerte que se aleja de toda racionalidad calificar tales hechos como delito de secuestro calificado, lo que importa suponer que se encontrarían actualmente vivas o desaparecidas, presunción ficta que se aparta dramáticamente de la realidad descrita precedentemente” (Considerando 8).

De los razonamientos expuestos, se puede deducir que:

a) Desde el punto de vista de su **formulación lógica**, el fallo de mayoría concluye en un juicio *conjetural*, que excluye la certeza, pues acepta que no hay antecedentes concretos que prueben su aserto. El voto de minoría, en cambio, concluye en un juicio *asertivo*, que afirma con seguridad la no realidad de los secuestros basado en que, de todo lo obrado en el proceso, no se puede sostener sino que esas personas fueron ultimadas.

b) Desde el punto de vista de la **fundamentación en los hechos que obran en la causa**, el fallo de mayoría no prueba *positivamente* la existencia de los secuestros en ninguno de los considerandos que dedica al tema; sólo hay una referencia genérica, obviando toda precisión, en su considerando 63, a motivos de la sentencia de primera instancia. El voto de minoría sí alude a las probanzas directas que permiten concluir que hay muertes y no secuestros, y a ello dedica especialmente los considerandos 5, 6 y 7.

c) Desde el punto de vista de los **medios de prueba** utilizados, el fallo de mayoría utiliza la *presunción judicial* para sostener la existencia del secuestro; el voto de minoría utiliza variadas pruebas directas.

Si el juicio del fallo de mayoría respecto de la existencia del secuestro no es asertivo, ni se funda positivamente en los hechos que obran en el proceso, ¿en razón de qué pruebas puede darse por acreditado, a su modo, el delito permanente de secuestro?

En realidad no hay secuestros. Hay una *adecuación de los hechos a una figura penal que no corresponde*, expediente que sirve para no aplicar la ley de amnistía.

Volveremos sobre este tema en el acápite 5.5.

c). Una gestión judicial que basa su decisión obviando la verdad de los hechos atenta contra el debido proceso. El principio de razonabilidad.

La verdad del proceso está vinculada a lo que modernamente se denomina *principio de razonabilidad*, en virtud del cual se exige que a) toda *decisión jurídica* se funde en un razonamiento que la justifique; y b) que todo razonamiento jurídico i) opere sobre la base de *proposiciones verdaderas o plausibles*, por oposición a aquellas que son falsas o menos plausibles (razonamiento verdadero); y ii) que esas proposiciones se vinculen entre sí según las reglas de la inferencia lógica, a fin de evitar el error o el sofisma (razonamiento correcto).²⁵ El principio de razonabilidad puede considerarse, por ello, como una exigencia connatural al principio del debido proceso.

Reproduzco a este propósito el razonamiento del voto de minoría, que me parece bastante expresivo de lo que se debe concluir: *"El proceso y la investigación que se sigue en la causa número de rol 2182-98, en cuanto a los delitos de secuestro agravado de personas que se encuentran muertas, no se ajusta a las normas del debido proceso, porque tal procedimiento e investigación se aparta de la correspondiente racionalidad e impide un juicio justo y en consecuencia quebranta la garantía que al efecto consagra el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, que se robustece con las normas establecidas por los tratados internacionales actualmente vigentes"*. (Considerando 11)

5.4. Las "fundadas sospechas" de responsabilidad penal que se atribuyen al General Pinochet, en cuanto se basan en la doctrina de la verticalidad del mando, nada concluyen sobre la base de hechos concretos, y atentan, en consecuencia, contra el principio del debido proceso.

La existencia de fundadas sospechas para reputar autor, cómplice o encubridor al senador cuyo desafuero se solicita se basan no en pruebas directas, sino en presunciones. El punto es si esas presunciones concluyen

²⁵ A este propósito es útil *"El razonamiento jurídico"*, de Jorge Streever Prieto, en A.A.V.V., *"Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos"*, Editorial Jurídica de Chile, 1992, pp. 106-107. Hay en este autor, sin embargo, afirmaciones que no compartimos en cuanto a lo que constituye la raíz del razonamiento verdadero.

realmente en la participación criminal a partir de los antecedentes que les sirven de base.

El fallo de mayoría afirma:

i) *“Los actores de los hechos investigados en la causa mencionada, y que se encuentran sometidos a proceso, formaban parte de un conjunto de un grupo de militares encabezados por un General de Brigada, y que conformaban, además, un Coronel, dos Mayores y un Teniente de Ejército, asistidos por dos oficiales pilotos que comandaban un helicóptero institucional, en el cual visitaron diversas ciudades del sur y norte de Santiago, en cumplimiento de una misión militar encomendada por el a la sazón Comandante en Jefe del Ejército, esto es, el actual Senador Vitalicio Augusto Pinochet, según lo declara el propio Arellano, en labores de coordinación de criterios institucionales, de gobierno interior y de procedimientos judiciales. A raíz de esta misión se cometieron hechos que revisten incuestionablemente (...) caracteres de delito” (Considerando 65).*

ii) *“Que es conocida la gran importancia que tiene en una Institución Armada de la República la verticalidad del mando y la obligación del inferior de cumplir estrictamente las órdenes del superior, lo que de no hacer, puede significarle medidas disciplinarias, juicios militares, la destitución u otros más graves cuando ocurren en tiempo de guerra” (Considerando 66).*

iii) *“Que si se considera la regla de la verticalidad del mando y que a la Comisión del General Arellano se la dotó de todos los elementos logísticos necesarios para llevar a cabo su cometido y que ante los excesos producidos no hubo ninguna reacción ni sanción a los responsables, debe concluirse que la orden de proceder en la forma que se ejecutó debió haber sido decretada por el propio Comandante en Jefe de la época” (Considerando 70).*

El voto de minoría, por el contrario, afirma:

i) *“Del examen de los antecedentes de la causa no se desprenden indicios o sospechas fundadas que vinculen al requerido, con algún grado de participación, en la comisión de los hechos que determinaron la muerte de las víctimas (...).”*

“Es útil reiterar que las instrucciones que impartió el Comandante en Jefe del Ejército de la época al General Sergio Arellano Stark, con ocasión de la comisión que se le encomendara, se circunscribieron al cumplimiento de labores de coordinación de criterios institucionales, de gobierno interior y de procedimientos judiciales, según aparece reconocido por todos los protagonistas de autos, sin que aparezcan sospechas verdaderamente fundadas de que hubiere existido por parte del primero concierto o inducción que pudiera vincularlo a los graves delitos que se perpetraron con motivo del cometido indicado”.

“Esta conclusión se refuerza con las declaraciones prestadas por el propio Arellano en el curso del proceso y se infiere del texto de la carta que con fecha 16 de julio de 1998 le enviara al Senador Vitalicio Augusto Pinochet Ugarte”, etc. (Considerando 10).

Es una tradición jurídica universal –que, por lo demás, consolida exigencias del derecho natural– el que un inculpado sólo responda penalmente por los delitos cometidos en virtud de su propia y personal actividad debidamente acreditada en un proceso judicial. Sin embargo, lo que el fallo de mayoría, en la práctica, hace es imputar una especie de “responsabilidad intelectual” bajo la figura de suponer que el General Pinochet en virtud de la verticalidad del mando “dio orden” de cometer los ilícitos que esa misión, llamada periodísticamente “caravana de la muerte”, ejecutó.

No existe al respecto ninguna prueba *fáctica* de la que pueda deducirse su participación. Así lo establece el voto de minoría, e indirectamente también el voto de mayoría, al tener que recurrir a la regla de la verticalidad del mando para atribuirle responsabilidad.

Los jueces están utilizando un método que, en sustitución de toda otra prueba, presume responsabilidades predeterminando y prejuzgando que ella existe en virtud de la sola consideración teórica y abstracta de la doctrina de la verticalidad del mando que rige a las instituciones armadas, verticalidad que, en todo caso, desde el mismo punto doctrinario alegado, ha sido construida y regulada para funcionar en la legalidad, no en la ilegalidad.

En realidad, si se ha de hablar de “autoría intelectual”, haciendo abstracción de prescripciones y amnistías, quienes por antonomasia debieran ser juzgados en razón de ello son los líderes del marxismo.

5.5. La doctrina del secuestro como delito permanente para evitar la aplicación de la ley de amnistía

Cuesta comprender la interpretación que sobre la amnistía formuló la decisión de la Corte Suprema que desafió al senador Pinochet.²⁶ Como se sabe, ha hecho suya la tesis de que no procede aplicar la amnistía en relación a personas detenidas en 1973, de las que hasta el día de hoy se desconoce su paradero, por suponer que la privación de libertad inicial de ellas se continuaría perpetrando.

Causa desconcierto, en primer lugar, que no se esté dando a la amnistía su sentido natural e histórico, que es el del olvido de los ilícitos cubiertos por

²⁶ Vid. considerandos 57, 58, 59 y 61 del fallo de mayoría.



ella.²⁷ La amnesia legal, y por vía de consecuencia, la amnesia jurisdiccional sobre hechos punibles, tanto en su verificación como en su pena, en aras de un bien político y social.

En segundo lugar, dicho desconcierto se agudiza al constatar que se está refiriendo a secuestros que estarían durando ininterrumpidamente, en la práctica, por más de un cuarto de siglo. Y a mayor abundamiento, sin que se sepa que en el proceso que se lleva ante la I. Corte de Apelaciones en contra del General Pinochet se hayan investigado y probado los supuestos esenciales de ese mismo secuestro, cuales son la mantención bajo custodia de alguien en un lugar determinado, con todas las prestaciones mínimas necesarias para su subsistencia.

Ello, como sabemos, llevó al voto de minoría a formular una constatación gravísima: “que se aleja de toda racionalidad calificar tales hechos como delitos de secuestro calificado... presunción ficta que se aparta dramáticamente de la realidad...”²⁸

Estos desconciertos no pueden esquivar múltiples planteamientos e interrogantes. La propia Excm. Corte Suprema ha establecido innumerables veces que ninguna autoridad del Estado puede fundar sus decisiones en hechos inexistentes, o no debidamente comprobados. ¿Cómo no pedir entonces aquí una nítida coincidencia con ese fundamental principio?

Según ya hemos dicho, la matriz de todo proceso judicial, y muy en particular del penal, tiene su fundamento en la determinación de la verdad de los hechos, según el mérito de los medios de prueba legales vigentes. La verdad judicial, y específicamente en el caso del sometimiento a proceso, no puede ser alcanzada sin referencia a lo real, debidamente probado o justificado, según se desprende del artículo 274 del Código de Procedimiento Penal.

Permítasenos preguntar entonces, ¿con qué medios de pruebas se ha tenido por acreditado o justificado hasta el presente el secuestro que da por subsistente? ¿Testigos, confesión, informe de peritos, instrumentos públicos o privados, inspección personal del tribunal para indagar espacios que puedan cobijar a alguien secuestrado, o presunciones e indicios?

Está claro que la única probanza determinante, tratándose de desaparecidos con los que no se ha tenido contacto personal durante más de 25 años, sería la de presunción, y sabemos que para que las presunciones constituyan prueba completa de un hecho se requiere “*que se funden en hechos reales y probados,*

²⁷ Una interpretación en el sentido contrario a lo criticado en el texto puede verse en el considerando 9 del voto de minoría.

²⁸ Considerando 8.

y no en otras presunciones, sean legales o judiciales; que sean múltiples y graves; que sean precisas de tal manera que una misma no pueda conducir a conclusiones diversas; que sean directas, de modo que conduzcan lógicamente y naturalmente al hecho que de ellas se deduzca; y que la una concuerde con las otras, de manera que los hechos guarden conexión entre sí, e induzcan todas, sin contraposición alguna a la misma conclusión de haber existido el de que se trata”.

Estas exigencias contenidas en el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, son una expresión en extremo acertada de la “razonabilidad” de que hablábamos, y que debe presidir sine qua non todo proceso ajustado a la ley y al derecho.

De no darse todas las condiciones para la presunción antes reproducidas, es claro que sólo estaríamos en presencia de una mera “suposición” de una realidad, a fin de arribar a una consecuencia cuya certeza resulta necesariamente incierta. Y eso es definible como “hipótesis”, y más cercanamente, tal vez, a lo que se conoce como “hipótesis de trabajo”, es decir, la que se establece provisionalmente como base de una investigación que puede confirmar o negar la validez de aquélla. En esa forma define el concepto de hipótesis el Diccionario de la Real Academia.

Se sabe que es improbableísimo que los detenidos estén vivos, pero se actúa como si lo estuvieran. Esto va contra la naturaleza misma de las presunciones, que son medios para conocer una verdad a partir de otra conocida. Cuando lo que se dice presumir no tiene asidero objetivo, se está ante una ficción, la cual puede ser un discutible recurso de técnica legislativa, pero que le está absolutamente vedada, por la naturaleza misma de su función, al juez.

Porque en definitiva uno se pregunta ¿cómo podrían los actuales oficiales, inculcados o procesados, durante más de 25 años, tener vivos y privados de libertad, y en qué lugar y en qué condiciones, a las personas cuyo secuestro se les imputa? ¿Se ha investigado acerca de quiénes podrían haber compuesto el equipo indispensable de apoyo –proveedores, guardianes, médicos, etc.– encargado de mantener durante 25 años a las víctimas? ¿No habría sido lo indicado realizar verdaderas operaciones “peinetas” o “rastrillos” a través de todo el territorio nacional, para inspeccionar bajo tierra o en la superficie, todo escondrijo o habitáculo susceptible de conservar al secuestrado? ¿Dónde están esas y otras tantas medidas que la sola sospecha de secuestro harían necesarias?

Porque no se entiende que ante conclusiones tan inverosímiles se utilice la presunción, o mejor dicho, la apariencia de presunción o “hipótesis de trabajo”, como medio de prueba, y como única prueba, para dar por acreditado el secuestro, y no la muerte.



6. Conclusión

Si atendemos a los fundamentos mismos del debido proceso y a su alto contenido humano, se ha de afirmar que éste conlleva algunas implicancias que deben respetarse necesariamente si realmente queremos hablar de "proceso justo". Con mayor motivo, si queremos hablar de "verdad" y de "reconciliación".

Algunas de esas implicancias han sido tratadas especialmente en el presente escrito en razón de que, de un modo u otro, a mi juicio, según lo que ya se ha reseñado, fueron alteradas por la resolución de nuestro máximo tribunal que desaforó al senador Pinochet, en un contexto y en una medida que calificué de "política", en un cierto sentido convencional de la palabra.

Me resta decir que, por más que algunos defiendan esta decisión en el ámbito del derecho, por mi parte considero que, en líneas generales, no es razonable que en un procedimiento en el que se declara: a) que es un *antejuicio*;²⁹ y b) que incluso *carece de competencia* para determinar con *precisión* los hechos punibles y la participación en ellos,³⁰ se imponga una carga como el desafuero, fruto de un proceder donde se hacen esfuerzos argumentales enormes por dar cabida a los hechos que figuran en el proceso del Ministro Guzmán Tapia contra la parte acusada, atribuyéndole responsabilidades por la vía de las presunciones, lo que es más propio de un *proceso* que de un *antejuicio*; lo que además presupone *competencia*, no *carencia de ella*. Aquí nuevamente podría consumarse otra anomalía respecto del debido proceso.

Al fin, no puedo sino concordar con las palabras con que concluye el voto de minoría de la resolución de desafuero de primera instancia: "*pareciera desprenderse que con la solicitud de desafuero no se pretende como finalidad principal y última la sola formación de causa contra el senador Pinochet, sino más bien y preferentemente, y transcurridos ya más de 26 años desde el Once de Septiembre de 1973, en que la Junta Militar asumió el Gobierno de la Nación, la apertura de un enjuiciamiento a un ex Gobernante, a un período de la historia institucional del Estado, al cambio de Gobierno en 1973, y a la substitución del régimen de gobierno de entonces, sobre la base de cargos singulares formulados al señor Pinochet...*", por lo que a juicio de "estos disidentes, un proceso de tal clase y finalidad escapa y es ajeno por cierto al control de este órgano jurisdiccional, y no podría servir de base legítima a una sentencia de desafuero en contra del nombrado Senador".

²⁹ Considerando 19.

³⁰ Considerando 56.

DOCUMENTOS ANEXOS

Documento I

El oficio del Presidente Aylwin al Presidente de la Corte Suprema, de fecha 4 de marzo de 1991, dice textualmente:

"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 Exma. 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 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 oportunamente".

"Convencido de la importancia que para la comunidad nacional tiene el que se haga justicia en estos casos (...) no dejaría tranquila mi conciencia si no hiciera presente al Exmo. Tribunal que, en mi concepto, la amnistía vigente, que el Gobierno respeta, no debe ni puede ser obstáculo para que se realice la investigación judicial y se determinen las responsabilidades que correspondan, especialmente en los casos de personas desaparecidas".

"Pienso que una interpretación sistemática de las 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 esos 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 Exma. Corte, 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 dependen presentarán a esos tribunales la mayor colaboración posible".

Documento II

Un enorme trabajo de recopilación, en 6 volúmenes, ha sido publicado recientemente en Berlín, Alemania, bajo la dirección de Víctor Farías, con los auspicios del CEP, titulado "La Izquierda Chilena (1969 – 1973): Documentos para el estudio de su estrategia", Centro de Estudios Públicos, 2000.

Entre otros muchos antecedentes, es útil, para introducirse en el tema, el análisis de los "*Principios Orgánicos del Partido Socialista de Chile*", documento interno de carácter oficial del año 1970, que reproducimos aquí en algunos acápites, en que se muestra la radicalidad del socialismo chileno en cuanto a sus fines y a sus métodos, y el carácter programado de ambos.

2. "Objetivos del Partido":

*"El Partido Socialista, de acuerdo con su doctrina, sus principios marxistas leninistas y sus objetivos políticos, es una organización revolucionaria que expresa y representa los intereses históricos de la clase obrera y de las masas explotadas en Chile. En tal condición, **más que una simple agrupación de personas que acepten una doctrina, es un organismo vivo de acción que une dialécticamente el pensamiento, la voluntad y la actividad de sus miembros para impulsar la transformación violenta de la sociedad capitalista chilena**".*

*"Su tarea es **organizar y conducir la acción de los trabajadores para derribar el régimen vigente, conquistar el poder y construir una sociedad socialista. Como vanguardia de las clases explotadas, es su destacamento más avanzado, resuelto, dinámico y consciente en la conducción y desarrollo de las luchas diarias y permanentes de las masas contra el sistema actual**".*

3. Carácter del Partido:

*"Los objetivos que persigue el Partido Socialista y la aceptación y utilización integral de la ideología marxista para alcanzarlos, **determinan su naturaleza orgánica, esencialmente revolucionaria**".*

*"Debe **dirigir su lucha contra el orden establecido y las clases que defienden ese orden; contra los instrumentos e instituciones creados por esas clases para mantener sus sistema opresor (Estado y partidos burgueses, Ejército, Policía, Iglesia, etc.) y también contra la influencia ideológica de la burguesía, que, como clase dominante, impone su filosofía egoísta (sic) de vida, de la sociedad y de las relaciones entre los hombres**".*

“Concretamente el Partido Socialista tiene que enfrentarse contra el sistema de explotación (...) y debe educar a las masas desarrollando su conciencia de clases y revolucionaria para que sean capaces de conquistar su liberación. En consecuencia, es un partido que tiene una teoría y una práctica revolucionaria; métodos y acción práctica igualmente revolucionarios. Su sola existencia le da tal carácter: se constituyó para destruir el orden existente y construir una nueva sociedad”.

1. Fundamentos Políticos del Partido:

“Marx y Engels uniendo sus concepciones teóricas a la práctica revolucionaria, determinaron las características generales que debía poseer el partido vanguardia de los trabajadores. Lenin, organizador del primer partido que fue capaz de derribar el sistema capitalista e iniciar la construcción de la sociedad socialista, sistematizó y desarrolló el papel dirigente del partido en la lucha de clases y fundamentó sus principios orgánicos y normas de vida interna”.

“El conjunto del pensamiento de los fundadores del socialismo científico y el aporte legado por el conductor máximo de la Gran Revolución Socialista de Octubre constituyen la ideología marxista leninista, base teórica y práctica de la lucha de los trabajadores por su liberación económica y social”.

“Los principios orgánicos del Partido Socialista tienen sus raíces en todo este legado del movimiento obrero y en la experiencia histórica de los partidos de la clase trabajadora de todo el mundo” (op. cit. Vol I, pp. 329, 330, 328).



Documento III

"Principios Orgánicos del Partido Socialista de Chile", documento interno de carácter oficial del año 1970.

4. El deber de trabajo del militante socialista:

"La simple aceptación intelectual de principios del partido no basta para ser militante, si esa disposición no va unida a la actividad socialista. La tarea histórica de hacer triunfar el socialismo no puede ser realizada por un partido cuyos miembros no se integren efectivamente al quehacer socialista".

"El Partido no cumple su misión si tolera que sus miembros no hagan vida política organizada regular y permanezcan ajenos a la lucha de masas. Sólo una organización en la cual cada militante conozca y acepte cabalmente sus principios, su programa y su política y esté dispuesto a ejecutar tareas, obligaciones y sacrificios que imponga la lucha, puede considerarse realmente la vanguardia del pueblo".

11. Sobre la estructura y la lucha en la ilegalidad:

"No puede haber una forma inmutable de organización del Partido. Sin embargo, el carácter y objetivos del socialismo determinan su estructura básica. Tanto la lucha en el seno de las masas como la acción contra el orden capitalista exigen determinadas características. Llevar a la práctica la condición esencialmente revolucionaria del partido significa organizarse propiamente para el trabajo ilegal y la actividad clandestina y ser capaz de pasar de la acción legal a la ilegal en cualquier momento... Es decir, debemos estructurarnos para una lucha que, en determinado momento, cambia de forma. Nosotros nos mimetizamos de acuerdo a la situación concreta y no necesitamos darnos una nueva estructura" (Op. cit., Vol. I, pp. 330, 338).



El debido proceso: tres instituciones procesales y una ausente. El ámbito constitucional

Julio E. Salas Vivaldi

Profesor de Derecho Procesal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SMA. CONCEPCIÓN

1. Introducción

En el presente trabajo nos proponemos analizar la acogida que la Constitución Política de la República, publicada en el Diario Oficial del día 29 de octubre de 1980 otorga a las principales instituciones de índole procesal.

Nos incentiva a ello la circunstancia de constituir el tema central del presente ejemplar de la Revista el estudio del "debido proceso". Nuestro propósito es reiterar algunas ideas respecto de instituciones procesales que tienen protección constitucional, lo que refuerza aquel carácter del proceso, a la vez de percibir la carencia de otras, lo que debilita dicha calidad.

Hemos escogido en esta oportunidad estudiar el tratamiento que el texto constitucional da a la base fundamental de la administración de justicia denominada inexcusabilidad del ejercicio de la jurisdicción, incluyendo a la de equidad, a la acción procesal y al proceso, que constituyen, sin duda alguna, los pilares en que aquélla descansa.

Podemos adelantar, como trataremos de demostrarlo en las páginas que siguen, que los institutos nombrados tienen expresa regulación y protección en la actual Constitución, lo que significa en este aspecto un progreso en relación con su antecesora.

Pero nuestros afanes no se agotarán en el análisis de las instituciones mencionadas. Apuntarán, además, a establecer si el criterio en el campo procesal de la Constitución vigente también se extiende a la efectiva protección de la inmutabilidad de las decisiones judiciales. Desgraciadamente, como pretenderemos aclararlo, dicha protección no parece ser la más adecuada, en desmedro de la paz social.

2. La inexcusabilidad del ejercicio de la jurisdicción. La jurisdicción de equidad

El artículo 80 de la Constitución de 1925 concebía la función jurisdiccional del Estado prescribiendo que “la facultad de juzgar las causas civiles y criminales pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República, ni el Congreso, pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes o hacer revivir procesos fenecidos”.

Motivo de crítica fue, desde el punto de vista procesal, la circunstancia de emplearse en el precepto recordado la expresión “facultad” para referirse a la atribución de los tribunales de administrar justicia.

El referido vocablo da a entender que esta actividad del Estado consiste en una mera prerrogativa o poder para juzgar con exclusividad las causas civiles y criminales, lo que resulta insuficiente, porque la jurisdicción –a más de constituir una potestad– implica la obligación, el deber de administrar justicia. Es, entonces, un poder-deber que da lugar a una verdadera función paralela a la legislativa y a la ejecutiva.

Así lo entienden la mayoría de los autores. Rosenberg, por ejemplo, afirma que “la jurisdicción, llamada también función de justicia o poder judicial, es la actividad del Estado dirigida a la realización del ordenamiento jurídico”. Schonte, por su parte, afirma que la “jurisdicción es el derecho y el deber al ejercicio de la función de justicia”, y Couture, en una definición que volveremos a utilizar más adelante, advierte que es “la función pública realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución”.

Ante la crítica enunciada, el Código Orgánico de Tribunales acude en apoyo de la Constitución de 1925 y lo hace en el artículo 10, cuyo inciso 2° prescribe que “reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse –se refiere a los tribunales– de ejercer su autoridad ni aun por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión”.

Sin embargo, este necesario refuerzo a la Constitución carecía de la supremacía de aquélla, quedando su permanencia y alcance entregados sólo al legislador, y su aplicación, por supuesto, al juez.

La Carta de 1980 dedica a la jurisdicción, especialmente, el artículo 73, ampliando y perfeccionando su conceptualización, alcance y contenido. En la primera parte del precepto se establece: "La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley", empleando prácticamente la misma redacción del artículo 1° del Código Orgánico de Tribunales.

Como puede apreciarse, el artículo citado, al igual que el artículo 80 de su antecesora, mantiene la expresión "facultad" respecto de la misión de los tribunales de administrar justicia.

No obstante, no podemos expresar las críticas que, por la misma redacción, formulamos al indicado artículo 80, porque el constituyente de 1980, junto con hablar de "facultad", cuida de dejar expresamente establecido el principio fundamental de la "inexcusabilidad", que hasta ahora tenía sólo fuerza legal en el artículo 10 del código mencionado.

En efecto, el inciso 2° del artículo 73 ordena a la letra: "Reclamada su intervención en forma legal –la de los tribunales– y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión".

Con el complemento indicado, la facultad de que habla el inciso 1° ha quedado transformada en un deber constitucional, como lo concibe la doctrina y los ciudadanos lo reclaman. Así, por lo demás, lo ha entendido la Corte Suprema en sentencia publicada en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, t. LX, 2a, pág. 5.

Parece justo recalcar que el inciso segundo del artículo 73 amplía el alcance de la "inexcusabilidad" del Poder Judicial ya reconocida en el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales, por cuanto el primero la hace aplicable no sólo al conocimiento de las contiendas –léase causas o juicios– como lo dice el segundo, sino, además, en general a "los asuntos" sometidos a su decisión, quedando comprendidos en ellos los actos judiciales no contenciosos. Ambas disposiciones sólo exigen que la intervención del órgano jurisdiccional sea reclamada en forma legal, a la que nos referiremos en el acápite siguiente.

La labor jurisdiccional no consiste sólo en aplicar la ley al caso particular de que se trata, ni bastan al juez para llevarla a efecto sus conocimientos jurídicos, por extensos que sean. Muchas veces la normatividad legal resulta insuficiente para determinar los factores que es necesario considerar para satisfacer los anhelos de justicia de la sociedad. Es ahí donde el magistrado –huérfano del auxilio del legislador, que es incapaz en ciertas ocasiones de

reglamentar las innumerables variantes que la vida ofrece— debe desarrollar una tarea eminentemente más personal y subjetiva; hacer uso de su conciencia, sus sentimientos, sus experiencias, su criterio jurídico, en suma, lo mejor de sí. Cuando ello ocurre, hablamos del juez creador o integrador del derecho, y el elemento que emplea es la equidad. Debe elegir mediante su ciencia y su conciencia la decisión justa del litigio que no encuentra en los códigos e incluso frecuentemente tampoco en la propia jurisprudencia ni en la doctrina, aunque estas últimas puedan prestarle valioso auxilio.

Consciente de lo anterior, como hemos recordado, el artículo 10 del Código Orgánico de Tribunales obliga al juez a dirimir la contienda aun ante la falta de ley que la resuelva, recurriendo a la equidad. Y, por su parte, el numerando quinto del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, en el mismo evento, impone el deber de enunciar en la sentencia los principios de equidad con arreglo a los cuales la pronuncia.

Las disposiciones citadas establecen la llamada jurisdicción de equidad, a la que acuden frente a la carencia de preceptos legales aplicables al asunto que debe resolver el juez.

Este tipo de jurisdicción, durante la vigencia de la Constitución de 1925, sólo tenía categoría meramente legislativa. Hoy, en cambio, está amparado y reconocido por una norma de rango superior. En efecto —según ya se consignó—, el inciso segundo del artículo 73 de la nueva Carta extiende el principio de la inexcusabilidad judicial aun en los casos de falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a la decisión de un tribunal, para lo cual deberá emplear la equidad.

De lo dicho, por tanto, resulta que la jurisdicción de equidad, en los términos expresados, no puede en el futuro ser desconocida o atenuada por el legislador, lo que asegura la independencia del Poder Judicial y acentúa la calidad de los jueces de creadores e integradores del derecho. Tampoco podría disponer que se recurra a ella si existe un precepto legal aplicable al caso sometido a su decisión.

Debemos recalcar que la jurisdicción de equidad sólo es permitida en la Constitución con el carácter de supletoria, esto es, ante la falta de ley que resuelva el asunto o contienda. Si ella existe, el juez queda sometido a sus preceptos, aunque, naturalmente, empleará también en su aplicación la equidad, tomada en el sentido de buscar siempre una decisión justa y ecuánime.

La calidad supletoria de la jurisdicción de equidad no debe confundirse con las facultades interpretativas del juez respecto de la ley. En este último

campo también le es permitido emplear la equidad natural, pero sin tener el carácter secundario de la primera.

En efecto, mientras la jurisdicción que nos preocupa constituye al juez en un creador o integrador del derecho sólo ante la carencia de normas legales, está plenamente facultado para emplear la equidad natural al fijar el alcance, la extensión y el sentido de la ley, es decir, al interpretarla.

Es atendiendo a lo dicho que el artículo 24 del Código Civil es perfectamente constitucional cuando estatuye que, en el caso que señala, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios de la ley del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. No se trata aquí de un caso de jurisdicción de equidad, sino simplemente de una atribución interpretativa de la ley.

3. Amparo constitucional de la acción procesal

He recordado en el acápite anterior que se ha elevado a calidad de constitucional, con la extensión señalada, la base fundamental de la administración de justicia, denominada "inexcusabilidad" de la misma, en cuanto a que, reclamada la intervención de los tribunales, no podrán negarse a ejercer la actividad jurisdiccional solicitada.

Lo anterior determina la necesidad de construir el mecanismo adecuado para que los particulares puedan efectuar el "reclamo" que produzca el efecto requirente de dicha actividad. Y ese mecanismo es la acción procesal.

Superada ya la concepción privatista de la acción y lejana en más de un siglo la esclarecedora querrela entre Winscheid y Müther respecto del contenido y sujeto de ella, nadie duda que en este término se subentiende el poder de acudir a los órganos del Estado para que ejerzan la función jurisdiccional y diriman una determinada pretensión jurídica. Mediante ella se permite cumplir la jurisdicción y constituye un verdadero derecho a ella.

La doctrina moderna concibe la acción como un derecho autónomo que nace de la simple ocurrencia de alguna situación litigiosa –justificada o no– insatisfecha por las demás vías que permiten su solución. Le corresponde a todo individuo que aspira a la tutela jurisdiccional, como un atributo de su personalidad, habiendo sido reconocido así en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1948.

Da nacimiento al proceso y según Alcalá Zamora es su fuerza impelente;

tiene un carácter marcadamente público y social, porque no sólo satisface el interés particular de quienes requieren del Estado administrar justicia, sino también el de la colectividad, que por su intermedio aspira al respeto y vigencia del derecho a través de su aplicación a un asunto litigioso concreto y determinado.

Precisadas las ideas anteriores, corresponde dilucidar si la acción, esto es, el derecho a la tutela jurisdiccional, adquiere rango constitucional y, por tanto, se impone al legislador o simplemente queda entregada a la voluntad de éste.

Couture, en su *Fundamentos de Derecho Procesal Civil* y otras obras, se preocupa extensamente del problema y llega a la conclusión que la acción, como derecho a la jurisdicción, es una manifestación de la garantía constitucional de petición. Opina que la prerrogativa de pedir se manifiesta en relación con todos los poderes del Estado, sin que pueda excluirse de sus destinatarios al Judicial. El derecho de petición, afirma, es el género y la acción es la especie.

Las explicaciones de Couture podrían tener atinencia con la Constitución de 1925, que en el N° 6 del artículo 10 estatúa el "derecho de presentar peticiones a la autoridad constituida, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes", precepto que la actual Constitución reproduce en el N° 14 del artículo 19.

Hoy día, inoficioso resulta, en mi concepto, distraerse en dilucidar si el derecho a la acción queda o no involucrado en el de petición. Con menor esfuerzo puede sostenerse que lo está en el mandato dirigido al legislador de proporcionar igual protección a todas las personas en el ejercicio de sus derechos, dispuesto en el inciso 1° del N° 3 del artículo recién citado.

Al asegurar la Constitución la protección de la ley en el ejercicio de los derechos de los particulares, naturalmente comprende también el de provocar la función jurisdiccional del Estado. Esto resulta evidente si se tiene en cuenta que en el inciso segundo del N° 3 del artículo 19, y por tanto, íntimamente ligado a esta garantía, que está en el primero, se dice que toda persona tiene derecho a defensa jurídica; en el acápite subsiguiente, que la ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos; y en los posteriores se aclara que nadie puede ser juzgado sino por el tribunal que señala aquella, que toda sentencia debe fundarse en un proceso previo y que éste se regirá por un racional y justo procedimiento, a lo que nos referiremos luego.



Como puede apreciarse, del contexto del reiterado N° 3 del artículo 19 se desprende, sin lugar a dudas, que está dedicado a la jurisdicción, y que por tanto la obligación de la ley de otorgar igual protección a los individuos en el ejercicio de sus derechos, en el inciso que lo encabeza, va dirigida precisamente a la garantía de procurarle un expedito y directo camino para provocarla y obtener así, por parte del Estado, la aplicación del derecho a la situación litigiosa que sirve de fundamento a la pretensión involucrada en la acción.

Como conclusión, podemos decir que, según nuestro parecer y no creemos pecar de originalidad, el mecanismo destinado a reclamar la intervención del órgano jurisdiccional, en los términos señalados en el artículo 73 de la Constitución de 1980, esto es, la acción o derecho a la jurisdicción, tiene nivel constitucional y, en consecuencia, supremacía sobre el legislador, llamado sólo a reglamentar su igual y fácil ejercicio, pero jamás a entorpecerlo al extremo de vedar o perturbar esta garantía constitucional.

Por otra parte, el citado precepto del artículo 19 ordena al legislador asegurar la igual protección en el ejercicio de los derechos, constituyendo uno de ellos el de reclamar la intervención judicial, naciendo la obligación del tribunal de hacerlo, acorde con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 73.

Confirman lo expuesto los términos de la discusión de la Comisión presidida por el señor Ortúzar, suscitada en la sesión N° 100 de la misma, de 6 de enero de 1975, en la que sus miembros enfatizaron que, si bien la protección del libre acceso a la administración de justicia ya estaba comprendida en el N° 2 del tantas veces citado artículo 19, esto es, la garantía de la igualdad ante la ley, convenía acentuarla aún más. Para tal efecto se aprobó agregar el actual N° 3 a dicha disposición, que se refiere, como he dicho, específicamente al derecho a la acción. Naturalmente que también corresponde lo dicho a la excepción procesal, que, por las razones expuestas, queda comprendida en la garantía constitucional citada.

4. El proceso como garantía constitucional

La Constitución amplía considerablemente el contenido de la jurisdicción, en relación con lo dispuesto en la Carta de 1925, especialmente en cuanto a que no se limita aquélla a la función sólo de juzgar, sino también a un obligado conocimiento previo de los pormenores que configuran el juicio y el efectivo cumplimiento de lo resuelto.

En lógica armonía con lo expuesto, la Constitución vigente consagra en el N° 3 del artículo 19 que "toda sentencia de un órgano que ejerza

jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”, agregando que “corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

El constituyente mantuvo el criterio adoptado en el Acta Constitucional N° 3, de 13 de septiembre de 1976, referente a los derechos y deberes constitucionales, en cuanto eleva a la categoría de los primeros el llamado “debido proceso”.

Queda en claro, entonces, que de las tres posibles “desembocaduras” del litigio de que nos habla Alcalá Zamora para referirse a la autotutela, la autocomposición y el proceso, se atribuye rango constitucional a este último y se le considera como un antecedente indispensable de toda decisión judicial.

Uno de los elementos esenciales de todo juicio es el conocimiento que de él debe tomar el juez competente, con la finalidad de dirimir el conflicto jurídico sobre que versa. Para ello debe averiguar la legalidad de las pretensiones y alegaciones que se formulan, las probanzas que se rinden, etc. Desde el momento que una de las partes interpone la respectiva demanda hasta que el tribunal reconoce la justicia o razón de ella o la deniega en la correspondiente sentencia, se suceden una serie de actos promovidos por las partes o el juez, que, en su conjunto, toman el nombre de proceso.

Hasta no hace mucho, nos recuerda Alsina, este conjunto de actos que median entre la demanda y la sentencia se denominaba juicio, pero en el derecho moderno esta acepción ha sido reemplazada por la de proceso, que es mucho más amplia, ya que comprende todos los actos que realizan las partes y el juez, cualquiera que sea la causa que los origina, en tanto que juicio supone una controversia, es decir, una especie dentro del género.

Calamandrei define el proceso como la serie de actividades que se deben llevar a cabo para obtener la providencia jurisdiccional. Y para Carnelutti es la serie o secuela de actos que se realizan para la composición del litigio.

En el proceso, entonces, entran en contacto las partes y éstas con el juez. Pone al actor frente al demandado y a uno y otro frente al magistrado, cada uno con atribuciones y con deberes regulados por la ley. Se va desarrollando entre ellos una relación jurídica, continuada y progresiva, compleja, pero unitaria en su concepción, dirigida a un fin común: la solución justa del juicio.

En síntesis, el proceso es un instrumento destinado a pedir y hacer justicia y junto con ello a mantener la paz social. Convergen en él, entonces, tres tipos de intereses:

a) Uno meramente particular, que proviene de quien provoca la apertura del proceso, por estimar amagado algún derecho que tiene o cree tener, y de contra quien se hace valer esa pretensión. Ambos buscan, recíprocamente, un pronunciamiento que les favorezca, aunque constituya una injusticia.

b) Otro de carácter público, que nace del orden jurídico, interesándole al Estado su respeto y permanente mantenimiento. No se persigue con él, entonces, una sentencia favorable a alguna de las partes, sino una justa decisión; y

c) Un tercero, de índole social, que busca una sentencia cuyo mandato sea, además de justo, cierto, inmutable y eficaz, única manera como se procura la paz dentro de la vida en sociedad, la que todos sus miembros, cual más cual menos, desean y defienden.

Para que cada uno de estos intereses en juego logre plena concreción en la sentencia, menester es que, no obstante ser discrepantes, se conjuguen en el proceso, que procura darles en su seno armónica cabida, para así hacer nacer la verdadera justicia, respetada y eficaz. Esa es su grandeza .

Bien vale, por tanto, que el proceso haya adquirido rango constitucional. De esta forma, junto con constituir una garantía individual, como contrapartida es una limitación a la potestad jurisdiccional del Estado que evita la omnipotencia judicial.

Pero la necesidad de la tramitación previa de un proceso como antecedente fundante de toda sentencia del órgano que ejerce jurisdicción no es considerada suficiente garantía para el constituyente. En efecto, el inciso 5° del N° 3 del artículo 19 contiene un enfático mandato dirigido al legislador: "Establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos".

Entra, entonces, a ser mencionada en la Constitución una nueva institución jurídica procesal: el procedimiento, que, en términos muy simples, no es otra cosa que la determinación de cómo debe ser substanciado el proceso, a lo que se agrega su racionalidad y justicia.

Carácter esencial del derecho es la certeza, como ya lo hice notar. Pero esta certeza no existiría si el individuo que pide justicia no supiera

exactamente los actos que debe realizar para obtenerla, cuáles son las vías que debe recorrer para llegar al juez, para hacerse escuchar por él y para obtener, en concreto, aquella garantía jurisdiccional que la norma en abstracto promete. Las reglas de procedimiento, nos dice Calamandrei, son, en substancia, una especie de metodología fijada por la ley para servir de guía a quien pide justicia y, agregaría yo, también al juez llamado a otorgarla.

La finalidad del procedimiento no es hacer más complicado y menos comprensible el desarrollo del proceso, sino que, por el contrario, resulte más simple, más claro, más ordenado, más metódico y coordinado. Su objetivo es permitir a los litigantes reducir sus actividades al máximo y expresar en modos técnicamente apropiados sus peticiones, y señalar los términos dentro de los cuales el juez debe desarrollar actividades procesales, consiguiéndose una garantía para los derechos de todos, igualdad para hacerlos valer y seguridad en su reconocimiento.

Las normas de procedimiento deben tener obligatoriamente una concreción legal, según lo dispone el artículo 60 N° 3. Y es precisamente por ello que la Constitución manda al legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento, características que comunicará al proceso que regule.

La materia que nos preocupa fue especialmente tratada por la Comisión presidida por el Sr. Ortúzar en la sesión N° 101, celebrada el 9 de enero de 1975. Participaron activamente, a más de su presidente, los señores Diez, Silva Bascuñán, Evans, Guzmán y Ovalle. Concurrió como invitado el profesor de Derecho Procesal don José Bernales Pereira.

Se debatió extensamente la necesidad de introducir dentro de la Constitución las reglas del "debido proceso", pero se dudó si debía señalar en su texto todas y cada una de las condiciones que le daban este carácter. Se optó, para evitar que la Carta fuera una especie de enciclopedia, no entrar en detalles, bastando con consignar que el procedimiento que regule el desarrollo del proceso debía ser siempre racional y justo. De esta manera, como sostuvo el Sr. Diez, se daba un mecanismo fluido y flexible para que el procedimiento y por tanto el proceso pudieran ir evolucionando de acuerdo con el tiempo y los requerimientos sociales.

Lo dicho nos recuerda las palabras del insigne Couture: "Las formas procesales varían en el tiempo y en el lugar, ya sea bajo el aspecto escrito o de método oral; ya sea bajo la forma de principio inquisitivo o dispositivo; ya sea bajo la forma de proceso público o privado, etc."

Volviendo a la Comisión, en la sesión comentada se dieron muchos ejemplos

de un buen proceso; incluso el profesor Bernal recordó que el “debido proceso legal” viene de una larga tradición jurídica desde el tiempo de la Carta Magna, y señaló las condiciones que lo caracterizan en los Estados Unidos de Norteamérica.

Pero, como se dijo, primó la idea de utilizar las expresiones “racional” y “justo”, las que no se definieron expresamente, y que posteriormente se extendió a la investigación judicial por la Ley N° 19.519, de 16 de septiembre de 1997.

“Racional”, para el Diccionario de la Real Academia, es “lo perteneciente a la razón” y este vocablo, en la acepción más apropiada a lo que interesa, se define como: “orden y métodos en una cosa; justicia, rectitud en las operaciones o derecho a ejecutarlas”.

A su vez, “justo” es “lo arreglado a justicia y razón”; “lo que no tiene... ni más ni menos que lo que debe tener”.

En síntesis, el procedimiento y la investigación serán racionales y justos si comunican al proceso el orden y el método que dictan la razón, la rectitud y la justicia, cualidades que siempre el legislador debe atribuirles por mandato constitucional.

Tal carácter tendrá, por ejemplo, el procedimiento que dé lugar a un proceso dialéctico en el que tengan cabida los principios de la igualdad, de la economía procesal, de la buena fe, de la bilateralidad, de la publicidad, de la doble instancia, de la autoridad de cosa juzgada, del expedito derecho a la acción, de la carencia de formulismos innecesarios, de la fundamentación de las sentencias, etc. Todo lo cual, indispensablemente, debe complementarse con la absoluta independencia del Poder Judicial, también garantizada por la Carta Fundamental.

Llamamos la atención a que el originario precepto constitucional que nos preocupa sólo atribuía la calidad de justo y racional al procedimiento, cualidades que extendió también a la “investigación” la Ley N° 19.519, de 16 de septiembre de 1997. Ello implica y refuerza que tales características deben ser aplicadas por el juez en el proceso penal, lo que le obliga a un actuar no sólo acucioso y legal, sino también equitativo y ecuánime, tomando en consideración las circunstancias particulares de cada situación, dentro, naturalmente, del marco legal.

Intimamente relacionado con lo anterior está la preocupación del constituyente por la adecuada y oportuna defensa de los derechos de las partes litigantes, lo que apunta a reafirmar el “debido proceso”.

Se manifiesta esta preocupación de dos maneras. La primera, declarando que “toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiese sido requerida”. Con ello se reconoce, a nivel constitucional, el carácter de auxiliar de la Administración de Justicia que ya da el Código Orgánico de Tribunales al abogado, muchas veces olvidado y en más de una desconocido.

La segunda forma como la Carta Fundamental promueve la conveniente defensa en juicio de los derechos de los individuos, se manifiesta al expresar que “la ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos” (Art. 19 N° 3, inc. 3°).

Al igual que en el caso anterior, se pretende asegurar que nadie se vea privado de la adecuada defensa de sus derechos, aun cuando carezca de medios económicos para ello, puesto que es deber ineludible del legislador proporcionar los recursos para obtenerla. Actualmente se otorga, con limitaciones, por intermedio de corporaciones destinadas al efecto, las Facultades de Derecho, la intervención de los abogados de turno, etc., actividades que deberán ser estimuladas y fortalecidas por el Estado, en cumplimiento del mandato constitucional tan claramente dirigido al legislador. El nuevo sistema procesal penal acata tal mandato.

5. Ausencia de efectiva protección constitucional de la inmutabilidad de las decisiones judiciales

Hemos afirmado que el derecho a provocar la actividad jurisdiccional del Estado tiene debida protección en la actual Constitución. Desgraciadamente no podemos hacer igual aseveración respecto de la fijeza de los pronunciamientos derivados de tal actividad, lo que trataremos de demostrar.

La función jurisdiccional comprende, según el artículo 73, el conocimiento, la resolución y el cumplimiento de lo juzgado, respecto de las causas civiles y criminales.

Lo primero –el conocimiento– se adquiere, como hemos visto, mediante el proceso, que, al igual que la acción procesal, alcanza rango constitucional en el inciso 5° del N° 3 del artículo 19 de la Carta.

La resolución de los litigios no es otra cosa que la declaración por el juez en la correspondiente sentencia del derecho en el caso concreto de que se trata.



En cuanto al cumplimiento de lo resuelto, el constituyente ha puesto énfasis en los incisos 3° y 4° del artículo 73, de la fuerza compulsiva de los pronunciamientos judiciales.

Sin embargo, no obstante el cuidado puesto por la Constitución en el contenido de la función jurisdiccional, ha guardado silencio en cuanto a la inmutabilidad de los derechos reconocidos, constituidos o amparados en las decisiones de los tribunales.

Dicho de otra manera, no se contempla en forma directa y clara, con rango constitucional, la autoridad de cosa juzgada que emana de las decisiones jurisdiccionales cuando adquieren el estado de firmes o ejecutoriadas.

Los autores –si bien discrepan de la facultad de hacer cumplir lo resuelto por parte de los tribunales como un elemento integrante de la jurisdicción– mantienen cierta unanimidad de criterio en darle ese carácter a la autoridad de cosa juzgada.

Para demostrarlo, bástenos citar, por ejemplo, a Couture, que, a más de reconocerlo en la definición de jurisdicción que anteriormente transcribimos, reitera que “la cosa juzgada pertenece a la esencia de la jurisdicción. Si el acto no adquiere real o eventualmente autoridad de cosa juzgada, no es jurisdiccional. Si un acto adquiere autoridad de cosa juzgada es jurisdiccional. No hay jurisdicción sin cosa juzgada”.

Reimundín, a su vez, afirma que “la jurisdicción se manifiesta como la actividad que los jueces ejercen en nombre del Estado actuando la ley con la eficacia de la cosa juzgada”.

Es aun más explícito Ibáñez Frochamm, para quien: “En el sentido estricto sólo hay jurisdicción en la función de declarar el derecho al caso controvertido con efecto de cosa juzgada; función que compromete a determinados órganos que son los jueces del país”.

Igual criterio ha sustentado la Corte Suprema al expresar en una sentencia publicada en el Tomo LXV, Segunda Parte, Sección Cuarta, pág. 2, de la Revista de Derecho y Jurisprudencia, que “la función jurisdiccional está constituida por actos procesales que corresponden a una tramitación específica, destinada a la comprobación por los medios legales de una situación jurídica sujeta a controversia, la cual una vez declarada, produce cosa juzgada”.

Creemos que, conforme a lo dicho, debió darse carácter de norma suprema al efecto de la autoridad de cosa juzgada y no dejarse entregada a la

voluntad del legislador, como ya lo había expresado el Presidente de la Corte Suprema en la cuenta rendida por mandato del Código Orgánico de Tribunales, el 1° de marzo de 1976, refiriéndose al D.L. N° 1283.

Debemos, sí, reconocer que la Constitución ha sido cuidadosa en proteger la independencia del Poder Judicial, lo que, en cierta medida, garantiza la inmutabilidad de sus decisiones. Este criterio se advierte, entre otras y en lo que ahora interesa, por ejemplo, en la prohibición impuesta al Presidente de la República y al Congreso de, en caso alguno, hacer revivir procesos fenecidos y revisar los fundamentos de las resoluciones judiciales, contemplada en el mismo artículo 73. Pero tal prohibición no va dirigida al propio Poder Judicial, para quien la autoridad de cosa juzgada sólo tendrá la fuerza legal que emana principalmente de los artículos 175 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, sin la magnitud de la norma constitucional.

También percibimos que la aludida prohibición impuesta al Presidente de la República y al Congreso es más amplia que la establecida en el artículo 80 de la Carta anterior. En efecto, mientras esta última los inhibe a ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes o hacer revivir procesos fenecidos, el artículo 73 de la actual, además, les impide revisar los fundamentos o contenidos de las resoluciones de los tribunales.

Pero la certeza del derecho reconocido en una sentencia estará verdaderamente protegida si se sobrepone no sólo a las actuaciones del Presidente de la República y del Congreso, sino incluso al propio órgano jurisdiccional por mandato de la Carta Fundamental.

La autoridad de cosa juzgada que emana de las resoluciones judiciales no sólo cumple con el propósito de cuidar la certeza de los derechos en ellas establecidos, esto es, acentuar la seguridad jurídica, sino, además, promover la paz social, que se verá afectada con la instauración indefinidamente reiterativa de los juicios que versan sobre las mismas materias. Es, como dice Liebman, una razón de utilidad política y social la que hace inmutable el mandato cuando el proceso haya llegado a su conclusión con la preclusión de las impugnaciones contra la sentencia pronunciada en él mismo.

Lejos están ya las teorías de Savigni y Pothier que justificaban la inmutabilidad de los fallos jurisdiccionales en la ficción o presunción de verdad que surgiría de ellos. Otro tanto ocurre con las sostenidas por Pagenstcher y Rocco, que pretendieron fundamentar la autoridad de cosa juzgada en fines meramente prácticos o en el agotamiento de la acción por su ejercicio.



Hoy nadie duda que la razón de ser de la inmutabilidad de las declaraciones contenidas en las sentencias descansa, según ya se dijo, en la seguridad jurídica, que da estabilidad a las relaciones de derecho y el orden y la paz social amagados con la promoción de un litigio, por particulares que sean los intereses en él involucrados. Si una vez ese orden y esa paz fueron amenazados con la instauración del juicio, fallado éste, lo resuelto adquiere certeza y no puede revocarse, con las consecuentes perturbaciones para la tranquilidad social, cuyo mantenimiento es función primordial del Estado.

Lo afirmado justifica nuestra inquietud al constatar que la inmutabilidad de las decisiones judiciales no ésta claramente protegida en la Constitución respecto del propio Poder Judicial, como sucede en relación con las facultades del Presidente de la República y del Congreso Nacional.

Los valores envueltos en la autoridad de cosa juzgada –la seguridad jurídica y el orden y la paz social– no pueden quedar sólo entregados al cuidado del legislador, cuyas regulaciones, siempre cambiantes según el tiempo y las circunstancias, no ofrecen suficiente garantía si carecen de un mandato constitucional que las oriente y las limite con precisión y estrictez. Bien dice, entonces, Liebman que el instituto de la cosa juzgada pertenece al Derecho Público y, propiamente, al Derecho Constitucional.

Naturalmente que la certeza que propiciamos con rango constitucional, efectiva forma de otorgar seguridad jurídica al titular de un derecho reconocido judicialmente, y paz a la sociedad, debe estar sujeta a ciertas limitaciones que la propia Carta se encargaría de estipular.

Se nos ocurre que la Constitución debería prescribir que el efecto de cosa juzgada únicamente debe emanar de sentencias firmes o ejecutoriadas, dejando a la ley la atribución de determinar cuándo adquieren ese estado. Así, ésta cuidaría que no resultaran afectadas con la inmutabilidad de las decisiones aquellas relaciones llamadas continuativas –las alimenticias, por ejemplo–, que se desarrollan a través del tiempo y están sujetas a elementos esencialmente variables, de manera que los hechos que sobrevengan puedan influir en ellas, haciendo, por consiguiente, desaparecer el valor de la sentencia, como también exigir cambios en la determinación que hizo previamente.

Enseguida, la reglamentación constitucional de la materia que nos preocupa, podría precisar que la sentencia ejecutoriada fuere el producto de un debido proceso, es decir, que este último cumpliera con las condiciones esenciales propias de un instrumento apto para hacer justicia.

También sería conveniente que la Carta precisara o encomendara al legislador determinar que la autoridad de cosa juzgada es esencialmente relativa, en cuando sólo impida la renovación del juicio respecto de uno anterior si concurren las identidades enunciadas en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, las disposiciones constitucionales contemplarían, o encargarían a la ley hacerlo, las excepciones que estrictamente sean necesarias para evitar injusticias notorias, como sucede con los motivos que habilitan hoy día para interponer el recurso de revisión, el que, también constitucionalmente, estará sometido al conocimiento de la Corte Suprema.

En todo lo demás, la inmutabilidad de los mandatos judiciales queda entregada a la regulación de la ley. Pero aceptamos incluso su solo reconocimiento constitucional, encargándose a ésta la reglamentación pertinente.

Podrá sostenerse que la inmutabilidad deseada estaría asegurada por la circunstancia de prometer la Constitución, en el N° 24 de su artículo 19, el derecho de propiedad sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales, incluidos, por tanto, los reconocidos judicialmente.

Aun cuando así fuere, echo de menos en la Carta una declaración mucho más directa sobre la situación planteada, no bastando su tácita inclusión en la norma general protectora del derecho de dominio. La institución carecería de las directrices mínimas de orientación para su desarrollo legislativo.

Así, como tan perentoriamente –y con toda razón– prohíbe al Presidente de la República y al Congreso revivir procesos fenecidos, podría haber empleado igual criterio respecto del propio Poder Judicial, con las excepciones a que nos hemos referido.

Por otra parte, tal como la Constitución garantiza con tanto énfasis en los incisos 3° y 4° del citado artículo 73 la fuerza compulsiva de las sentencias –esto es, la acción de cosa juzgada–, el mismo temperamento debió utilizar para remarcar la inmutabilidad y permanencia de los derechos en ellas establecidos, a través de la excepción de cosa juzgada como forma efectiva de proporcionar seguridad jurídica a los individuos, componente indispensable de una cumplida e idónea administración de justicia. De esta manera, las controversias jurídicas quedarán definitivamente resueltas y la paz social por ellas vulnerada, restablecida con el sello de garantía de un precepto constitucional y no meramente legal, que impida reabrir para siempre el debate que las motivó.



Ponemos término a estas reflexiones, que para más de alguien puedan resultar atrevidas, recordando las sabias palabras del maestro Carnelutti que, reconociendo el peligro de error que toda decisión judicial lleva en sí, como obra humana que es, expresa: "Sin embargo, al llegar a un cierto punto, es necesario terminar. El proceso no puede durar eternamente. Es un final por agotamiento, no por obtención del objeto. Un final que se asemeje a la muerte más que al cumplimiento. Es necesario contentarse. Es necesario resignarse. Los juristas dicen que, al llegar a un cierto punto, se forma cosa juzgada; y quieren decir que no se puede ir más allá".



El proceso penal oral y el debido proceso

Héctor Oberg Y.

Profesor de Derecho Procesal
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El mensaje del Poder Ejecutivo con que se acompañó la reforma procesal penal –13 de junio de 1995– dejó sentadas ciertas premisas que deben tenerse en cuenta cuando se examine el Código Procesal Penal, pudiendo mencionarse entre otras el “satisfacer las exigencias del debido proceso, respetar los derechos y garantías de las personas, reemplazar el proceso penal para transformarlo en un juicio genuino, público y contradictorio, con igualdad de armas entre el Estado y el inculpado y con plena vigencia de la oralidad, la oportunidad y la mediación”.

Este Código establece entonces bases procedimentales de un nuevo sistema procesal penal que abandona el modelo inquisitivo y avanza hacia otro con una orientación de carácter acusatorio, y que respeta, desde luego, “las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”, y que termina por regla general con una sentencia fundada “en un proceso previo legalmente tramitado”.

Se inicia el texto del Código con una explicación de los principios básicos que regirán el enjuiciamiento criminal en nuestro sistema jurídico.

Se trata de la especificación de los contenidos en la Constitución Política de la República y en los tratados internacionales de derechos humanos, que constituyen las bases a partir de las cuales se procedió al diseño del nuevo sistema.

Esos principios, más otros recogidos en diversos artículos del Código, dicen relación con las siguientes materias:

1. Introducción del juicio oral ante un tribunal imparcial como único fundamento de la dictación de condenas y aplicación de penas (artículo 1°).
2. Principio de inocencia (artículo 4°).
3. Principio de protección de los intereses de la víctima (artículos 6°, 78, 109 y siguientes).

4. Derecho a defenderse y a ser asistido por un defensor letrado durante todas las actuaciones del procedimiento (artículos 8°, 10, 102 y siguientes).
5. Adecuación del sistema a los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile (artículo 10).
6. Simplificación de las formas de comunicación entre autoridades del Estado y la forma de realizar las notificaciones y las citaciones (artículos 19 al 33).
7. Prohibición de delegar funciones en funcionarios subalternos de los tribunales cuando la ley exige la participación del juez (artículo 35).
8. Obligación de fundamentar las resoluciones de los tribunales, entendiendo que la simple relación de documentos o de determinadas actuaciones no cumple con dicha exigencia (artículo 36).
9. Registros resumidos de las actuaciones que se realicen durante la instrucción, tanto judiciales como del ministerio público (artículos 39 al 44)
10. Aumento del catálogo de delitos de acción pública previa instancia particular y de los delitos de acción privada (artículos 53 al 58).
11. Instrucción e investigación desformalizada, a cargo del ministerio público (artículos 77 y 78 y 180 al 258).
12. Dirección funcional del ministerio público sobre la actividad investigativa policial (artículos 79 al 92, 180).
13. Decisión previa del juez de garantía de la instrucción para realizar las actuaciones o tomar medidas que puedan importar afectación de derechos fundamentales, salvo hipótesis de excepción, en las cuales el control del juez se realiza ex post (artículos 9°, 70, 205, y 206).
14. Publicidad de las actuaciones de la instrucción para los intervinientes en el procedimiento, salvo hipótesis de excepción (artículos 44, 182).
15. Formalización de la investigación como sistema de imputación formal de delitos ante el tribunal. Efectos de la formalización (artículos 229 y siguientes).
16. Existencia de un plazo absoluto legal para el cierre de la investigación y de la facultad judicial para fijar un plazo menor a éste para la protección del imputado (artículo 247).



1. Introducción del juicio oral ante un tribunal imparcial como único fundamento de la dictación de condenas y aplicación de penas

Acorde con el mensaje, el eje del procedimiento propuesto está constituido por la garantía del juicio previo, es decir, por el derecho de todo ciudadano a quien se le imputa un delito a exigir la realización de un juicio ante un tribunal imparcial que resuelva por medio de una sentencia si concurren o no concurren los presupuestos de aplicación de una condena, de una pena o de una medida de seguridad.

Como elemento integrante de esta garantía básica, se consagra el sistema oral para asegurar que el conjunto de actos que constituyen el juicio se realicen de manera pública, concentrada, con la presencia permanente de todos los intervinientes y sin admitir la posibilidad de mediaciones o delegaciones.

Con la oralidad se pretende obtener un mecanismo idóneo para lograr en el proceso contradicción, concentración, inmediación y publicidad.

Se busca con ello cambiar fundamentalmente el modo en que los jueces conocen de los diferentes casos para su resolución, pasando del sistema de la lectura de expedientes a uno en que la percepción tanto de las pruebas como del debate de las partes se realice de forma directa, en el juicio, delante de los jueces.

Pero además de constituir en sí mismo una garantía, se piensa que el juicio público y su realización por el método oral constituyen un mecanismo indispensable para que la administración de justicia cumpla con las demás funciones que la sociedad le encomienda.

Una de ellas es la de resolver los conflictos, en este caso penales, de un modo que sea percibido como legítimo por la comunidad, con miras a reforzar la confianza de la ciudadanía en el sistema jurídico. Esta función difícilmente puede ser cumplida si los actos constitutivos del proceso no son accesibles a no resultan comprensibles al conjunto de la comunidad.

El juicio público ha demostrado tener la capacidad de permitir una adecuada socialización del trabajo del sistema judicial y de mejorar su percepción por parte del común de la gente. En este mismo sentido, el establecimiento del juicio como núcleo del sistema busca destacar la figura del juez como actor principal del sistema.

Otra función que el proceso penal público está llamado a desempeñar dice relación con su efecto preventivo general –que normalmente se atribuye

a la etapa de ejecución de la pena—, en la medida en que permite socializar más directamente el mensaje de que existe una respuesta estatal rigurosa respecto de los actos que la sociedad considera inaceptables, inhibiendo con ello a quienes pudieren pretender llevarlos a cabo en el futuro.

No cabe duda alguna de que la publicidad permitirá obtener transparencia, control y legitimidad de la función judicial, reemplazará el sistema escrito y el régimen de pruebas, establecerá una completa diferenciación de funciones entre la parte persecutoria y acusadora, por un lado, y la función falladora, por el otro, y suprimirá completamente el sistema de delegaciones y funciones judiciales, puesto que éstas serán ejercidas por los jueces de modo oral en el juicio, en el cual deberán estar permanentemente presentes, como requisito de validez del mismo.

La piedra angular de este principio está en el artículo 1º, que dispone que ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial, previo juicio oral y público.

La idea de que una persona sólo puede ser condenada previo juicio oral público, si bien parece razonable, no se ajusta a la realidad, ya que se puede renunciar a él, e incluso existen salidas alternativas o procedimientos abreviados que lo hacen innecesario.

Se aclara que el derecho del imputado a juicio oral no obsta a que, mediando su consentimiento, puedan utilizarse formas abreviadas.

Respecto de las dudas planteadas a la no consideración del procesado en las diversas hipótesis en que la norma se coloca —condena, pena, medida de seguridad—, se debe a la supresión o eliminación del auto de procesamiento.

En el Código Procesal Penal no hay procesamiento; hay una formalización de la investigación, que se le asemeja, pero que no lo reemplaza literalmente.

Mas para que una persona pueda ser condenada o penada o sometida a una medida de seguridad, tiene que haber una investigación y una acusación previas.

Lo anterior, por cuanto la previa existencia de una acusación, precedida de la investigación, ejercida y sostenida por sujeto diferente del órgano acusador, configura la esencia inexcusable del sistema acusatorio.

En un determinado sentido, bastaría afirmar, así, que el sistema acusatorio



se caracteriza por el hecho de precisar de una acusación a efectos de incoar el proceso penal, para deducir inmediatamente que tal acción deberá ejercerse por un sujeto diferente de aquel que juzgará.

2. Principio de inocencia

El fundamento de este principio, que el Código Procesal Penal recoge explícitamente en su artículo 4°, aparece claramente expresado en el mensaje, en los términos que pasan a indicarse.

Acorde con él, el imputado debe ser considerado y tratado como inocente mientras no se acredite su culpabilidad por medio de una sentencia condenatoria firme.

Quien es objeto de un procedimiento criminal en calidad de imputado no debe sufrir, en principio, ningún detrimento respecto del goce y ejercicio de todos sus derechos individuales en tanto éstos no se vean afectados por la imposición de una pena.

No obstante, a partir del reconocimiento de la necesidad de proteger los objetivos del procedimiento respecto de actuaciones del imputado que pudieren afectarlos, se autoriza al juez para adoptar un conjunto de medidas específicas debidamente fundadas, que restringen los derechos del imputado, cuando ello parezca indispensable para garantizar su comparecencia futura a los actos del procedimiento o al cumplimiento de la pena, o para proteger el desarrollo de la investigación o a las víctimas, o para asegurar los resultados pecuniarios del juicio.

Entre los principales efectos que habrá de producir la aplicación del principio de inocencia, cabe destacar:

- La eliminación de todas las formas de prejuicio judicial que impliquen detrimentos provisionales respecto de la persona del imputado;
- La aplicación de cualquier medida cautelar personal es excepcional y la normativa que la consagra tiene que ser interpretada en forma restrictiva;
- La imposición de medidas cautelares debe ser dispuesta siempre por decisión judicial, y procederán bajo determinadas circunstancias que nunca dejarán al juez impedido de decretarlas, si la penalidad del hecho las justifica;
- La carga de la prueba en el proceso recae en el fiscal, por lo cual la persona no debe probar su inocencia.

- La supresión del arraigo de pleno derecho, como sucede hoy en día por el hecho de dictarse auto de procesamiento.

Pese a haber concordancia en cuanto a la validez de este principio, él podría generar serias dificultades durante la sustanciación del proceso, particularmente respecto de las medidas cautelares, ya sea por las diversas interpretaciones que suele otorgarse a tal garantía o por el grado de extensión que se les atribuye.

Al margen de lo anterior, hay que estudiar este principio en relación con aquellos casos excepcionales en que es posible presumir legalmente la responsabilidad penal.

Lo que se pretende es terminar con el hecho de que la persona sometida a proceso y, ahora, la persona a la que se le formalice la investigación, vaya automáticamente a prisión preventiva. Lo será solo en el caso de que el juez estime que concurren los requisitos correspondientes.

3. Principio de protección de los intereses de la víctima

El proyecto incorpora a la víctima y la satisfacción de sus intereses como uno de los objetivos relevantes del procedimiento penal.

En virtud de este principio, se impone a los fiscales del ministerio público, a los funcionarios judiciales, a la policía y a los demás auxiliares de la administración de justicia, la obligación de velar por los intereses de la víctima, otorgarle un trato adecuado a su condición de ofendido y garantizar sus derechos durante el procedimiento.

Se otorga a la víctima el carácter de sujeto procesal aun en el caso de que no intervenga como querellante, reconociéndole un conjunto de derechos que busca romper su actual situación de marginación, el derecho a ser informada del resultado del procedimiento; a solicitar medidas de protección en favor suyo y de su familia ante eventuales futuros atentados; a ser oída antes de resolverse el sobreseimiento definitivo o la suspensión del procedimiento, y a recurrir contra el sobreseimiento definitivo o la sentencia absolutoria.

Con la misma orientación de hacer relevante la posición de la víctima en el procedimiento criminal, se plantea la mantención de la posibilidad de la querella como modo de intervención formal en el procedimiento, considerándose, adicionalmente, que el querellante puede incluso forzar una acusación, aun en contra de la opinión del fiscal, a la cual se le podrá

dar curso cuando a juicio del juez de garantía de la instrucción exista mérito suficiente para ello.

Le asiste también a la víctima la posibilidad de poner término al proceso por acuerdo directo con el ofensor, tratándose de bienes jurídicos disponibles, mediante el mecanismo de los acuerdos reparatorios.

Se mantiene la posibilidad de la demanda civil en el procedimiento criminal con algunas innovaciones destinadas a favorecer la posición de los afectados por los resultados del delito.

La primera de ellas consiste en informar sobre su eventual derecho a indemnización y la forma de impetrarlo, y remitir los antecedentes, en su caso, al organismo del Estado que tuviere a su cargo la representación de la víctima en el ejercicio de las acciones civiles; la segunda, en la obligación del tribunal de pronunciarse sobre la demanda civil aun en el caso de sobreseer al imputado.

4. Derecho a defenderse y a ser asistido por un defensor letrado durante todas las actuaciones del procedimiento

El derecho a defensa es considerado como uno de los polos centrales del desarrollo del proceso, por ser indispensable para que las personas imputadas por un delito tengan plena igualdad de oportunidades para la obtención de una decisión justa.

Este principio abarca el derecho a la defensa y a la asistencia de un defensor letrado, gratuito, en el caso de que el imputado no cuente con uno propio, quien podrá ejercer los derechos del imputado desde las etapas iniciales del procedimiento.

De modo especial, le asisten los derechos de: acceder a los antecedentes de cargo que el ministerio público haya recopilado, salvo casos muy excepcionales; solicitar diligencias de instrucción; asistir a las que se decreten; ser notificado de todas las actuaciones que se realicen en el procedimiento; conocer, en forma precisa, los cargos que se le imputan, y a la libre comunicación entre defensor letrado e imputado.

Otro punto interesante de destacar es que la presencia del defensor en determinadas audiencias se constituye en un requisito de validez de las mismas, con lo cual se asegura que éstas no generen situaciones de indefensión.

5. Adecuación del sistema a los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile

Este principio importa la aplicación directa de las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos relevantes en cuanto a la regulación del procedimiento penal.

Para tales efectos, cabe tener en consideración:

Desde el punto de vista constitucional, la igualdad ante la justicia y el derecho a la libertad personal.

La igualdad ante la justicia supone no solamente un trato igualitario a todas las personas comprometidas o sometidas a un mismo proceso o juicio, sino también el derecho de quienes son juzgados en un juicio determinado a recibir el mismo trato que en otros juicios o procesos hayan recibido otras personas en una misma situación.

La igualdad ante la justicia, consagrada en el artículo 19 N° 3 de la Constitución, importa el derecho a la defensa (párrafos segundo y tercero), la legalidad del tribunal (párrafo cuarto), la legalidad del juzgamiento (párrafo quinto), la exclusión de presunciones de derecho en materia penal (párrafo sexto), la irretroactividad de la ley penal (párrafo séptimo) y el principio de la tipicidad (párrafo octavo).

El derecho a la libertad personal, consagrado en el artículo 19 N° 7 de la Constitución, se traduce, en lo que a la libertad personal se refiere, en el conjunto de garantías que impide la privación o limitación arbitraria de la libertad.

De esta forma:

- Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta ser restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes (letra b).

- Nadie puede ser detenido o arrestado si no se cumplen ciertos requisitos legales (letra c): básicamente, una orden de funcionario público competente e intimidación de la orden en forma legal.

- Nadie puede ser detenido o arrestado, sujeto a prisión preventiva o preso, sino en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto (letra d) párrafo primero).



- Los funcionarios públicos encargados de las casas de detención o prisión deben adoptar una serie de medidas tendientes a otorgar protección y defensa a las personas privadas de libertad (letra d) párrafos segundo y final).
- La libertad provisional procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad, debiendo la ley establecer los requisitos y modalidades para obtenerla (letra e).
- Existe prohibición de ejercer coacción física o moral para la obtención de confesiones (letra f).
- Se prohíbe imponer ciertas penas, como la confiscación de bienes, salvo respecto de las asociaciones ilícitas, y la pérdida de los derechos previsionales (letras g) y h).
- Se consagra la indemnización por error judicial (letra i).

Desde el punto de vista de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y vigentes:

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la Organización de las Naciones Unidas, de 1966.

Acorde con su artículo 9º: 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y en su casa, para la ejecución del fallo. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuere ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

- La Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada "Pacto de San José de Costa Rica", de 1969.

Su artículo 7° reitera los principios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sobre la libertad personal.

Su artículo 8°, sobre garantías judiciales, previene que: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no, según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Su artículo 9°, relativo a los principios de legalidad y de retroactividad, dispone: Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Su artículo 10 reglamenta el derecho a indemnización, conforme a la ley,

en favor de toda persona, en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.

Con este principio se pretende reforzar la noción de que el procedimiento penal se organiza a partir del desarrollo de los principios generales del ordenamiento jurídico que regula la relación entre el Estado y los ciudadanos y que se encuentran recogidos en los cuerpos normativos anteriormente transcritos.

En este sentido, se trata de hacer resaltar la importancia de esta normativa constitucional y de derecho internacional por sobre los mecanismos procesales específicos consagrados en la ley, con el propósito último de que los jueces se vean obligados a trabajar integrando las normas procedimentales con las de carácter constitucional e internacional, interpretando y aplicando las primeras de modo que den cumplimiento a las exigencias contenidas en las dos últimas.

6. Simplificación de las formas establecidas para la comunicación entre autoridades del Estado y para realizar las notificaciones y las citaciones

Se consagra un sistema de notificación y citaciones que, garantizando sus objetivos, tiene la flexibilidad suficiente para evitar un excesivo ritualismo o formalidad que entrase estas actuaciones. Al mismo tiempo se permite la utilización de algunos procedimientos tecnológicos modernos, como el fax o el correo electrónico, de manera de facilitarlas en la medida de lo posible.

De esta forma, se logra disponer de medios urgentes de comunicación, flexibilizar las normas que se proponen desformalizar y simplificar las notificaciones, citaciones y oficios, etc.

7. Prohibición de delegar funciones en funcionarios subalternos de los tribunales cuando la ley exige la participación del juez

Este principio está íntimamente vinculado al resguardo y efectiva aplicación de la intermediación. Significa que quien debe dictar las resoluciones y participar en las audiencias y demás trámites contemplados en la ley es el juez y no un funcionario subalterno. En el fondo se prohíbe que el actuario reemplace al juez.

El mérito de este principio es que, si se produce de hecho la delegación, pese a la prohibición legal, se puede reclamar y se abre la posibilidad concreta de impugnar la respectiva resolución o actuación.

8. Obligación de fundamentar las resoluciones de los tribunales, entendiendo que la simple relación de documentos o de determinadas actuaciones no cumple con dicha exigencia

El Código Procesal Penal intenta, mediante este principio, evitar la habitual práctica de fundamentar resoluciones judiciales sólo en términos formales, lo que produce, por una parte, un alto grado de insatisfacción en la ciudadanía al no cumplirse con el efecto socializador propio de las sentencias judiciales y, por otra, impide a las partes comprender la razón de lo decidido. Esto permite, a la vez, la creación de una jurisprudencia que determine de manera clara los parámetros de interpretación de las normas jurídicas.

El respeto de este principio hará que la eficacia de las resoluciones judiciales encuentre apoyo en una adecuada fundamentación de los motivos y consideraciones tenidas a la vista para resolver en un determinado sentido.

9. Registros resumidos de las actuaciones que se realicen durante la instrucción, tanto judiciales como del ministerio público

Dado que se elimina el sistema de expedientes judiciales, surge la necesidad de registrar las actuaciones que se realicen tanto por el ministerio público como por el juez de garantía, dentro de la etapa de la instrucción.

El registro de estas actuaciones debe ser sencillo. En primer lugar, porque carece de valor probatorio, y en segundo lugar, porque una excesiva formalización de éste podría llevar a un importante gasto de recursos en su elaboración.

10. Aumento del catálogo de delitos de acción pública previa instancia particular y de los delitos de acción privada

El Código Procesal Penal aumenta el catálogo de delitos de acción mixta, que en el nuevo Código se denominan de acción pública previa instancia particular, en los cuales no puede procederse de oficio sin que, a lo menos, la víctima haya denunciado el hecho. Ej., abusos deshonestos, bigamia, lesiones menos graves, violación de domicilio, violación de secretos, estafas y otros engaños, amenazas y delitos de la ley de propiedad industrial.

En cuanto al catálogo de delitos de acción privada, la lógica del Código Procesal Penal es la de reconocer que, en ciertos tipos, es el interés del ofendido y no el de la sociedad el que prima; por lo tanto, se deben

resguardar sus derechos, lo que importa que las acciones que deriven de esos hechos no pueden ser ejercidas por otra persona que no sea la víctima o su representante legal. Ej., delito por giro doloso de cheques, comunicación fraudulenta de secretos de la fábrica en que el imputado ha estado o está empleado.

11. Instrucción e investigación desformalizada a cargo del ministerio público

La persecución penal es una tarea fundamentalmente activa que requiere un compromiso de la organización con la promoción de intereses estatales concretos, como son la investigación de los delitos, su sanción y la satisfacción de las necesidades de las víctimas.

Se concibe a la instrucción como una etapa de preparación del juicio, en que una de las partes, el fiscal, con el auxilio de la policía y otros organismos especializados, debe investigar el hecho denunciado y reunir los medios de prueba que, en el momento oportuno, utilizará para respaldar su acusación frente al tribunal del juicio oral que deba dictar el fallo.

La actividad del fiscal durante la instrucción se caracteriza por su informalidad. Se lo faculta para desarrollar las diligencias que resulten técnicamente apropiadas para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades.

Se abandona, así, el modelo de instrucción formal en que el juez incorpora al expediente actuaciones de prueba que podrán servir directamente como fundamento a la sentencia.

Especialmente relevante resultan en esta etapa de la instrucción y de la investigación las facultades que se otorgan al ministerio público para organizar su trabajo de modo eficaz. Los criterios de asignación, agrupación, control y evaluación de casos no son regulados por la ley procesal, sino que su definición corresponderá a las autoridades del ministerio público, de acuerdo con lo que se disponga en la correspondiente ley orgánica. Con ello se espera dar lugar a una verdadera racionalización de la persecución penal a partir de criterios generales, emanados de un órgano con competencia técnica y con una visión de conjunto respecto de todo el sistema.

En el diseño planteado por el Código Procesal Penal, las amplias facultades del ministerio público durante la instrucción tienen como límite los derechos individuales de las personas.

Se señala el establecimiento de un plazo máximo de dos años para la instrucción a partir de la formalización de la investigación (artículo 247), en la convicción de que, una vez dirigida formalmente la investigación en contra de una persona, ella representa una carga que no puede ser prolongada indefinidamente en el tiempo. El juez puede, a su vez, restringir este plazo (art. 234).

12. Dirección funcional del ministerio público sobre la actividad investigadora policial

Para el cumplimiento de las funciones investigativas destinadas a esclarecer los delitos, resulta indispensable que el ministerio público cuente con facultades de dirección de la actividad policial. Por tal motivo, se le otorga el poder de dirigir la actividad policial en lo atinente a la investigación de los delitos, contando para ello con la posibilidad de emitir órdenes de investigar, como asimismo de amonestar a los funcionarios policiales que infrinjan las disposiciones legales relativas a su desempeño.

Los funcionarios policiales se encuentran en la obligación de cumplir las órdenes del ministerio público destinadas a la investigación del delito, debiendo guardar silencio respecto del resultado de éstas ante los medios de comunicación social o ante terceros ajenos al procedimiento respectivo. Asimismo, tienen la obligación de poner en conocimiento inmediato del ministerio público la comisión de cualquier delito de que tengan noticia o de cualquier investigación que hubieren iniciado, estándoles prohibido interrogar autónomamente al imputado.

Bajo la responsabilidad y autorización del ministerio público, puede la policía consignar las declaraciones que los imputados quisieran prestar, libre y voluntariamente.

13. Decisión previa del juez de garantía de la instrucción para realizar actuaciones o tomar medidas que puedan importar afectación de derechos fundamentales, salvo hipótesis de excepción, en las cuales el control del juez se realiza en forma "ex post"

En el diseño planteado por el Código Procesal Penal, las amplias facultades del ministerio público durante la instrucción tienen como límite los derechos individuales de las personas. En los casos en que su actividad afecte o pueda afectar esos derechos, procederá siempre la intervención judicial, en general previa, por medio de audiencias orales, en las que el juez de garantía



de la instrucción deberá calificar la legalidad de la actuación y cautelar por el respeto a los derechos de quienes puedan resultar afectados por ella.

Entre las medidas cautelares que requieren esta intervención judicial, estarán siempre las dirigidas en contra del imputado y también algunas actividades de investigación que puedan afectar sus derechos o los de cualquier otra persona.

El Código Procesal Penal, junto con enumerar un conjunto de medidas específicas que requieren este control, consagra la posibilidad de que el afectado requiera al juez, reclamando de cualquier otra actividad persecutoria que pueda implicar afectación de sus derechos.

14. Publicidad de las actuaciones de la instrucción para los intervinientes en el procedimiento, salvo hipótesis de excepción

Para que el derecho a defensa se ejerza de manera efectiva y se concrete el principio de igualdad de oportunidades dentro del procedimiento, resulta indispensable que el imputado y su defensor tengan acceso a los antecedentes de cargo y tomen conocimiento de la realización de cualquier diligencia que pueda afectar su posición en el juicio.

Sobre esa lógica, el Código Procesal Penal establece como regla general la publicidad respecto del imputado y su defensor de todas las actuaciones que se realicen durante la etapa de la instrucción.

La excepción vendría configurada por el secreto, el que puede ser decretado por el ministerio público por un máximo de cuarenta días, con el fin de resguardar la eficacia de la investigación.

No obstante, el imputado puede solicitar del juez de garantía que ponga término a dicho secreto, bajo la hipótesis de que se están afectando derechos de los intervinientes.

15. Formalización de la investigación como sistema de imputación formal de delitos ante el tribunal. Efectos de la formalización (arts. 229 y siguientes)

El Código Procesal Penal reemplaza el auto de procesamiento por la figura de la formalización de la investigación, como sistema de imputación formal de delitos.

La formalización de la investigación, que es una etapa muy preliminar en la investigación, es la manifestación formal realizada por el ministerio público en una audiencia celebrada en presencia del juez de garantía de la instrucción y de la persona imputada, más su defensor, por la cual se le comunica el hecho de encontrarse actualmente desarrollando una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados.

El que formaliza la investigación es el ministerio público no el juez. El juez, con su presencia, solemniza la situación.

La investigación no se puede conducir sin formalización, ya que ésta es la que provoca la intervención del juez, a partir de la cual se pueden decretar la detención, la prisión, el allanamiento y todas las demás medidas cautelares, personales o reales, que puedan vulnerar las garantías constitucionales.

Mediante la formalización, se delimita el ámbito de la persecución penal; se suspende la prescripción de la acción penal; se empieza a contar el plazo máximo durante el cual se podrá realizar la investigación, y el fiscal pierde el derecho a archivar provisionalmente los antecedentes.

Lo que debe tenerse en claro es que, para decretar cualquier medida cautelar, como la detención o la prisión preventiva, es necesario que haya formalización. Cualquiera de estas medidas que impliquen, de alguna manera, una afectación de los derechos individuales, supone autorización del juez, y no hay autorización de éste mientras no haya formalización de la investigación.

La formalización está establecida en favor de la persona investigada. Con ella, lo que se hace es formalizar la instrucción, hasta ese momento totalmente desformalizada.

16. Existencia de plazo absoluto legal para el cierre de la investigación y de la facultad judicial para fijar un plazo menor a éste para la protección del imputado

La excesiva duración de los procedimientos se constituye en una de las principales fuentes de deslegitimidad del sistema de justicia frente a la ciudadanía.

A la vez, la existencia de un proceso penal significa una carga o limitación para la persona objeto de persecución penal, cuestión que se agrava en la medida en que los procedimientos se extienden indeterminadamente en el tiempo.

En consideración a las reflexiones anteriores, en el Código Procesal Penal hay dos mecanismos tendientes a evitar una duración excesiva de la etapa de instrucción, en la medida en que pueda afectar en demasía los derechos del imputado y demás intervinientes.

El primer mecanismo consiste en el establecimiento de un plazo absoluto de dos años, que comienza a correr desde la formalización de la investigación, para que el ministerio público cierre la investigación, so pena de decretarse el sobreseimiento definitivo del respectivo procedimiento.

El segundo mecanismo consiste en la facultad que se otorga al juez de garantía para que, en la audiencia de formalización, fije un plazo inferior al fiscal con el objeto de que cierre su investigación, cuando lo considere necesario para cautelar las garantías de los intervinientes y siempre que las características de la investigación lo permitieren.



El justo y debido proceso en el derecho internacional

Aldo Monsálvez Müller

Profesor Titular de Derecho Internacional

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Ex Director Departamento de Derecho Internacional y Comparado

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

En nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución Política consagra el justo y debido proceso como una garantía amplia en el art. 19 N° 3 inc. 5°, al disponer que "Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos".

Constituye un derecho esencial o fundamental que emana de la naturaleza humana, cuyo reconocimiento es universal, y que es de responsabilidad de cuanto órgano ejerza jurisdicción o expida resoluciones que afecten los derechos inmanentes de toda persona.

El debido proceso, incuestionablemente, es una norma imperativa de derecho internacional general, o sea, *jus cogens* y, como tal, ha recibido la aceptación y el reconocimiento de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como norma que no admite acuerdo en contrario... (art. 53 de la Convención sobre Derecho de los Tratados).

Históricamente, en la evolución del principio, el Sr. Presidente de la E. Corte Suprema en sentencia dictada con fecha 3 de octubre del 2000, exp.3-2000, nos recuerda que, en una primera etapa, se atribuyó valor y efectos constitucionales a lo que se denominó debido proceso legal o *due process of law*. Se trató del derecho a no sufrir arresto o prisión arbitrarios, y a no ser molestado ni despojado el ciudadano de su propiedad sin juicio legal y mediante el debido proceso, que recogió la Carta Magna Inglesa de 1215, obtenida por los barones normandos del Rey Juan Plantagenet, conocido como Juan "Sin Tierra", cuyo contenido importó un signo de evidente alivio ante los excesos de este Rey y de sus predecesores, y que tuvo como antecedente inmediato la "Carta de Coronación de Enrique I" o "Carta de las Libertades", primera concedida por un monarca inglés, el año 1100, junto con su acceso al trono. En la aludida Carta, al respecto se estableció

que "Ningún hombre libre deberá ser arrestado, o detenido en prisión, o desprovisto de su propiedad, o de ninguna forma molestado; y no iremos en su busca, ni enviaremos por él, salvo por el juzgamiento legal de sus pares y por la ley de la nación".

El debido proceso, agrega el Sr. Presidente de la Corte Suprema, tuvo en su origen un carácter meramente formal, pero la evolución de la doctrina lo extendió a lo que se conoce como "debido proceso constitucional" o simplemente "debido proceso", según el cual éste, además de encontrarse regulado por una ley formal y reservado a ésta, debe en su mismo contenido ser garantía de toda una serie de derechos y principios tendientes a proteger a la persona humana frente al silencio, al error o la arbitrariedad, no sólo de aplicadores del derecho, sino también del propio legislador, con lo cual se llegó a entender que la expresión de la Carta Magna "*Law of Land*", esto es, ley de la nación, está también referida en general al sistema de la totalidad de las garantías procesales implicadas en las normas constitucionales .

En la doctrina jurisprudencial anglo-norteamericana, el concepto de debido proceso enunciado se extendió a lo que se conoce como "debido proceso sustantivo o sustancial", como equivalente al "principio de razonabilidad" de las leyes, como exigencia de su validez constitucional, en cuanto corresponde que éstas no sólo deben ajustarse a los preceptos de la Constitución, sino también al sentido de justicia que encierra su contenido.

El principio del debido proceso también encuentra consagración legal en el Derecho Internacional Privado chileno, sea en materia civil, mercantil, laboral o penal, y cualquiera sea el origen de la sentencia.

Por de pronto, en nuestro país se acepta el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras sujetas al cumplimiento de exigencias, como que la parte en contra de la cual se invoca la sentencia haya sido debidamente notificada de la acción en el juicio promovido en el país extranjero de origen. Aun así, dicha parte podrá solicitar a la Corte Suprema rechazar el reconocimiento de la sentencia, si prueba que, por otros motivos, estuvo impedida de hacer valer sus medios de defensa (art. 242 N° 3 del CPC).

A su vez, el Código de Derecho Internacional Privado, o Código de Bustamante, ratificado por el gobierno de Chile el 14 de junio de 1933 y publicado en el Diario Oficial del 25 de abril de 1934, en su art. 423 señala que toda sentencia civil o contencioso-administrativa y arbitral, dictada en uno de los Estados contratantes, tendrá fuerza y podrá ejecutarse en los demás, si cumple, entre otras condiciones, la siguiente: que las partes hayan sido citadas personalmente o por su representante legal, para el juicio.

Al efecto, Sánchez de Bustamante expresa: "Es natural también que el país a quien se pide la ejecución de una sentencia dictada por jurisdicciones extrañas se preocupe, no de los trámites detallados del procedimiento, pero al menos de ciertas garantías, sin las cuales puede la justicia dejar de merecer ese nombre. Nos referimos a la necesidad de que el condenado haya sido objeto de una citación para el juicio, en debida forma; de que se le haya oído, proporcionándole oportunidad para sus descargos y pruebas, y de que se le hayan otorgado contra las resoluciones que pudieran serle contrarias, los recursos que a todos franqueen las reglas procesales del Estado" (Sánchez de Bustamante. *Derecho Internacional Privado*. Pág. 63).

En el juicio de reconocimiento o exequátur, que se tramita ante la Corte Suprema, y si se trata de una materia de jurisdicción contenciosa, debe notificarse legalmente la petición a la parte contra quien se pide la ejecución, la cual tendrá para exponer lo que estime conveniente, un término igual al de emplazamiento para contestar demandas.

En materia mercantil, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, publicada en el Diario Oficial de fecha 12 de julio de 1976, declara válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a la decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil.

El artículo 5° letra b) de dicha Convención exige, para el reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral o laudo, que la parte contra la cual se invoca dicha sentencia haya sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento del arbitraje, pudiendo, con todo, probar que, por otra razón, estuvo impedido de hacer valer sus medios de defensa.

La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de Naciones Unidas, 1958, conocida como Convención de Nueva York, ratificada por Chile el año 1975 y publicada en el Diario Oficial del 30 de octubre de 1975, establece en el artículo V, 1 letra b) que puede denegarse el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral, si la parte contra la cual es invocada, prueba que no fue debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje, o no pudo, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa.

Por último, en esta parte, la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, suscrita en la ciudad de Montevideo el día 8 de mayo de 1979, señala que las sentencias extranjeras judiciales y arbitrales dictadas en procesos civiles, comerciales o laborales, para que puedan cumplirse en el extranjero es necesario que:

el demandado haya sido notificado o emplazado, en debida forma legal de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia o resolución jurisdiccional deba surtir efecto, y que se haya asegurado la defensa de las partes (art. 2° letras e y f de la Convención).

Otros importantes instrumentos jurídicos internacionales que consagran y regulan el debido proceso y otros derechos esenciales inherentes a la naturaleza humana son: la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en el Diario Oficial del 29 de abril de 1989, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, publicado en el Diario Oficial del 5 de enero de 1991.

La Declaración Universal de Derechos Humanos expresa, en los arts. 10 y 11 N°1, que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella, en materia penal.

Toda persona acusada de delito tiene derecho de que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresa en su art.14, que todas las personas son iguales ante los Tribunales y Cortes de Justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

Toda persona acusada por un delito, tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, al respeto de garantías procesales mínimas establecidas en la disposición indicada.

Tanto el mencionado Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el propio Pacto de San José de Costa Rica, consagran garantías judiciales mínimas como:

- Ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra él;
- Disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
- Ser juzgado sin dilaciones indebidas;
- Hallarse presente en el proceso y defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección; ser informado, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
- Interrogar a los testigos de cargo y obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
- Ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
- Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable;
- Derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior; y
- En el procedimiento seguido contra menores de edad, a efectos penales debe tomarse en consideración esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

Existen otros instrumentos jurídicos internacionales que, si bien no vinculan a nuestro país por no ser parte en ellos, sin embargo son importantes, porque contienen principios de Derecho Internacional aceptados y reconocidos por la comunidad internacional como tales. Es el caso de la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, o Pacto de Roma, y el Convenio Europeo de Extradición suscrito en París el 13 de diciembre de 1957 y el Convenio de Dublín de 27 de septiembre de 1996, adoptado éste por los Estados miembros de la Unión Europea y que deja subsistentes tanto el mencionado convenio Europeo de París, como los tratados bilaterales que se encuentran en vigor entre las partes contratantes.

Además, es útil considerar los 2 Protocolos Adicionales al Convenio Europeo,

ambos suscritos en Estrasburgo, el 15 de octubre de 1975 y el 17 de marzo de 1978, respectivamente.

Estos instrumentos jurídicos, reguladores de los procesos por extradición y los principios aplicables, consagran expresamente el principio del debido proceso.

Comentando esta normativa europea, importante en Chile por solicitudes de extradición provenientes de países europeos, como Italia, y algunas pendientes ante nuestros tribunales superiores, el profesor infrascrito en el mes de septiembre de 1999 señalaba: "En cuanto a las sentencias en ausencia o rebeldía del acusado o en procedimientos donde no se ha cumplido con el **debido proceso**, el 2° Protocolo Adicional de 1978, en vigor en España el año 1985, establece que cuando una parte contratante solicita de otra la extradición de una persona para ejecutar una pena o medida de seguridad impuestas en ausencia, la parte requerida puede denegarla, si, a su entender, **no se han satisfecho en el juicio los derechos mínimos de defensa reconocidos a todo acusado**. Es decir, el Estado requerido deberá considerar la **indefensión** del acusado a efecto de denegar la extradición.

En cuanto a las **razones humanitarias** y la posibilidad de denegar la extradición, se formularon reservas a las normas del artículo 1°, que establece la obligación de conceder la extradición, teniendo por fundamentos la edad, la salud u otras razones de índole personal. A la negativa de Dinamarca se sumaron favorablemente por denegar la extradición por razones humanitarias países como Finlandia, Luxemburgo, Holanda, Noruega y Suecia, entre otros, con algunos alcances" (Aldo Monsálvez Müller, *Ius Publicum* N° 3, 1999, pág. 164).

Finalmente, y con motivo de la extradición, el principio del debido proceso está expresamente reconocido en los dos tratados multilaterales vigentes en América que contienen, además, los verdaderos y exponentes principios sobre la materia: el Código de Derecho Internacional Privado, o Código de Bustamante, y la Convención sobre Extradición, de Montevideo, de 1933, ambos ratificados por Chile en el año 1933 y 1935, respectivamente.

Estos tratados establecen que la extradición representa un juicio contradictorio en el Estado requerido, y la solicitud debe presentarse incluyendo una sentencia condenatoria o un mandamiento o auto de prisión, acompañado "de las actuaciones del proceso que suministren **pruebas o al menos indicios racionales** de la culpabilidad de la persona de que se trate", es decir, presunciones fundadas de culpabilidad.



Además, en nuestro país la jurisprudencia, reiteradamente, ha aplicado el criterio de la valoración material de la prueba conforme a las disposiciones establecidas en nuestra legislación.

En sentencia dictada con fecha 8 de noviembre de 2000 (rol N° 3863-00) la Sala Penal de la E. Corte Suprema señaló en el considerando N° 2 "Que, igualmente, establecido el marco jurídico regulador del requerimiento, que se ha delimitado a los principios del Derecho Internacional, por ausencia de un tratado suscrito entre nuestro país y el Estado solicitante, resulta armónico y aclaratorio del requisito de procedencia enunciado en el motivo anterior, lo dispuesto en el N° 1 del art. 365 del Código de Derecho Internacional Privado (o de Bustamante), en cuanto alude a la necesidad de que a la petición de extradición se acompañen "las actuaciones del proceso que suministren pruebas o al menos indicios racionales de la culpabilidad de la persona que se trate".

Agrega el considerando 3° "Que, de ello se sigue que la calificación por la magistratura del país requeriente de los elementos probatorios que se contienen en la sentencia condenatoria adjunta, **no obliga estrictamente** al tribunal chileno, por corresponder a este último su apreciación conforme a las normas constitucionales y legales que sean atingentes, **preservándose así los principios y garantías básicas del debido juzgamiento** que el ordenamiento jurídico nacional consagra para su respeto preeminente por los órganos del Estado, entre ellos precisamente los de carácter jurisdiccional".

El considerando 4° expresa "Que, por lo demás, ésta ha sido invariablemente la doctrina de nuestra jurisprudencia, al menos en los últimos setenta años, según fallos recaídos en procedimientos como el de la especie".

Todo lo anteriormente expuesto deja suficientemente demostrado que el justo y debido proceso no sólo está reconocido por el Derecho Internacional, sino que se transforma en el más importante de los derechos esenciales inherentes a la persona humana, cuyo respeto es un deber ineludible de los órganos de todo Estado.



El principio del debido proceso en el sistema jurídico indiano

Antonio Dougnac Rodríguez

ACADEMIA CHILENA DE LA HISTORIA

1. El concepto de "debido proceso".

La expresión *debido proceso* ha sido tomada de una tradición, la anglosajona, que no es directamente la nuestra. El *due process of law* aparece consagrado en la enmienda XIV de la Constitución de Estados Unidos de Norte América, que reza: "Ningún Estado privará a persona alguna de su vida, libertad o propiedad sin *debido proceso* legal, ni denegará a persona alguna dentro de su jurisdicción la igual protección de la ley".¹ Tal principio, recogido en Chile a través de diversos textos constitucionales –por ejemplo, el reglamento constitucional de 1811 en su artículo 9º, el de 1812² y la Constitución de Juan Egaña de 1823³– ha recibido sanción internacional en numerosos textos, siendo uno de los principales de ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969, en vigor desde el 18 de julio de 1978. La referida expresión no se encuentra en el léxico utilizado por los juristas indianos, tanto prácticos como de derecho común; pero, como se verá, su concepto está ínsito en la regulación hispano-indiana de los procedimientos civil y penal. Léase, al efecto la siguiente disposición de Alfonso X en las *Partidas*: "los juzgadores deven dar pena después que les fuere provado o después que fuere conocido de ellos en juyzio: e non se deven los juzgadores rebatar a dar pena por sospechas ni por señales ni por presunciones".⁴ Por su parte, una real cédula de 19 de febrero de 1775 ordenaba que los tribunales "se arreglen a las leyes en la formación de procesos criminales y no se cometan atentados de prender y sentenciar a ningún basallo sin formar autos y oirle".⁵

¹ Verdugo Marinkovic, Mario; Pfeffer Urquiaga, Emilio; Nogueira Alcalá, Humberto, *Derecho Constitucional* T. I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1994), p. 216; Colombo Campbell, Juan, *Los actos procesales* T. 1 (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997), p. 132.

² Determinó el artículo 18 que "ninguno será penado sin proceso y sentencia conforme a la ley".

³ Dougnac Rodríguez, Antonio, "El sistema jurídico indiano en el constitucionalismo chileno durante la Patria Vieja (1810-1814)", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XXII (Valparaíso, 2000) (en prensa).

⁴ *Partidas* 7, 31, 7.

⁵ En Matraya y Ricci, José de., *El moralista filaléthico americano* (Lima, 1819), p. 466.

Tales aseveraciones requieren de algunas explicaciones previas: llamamos *Derecho Indiano* al que se utilizó tanto en las Indias Occidentales como Orientales durante la dominación española. Estaba integrado por:

- a) el derecho creado en las Indias o especialmente para ellas –*derecho indiano propiamente tal*–;
- b) el *derecho indígena*, aplicable personalmente a los integrantes de los pueblos aborígenes, el que, salvo algunas limitaciones, continuó aplicándoseles tras la conquista,⁶ y
- c) el *derecho castellano*, de carácter supletorio. Este último, de multiseccular gestación, constituía el derecho común de la monarquía hispano-indiana, pues, a falta de disposición especial, había de recurrirse a él.

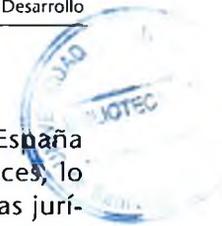
A la época de la aparición de los españoles en Indias, el derecho castellano había sufrido una honda influencia del *Ius Commune*, doctrina jurídica creada en la Baja Edad Media, fundamentalmente en las Universidades, a través de la enseñanza que los maestros hacían del Derecho Romano justiniano, el Derecho Canónico, el Derecho Feudal, sobre todo de Lombardía, y el derecho estatutario de las ciudades italianas.⁷ Tal *Ius* era denominado *commune*, pues se lo suponía aplicable a toda la cristiandad desde que sus dos elementos principales, los Derechos Romano y Canónico, eran de aplicación supranacional, el primero, fuera por razón del imperio o por el imperio de la razón, y el segundo, por la universalidad de que entonces disfrutaba la religión católica. De hecho, la enseñanza jurídica, tanto en Europa como en las Indias, estuvo constituida por la enseñanza de los Derechos Romano y Canónico, considerada básica para la formación de un jurista.⁸ Sólo en el siglo XVIII, por influjo del pragmatismo borbónico y de los conceptos racionalistas de la Ilustración, se empezó a enseñar el derecho práctico, sea en la cátedras como una variante del Derecho Justiniano, sea en las Academias de Práctica Forense, como la creada en Chile por el fiscal Ambrosio Cerdán y Pontero. De ahí, entonces, que se hablara de *autores de Derecho*, para referirse a los que explicaban el *Ius Commune* y de *prácticos* para señalar a los que enseñaban el derecho moderno. Los procesalistas se encontraban en uno y otro grupo, si bien predominaban en el segundo.

Entre los grandes procesalistas indianos destaca Juan de Hevia Bolaños (1570-1623), autor de *Curia Philipica*, impresa por primera vez en Lima en

⁶ Aun se aplicó el derecho consuetudinario creado por los indígenas con posterioridad a la conquista: *Recopilación de Leyes de Indias* 2, 1, 4.

⁷ Presenta el estado de la cuestión Bellomo, Manlio, *La Europa del Derecho Común* (Roma, II Cigno Galileo Galilei, 1996), pp. 255-260.

⁸ Avila Martel, Alamiro de, "La Universidad y los estudios superiores en Chile en la época de Carlos III", en *Estudios sobre la época de Carlos III en el reino de Chile* (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1989), pp. 187-188.



1603, obra llamada a tener un enorme impacto práctico tanto en España como Indias.⁹ Era libro de cabecera para todos los abogados y jueces, lo que queda demostrado por su presencia en casi todas las bibliotecas jurídicas.¹⁰ Hubo también estudios para escribanos en que se allanaba la confección de escrituras, como uno del novohispano Nicolás de Yrolo. No faltaron opúsculos manuscritos, como la *Instrucción forense del modo y orden de seguir los juicios con sus respectivos recursos según el estilo de esta Real Audiencia de la Plata*, vulgo *Cuadernillo de Gutiérrez*, del abogado paceño Francisco Gutiérrez de Escobar. En Chile circuló un *Materialismo de modo de libelar y decretar en las causas ejecutivas*, del destacado abogado dieciochesco José Alberto Díaz.

No obstante el carácter práctico de las obras señaladas, no podían menos que estar influidas por el gran texto legal que ordenó los procedimientos ordinarios civil y procesal y el procedimiento sumario de Castilla: las *Partidas* de Alfonso X el Sabio.¹¹ A su vez, el código alfonsino, retocado por Alfonso XI, quien lo puso definitivamente en vigencia en 1348, era tributario de la tarea científica de dos grandes juristas: el posiblemente italiano maestro Juan de las Leyes¹² y el Castellano Fernando Martínez, arcediano de Zamora. Entroncaban éstos con los creadores del Derecho Procesal occidental: los juristas medievales del *Ius Commune*.¹³ Alguna influencia del mismo derecho común recibió el *Fuero Real* de Alfonso X.

En la forma señalada, entonces, el mundo indiano se conectó con la creatividad procesal del *Ius Commune*, al cual se debe la existencia del Derecho Procesal que aun conocemos.¹⁴ Si bien sus bases son romanas, hay que considerar que hay tal simbiosis entre acción y derechos en aquel sistema, que es muy difícil escindir el procedimiento de las pretensiones tuteladas por él. Será tarea de glosadores y postglosadores, al estudiar tanto los textos justinianos relativos al Procedimiento como los canónicos, la de señalar un orden regular por el que se deben desenvolver las actuaciones ante y en los tribunales: "la discusión sobre el proceso mismo, como una

⁹ Se conocen 14 ediciones del siglo XVII, 15 del XVIII y varias del XIX. Está dividida en cinco libros, relativos, respectivamente, al juicio civil; el ejecutivo; el criminal; el de residencia, y las apelaciones.

¹⁰ Barrientos Grandon, Javier, *La cultura jurídica en el Reino de Chile. Bibliotecas de ministros de la Real Audiencia de Santiago (siglos XVII-XVIII)* (Santiago, Universidad Diego Portales, 1992), 481 pp., y *La cultura jurídica en la Nueva España (Sobre la recepción de la tradición jurídica europea en el virreinato)* (México, UNAM, 1993), 286 pp.

¹¹ En sus *Partidas* 3a. y 7a.

¹² Pérez Martín, Antonio, "Jacobo de las Leyes: datos biográficos" en *Glossae Revista de Historia del Derecho Europeo* N° 5-6 (1993-1994), pp. 255-331.

¹³ Pérez Martín, Antonio, *El Derecho Procesal del Ius Commune en España* (Murcia, Instituto de Derecho Común Europeo, 1999), pp. 13-54.

¹⁴ Vid. Barrientos Grandon, Javier, "Mos italicus y praxis judicial indiana", en *Ius Fugit Revista Interdisciplinaria de estudios histórico-jurídicos* N° 5-6 (Zaragoza, 1996-1997), pp. 357-428.

sucesión formal de actos en que la omisión de alguno ocasiona la nulidad de la sentencia, será obra de glosadores y postglosadores”.¹⁵

Que no se haya empleado la expresión *debido proceso* no significa que éste no haya existido, así como la ley de gravitación universal operaba antes que Newton mostrara su existencia. Por vía de ejemplo, si nos circunscribimos al ámbito del procedimiento civil y seguimos el tratamiento que de él hace el Rey Sabio en la tercera *Partida*, podemos apreciar el orden del procedimiento. En él se ha de buscar la Justicia (título I) tanto por el actor (título II) como por el demandado (título III) ante el juez (título IV), con el concurso de procuradores o personeros (título V) y abogados (título VI), comenzando con el debido emplazamiento y la eventual rebeldía (título VII), para evitar la cual se puede embargar bienes (título VIII) y aun secuestrar la cosa en disputa (título IX). Las características de la demanda y contestación son puestas en evidencia en el título X. Puede resolverse el pleito por medio del juramento decisorio, que variaba según se tratara de cristianos, judíos o moros (título XI). Igualmente pueden tanto el juez como las partes proponer posiciones para que sean absueltas (título XII) con el pertinente reconocimiento (título XIII). La verdad de las aseveraciones de actor y demandado debe ser sometida a prueba (título XIV), para rendir la cual hay un plazo (título XV). Durante él se han de recibir las declaraciones de testigos (título XVI), el juez puede disponer pesquisas (título XVII), han de allegarse documentos (título XVIII), algunos otorgados ante escribanos (título XIX) o debidamente sellados (título XX). Puede también el juez pedir el consejo de peritos (título XXI). Tras ello habrá de dictarse sentencia que podrá gozar del principio de cosa juzgada (título XXII), a menos que el disconforme apele (título XXIII) o se pueda dejar sin efecto por merced real (título XXV) o por haber sido pronunciada contra menor de 25 años (título XXV) o por haber sido dictada mediante cartas falsas, falsas pruebas o contra ley (título XXVI). Siendo válida la sentencia, ha de procederse a su ejecución (título XXVII).

Trátase, pues, de un procedimiento casi totalmente similar al contemporáneo, lo que no ha de extrañar si se toma en cuenta la utilización de las *Partidas* como base del Código de Procedimiento Civil. A ese procedimiento estaba atado el juez que conocía de cualquier juicio y salirse de sus cauces implicaba la posibilidad de que un juez superior, a través de la apelación, pudiera enmendar lo mal obrado, o bien que a través del recurso de nulidad se pudiese deshacer el procedimiento injusto o podía ocurrir todavía que se pudiese interponer el recurso de injusticia notoria cuando se violara palmariamente alguna norma de derecho.

¹⁵ *Ibídem*, p. 13.



El somero examen de la regulación que del procedimiento civil hace la Partida 3ª nos muestra una concreción *avant la lettre* de lo que hoy se denomina *debido proceso*. Confróntese lo ya dicho con lo que modernamente se dice al respecto. Los elementos que constituirían un racional y justo procedimiento, según Enrique Evans de la Cuadra, son:

1. notificación y audiencia del afectado, pudiendo procederse en su rebeldía;
2. presentación de las pruebas, recepción de ellas y su examen;
3. sentencia dictada en un plazo razonable;
4. sentencia dictada por un tribunal u órgano imparcial objetivo, y
5. posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior igualmente imparcial u objetiva.¹⁶

Por su parte, la Comisión Ortúzar al estudiar la que sería Constitución de 1980 señaló para su historia fidedigna, siguiendo el parecer del jurista José Bemales Pereira, que constituían garantías mínimas de un justo y racional proceso:

1. permitir el oportuno conocimiento de la acción;
2. una adecuada defensa, y
3. la producción de la prueba que correspondiere.¹⁷

2. Tribunales imparciales y objetivos relativos a Chile Indiano

Uno de los elementos relevantes del *debido proceso* es el de la existencia de un *juez natural*. Ello estaba muy bien determinado en el sistema jurídico indiano no sólo en base a la ley, pues no era un sistema legalista como el actual, sino que tomando también en consideración otras fuentes, entre las que una de las más descollantes era la costumbre. Para facilitar la presentación, veamos los tribunales que operaban respecto de Chile al 18 de septiembre de 1810, en que se inicia el proceso emancipador. Podrá apreciarse mediante la somera descripción de tribunales que sigue, cuán abundante era el número de los que se hallaban a disposición de los litigantes. Para un legalista podrá parecer poco sistemática la circunstancia de que pudieran tener competencia para conocer de ciertas materias variados tribunales. El litigante de la época no se hacía problemas, pues hacía uso con toda sencillez del principio de prevención. Había tribunales radicados en España e Indias.

¹⁶ Evans de la Cuadra, Enrique, *Los derechos constitucionales* T. II. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), p. 29.

¹⁷ Cfr. Verdugo et alia, T. I, p.. 217.

a) Tribunales colegiados ordinarios. Situados en España.

Había dos tribunales colegiados radicados en la península: El *Real y Supremo Consejo de Indias* y la *Casa de Contratación*. Esta última no tenía directa relación con Chile, pues su ámbito de competencia se refería principalmente a los viajes realizados entre España y los puertos de llegada en América. Por lo demás, dejó de existir en 1790.

Real y Supremo Consejo de Indias.¹⁸ Tenía atribuciones judiciales, que le eran tan privativas que ni el rey se inmiscuía en ello. La política de la corona fue la de que el Consejo se limitara a sus funciones de gobierno y por ello cercenó sus facultades jurisdiccionales, que quedaron restringidas a los asuntos de mayor *trascendencia* (*Recopilación de Leyes de Indias* 2,2,58).

Era, sin embargo, el Consejo el tribunal superior de todos los territorios americanos y filipinos. Podía avocarse al conocimiento de asuntos pendientes ante cualesquier tribunales indianos, siempre que versasen sobre "negocio grave y de calidad" (*Rec. Ind.* 2, 2, 58), facultad que raramente ejerció. También conocía en primera instancia de ciertos juicios relativos a encomiendas que implicaban altos tributos (*Rec. Ind.* 2, 15, 124).

En materia administrativa, podía conocer de los juicios de residencia y visitas respecto de toda autoridad indiana.

Conocía del recurso extraordinario de *segunda suplicación*, que sólo procedía en asuntos civiles de una cuantía superior a 6.000 pesos de oro ensayado de 450 maravedíes –o sea, 2.700.000 maravedíes– de que hubieran conocido las Reales Audiencias en primera instancia, segunda instancia (dictando sentencia de vista) y a través del recurso de primera suplicación (dictando sentencia de revista). Puede servir como parámetro para aquilatar el intento de la corona de limitar la actuación del Consejo de Indias el que la cuantía mínima para interponer igual recurso en Castilla era de sólo 1.500 pesos. También procedía en juicios de cuentas tomados por la Contaduría Mayor substanciado en vista y revista ante la Audiencia (*Rec. Ind.* 8, 9, 36). Se debía otorgar fianza de pagar una multa de 1.000 ducados en caso de confirmarse la sentencia de revista y de 400 si se declaraba inadmisibile el recurso (*Rec. Ind.* 5, 13, 6). No procedía en

¹⁸ Schäffer, Ernesto, *El Real y Supremo Consejo de las Indias: su historia, organización y labor administrativa hasta la terminación de la Casa de Austria*, 2 t. (Sevilla, 1935 y 1947); Muro Orejón, Antonio, "Ordenanzas del Real y Supremo Consejo de Indias. Texto facsímil de la edición de 1585. Notas del doctor (...)", en *Anuario de Estudios Americanos*, XIV (Sevilla, 1957), pp. 361-423, y Muro Orejón, Antonio, "El Real Consejo de Indias", en AEA XXVII (Sevilla, 1970), pp. 195-218.



asuntos criminales –aunque alguna vez, excepcionalmente, se lo admitió– ni en juicios posesorios ni en los de residencia ni en causas de bienes de difuntos.¹⁹

También conocía del recurso extraordinario de *injusticia notoria*, creado a principios del siglo XVIII, que procedía por algún defecto evidente en sentencia pronunciada por alguna Real Audiencia en juicio iniciado ante ella y concluido en sentencia de vista cuando no había lugar al de segunda suplicación. Los defectos que autorizaban su interposición eran, entre otros: falta de citación; falta de poder en los procuradores; falta de alguna de las solemnidades substanciales del juicio; fallo contra el sentido y espíritu de la ley; fallo contra la jurisprudencia adoptada constantemente por los tribunales superiores; fallo contra el derecho natural; fallo contra la costumbre; fallo contra lo deducido y probado por las partes. Era recurso de difícil utilización.

El recurso de *nulidad* podía interponerse junto con los de apelación, súplica o segunda suplicación y sólo procedía cuando éstos eran admisibles (*Nueva Recopilación* 4,17, 4).²⁰

Estos recursos extraordinarios eran raramente utilizados, sea porque, como en el caso del de segunda suplicación, implicaban una cuantía muy alta, sea porque, como en el de injusticia notoria, se exigía un depósito o una fianza de 1.000 pesos de plata, como lo determinó la real cédula de 7 de marzo de 1712. Consecuencialmente, la mayor parte de los juicios quedaban concluidos en las Indias.

b) Tribunales colegiados ordinarios. Residentes en Chile.

La *Real Audiencia*²¹ de Chile tuvo dos fundaciones: en 1567 y en 1609. Fue, además, Chancillería, lo que implicaba la tenencia del sello real que, en buena medida, representaba al monarca. La primera estuvo ubicada en Concepción y tuvo una duración de sólo ocho años. La segunda funcionó en Santiago y pervivió hasta su extinción en 1811. Restaurada en 1814, sólo funcionó hasta 1817. Correspondía a la clase de las llamadas *pretoriales*, o sea, las presididas por un presidente-gobernador. Tuvo ordenanzas propias, dadas en Madrid a 17 de febrero de 1609. Estaba integrada por cuatro oidores. Contaba originariamente con un fiscal; pero desde 1776 tuvo

¹⁹ Solórzano y Pereyra, Juan de, *Política Indiana* (Madrid, 1647, lib. 5, cap. 17, N°s 6,14 y 15).

²⁰ Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense. Con citas del derecho, notas y adiciones por el licenciado Juan Rodríguez de San Miguel. Edición y estudio introductorio por María del Refugio González* (México. Universidad Nacional Autónoma 1993), p. 318.

²¹ Barrientos Grando, Javier, *Audiencias Indianas. La Audiencia de Chile*, ed. mimeografiada, 3 tomos (Santiago, 1990). Constituye el estudio más acabado sobre la materia.

dos, uno para lo civil y el otro para lo criminal. En el mismo año, contó con un regente, cargo que era ejercido por un letrado, quien pasó a desempeñar las tareas administrativo-judiciales que hasta entonces habían correspondido al presidente. El principio del *debido proceso* señala que los jueces deben ser imparciales y objetivos, lo que respecto de los oidores de la Audiencia se lograba a través de una cantidad de medidas de probidad administrativa (*Rec. Ind. 2, 16*).²²

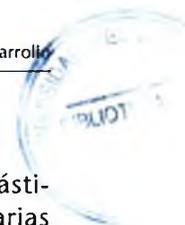
Era fundamentalmente tribunal de segunda instancia. Cuando la sentencia apelada incide en cuantía superior a 60.000 maravedíes, pero inferior a 300.000, conoce sin que la parte descontenta pueda interponer recurso de suplicación. Sus sentencias en tal caso recibían el nombre de *sentencias de vista*. Es de notar que, de acuerdo a principios tomados del Derecho Canónico, cuando había tres sentencias conformes dictadas por tribunales inferiores no procedía apelación ante la Audiencia.

Contra las sentencias de vista, civiles de cuantía superior a 300.000 maravedíes y criminales, normalmente –pues hay excepciones– se podía recurrir ante la misma Audiencia pidiéndole que re-viera el asunto mediante el recurso de *suplicación*. La sentencia recaída en ello recibía el nombre de *sentencia de revista*.

Conocía del recurso de *injusticia notoria*, el que debía intentarse conjuntamente con los de apelación o de suplicación. El recurso de *nulidad* podía interponerse junto con los de apelación, súplica, segunda suplicación e injusticia notoria y sólo procedía cuando éstos eran admisibles (*Rec. Cast. 4, 17, 4*). Podía entablarse también por vía de acción cuando la nulidad fuera notoria y manifiesta (*Nov. Rec. 11, 18, 1 y 2*).

Conoce en primera instancia de los llamados *casos de corte*, que, fuera por la materia grave de que se tratara o por las personas involucradas –por ejemplo algún alcalde–, se sustraían del conocimiento de los tribunales corrientes pasando a las Audiencias. Entre tales casos se hallaban los relativos a indios, a los que, por regla general, se consideró asimilados a las personas miserables, que requerían particular protección de la corona (*Rec. Ind. 2, 15, 71*).

²² Dougnac Rodríguez, Antonio, *Manual de Historia del Derecho Indiano*, 1ª ed. (México, Universidad Autónoma de México, 1994), pp. 141-142; González Lizama, Dafne, y Castelletti Font, Claudio, "El matrimonio de los ministros de Audiencias indianas según Juan del Corral Calvo de la Torre (16135-1737)", en *Revista de Historia del Derecho Privado* N° 1, (Santiago, 1998), pp. 155-188; Barrientos Grandon, Javier, "La selección de ministros togados para Indias", en *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y Estudios* (Buenos Aires, 1997), vol. III, pp. 293-334..



Conoce del *recurso de fuerza*,²³ que procedía cuando un tribunal eclesiástico carecía de jurisdicción o había dictado algunas resoluciones contrarias a derecho: por ejemplo, no concediendo una apelación o concediéndola erróneamente. En el primer caso, se hablaba de recurso de fuerza en conocer y, en el segundo, de recurso de fuerza en conocer y proceder. Es una manifestación muy marcada de lo que hoy se denomina el *debido proceso*, toda vez que el monarca, como tutor del bien común, favorecía a sus súbditos con su auxilio frente a cualesquier abusos jurisdiccionales de que fuesen objeto, aun si proviniesen de los tribunales eclesiásticos.

Conoce de los *juicios de residencia*²⁴ de los corregidores y otras autoridades provistas por virreyes y gobernadores.

En un sentido amplio de justicia, le correspondía velar por el buen estado de las cárceles y de los presos que en ellas había, para lo cual dos oidores debían visitarlas todos los sábados. En vísperas de festividades importantes, debían concurrir todos los oidores (*Rec. Ind. 7,7,1*).

Cuando alguna autoridad judicial quería que se cumpliera alguna diligencia en lugar ajeno al de su competencia, podía solicitar la expedición de una *real provisión* exhortatoria por la Audiencia. Tal provisión llevaba estampado el sello real, lo que implicaba que debía ser cumplida inexorablemente.

Los pleitos eran resueltos por mayoría de votos. No votaba el presidente si no era letrado.

– **Cabildo.** El cabildo es órgano colegiado de segunda instancia. Conoce de las apelaciones respecto de sentencias dictadas por los alcaldes ordinarios en asuntos de poca cuantía, considerándose tales aquellos cuya cuantía no excede de los 60.000 maravedíes.

c) Tribunales unipersonales ordinarios.

Hay varios, que conocen de causas ordinarias, civiles y criminales, con com-

²³ Covarrubias, Joseph de, *Máximas sobre recursos de fuerza y protección, con el método de introducirlos en los tribunales* (Madrid, Joaquín Ibarra, 1785), y Cañada, Conde de la, *Observaciones prácticas sobre los recursos de fuerza; modo y forma de introducirlos, continuarlos, y determinarlos en los Tribunales Reales Superiores*, 3ª ed. (Madrid, Imprenta de la Compañía General de Impresores y Libreros del Reino, 1845), 6 + 312.

²⁴ Valdeavellano, Luis de, "Las Partidas y los orígenes medievales del juicio de residencia", en *Boletín de la Real Academia de la Historia*, vol. 153 (Madrid, 1963), pp. 205-246. Trata de los antecedentes indios de la residencia. Martínez Baeza, Sergio, "La residencia en el derecho patrio", en *Revista Chilena de Historia del Derecho* N° 4 (Santiago, 1965), pp. 129-207. Jarpa Díaz de Va Idés, Emilio, *El juicio, de residencia en Chile durante el siglo XVIII* (Santiago, Universidad Católica de Chile, 1966), 104. pp. + 11 hojas.

petencia acumulativa o preventiva. Esto es que, empezando a conocer uno de ellos, los demás han de abstenerse.

c)1. **Alcalde ordinario de primer voto.** Es juez lego elegido –al igual que el de segundo voto– anualmente al mismo tiempo que los regidores del próximo período. El modo de realizar tal elección varía según los diversos lugares de Indias: por ejemplo, en Chile era designado por el cabildo saliente. La corona dejó entregada esta materia a la costumbre que imperara en cada lugar (*Rec. Ind.* 5, 3, 1). Hubo intento en la Ordenanza de Intendentes de 1782 de que duraran dos años; pero por real cédula de 12 de septiembre de 1799 se dejó en claro su anualidad.

El derecho del pueblo a elegir a los alcaldes ordinarios proviene, según Solórzano, del rey, quien se lo habría dado (Solórzano, 1647, lib. 5, cap. 1, N° 2); pero el derecho tradicional consideraba que el pueblo, al otorgar el poder al rey, se había reservado la facultad de administrar justicia. Respecto de la duración de los alcaldes, dice el mismo autor que: “casi todas las naciones del mundo les dan solo un año, porque este honor se reparte entre más ciudadanos, y los nombrados sean menos dañosos, si acaso no acertaren a salir buenos, como consta de lo que después de Aristóteles dicen algunos textos del derecho común, y del reyno y varios autores”.

En tanto se apreciaba la libertad con que debían ser elegidos los alcaldes, que el escribano debía mantener reserva aun frente al virrey. Afirma el mismo Solórzano que se les dio jurisdicción contraviniéndose el principio de que los vecinos y moradores no pudieran administrar justicia a su propia gente. La razón fue la de que se honrase a dichos vecinos y moradores.

En los primeros tiempos de la conquista, los alcaldes de primer voto eran elegidos entre los encomenderos, ya que sólo a éstos se los consideraba vecinos. Más tarde, sin embargo, pudieron ser elegidos entre los domiciliarios, a quienes también se consideró vecinos. El nombre de alcaldes de primer voto deriva de la circunstancia de ser elegidos antes que los de segundo voto. Una interpretación basada sólo en la costumbre hizo creer en Chile que el alcalde de primer voto debía ser “patricio”, o sea, nacido en el reino. Produjo ello a fines del siglo XVIII bastante conflicto, por lo que durante algún tiempo se prohibió distinguir entre alcalde de primer voto y de segundo.

El cargo de alcalde no es propio de milicianos ni de militares, sin embargo, un integrante de las milicias podía ser alcalde ordinario si tenía casa poblada: *Rec. Ind.* 5, 3, 8. No podían serlo quienes vendieran al menudeo, pero sí los que no expendían personalmente, sino por criados y factores, y los que alguna vez lo hicieron dejándolo después. Los no nobles podían serlo

extendiéndose la posibilidad, según Solórzano, aun a los que no sabían leer ni escribir. Sin embargo, *Rec. Ind. 5, 3, 4* señalaba que debían ser hábiles, honrados, suficientes y que supieran leer y escribir. Estaba prohibida la elección en los oficiales reales (administradores de la Real Hacienda) y en los deudores de la Real Hacienda. Desde que se consideró vecinos aun a los domiciliarios, esta calidad mínima era de rigor (*Rec. Ind. 5, 3, 8*).

El alcalde elegido por el cabildo debía de recibir confirmación del gobernador (*Rec. Ind. 5,3,10*).

Como símbolo de la autoridad judicial, llevaban vara, la que debían depositar en el cabildo cuando terminaba su período. La gran militarización que se vivía en Chile hizo que a quienes habían terminado con sus funciones de alcalde se les diera, por costumbre, el título honorífico de maestros de campo.

La competencia de estos jueces es amplia en cuanto la materia: todo tipo de asuntos civiles y criminales, aun cuando interviniesen indios donde fuese costumbre (*Rec. Ind. 5, 3, 16*). Podían conocer de delitos cometidos en despoblado, de los que normalmente correspondía conocer a los alcaldes de Santa Hermandad cuando no los había (*Rec. Ind. 5, 3, 18*). Sólo les estaba vedado entrar a conocer en materias de gobierno (*Rec. Ind. 5, 3, 11*) –o sea, contencioso-administrativas– ni en las de fuero especial o privilegiado: v. gr. el militar o el eclesiástico. Salvo su carácter de legos, podrían ser asimilados a nuestros actuales jueces de letras de mayor cuantía. En lo tocante a extensión, les compete administrar justicia en asuntos acaecidos en la ciudad o en cinco leguas a la redonda.

La jurisdicción criminal de los alcaldes ordinarios fue criticada por el jurista y oidor de la Real Audiencia de Charcas Juan de Matienzo en el siglo XVI; pero la corona la ponderó tanto que aun podía un alcalde actuar contra su colega: lo que Solórzano encuentra raro, porque los de igual jurisdicción no pueden actuar normalmente unos contra otros. Algunos virreyes pretendieron en algunas partes eliminar a los alcaldes favoreciendo a los corregidores, pero debieron mantenerlos “por no contristar los vecinos de ellas si se les quitan sus antiguas costumbres y preeminencias, contra lo que el derecho aconseja”.

Cuando conocían de causas de indios, debían hacerlo breve y sumariamente y, dentro de lo posible, sin forma de juicio. Así lo mandó la ordenanza 78 de la Real Audiencia de Chile.

Siendo estos alcaldes legos comúnmente, se hacían asesorar en casos de trascendencia por un asesor letrado que era nombrado para cada caso. Los

alcaldes siempre tenían asesores de los llamados voluntarios, pues eran nombrados por ellos mismos. Las partes podían solicitar que se nombrara un asesor letrado para su juicio. Nombrado el asesor, debía notificarse este hecho a las partes para que pudieran ejercer la recusación que estimasen conveniente, lo que es una expresión más de] principio del debido proceso. Por disposición del 18 de noviembre de 1773 se dispuso que sólo podía recusarse a tres asesores. Estando firme la resolución que lo nombraba, el asesor debía prestar juramento y aceptar el cargo o excusarse M mismo. Para asuntos criminales, tratándose de asuntos graves, unas instrucciones expedidas por la Real Audiencia en 1778 mandaban que si no había asesor letrado en el lugar, se enviaran los autos cerrados en un sobre a la Real Audiencia, la que nombraría uno, devolviéndolos en cuanto se hubiese expedido el dictamen. En principio, el juez debe seguir el parecer del letrado, salvo que tenga graves fundamentos para no conformarse con su dictamen. En tal caso podía o bien nombrar otro asesor o bien resolver por sí mismo. El asesor era siempre responsable de la sentencia, salvo que, siendo voluntario, se probara que hubiera colusión o fraude en su nombramiento, según lo dispuso una real cédula de 22 de septiembre de 1793.

Los alcaldes ejercían su cargo concejilmente. Al no tener remuneración fija, cobraban derechos por sus actuaciones: actuaban "a costas". Tales derechos eran fijados por arancel.

Gozaban de una suerte de fuero, pues no podían ser presos por orden de los alcaldes del crimen (donde los había) o de oidores que ejercieran tales funciones in consulta al virrey o al gobernador en su casa. (Rec. *Ind.* 5, 3, 23).

c) 2. **Alcalde ordinario de segundo voto.** Tiene competencia absolutamente similar a las del de primer voto, la que es acumulativa o preventiva: esto es, empezando a conocer de un asunto uno de ellos, el otro debía abstenerse de intervenir.

c) 3. **Intendente.**²⁵ Es cargo establecido en Chile por disposición de 6 de febrero de 1787. Chile fue dividido en dos intendencias, separadas por el río Maule: la de Santiago y la de Concepción. Primer intendente de la primera fue Ambrosio de Benavides, y de la segunda, Ambrosio O'Higgins. Rigieron para ello la *Ordenanza de Intendentes del Río de la Plata*, verdadero código de 276 artículos. Conoce de causas civiles y criminales producidas en la capital y su territorio a través de su asesor letrado (art. 12 *Ordenanzas del Río de la Plata*). Al dictar éste sentencia, se oficializó legalmente

²⁵ Bravo Lira, Bernardino, "Judicatura e institucionalidad en Chile, 1776-1876: del absolutismo ilustrado al liberalismo parlamentario" (Valparaíso, 1976), *passim*.



la práctica hasta entonces existente de que los gobernadores hicieran suyo el dictamen de sus asesores letrados. Eventualmente podía el intendente, si no estaba de acuerdo con la resolución de su asesor, suspender la sentencia de éste y consultar a las autoridades superiores. De las resoluciones del intendente se podía apelar ante la Real Audiencia (art. 14 *Ordenanza de Intendentes* referida).

c) 4. **Subdelegados.**²⁶ Los había en cada una de las subdelegaciones en que se dividía el reino. La intendencia (de Santiago quedó dividida en 14 subdelegaciones, y la de Concepción en 8. Reemplazaron a los corregidores y tuvieron en Chile las mismas funciones judiciales que éstos. Su radio jurisdiccional era el partido, equivalente a los antiguos corregimientos. Conocían de todo tipo de asuntos civiles y criminales. Se les encargaba que no embarazaran a los alcaldes ordinarios en la ejecución de sus tareas judiciales. Igual que los antiguos corregidores, podían conocer de apelaciones hasta cierta cuantía en contra de las sentencias dictadas por los alcaldes ordinarios que ejercieran funciones fuera de la capital respectiva (*Rec. Ind.* 5, 12, 12).

c) 5. **Juzgado mayor de provincia.** Vinculado a la Audiencia se encontraba el *juzgado mayor de provincia*, por el que un oidor administraba justicia de primera o segunda instancia, estableciéndose, por turnos de tres meses, en la plaza mayor de la ciudad en que estaba asentada la Audiencia, de modo que cualquiera del pueblo pudiese demandar justicia. Los días asignados eran martes, jueves y sábados (*Rec. Ind.* 2, 191, 1). El radio jurisdiccional del juzgado de provincia abarcaba la ciudad y cinco leguas en derredor. Trátase de dar facilidades al pueblo para acceder a la justicia: no iba éste al tribunal, sino que el tribunal se dirigía a él.

c) 6. **Gobernador.** Como justicia mayor, representa al monarca en la administración de justicia, si bien sometido a la Real Audiencia, que él mismo preside. Hay que considerar que cuando el gobernador ha emitido juicio sobre una materia no puede integrar la Audiencia, aunque sea letrado. Si no lo es, jamás puede intervenir en las decisiones jurisdiccionales.

El gobernador interviene en primera instancia en las siguientes materias:

- en cuanto capitán general, en asuntos del fuero militar;
- en causas de gobierno, o sea, las de carácter contencioso-administrativo;
- en causas de indios, las que debían determinar sumariamente "a verdad sabida" (*Rec. Ind.* 5, 10, 10; 2, 15, 127; 3, 3, 65, y 5, 10, 13).

²⁶ Cobos Noriega, María Teresa, *La división político-administrativa de Chile (1541-1811)* (Valparaíso, 1989), 175 pp., y "La institución del juez de campo en el reino de Chile durante el siglo XVIII", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* N° 5 (Valparaíso, 1980), pp. 85-165. Sobre el procedimiento ante los corregidores, antecesores de los subdelegados, Campos Harriet, Fernando, "El juicio civil ante el corregidor" en *Revista Chilena de Historia del Derecho* N° 9 (Santiago, 1983), pp. 71-76.

- puede administrar justicia de primera instancia durante sus viajes de visita, sobre todo deslindes de tierras y cuando los agraviados fueran indios;
- administra justicia de primera instancia a prevención de los alcaldes ordinarios y corregidores (esto último hasta la aplicación en Chile de la *Ordenanza de Intendentes*).
- administra justicia de primera instancia en los casos contenciosos relativos al fuero de correos. Se apelaba ante la Real Junta de Correos y Postas de España y de las Indias (real cédula de 20 de diciembre de 1776).

c) 7. **Regente.** Este cargo, creado por la Instrucción de Regentes de 11 de marzo de 1776, tenía facultad jurisdiccional que le permitía conocer como juez de primera instancia en juicios *verbales* cuyo monto no excediera de la suma de 500 pesos (art. 52 de la *Instrucción de Regentes*).

c) 8. **Alcaldes de cuartel.** En 1778, bajo la presidencia interina de Tomás Álvarez de Acevedo, Santiago, a imitación de otras ciudades del imperio hispánico, fue dividida en cuarteles. En cada uno de los cuatro instituidos había un oidor con designación de alcalde de cuartel, quien tuvo competencia en asuntos criminales, recibiendo además la facultad de conocer de apelaciones respecto de sentencias de los alcaldes ordinarios. Esta competencia les fue quitada por real cédula de 15 de junio de 1789.²⁷

Relación tribunales-habitantes. Si se toma en consideración que, de acuerdo al censo de 1778, la ciudad de Santiago contaba con 24.318 habitantes, el número de jueces resultaba adecuado para su atención y da una relación de un juez por cada 3.474 habitantes. Sin embargo, hay que tener presente que, dada la existencia de una gran cantidad de tribunales especiales –algunos atendida la calidad de las personas; otros, atendida la materia–, la relación señalada ha de rebajarse aun más.

d) Tribunales especiales

Había una buena cantidad de tribunales especiales residentes en Chile: eclesiásticos; militares; mineros; de comercio; de hacienda; de cuentas; de indios; de aguas; fieles ejecutores; juzgado de bienes de difuntos; juzgado de censos; tribunal de residencia; de comisión para diversos objetos, etc. La especialidad en el conocimiento de determinadas materias favorecía a las partes litigantes, que veían sus juicios zanjados por verdaderos expertos. Por ejemplo, los mineros sabían que sus conflictos serían

²⁷ Zorrilla Concha, Enrique, *Esquema de la justicia colonial* (Santiago de Chile, 1942, p. 103), y Corvalán Meléndez, J. y Castillo Fernández, V., *Derecho procesal indiano* (Santiago. Facultad de Derecho Universidad de Chile. 1951), *passim*.

resueltos por sus propios pares, quienes se encontraban al tanto de todas las vicisitudes de la industria minera. Me refiero a continuación a los más destacados, sin perjuicio de la existencia de otros.

d) 1. *Tribunales eclesiásticos.*

A los tribunales eclesiásticos están sometidos todos los católicos en temas de derecho canónico. La corona reconoció a la Iglesia su competencia en temas como sacramentos, dispensas de votos, privilegios de exención y otros de contenido espiritual. También se la reconoció en asuntos anexos a lo espiritual, más de cierto carácter civil, como beneficios eclesiásticos, bienes y rentas de la Iglesia, diezmos y sepulturas. En materias consideradas hoy propiamente civiles, como las matrimoniales, era el juez eclesiástico competente en cuanto a tema de esponsales (en ciertas épocas), nulidades de matrimonios, divorcios, etc.; pero las cuestiones sobre alimentos, dotes y otras, de carácter estrictamente temporal, correspondían a los tribunales legos. Con todo, hay bajo el régimen borbónico una tendencia muy marcada a restar atribuciones jurisdiccionales a los tribunales eclesiásticos, entregando el conocimiento a los tribunales seculares.

Los tribunales eclesiásticos tiene particular jurisdicción sobre los clérigos "de orden sacro", los menores y tonsurados, pues en virtud del concilio de Trento, era pasible de excomunión quien llevara tales asuntos a los tribunales reales: es el *privilegio de foro*, que abarca materias civiles y criminales y es prohibido a los así privilegiados renunciarlo sometiéndose a juez lego.

Tales funciones corresponden, en principio, al obispo. Sin embargo, rara vez ejerce éste directamente estas funciones, las que delega en un vicario.

d) 2. *Comisarios del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición.*

Al no existir en Chile Tribunal de la Inquisición, pues para ello se dependía del de Lima, hubo representantes del mismo denominados *comisarios del Santo Oficio*. Los primeros fueron nombrados para los obispados de Santiago y La Imperial en 1572. Estos, a su vez, designaron vicarios en otras ciudades. Fueron sus atribuciones muy limitadas, pues sólo podían levantar información de los hechos, la que remitían al tribunal limeño. Estaban facultados para prender al presunto delincuente y secuestrar sus bienes únicamente en caso de peligro de fuga o de notoria herejía, siendo previo que se le tomase confesión. Se les encargó en forma particular que velaran por impedir la circulación de libros prohibidos.

d) 3. *Tribunales militares.*

La competencia de los tribunales militares abarcaba dos aspectos: por un lado, las causas propiamente militares, como, por ejemplo, delitos específicos relativos al ejercicio de las armas, y, por otro, toda causa ordinaria que afectara a individuos sujetos al fuero militar. Este varió según la época de que se trate. A veces la corona tendió a ampliarlo aun a los milicianos. El fuero militar podía ser renunciado en materias civiles, aun con anterioridad a la causa respectiva (*Rec. Ind.* 3, 11, 17). Se extendía frecuentemente a la familia inmediata del militar y aun a empleados vinculados a la administración del ramo de guerra.²⁸

Al capitán general correspondía "determinar en primera y segunda instancia de todos los pleitos, delitos, casos y causas que en cualquier forma tocan a los castellanos, alcaides de los castillos y fuertes, capitanes, oficiales, soldados, capitanes de artillería y artilleros, y a las demás gentes de guerra que nos sirvieren a sueldo..." (*Rec. Ind.* 3, 11, 2).

d) 4. *Tribunales mineros.*

A la existencia de corregidores y alcaldes de minas sucedió en 1787 la organización judicial minera prevista en las Ordenanzas de Minas de Nueva España, modificadas por unas declaraciones practicadas por el gobernador interino Tomás Álvarez de Acevedo.²⁹ Tales declaraciones contemplaron la existencia de una *Real Administración del Importante Cuerpo de Minería de Chile*, a cuya cabeza estaba un Administrador General, que lo fue Antonio Martínez de Mata. Esta Administración impartía justicia minera de primera instancia en Santiago y veinticinco leguas en derredor. La segunda instancia correspondía a un Juzgado de Alzadas, integrado por un oidor, el Director General de Minería y un minero. En los partidos en que se dividía el reino habría diputados, que reemplazaban a los antiguos alcaldes y corregidores de minas. En 1802 fue reorganizado este sistema con mayor sujeción a las disposiciones novohispanas: se estableció así entre nosotros el Real Tribunal de Minería, compuesto par un Administrador General, que era su presidente, un Director General y tres diputados generales, al que correspondía la competencia que hemos señalado para la Real Administración.

²⁸ Colón de Larriátegui, Félix, *Juzgados militares de España y sus Indias*, 3a. edición (Madrid, en la Imprenta Real, 1917), T. 1, p. 1; Tanzi, Héctor José, *La justicia militar en el derecho indiano (con especial referencia al Río de la Plata)*, Sevilla, 1969; Oñat, Roberto, y Roa, Carlos, *Régimen legal del ejército en el reino de Chile* (Santiago, Universidad Católica de Chile, 1953).

²⁹ Dognac Rodríguez, Antonio, "La Real Administración del Importante Cuerpo de Minería de Chile (1787-1802)", en *Revista Chilena de Historia del Derecho* N° 8 (Santiago, 1981), pp. 109-130, y "Proyección de las Ordenanzas de Minería de Nueva España en Chile (1787-1874)", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* XXI, (Valparaíso, 1999).



El Tribunal de Minería fue gremio minero, órgano de fomento del ramo, banco y tribunal.

d) 5. *Tribunales de Comercio.*

Largas fueron las vicisitudes para el establecimiento de un tribunal de comercio en Chile.³⁰ A comienzos del siglo XVII se establece en Lima un *Tribunal del Consulado*, órgano gremial de los comerciantes y tribunal de los mismos. Estuvo integrado por un prior, dos cónsules y seis diputados. Conocía “de todos los dichos negocios y casos tocantes a los dichos mercaderes, y a su trato, y comercio, que resultaren de cuentas de compañías, fletamentos, daños, quiebras y otras contrataciones en la dicha ciudad de los Reyes, y en las demás partes y provincias de los dichos mis reinos del Perú, Tierra Firme y Chile”.

La excesiva distancia a que se encontraba este tribunal hizo que se solicitara la creación de un tribunal en Chile. No pudiendo cumplirse con esta aspiración, el Consulado limeño nombró a uno de sus miembros para que, como *diputado del tribunal*, conociese como arbitrador las causas mercantiles de Chile (*Rec. Ind.* 9, 46, 1).

El virrey marqués de Villa García dispuso en 1736 el establecimiento de un tribunal de primera instancia en Chile, donde habría un diputado al efecto, que debía ser un lego conocedor de las contingencias del comercio.

Finalmente, por real cédula de 26 de febrero de 1795, Carlos IV dispuso la creación en Chile de un *Real Tribunal del Consulado*, el que se estableció el 7 de septiembre del mismo año. Lo integraban un prior, dos cónsules, nueve consiliarios, un síndico –todos con sus respectivos tenientes–, un secretario, un contador y un tesorero. Los tres primeros actuaban colegiadamente como jueces. En los partidos, administraban justicia los diputados que bienalmente nombraban los cónsules.

El procedimiento era fundamentalmente oral: sólo en asuntos de mucha gravedad se autorizaba el juicio por escrito. Debía de procurarse la conciliación y al no producirse ésta, se entraba a conocer sumariamente del asunto. La segunda instancia competía a un tribunal de alzada integrado por el oidor decano y dos colegas comerciantes prácticos en asuntos del ramo.

³⁰ Riveaux Villalobos, Sergio, *La Justicia comercial en el reino de Chile. Notas para su estudio* (Santiago, Estudios de Historia del Derecho Chileno N° 4, 1955), pp. 19-34; y Urbina Reyes, Elsa, “El Tribunal del Consulado de Chile: sus orígenes y primeros años”, en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* N° 67 (Santiago, 1962), pp. 104-143.

Similarmente al Real Tribunal de Minería, el del Consulado fue gremio, órgano de fomento de la economía y tribunal.

d) 6. *Tribunales de Real Hacienda.*

En razón de que la cobranza de impuestos procurada a través de los tribunales ordinarios permitió excesivas demoras, se dio competencia para ello a los *oficiales reales*, esto es, a los encargados de la Real Hacienda. Eran éstos el tesorero, el contador y el factor y veedor, cargos estos últimos que normalmente iban unidos. De sus sentencias podía apelarse ante la Real Audiencia, donde había, en virtud de *Rec. Ind. 8, 3, 8 y 2, 15, 159* una Junta de Ordenanza, compuesta por el presidente, el oidor decano, el fiscal, los oficiales reales y un escribano.

Al establecerse entre nosotros el régimen de intendencias en 1787, pasaron a su conocimiento las cuestiones litigiosas de Hacienda. Se apelaba ante la Junta de Real Hacienda, que se componía del regente, fiscal de la Audiencia, el ministro más antiguo de contaduría de cuentas, el ministro más antiguo contador o tesorero general de Ejército y Real Hacienda. La misma Junta podía conocer del recurso de suplicación.

Todo el que tuviera que rendir cuentas debía hacerlo ante el tribunal respectivo. En Chile no lo hubo hasta el siglo XVIII, por lo que correspondía hacerlo ante una comisión integrada por el presidente y dos oidores. Esta, a su vez, enviaba los antecedentes al Tribunal de Cuentas de Lima, creado en 1605, el cual elevaba los antecedentes al Consejo de Indias,

En 1768 se crea la *Contaduría Mayor de Cuentas* en Chile, que debía rendir informes al virrey del Perú y al Consejo de Indias. Las principales cuentas que debían ser observadas eran, naturalmente, las de los oficiales reales, los que podían ser juzgados por su mal desempeño y sancionados (*Rec. Ind. 8, 39, 18*). Los dependientes de otras autoridades, como el gobernador, la Audiencia, etc., rendían sus cuentas a éstas y ellas a la Contaduría Mayor. Las controversias sobre puntos de derecho escapaban al conocimiento de la Contaduría y correspondían a la Junta de Real Hacienda, de que se ha hablado más arriba.

d) 7. *Tribunales de Indios.*

La corona tuvo especial cuidado por que se hiciera justicia rápida y eficaz a las poblaciones indígenas. Es por ello que se encargó a la mayor parte de las autoridades que administrasen justicia expedita a los aborígenes. Los gobernadores tuvieron este encargo, así como las Audiencias, que conocían, como se ha visto, de los casos de corte. Existieron, asimismo, los

corregidores de indios, reemplazados, cuando se establecieron las intendencias, por los subdelegados.

Los indígenas mismos tuvieron facultades jurisdiccionales, si bien algo menguadas: se les reconoció el derecho indígena con las limitantes de que no contrariara la religión católica, el derecho natural ni los derechos reales. Entre los jueces indígenas deben mencionarse los caciques y los alcaldes de pueblos de indios. Estos últimos tenían competencia civil en única instancia por asuntos de hasta diez pesos; en primera, por asuntos de entre once y treinta pesos y criminal respecto de delitos que no merecieran penas graves como muerte, mutilación o efusión de sangre. Se prohibía a los corregidores de indios avocarse causas en que estuvieran conociendo los caciques y alcaldes (*Rec. Ind.* 3, 17, 16 y *Ordenanzas del Perú* 2, 2, 1 y 2). Aunque los caciques hubiesen conocido de algún pleito, siempre quedaba reservada a la corona la "jurisdicción suprema... para hacer justicia donde ellos no la hicieren".

d) 8. *Jueces de aguas.*

Siendo el agua en la mayor parte de los reinos de Indias un elemento escaso, se hacía necesario su reparto equitativo. Hubo un interesante derecho de aguas, cuyas características principales quedaron descritas en el *Tratado de las aguas de Lima*, del miembro de la Audiencia de esa ciudad Ambrosio Cerdán y Pontero, del siglo XVIII. Los cabildos nombraban jueces o alcaldes de aguas para solucionar los conflictos sobre repartimiento de este elemento. Existía una graduación al respecto, pues de juez de aguas se pasaba a alcalde. De sus sentencias se apelaba ante la Audiencia. Conocedor Carlos V de la sagacidad indígena en esta materia, dispuso que, dentro de lo posible, se designara a los jueces de aguas de entre los indígenas.

d) 9. *Jueces de bienes de difuntos.*

Corrientemente fallecían en Indias peninsulares o extranjeros que no tenían sucesión aquí y probablemente la tuvieran en España o en sus lugares de origen. El cabildo elegía anualmente tres tenedores, de bienes de difuntos, de los que uno debía ser alcalde y otro regidor. Ellos debían hacerse cargo de tales bienes, administrándolos mientras los liquidaban adecuadamente. Su debido cumplimiento era controlado por un oidor designado anualmente por la Audiencia con el título de *juez general de bienes de difuntos*, a quien se rendía cuenta de lo actuado. Carlos V dispuso que estos jueces mayores o generales pudiesen "cobrar, administrar, arrendar y vender los bienes de difuntos". De sus resoluciones podía apelarse ante la Audiencia. El producido de estas gestiones ingresaba a una caja de bienes de difuntos. Tratándose de difuntos peninsulares, se

enviaba el dinero resultante a la Casa de Contratación, que debía ubicar a los parientes que tuviesen derecho a ello. No pocas malversaciones ocurrieron al respecto.

d) 10. *Tribunal de la Bula de la Santa Cruzada.*

En la primera mitad del siglo XVI se instaura en Indias la bula de la Santa Cruzada. Su fin era recabar fondos para la lucha contra los enemigos de la fe. Para ello, se colocaban entre los fieles unos instrumentos que permitían acceder a determinadas gracias, indulgencias y privilegios espirituales. Por ejemplo, quienes adquirían ciertos certificados podían comer carnes y lacticiños en días en que su consumo estaba regularmente prohibido por la iglesia. En 1609 Felipe IV crea en los distritos de cada Audiencia un Tribunal de la Bula de la Santa Cruzada, integrado por un subdelegado general, el oidor decano y el contador más antiguo, con competencia en «todos los pleitos, negocios y causas que hubiere en sus distritos y partidos, así en lo tocante a la administración y cobranza de la Cruzada, como los que fueren entre partes» (*Rec. Ind.* 1, 20, 1).

d) 11. *Tribunal del Protomedicato.*

Establecido primeramente para Nueva España en 1570, se lo extiende después a Lima y otros lugares. En Chile aparece en 1756. Le corresponde al Protomédico, normalmente catedrático de Prima de Medicina, acompañado de un oidor, conocer de los delitos y excesos que por razón de su oficio cometieren los médicos, cirujanos, boticarios y demás personas a quienes se otorgaba títulos para curación de enfermedades. Daba las autorizaciones para desempeñarse en estas actividades.

d) 12. *Juzgado de Censos de Indios.*

Los excedentes de las cajas de comunidad de los pueblos de indios eran habitualmente dados en mutuo a quienes se interesaran en ellos. Tales mutuos se otorgaban con un sistema cautelar muy eficaz: a censo. O sea, quien recibía cierta cantidad de la caja de comunidad imponía su valor en una finca de su dominio, que quedaba así obligada al pago anual de un rédito o interés hasta que se devolviera la suma obtenida. En 1629 se otorgó a uno de los oidores conocer en primera instancia de los «pleitos ordinarios y ejecutivos, civiles y criminales» relativos a cobranza de «bienes, censos y réditos» con «poder de avocar a su jurisdicción privativa, con inhibición de las demás Justicias, según y como lo usan y ejercen los oidores jueces mayores de bienes de difuntos» (*Rec. Ind.* 6, 4, 21). El régimen intendencial dio ingerencia a los intendentes en el aumento del producto de las cajas de censos y bienes de comunidad.



d) 13. *Tribunales de residencia.*

Toda autoridad indiana estaba obligada, al término de sus funciones, a someterse a un juicio de residencia. Para estos efectos, se nombraba un **juez de residencia**, cuya entidad variaba según la importancia del cargo respectivo: para las altas autoridades, como oidores, virreyes, gobernadores, etc., el residenciador era nombrado por el Consejo de Indias. El término para presentar cargos era de sesenta días contados desde la publicación de los edictos (*Rec. Ind.* 5, 15, 29).

d) 14. *Jueces de comisión.*

Su número y características era inmensamente variable, así como el órgano que los designaba. Por ejemplo, el cabildo nombraba jueces de comisión para borracheras de indios, para examinar la conducta de los bodegueros de Valparaíso, etc.

3. El procedimiento civil indiano y el debido proceso

El sistema procesal ordinario aplicable en Indias es el castellano. Este se encuentra regulado principalmente en el Código de las Siete Partidas de Alfonso X, de mediados del siglo XIII, que compendia los conceptos del *derecho común* en torno a esta materia. Los juristas del derecho común dieron mucha relevancia al estudio del procedimiento y procuraron que, en una verdadera contienda sometida a la decisión de un juez imparcial, ambas partes tuvieran iguales posibilidades de accionar y defenderse,³¹ lo que encarna el principio de *bilateralidad de la audiencia* que es una de las bases del *debido proceso*.

Comienza el juicio con la *demanda*, en que el actor señala las pretensiones que espera lograr del tribunal. En principio, podía ser verbal o escrita. En la práctica se impuso el sistema escrito. Debía individualizarse al demandante, al demandado, al tribunal ante el que se entablaba, la cosa pedida y el derecho en que se fundaba. Se debían acompañar todos los documentos con que pretendía fundar su juicio, a fin de que su contraparte, al tomar conocimiento de las pruebas que tenía su adversario, eventualmente se allanara a la demanda, lo que es procesalmente económico.

³¹ Salinas Araneda, Carlos, "El iusnaturalismo hispano-indiano y la protección jurídica de la persona", en *Homenaje al Profesor Alfonso García-Gallo* (Madrid, 1996), T. III, vol. 1 pp. 399-414; Bravo Lira, Bernardino, "Protección jurídica de los gobernados en el Nuevo Mundo (1492-1992) Del absolutismo al constitucionalismo", en *Homenaje al Profesor Alfonso García-Gallo* (Madrid, 1996), T. III, vol. 2, pp. 51-86, y Topasio, Aldo, "El anticipo hispánico en el reconocimiento de las garantías individuales", en *Revista de Ciencias Sociales* N° 40 (Valparaíso, 1995), pp. 43-59..

Presentada la demanda, recaía una providencia del juez que ordenaba notificarla al demandado dándose así cumplimiento a uno de los aspectos básicos del *debido proceso*. Tenía lugar, entonces, el *emplazamiento*, que estaba constituido por dos elementos: la notificación de la demanda que hace el escribano competente al demandado, y el transcurso de un cierto plazo para que pudiera comparecer éste a defenderse. Tal plazo era, según el Ordenamiento de Alcalá de 1348, de 9 días.

Producido el emplazamiento, normalmente el demandado se defendía oponiendo *excepciones dilatorias* o bien contestando la demanda. Las primeras tendían a corregir el procedimiento: entre ellas estaban la excepción de incompetencia del tribunal (o sea, éste no tenía facultad para conocer de ese juicio); la de litispendencia (o sea, había un juicio todavía pendiente), etc. Corregido el procedimiento, o dejándose la resolución de la excepción para definitiva, el demandado procedía a *contestar la demanda*, con lo que quedaba situada la cuestión debatida. Si el demandado no contestaba la demanda o era contumaz, el actor podía pedir *señalamiento de estrados*, lo que significaba que el juicio continuaba en rebeldía del demandado, notificándose a los estrados o asientos del tribunal las resoluciones, lo que producía los mismos efectos que si se notificara a la parte en persona. Eventualmente podía el demandado interponer *reconvención*, o sea, una contrademanda que se tramitaba conjuntamente con la cuestión demandada originalmente.

Un derecho muy importante que permitía hacer efectiva la garantía de que el juicio fuese conocido por un juez imparcial era el de *recusación*. La *Recopilación de Leyes de Indias* se refería a este tema en el libro 5, título 11, que contiene seis leyes. La primera de ellas disponía que se guardasen las ordenanzas de los Reyes Católicos dadas en Madrid en 1502, que pasaron a constituir *Rec. Cast.* 2, 10, 3 y 4. De acuerdo a la norma castellana referida, quien interpusiese recusación en contra de un oidor debía pagar 3.000 maravedíes, suma que se convertía en pena en caso de rechazarse el artículo, repartiéndose por mitades; entre el recusado y estrados, o sea, arcas fiscales. En Indias, la suma a consignar era el doble, 6.000 maravedíes y la pena se elevaba a 120.000 maravedíes si el recusado era el Presidente; 60.000 si se trataba de un oidor y 30.000 si de un alcalde del crimen, y se distribuían en la misma forma que disponía la ley castellana (*Rec. Ind.* 5, 11, 1). Una real cédula de 17 de agosto de 1804 estableció que se podía recusar a cualquier ministro togado como vocal de la junta superior o de cualquier otro tribunal, siempre que hubiese causal bastante y justificación y la suma a pagar era de 60.000 maravedíes. De esta incidencia



debían conocer los demás oidores y no los conjuces del tribunal para el que fuese recusado.³² La petición de recusación debía llevar firma de abogado (*Rec. Ind. 5, 11, 2*). El ministro recusado debía prestar juramento "una y más veces" siendo pedido, así por las partes (*Rec. Ind. 5, 11, 3*). Se daba la posibilidad de nombrar un abogado integrante o acompañado cuando sólo hubiese dos oidores y uno de ellos fuese recusado. La incidencia era zanjada entonces por el oidor no recusado y el integrante. Si fuese sólo uno el oidor de la Audiencia, el Presidente debía nombrar dos abogados para que determinasen la procedencia de la recusación (*Rec. Ind. 5, 11, 4 y 2, 15, 63*). Cuando la resolución acogía la incidencia, ésta operaba plenamente y no había más recurso. Lo contrario se observaba cuando la recusación fuera rechazada (*Rec. Ind. 5, 11, 5*). Subsidiariamente, se aplicaban a la materia las 21 leyes que constituían el título 10 del libro 2° de la *Nueva Recopilación*.

El *derecho a la defensa*, que constituye uno de los aspectos más interesantes del *debido proceso*, se encontraba regulado en el derecho indiano. Cada persona podía reclamar de los derechos que le habían sido violados ante los tribunales de justicia. Como el sistema que existía era el de prevención, normalmente había un crecido número de tribunales ante los cuales se podía llevar el conocimiento de un juicio. Si bien la justicia era cara, ya que había que pagar innumerables derechos, no es menos cierto que para las personas de escasos recursos (no necesariamente pobres de solemnidad) existía el *beneficio de pobreza*, que les permitía litigar horros de derechos y aun defendidos por al *abogado y procurador de pobres*.³³

De la contestación del demandado se daba traslado por tres días al demandante para que presentara el escrito de *réplica* (introducido por el *Ordenamiento de Alcalá* de 1348). De lo que dijese el actor se daba traslado por igual plazo al demandado para que evacuara escrito de *dúplica* (introducido por la *Nueva Recopilación* de 1567).

Pasados estos trámites, el juez se pronunciaba sobre el asunto controvertido si sólo era de derecho. Si había cuestiones de hecho, recibía la causa a prueba dictando el *auto de prueba*. Mediante él, el tribunal instaba a las partes a que en el plazo de nueve días comunes presentaran las pruebas que estimasen convenientes a su derecho.

³² Nota a *Rec. Ind. 5, 11, 1* de la edición de Boix de 1841. En la misma se señala que la recusación de un Regente implica una pena de 120.000 maravedíes de acuerdo al artículo 63 de la *Instrucción* respectiva.

³³ Bermúdez Aznar, Agustín, "La abogacía de pobres en Indias", en *Anuario de Historia del Derecho Español* (Madrid, 1980), pp. 1039 y ss., y "Pobreza y proceso en la legislación indiana de los siglos XVI y XVII", en *Homenaje a Ismael Sánchez Bella* (Pamplona, 1992), pp. 139-162. Aun este derecho operaba ante el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición: Millar Carvacho, René, "El derecho de defensa en la Inquisición de Lima", en *Temas de Derecho VII* N° 2 (Santiago, 1992), pp. 121-134.

Las pruebas que podían rendirse estaban determinadas legalmente dando cumplimiento a lo que hoy, se llama *debido proceso*: confesión (que podía ser espontánea o provocada mediante *absolución de posiciones*); *juramento decisorio* (por el que la resolución del juicio o de un incidente del mismo quedaba entregada a lo que afirmase la contraria bajo juramento: es prueba que había caído en desuso); *prueba testimonial* (rara vez se presentaba lista de testigos: generalmente la parte se presentaba al tribunal con los suyos, previa notificación a la contraria para que compareciese; las declaraciones versaban sobre las preguntas que se presentaban y que el tribunal estimaba conducentes; sólo podían presentarse hasta *treinta* testigos por cada parte); *prueba documental* (instrumentos públicos y privados); *inspección personal del tribunal o vista de ojos*; *pre-sunciones*.

Venía luego la *publicación de probanzas*, en que las partes podían alegar de bien probado, tachar testigos y tomar otras medidas en su defensa. Tal publicación de probanzas tiene forma de incidente, o sea, se da traslado a la otra parte y con lo que dice o en su rebeldía, el tribunal resuelve. Las tachas de testigos podían originar una prueba al respecto, que debía durar la mitad del tiempo de la prueba principal; también hay publicación de probanzas respecto de este incidente. Con la publicación de probanzas terminaba oficialmente la posibilidad de presentar pruebas en la instancia. Podía omitirse la publicación si ninguna parte la pedía. Si las tachas eran admisibles, se recibían a prueba.

Podían las partes ahora, si lo quisiesen, alegar de *bien probado*, o sea, hacer una presentación al juez analizando los resultados favorables que, a su entender, tenía la prueba para la causa sometida a su conocimiento.

El juez debe citar a las partes a *oir sentencia*, la que debe emitir en un plazo de veinte días.

La parte agraviada o que se considerase tal podía apelar en el plazo de quinto día.

Puede decirse que el juicio civil ordinario era eficaz para las urgencias de la época. Hay que tomar en consideración que, aunque la vida era mucho más lenta que ahora, los plazos eran inferiores a los de hoy.³⁴

Lo determinado por el juez era cumplido generalmente a través del *juicio*

³⁴ Gutiérrez, José, *Prontuario de los juicios, su orden, substanciación e incidencias, escrito por el Dr. D. José Gutiérrez e impreso en Lima, reimpresso en Santiago de Chile con las variaciones del derecho patrio*. Santiago, Imprenta de la Independencia, 1832, pp. 2-17.

ejecutivo. Para su procedencia se requería que la obligación constara de un título ejecutivo, que la obligación fuera líquida y que la acción no estuviera prescrita. Los títulos ejecutivos eran variados: sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, transacción, escritura pública, confesión de deuda, etc. Si la demanda cumplía con los requisitos señalados, el juez despachaba *mandamiento de ejecución y embargo* contra la persona y bienes del deudor, aunque fue corriente en Chile que se diera un plazo de tres días para que se solucionara la deuda. El mandamiento era entregado al ejecutante, quien lo pasaba al alguacil mayor o su teniente. Este, acompañado de escribano, se dirigía al domicilio del ejecutado y trababa embargo en bienes suficientes, que quedaban en poder del depositado general o su teniente o de otra persona que designara el juez. Si el ejecutado pagaba dentro de las veinticuatro horas, quedaba libre de costas y del pago de la décima parte de la deuda. Esta última, que existía donde había costumbre de ello, se pagaba al ministro de justicia que hacía la ejecución. El deudor debía dar fianza de saneamiento, por la que un fiador garantizaba que los bienes pertenecieran efectivamente a aquél y que eran suficientes. Si el deudor no tenía bienes o no podía dar la fianza referida, se procedía a su encarcelamiento, salvo que fuese de las personas exceptuadas, como los nobles e hijosdalgo, jueces, mujeres, etc. Para el remate de los bienes embargados se daban tres pregones de tres en tres días, siendo los bienes muebles, o de nueve en nueve si eran raíces. Tras ello se citaba de remate al ejecutado notificándolo de ello. En un plazo de tres días podía oponerse a la ejecución, en cuyo caso se daban diez días a las partes para que alegaran y probaran sus derechos. Las excepciones eran más bien restringidas: de pago de la deuda, pacto de no pedirla, falsedad del título, usura, fuerza o miedo u otras equivalentes. El juez dictaba sentencia, que podía ser absolutoria o condenatoria. En el primer caso, se absolvía al deudor de la acción ejecutiva, se alzaban los embargos y se condenaba en costas al ejecutante. La sentencia de remate o condenatoria implicaba la continuación de la acción ejecutiva hasta el remate de los bienes. En tal situación, el ejecutante debía rendir la llamada fianza de Toledo, por la que garantizaba que restituiría lo obtenido si se revocara por el tribunal superior lo actuado. De no oponerse, pronunciaba el juez sentencia de remate. Seguía la tasación de los bienes y el llamado cuarto pregón y remate de los bienes.

4. El procedimiento criminal indiano y el *debido proceso*

El juicio criminal indiano podía comenzar en tres formas diferentes: por pesquisa o procedimiento de oficio; por querrela o acusación de parte y por denuncia o delación.

El juicio criminal tenía dos etapas: la *sumaria*, de carácter secreto, y el *plenario*, de carácter público; pero para los casos de faltas o delitos leves podía hacerse un proceso verbal público.

Los objetos de la sumaria eran:

1. averiguar el delito;
2. averiguar la persona del delincuente, lo que se hacía a través de documentos, testigos, confesión o indicios o presunciones;
3. asegurar su persona –normalmente mediante prisión– y su responsabilidad económica –secuestrándole bienes suficientes–;
4. recibir la declaración indagatoria –en que no se hace cargo alguno al presunto delincuente–, y
5. recibir su confesión –en que sí se hacen cargos–.

Podía terminar por el *corte de la sumaria*, que significaba que el juicio criminal terminaba por convencimiento del juez de que no había delito o bien de que el reo había sufrido ya bastante con su privación de libertad. Esta, por otra parte, podía ser recuperada cuando se daba la *fianza de la haz*, que implicaba que se comprometía el fiador a que el inculpado comparecería ante el tribunal cuando éste lo ordenara (*fianza carcelera*), que estaría a derecho siguiendo el juicio y a que pagaría por el reo lo que contra éste fuese juzgado y sentenciado (*iudicatum solvi*).

La idea prevaleciente en el sistema criminal hispano-indiano es la de *convencer* al delincuente de su delito de modo que éste prestara confesión de su comisión. Una vez tomada confesión al inculpado, se daba traslado de ella al querellante, si lo había, para que dedujera su acusación, iniciándose el plenario. Si no lo hacía, se le declaraba por no parte y no era oído, pudiéndosele aun condenar a satisfacer las costas del juicio. Cuando no había querellante, el juez declaraba la existencia del delito y de pruebas contra el inculpado, de lo que daba traslado a un fiscal ad hoc nombrado por el mismo juez en lugares donde no hubiera agente fiscal, y a éste cuando lo había. Era también posible que el juez acusara sin nombrar fiscal. El reo debía contestar la acusación, tras lo que se recibía la causa a prueba con “cargos de publicación, conclusión y citación” cuando se tramitaba de oficio, lo que implicaba que el juez fallaría a la brevedad sin mayores trámites. En cambio, si había querellante, había lugar a publicación de probanzas, tachas, alegatos de bien probado, etc.

Había una variante del procedimiento señalado cuando el reo se hallaba ausente y no podía ser habido. Se despachaban tres edictos citándolo a comparecer ante el tribunal, tras lo cual se lo declaraba contumaz y rebelde, siguiéndose el juicio en su rebeldía hasta la dictación de la sentencia.



Como era posible que tribunales legos pudieran hacer mala aplicación de las reglas sobre debido proceso criminal, la Real Audiencia de Chile expidió dos autos acordados en el siglo XVIII, que estuvieron vigentes hasta la dictación del Código de Procedimiento Penal en 1906. En ellos intervinieron dos juristas de nota: los fiscales José Perfecto de Salas y Ambrosio Cerdán y Pontero.³⁵

5. Los recursos indianos y el debido proceso

La apelación era el recurso más corriente: por regla general eran apelables las sentencias definitivas y algunas interlocutorias. El escrito de apelación se presentaba ante el tribunal que había fallado, el cual debía enviar el expediente original al tribunal superior o bien copia de las partes pertinentes de dicho expediente, lo que dependía de si se hubiese concedido el recurso paralizando la tramitación ante el juez de primera instancia (recurso en ambos efectos) o bien si se seguía tramitando el juicio a pesar de la apelación (recurso en el solo efecto devolutivo).

El apelante debía presentarse ante el tribunal superior –normalmente la Real Audiencia– a través de procurador del número –a lo que se llamaba “mejorar la apelación”–, tras lo cual, si la causa era de Santiago, se procedía a *calificar el grado*, o sea, se ordenaba que el escribano de primera instancia relatara a la Audiencia acerca de la calidad de apelable de la resolución recurrida y sobre si se había interpuesto el recurso en el plazo pertinente. Si la sentencia se había dictado fuera de Santiago, se daba orden al tribunal cuya resolución se apelaba que remitiera el expediente. Dictaba, entonces, la Audiencia el llamado *auto ordinario*, por el que ordenaba al apelante *expresar agravios*, o sea, señalar qué errores habría cometido el tribunal inferior. De ello se daba traslado al apelado, a lo que seguían réplica y dúplica. Evacuados estos trámites, pasaban los autos al relator para que, previo decreto de *autos en relación*, expusiese el asunto ante el tribunal. Este, oída la relación y los alegatos de las partes, podía recibir a prueba si lo estimaba necesario. Concluido el término probatorio y hecha publicación de probanzas, alegaban las partes de bien probado (esta es, hacían ver al tribunal los aspectos favorables de la prueba rendida), tras lo cual fallaba la Audiencia mediante *sentencia de vista*. De esta sentencia podía recurrirse ante el mismo tribunal que la dictó mediante el recurso de *suplicación*, respecto del que se dictaba *sentencia de revista*.

³⁵ Salvat Monguillot, Manuel, “El procedimiento criminal chileno según dos autos acordados del siglo XVIII”, en *Homenaje al profesor Alfonso García Gallo*, T. III, vol. 1 (Madrid, Universidad Complutense, 1996), pp. 415-430.

Al referirnos a la Real Audiencia hemos señalado los recursos de que conocía: apelación, primera suplicación, segunda suplicación, nulidad y fuerza. Igualmente, al hacer mención del Consejo de Indias hemos indicado los recursos de que conocía. Lo propio se ha hecho al tratar del cabildo.

La tendencia de la corona fue la de que los juicios terminasen en América: de ahí qué los recursos seguidos ante el Consejo de Indias fueran bastante escasos.

6. Conclusiones.

A mi entender, muy poca novedad introdujo el constitucionalismo clásico en la práctica tácita del debido proceso durante la administración indiana, toda vez que sus principios más destacables ya eran lugar común entre nuestros antepasados. Lo novedoso es la inserción de unos dispositivos legalistas en un sistema de fuentes jurídicas variadas. Del sistema indiano hay que predicar un principio de juridicidad antes que uno de legalidad. A través de la ley mañana de fundamentación de sentencias se pasará a un legalismo cada vez más marcado dejándose de lado el arbitrio judicial por el que el juez, antes que buscar aplicar la ley, intentará hacer justicia a las partes recurriendo a la fuente del derecho que estime pertinente para la correspondiente epiqueya.

Tal principio de juridicidad daba lugar, entre otros extremos, a:

1. un tribunal natural claramente determinado;
2. posibilidad de recusación del juez sospechoso de parcialidad;
3. reglas precisas de bilateralidad de la audiencia;
4. normas perfectamente determinadas para la recepción, producción y evaluación de las pruebas;
5. normas tendentes a lograr la prontitud en la resolución de los juicios, particularmente cuando se trataba de personas miserables, entre los que han de ser incluidos los indios;
6. en lo relativo a estos últimos, hay una institucionalización de su defensa a través de los protectores de naturales, abogados y procuradores de indios;
7. la posibilidad de obtener una justicia adecuada a la necesidad de los distintos grupos sociales, al través de tribunales especializados;
8. un sistema coherente de recursos procesales encaminados a lograr una justa solución de los juicios, sin que quedaran ausentes del control estatal de juridicidad ni siquiera los tribunales eclesiásticos;
9. un doble sistema de control del correcto desempeño de los jueces, mediante la visita (cuando están actuando) y el juicio de residencia (al terminar sus funciones), y
10. una concepción doctrinariamente afinada y jurisprudencialmente determinada del principio de cosa juzgada.

Los principios del proceso romano ilustrados con algunas instituciones

Alejandro Guzmán Brito

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO
UNIVERSIDAD DE CHILE

I. Introducción

1. La moderna doctrina procesal ha decantado un conjunto de los que se llaman "principios procesales", que no podemos dejar de interpretar como principios del derecho, mas no generales, sino particulares de la rama procesal, aunque universalmente aplicables a toda ella, porque ya se sabe que si bien nos hemos acostumbrado a hablar de principios generales del derecho, como un género único, en realidad los que existen son unos principios del derecho de generalidad variable, pues los hay aplicables bien a todo el derecho, como el de no ir en contra de los hechos propios o el de buena fe; bien a ciertas ramas del derecho, como el principio *in dubio pro reo*, propio del derecho penal; bien a cierta parte de cierta rama del derecho, como el de igualdad de los acreedores, específico del derecho concursal. En todos los casos se trata de principios, y no de normas propiamente tales, porque informan una variedad de instituciones, a veces diferentes entre sí, y porque funcionan para juzgar indistintamente conductas e instituciones, mientras que las normas no informan sino que organizan las instituciones y sólo funcionan para juzgar las conductas. Debido a su carácter informador o inspirador de una variedad, tienen que ser generales, pero ya hemos hecho ver que su generalidad es variable. Así, pues, los principios procesales son principios jurídicos que informan, o deben informar, al proceso; pero son propios del proceso y no generales de todo el derecho, aunque en algún caso constituyan deducción particular de un principio más general aplicable, por ende, a sectores más amplios.

Ha sido mérito de la moderna ciencia procesalística el haber individualizado, enumerado, denominado y formulado los principios procesales. Pero no fue su mérito el haberlos descubierto. Este perteneció, como en tantos otros casos en materia jurídica, a los romanos, quienes, empero, no siempre llegaron a expresarlos y solieron limitarse a aplicados en su experiencia procesal. Por lo demás, este fenómeno se repite muchas veces en otros ámbitos del derecho, es muy conocido y no vale la pena insistir en él.

2. Me propongo examinar cómo los romanos, en efecto, reconocieron los principios procesales,¹ merced a su proyección en ciertas instituciones del proceso clásico. Procederé recordando brevemente el contenido que los modernos damos a cada principio y enseguida examinaré ciertas instituciones procesales romanas escogidas, que parezcan haberlos aplicado en manera relevante; terminará sosteniendo que una futura reforma del proceso civil, la cual necesariamente deberá tener en cuenta, por cierto, los principios procesales universalmente aceptados, debería aprovechar la experiencia de su aplicación proveniente de los romanos, lo que quiere decir que en muchos casos deberían ser las instituciones romanas concretas mismas que históricamente proyectaron tales principios, las que deberían ser tomadas como modelo directo para esa reforma.

Al hablar del proceso romano me refiero, ya se habrá notado, al civil y propiamente al clásico, al *agere per formulas*, cuyo punto de partida positivo, aunque no su invención, se conecta con la célebre *lex Aebutia*, de fecha exacta desconocida, pero muy probablemente perteneciente al primer tercio del siglo II a. C.

II. El principio de contradictorio, de igualdad o de bilateralidad de la instancia o de la audiencia

El principio de contradictorio, o como quiera denominárselo, expresado con recurso al aforismo, de origen desconocido, cuya fórmula es *audiatur et altera pars*, postula que de toda pretensión, alegación o actuación de una parte debe darse conocimiento a la otra, a fin de hacer posible su contrapretensión, contraalegación o contraactuación, de modo de nada decidirse en el proceso sin haber escuchado a ambas partes. En las fuentes lo encontramos tardíamente expresado en D. 48.17.1 pr. (Marc., 2 <iudic> publ.), en materia procesal penal, empero: “usamos de este derecho: que los ausentes no sean condenados: pues la razón de la equidad no soporta que alguien sea condenado sin haber sido escuchada *su causa*” (*hoc iure utimur, ne absentes damnentur neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur*). Este principio es tan esencial del proceso civil y lo recorre tan permanentemente a lo largo, que es bien difícil encontrar puntos suyos en que no se encuentre presente; por lo cual es también difícil hallar instituciones bien perfiladas que sean manifestación peculiar del mismo. Pero podemos encontrar algunas, aunque intervengan también otros principios en ellas.

¹ Para los principios recorro a la exposición clásica de COUTURE, Eduardo, *Fundamentos del derecho procesal civil* (3a ed., Buenos Aires, Depalma, 1966), pp. 181 ss



Tal es el caso de las consecuencias que se siguen para aquel demandado *qui absens iudicio defensus non fuerit* o aquel que *fraudationis causa latitat*. Como se sabe, si el demandado ya citado ante el pretor mediante la oportuna *in ius vocatio*, no comparece personalmente ni representado o sustituido al proceso, constituyéndose así en un *indefensus*, o bien se oculta con propósito de defraudar al demandante, convirtiéndose en un *latitans*, el proceso no puede tener lugar: el derecho clásico, pues, no conoce lo que ahora denominamos un proceso en contumacia. Ciertamente en ello interviene el carácter privatístico que poseyó aquél, de manera que la esencial *litis contestatio* no pueda realizarse sin el acuerdo de ambas partes. Pero también podemos ver una manifestación del contradictorio en esta imposibilidad de un juicio en contumacia.

No fue ésta la solución del proceso postclásico ni, como bien sabemos, la del llamado proceso romano-canónico, en que se inspira el moderno: una vez notificada la demanda, el proceso puede continuar en ausencia y silencio del demandado.

III. El principio de disposición o dispositivo

Este principio, según el cual la iniciativa de los actos procesales queda entregada a las partes, rigió intensamente en el proceso civil romano y lo propio ocurre en el moderno, aunque reformas aisladas e inorgánicas, que se han hecho eco de la difundida crítica concerniente a la lentitud de la justicia y con el intento de superarla, lo han derogado en algunos aspectos. Así, en Chile, por ejemplo, una reforma de 1989 declaró que todos los plazos procesales, salvo los concedidos al juez, son fatales, con lo que eliminó la necesidad de acusar rebeldías cuando la parte contraria no evacua el acto que de ella se espera antes de vencer el plazo que la ley o el juez le otorgan para ello, a fin de precluir la oportunidad de hacerlo, de modo que ésta precluye *ipso iure* con el vencimiento del respectivo plazo.

En el proceso clásico, el principio dispositivo está muy ligado con su carácter privatístico, cuya más alta manifestación se encuentra en la necesidad del concurso y colaboración de ambas partes para que tenga lugar la *litis contestatio*, y no es suficiente que alguien, que tenga una pretensión en contra de otro, haya conseguido citarlo ante el pretor con la *in ius vocatio*. Pero, como ya hicimos notar, ese principio imprime su carácter a todo el proceso civil romano.

En este momento quiero detenerme en una de esas manifestaciones del citado principio, que me parece revestir un interés particular.

Me refiero a ciertos recursos procesales, propiamente a algunos interdictos, que tienen carácter de *popularia* y cuya petición está abierta a *cui vis ex populo*, con el límite de la prevención, esto es, de la preferencia en favor del que primero lo entabló.

Bien sabemos que todos los interdictos, de una u otra manera, siempre protegen un interés público, aunque frecuentemente a él se asocie además un interés privado. Sin embargo, la iniciativa para solicitar la emisión de algunos interdictos se entrega a los particulares, es decir, a cualquier particular que prevenga a otro, con lo cual se los deja entregados al principio dispositivo, que es lo que recalco ahora.

Tal ocurre, por ejemplo, en el interdicto *ne quid in loco publico vel itinere fiat*,² por el cual prohíbe el pretor que en lugar público se haga o se introduzca algo que pueda causar daño a otro. Ulpiano dice expresamente que con este interdicto se atiende tanto a la utilidad pública como de los privados,³ como es fácil entenderlo; por ello es popular.⁴ Otro ejemplo de este género de interdictos es el llamado *de vía publica et itinere publico reficiendo*,⁵ merced al cual prohíbe el pretor hacer violencia a otro, destinada a impedirle abrir o reparar vías y caminos públicos; expresamente vienen considerados "todos" como sus legitimados activos.⁶

En nuestros modernos Estados, confiamos la tutela de las cosas públicas a la Administración, quien actúa por medio de agentes inquisitoriales, que solemos llamar "inspectores". Ellos son los encargados de buscar las transgresiones y denunciarlas para que la propia Administración proceda a reprimir, a veces por vía judicial, a veces directamente, por vía administrativa. Este método no siempre funciona, por diversas razones. El método de los interdictos populares, en que una tutela de los lugares públicos queda regida por el principio dispositivo, en la manera que hemos visto a través de los ejemplos citados, contiene, en cambio, una feliz combinación del interés público con el privado, y me atrevería a decir que hasta un análisis certero de los motivos que suelen mover a los hombres para actuar.

Este interés privado radica en que la condena pecuniaria a que en fin de cuentas puede conducir la desobediencia al interdicto, condena que, como sabemos, siempre resultaba muy onerosa, cede en interés no del erarium, sino del particular que entabló el interdicto. Con ello, pues, se crea un incentivo para que los particulares se animen a promover este tipo de

² Dig. 43. 8.

³ Dig. 43. 8. 2.2.

⁴ Dig. 43. 8. 2. 34

⁵ Dig. 43. 11.

⁶ Dig. 43. 11. 3 pr.



recursos; pero, de paso, es un interés público el que queda resguardado, lo cual es la finalidad propia del interdicto.

IV. Los principios de economía y de concentración

El principio de economía se puede entender en dos sentidos. Por un lado, en cuanto exige que haya una correlación o proporción entre el costo del proceso y el valor de lo disputado en él, de manera que el primero no vaya a superar al segundo.⁷ Por otro, en cuanto postula que, independientemente de los valores dichos, siempre que un resultado se pueda obtener o evitar por medios que impliquen abreviación del proceso, se deben preferir esos medios a otros que impliquen dilatarlo. Bajo el primer aspecto, podríamos hablar de economía de dinero; bajo el segundo, de economía de los actos. Aquí nos referiremos a este último aspecto.

Una manifestación particular de la economía es el principio llamado de concentración, que sugiere que las actuaciones procesales se aproximen en el tiempo unas a las otras, de manera que no medien lapsos prolongados entre las mismas. Se comprenderá que él sirve a los intereses de la economía, porque de su aplicación resulta un acortamiento del proceso.

Todo proceso es, en fin de cuentas, un mal por evitar, cuando se debe, con todo, recurrir a él, sigue siendo un mal; por ende, hay que abreviarlo lo más posible, sentido en el cual se disminuye el mal. La economía y su específico que es la concentración tienden a lograr ese objetivo, y postulan evitar lo superfluo o inútil la primera, y la actuación idealmente dirigida a la simultaneidad la segunda.

En el proceso civil romano, la institución que me parece obedecer mejor al principio de economía así entendido, es el poder del pretor de *actionem denegare*.

Como se sabe, el pretor empleó este poder suyo en funciones variadas: para hacer operativos los senadoconsultos o las leyes, con la alternativa de otorgar una *exceptio* al demandado; o para coaccionar, por ejemplo, al legatario de un usufructo a que otorgue la *cautio usufructuaria* al nudo propietario, mediante la amenaza de negarle sus acciones de usufructuario si no otorga la caución. Pero también para evitar procesos inútiles, y en esto radica su aspecto económico: cuando el pretor, examinando *in iure* la pretensión del actor, verifica que es inconducente y que de ningún modo puede aquél obtener una condena en su favor con ella, entonces simplemente deniega la acción e impide de esa manera un proceso del todo

⁷ Es el sentido en que lo entiende COUTURE, *Fundamentos* (n. 1), pp. 189 ss.

inútil. En las fuentes hay numerosos ejemplos, y me limito a citar uno: si alguien prometió por estipulación cometer un sacrilegio o un homicidio y se le demanda el cumplimiento de la estipulación, dice un texto que el pretor le denegará la acción:⁸ en efecto, esa estipulación, por ser *turpis*, resulta *nullius momenti*,⁹ y el actor no podrá obtener que se condene al promitente demandado.

Por lo que a la concentración se refiere, podemos ver una manifestación suya en la repartición de funciones que se produce con ocasión de la característica división del proceso en una fase *in iure* ante el pretor y otra *in iudicio* ante el juez. En la primera se concentra todo cuanto diga relación con la preparación del material justiciable y de sus accesorios; en la segunda, todo cuanto convenga a la demostración de los hechos y la alegación en derecho para decidir la contienda. En especial, quiero recordar que es bajo esta perspectiva que podemos valorar la *formula* procesal, que es el resultado más conspicuo de la fase *in iure*. En efecto, en un breve documento, como es precisamente la *formula*, quedan concentrados los temas de hecho y de derecho sustanciales, pertinentes y controvertidos sobre que deberá sentenciar el juez, en un lenguaje conciso y lapidario, pero altamente tecnificado.

V. Los principios de inmediación y oralidad

Por el principio de inmediación se exige que quien tenga el oficio de decidir en el proceso perciba los medios con que se allega el material sobre el cual decidirá en forma directa, lo que supone visión y audiencia de las partes, los testigos, los peritos y demás personas que intervienen en el proceso sin intermediarios. Una manifestación más específica de ese principio es la oralidad, según la cual las actuaciones procesales deben ser expresadas mediante el habla que simultáneamente resulte escuchada por el juez, aunque paralelamente se las reduzca a escritura.

Bien sabido es que el proceso civil romano clásico cumplía a cabalidad con ambos principios: el pretor *in iure*, y el juez *in iudicio* escuchaban directamente las alegaciones de las partes, porque eran orales, y éstas, las decisiones de ambos, que también eran oralmente pronunciadas; también el examen de los testigos era un acto esencialmente oral y en presencia del juez; y, por cierto, los alegatos de los abogados, en que podían exhibir sus galas retóricas, no podían menos que consistir en oraciones pronunciadas también ante el juez y las partes.

⁸ Dig. 45.1.27. pr.

⁹ Dig. 45.1. 26.



VI. El principio de probidad

Por el principio de probidad se exige a las partes un comportamiento procesal recíproco de buena fe, leal y honorable, y se excluye el empleo del proceso para un fin distinto del suyo propio inherente, a saber: la administración de justicia. Ciertamente es que cada parte persigue que la justicia sea administrada en su favor; pero el fin del proceso es administrar la justicia en favor de quien tenga la razón. En consecuencia, aunque no se proscriba aquel objetivo privado de cada parte, su comportamiento no debe obstaculizar la consecución del fin superior y objetivo del proceso; de ahí la aludida exigencia.

Ahora deseo destacar algunas figuras del proceso clásico que se prestaron eficazmente a forzar la probidad.

a) En primer lugar, me refiero a ciertas cauciones que las partes deben otorgar en la fase *in iure*. Tales son:

i) La *sponsio* y la *restipulatio tertiae partis* que en la *actio condictio certae pecuniae* deben conferir el demandado al actor y éste a aquél, por las cuales se obligan a pagar a su contraparte un tercio del valor cobrado, si la parte promitente es vencida en el juicio. En la *actio de pecunia constituta* las estipulaciones son por la *dimidia pars*.

ii) Se recordará, además, que la *cautio iudicatum solvi*, que a veces debe otorgar el demandado al actor, se contiene una cláusula de *dolo malo*, por la cual se obliga a abstenerse del empleo de prácticas dolosas en el proceso. Lo propio ocurre en la *cautio pro praede litis et vindiciarum*, que en una *actio in rem* tramitada *per sponsionem* reemplaza a la *cautio iudicatum solvi*.

b) En segundo lugar está la figura que denominamos litiscrescencia. En algunas acciones, como la *actio iudicati*, la *actio ex testamento* o la *actio legis Aquiliae*, cuando el demandado enfrenta la acción (*infinitio*) en vez de aceptar la pretensión del actor (*confesio in iure*), la condena que después sufra se duplica, de donde la formulación *infinitando lis crescit in duplum*.

c) En otras acciones, la condena del reo acarrea su *infamia*, lo que no deja de traerle consecuencias pesadas para el futuro, como la de no poder postular en juicio por otro, con limitadas excepciones, no poder presentar *cognitor* o *procurator* ni ser designado como tales ni ejercer acciones populares. La infamia va aparejada a la condena en juicios como los de *furtum*, *vi bonorum raptorum*, *iniuriarium*, *de dolo*, *pro socio*, *fiduciae*, *tutelae*, *mandati* y *depositi*. Si el reo confiesa *in iure*, evita la condena y por ende la *infamia*.

d) También cabe mencionar el *iudicium calumniae decimae partis* que el demandado absuelto en un proceso puede entablar en contra de quien lo ha demandado sin éxito, bajo el concepto de que esta demanda fue de mala fe, porque estuvo destinada a vejar al demandado.

Del conjunto de estas figuras, que de todos modos cabe reiterar que no tuvieron siempre carácter general, salvo el *iudicium calumniae*, emerge con todo un cuadro destinado a evitar que el actor demande sin razón y de mala fe o que el reo se defienda sin razón o de mala fe.

VII. El principio de publicidad

La publicidad, entendida como la libertad reconocida al público de poder conocer, concretamente, de poder ver y escuchar (eventualmente además leer) las actuaciones de cualquier proceso, se aplicaba en el proceso romano muy naturalmente debido a la circunstancia de que tanto el pretor como el juez privado actuaban en lugares públicos: el foro o una basílica, y ahí tenían lugar ambas fases procesales. De ello surgía que cualquier persona, con interés o sin él, podía ver lo que hacían los sujetos de cada proceso y sus intervinientes y escuchar lo que decían. Esta singular costumbre determinaba una publicidad por así llamarla inherente y que más que ser una posibilidad o potencia de publicidad, era realidad permanente.

VIII. El principio de gratuidad

Según este principio, los litigantes no deben quedar sujetos a desembolsos pecuniarios a favor del poder público o del juez, por el servicio de la administración de la justicia, sin que obste aquél al pago de honorarios a los abogados, de impuestos a las actuaciones procesales (como los de timbres, estampillas y papel sellado, cuando existen), de tasas o aranceles a quienes desempeñan oficios, como los de receptores encargados de notificar, etc., y de las costas del juicio al litigante vencedor. Lo que se quiere excluir es nada más que la carga de pagar por el mero hecho de poner en ejercicio a la jurisdicción. Este limitado alcance de la gratuidad explica que podamos seguir hablando de justicia gratuita, en circunstancias de que, como todos saben, ella es de hecho bastante onerosa.

Ahora bien, en Roma la gratuidad de la administración de justicia era más amplia que en el mundo moderno. Desde luego lo era en el sentido limitado que acabamos de ver, porque los litigantes nada tenían que pagar al *aerarium* por el mero hecho de acudir al pretor y actuar ante él, ni a los

jueces privados para que cumplieran con su cometido, lo que no deja de asombrar. Pero además era gratuita la administración de justicia en cuanto los romanos desconocieron los impuestos a las actuaciones judiciales, las tasas y los aranceles propiamente tales por ciertas actuaciones y, lo que tampoco deja de asombrar, los honorarios a los abogados y otros intervinientes en el proceso, que solo fueron aceptados tardíamente y por la vía *extra ordinem*. Eso se explica por la consideración de cumplimiento de un deber de *amicitia* o *pietas* con que los romanos valoraban la actuación de los abogados en relación con sus clientes, que impedía como indecorosos el cobro de honorarios.

Quiero advertir que no debe verse una excepción a la gratuidad en la posibilidad de que un litigante se vea en la obligación de ciertos desembolsos a título de pena por su comportamiento en el proceso. Se recordará que ya en las arcaica *legis actio per sacramentum* cada parte debía afectar una cantidad de dinero, como *poena sacramenti*, que perdía en beneficio del *aerarium* si la sentencia le resultaba desfavorable. En el derecho clásico, ya lo vimos, hay varios casos en que el litigante vencido queda expuesto a un gravamen pecuniario, y tampoco ello obsta a la gratuidad. Esta debe entenderse, pues, en relación con los servicios procesales.

IX. Los principios de preclusión y de inmutabilidad

Como el proceso, según esta misma palabra ya lo anuncia, consiste en una sucesión de actos y actuaciones, que por otra parte está prescrito que se ejecuten de acuerdo con un cierto orden y en determinadas oportunidades temporales, el principio de preclusión enseña que la posibilidad de ejecutar dichos actos y actuaciones procesales caduca si se ha dejado pasar su oportunidad de ejecutarlos; y también si se han realizado otros actos que son incompatibles con aquéllos; y, en fin, cuando ya se han consumado, de modo de no poder repetírselos. En todos estos casos se dice que la facultad de ejecutar esos actos o actuaciones precluye y en el último se puede decir preclusión por consunción o agotamiento de la facultad.

Alguna relación guarda con la preclusión el principio de inmutabilidad. Según éste, lo actuado y lo decidido en una instancia procesal no puede ser revisado y modificado en la misma,¹⁰ aunque sí en otras instancias de número limitado, hasta que, agotadas, lo decidido en la última ya no puede ser revisado absolutamente.

¹⁰ Sin perjuicio de la limitada posibilidad del recurso de revisión ante el mismo juez que emitió una resolución, para que la modifique; y de otras excepciones justificadas.

Estos dos principios son tan estructurales de la jurisdicción, que hasta puede decirse que constituyen el irreductible que la diferencia de la administración, no regida por la preclusión (salvo por excepción y solo por razones de certeza) ni por la inmutabilidad.

En tales circunstancias, se comprenderá cómo el proceso romano no pudo dejar de estar también regido por ambos principios, pero cabe destacar tres figuras que los representan de modo particular.

La primera es la *litis contestatio* y especialmente el que llamamos su efecto fijador. En virtud de él, la *litis contestatio* determina los límites del litigio, que restan así invariables e inmodificables y detienen las consecuencias de ciertos hechos que antes podían afectar a las acciones. Así: i) cesa la intransmisibilidad de las acciones por la muerte de sus legitimados, de modo que se transmiten si alguno muere después de la *litis contestatio*; ii) dejan de correr los plazos de caducidad de ciertas acciones; iii) queda determinado el valor del asunto litigioso a efectos de la condena; iv) no es tomada en cuenta la deslegitimación para la acción que tenga lugar después de la *litis contestatio*; v) los hechos posteriores a ésta no pueden fundar excepciones; vi) a partir de la misma, la cosa litigiosa no puede ser enajenada, etc.

La segunda manifestación de nuestro principio es otro efecto de la *litis contestatio*, que llamamos consuntivo, merced al cual una vez recaída aquella en una acción entablada, ésta se consume y ya no puede volver a ser propuesta, consunción que opera *ipso iure* si la acción es civil *in personam* y se trata de un *iudicium legitimum*, y solo *ope exceptionis* cuando la acción es *in rem*, o la *in personam* es honoraria, o si cualquier acción tiene lugar en un *iudicium imperio continens*, caso en el cual la reiteración posterior o paralela de la misma acción puede ser enervada mediante una *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*.

La tercera manifestación del principio es la unicidad de la instancia: como se sabe, en el procedimiento formulario el juez privado falla en única instancia y no existe, pues, la apelación. Con ello, los romanos aplicaron la inmutabilidad en sentido muy estricto, pues en un régimen de doble instancia, como es ordinariamente el nuestro, ese principio debe ser modificado en su formulación para poder mantenerlo, refiriendo la inmutabilidad no al proceso, sino al interior de cada instancia precisamente, y después a la última, pues, en efecto, lo decidido en una es esencialmente revisable y modificable en la segunda, gracias al recurso de apelación.



X. El principio de inexcusabilidad

El único principio procesal no reconocido por los romanos fue el de inexcusabilidad. Este exige que reclamada la intervención del órgano jurisdiccional para que conozca de un asunto litigioso, no puede aquél excusarse de emitir un pronunciamiento que lo decida, ni siquiera con el pretexto de no existir en el ordenamiento jurídico una norma concerniente. La ausencia de dicho principio en Roma se manifiesta en ambas fases del proceso. En la fase *in iure*, en efecto, el pretor, como por lo demás vimos a propósito de otro principio, puede denegar la acción al demandante y hacer imposible por el momento el juicio, aunque otro pretor pueda después concederla. En la fase *in iudicio*, el juez, en vez de emitir su *sententia*, puede jurar que el asunto no le ha resultado claro (*rem sibi non liquere*) y abstenerse de fallar, caso en el cual se debe designar un nuevo juez. Como se ve, son manifestaciones muy drásticas en contra de la inexcusabilidad

XI. Conclusión

Queda así comprobado lo dicho al comenzar, en orden a que todos los modernos principios procesales, salvo el de inexcusabilidad, son un descubrimiento romano en realidad. En muchos casos, empero, cierta institucionalidad procesal en que ellos se proyectan ya no está más vigente en nuestros ordenamientos actuales, y en tales casos cabe preguntarse si no sería recomendable tenerla presente como modelo en el estudio de una futura reforma del proceso civil, que en la sociedad masificada de nuestros días, y que valora –o que necesita– sobremanera la velocidad, parece haber entrado en crisis. Personalmente tengo una especial preferencia por el modelo romano de la represión de la mala fe procesal, represión que en el moderno proceso se reduce a la condena en costas, generalmente tasadas en cantidades ínfimas y, ya en el interior del proceso, a la obstaculización de la multiplicación de los incidentes. Pienso que la manía litigiosa y el empleo del proceso civil para fines desviados quedarían más eficazmente reprimidos si el litigar sin fundamento resultara excesivamente oneroso, merced a un sistema de altas penas pecuniarias privadas, o sea en beneficio de la parte perjudicada; el establecimiento de estas penas debería provenir de cauciones exigidas a los litigantes y no de la ley directamente. Aparte el valor de presión psicológica y de estímulo a la reflexión que ofrece el que en cada caso concreto las partes deban proceder a otorgar esas cauciones, está el hecho mismo de consistir en cauciones, que gravan con la carga de tener que conseguir garantes o de afectar cosas al cumplimiento del deber de buena fe procesal. Este efecto se vería acrecentado si se involucrara a los abogados en la garantía, pues sabido es que en muchos casos son ellos los que incitan a litigios sin fundamentos.

Otra figura de la que hacemos escaso uso en el moderno derecho es la de las acciones populares, cuyo modelo romano ofrece un inmejorable ejemplo de asociación del interés público con el privado, y que está ahí a la mano para su empleo en innumerables ámbitos de la vida moderna, cuyos regímenes jurídicos a veces resultan ineficaces precisamente por la incapacidad de la Administración para proveer los medios adecuados de control: piénsese en la protección ecológica o en aquella de los intereses del consumidor.

En fin, parece que una reflexión profunda sobre los modelos procesales romanos todavía nos puede brindar muchas soluciones viejas a problemas nuevos; lo cual, por lo demás, lo predicamos de todo el derecho romano, cuya capacidad de proyectarse renovadoramente en cada tiempo parece inagotable.



El juez y el juicio en Tomás de Aquino

Jaime Williams Benavente

Profesor Titular de Filosofía del Derecho

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

UNIVERSIDAD DE CHILE

Introducción

Para Tomás de Aquino, como para la tradición aristotélica entera, "el juez es la justicia viviente" y, a la inversa, un juez injusto es inconcebible: es un prepotente, alguien que decide por la fuerza lo que debe ser decidido conforme a una razón de justicia.

Cabe advertir que para nuestro autor el derecho, propiamente hablando, no es ni la norma (legal, consuetudinaria, contractual) ni la facultad ni el deber por ella consagrado; es, en cambio, aquella cosa que se debe dar, hacer o no hacer respecto de otro. Esta concepción es llamada "realista", por afirmar que el derecho es la "res" o cosa en cuanto "ad alterum debita".¹ Una perspectiva así no ignora la dimensión normativa del derecho, que se ha exacerbado en el positivismo estatista, sino que la integra armoniosamente. Avala este realismo el feliz hallazgo de Aristóteles, confirmado por Cicerón y por los grandes juristas romanos cuya sabiduría es recogida en el Digesto justiniano. En la actualidad, el realismo escandinavo y anglosajón muestran importantes coincidencias con esta concepción.

Para esta doctrina, determinar el derecho en cada caso concreto es fruto de la prudencia jurídica (*prudentia iuris* o *iurisprudencia*), mientras el darlo pertenece a la justicia en cuanto ella "*est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*".²

Ahora bien, el más vasto tratado de las virtudes es el que el Aquinate dedica a la Justicia (2-2, q 57 a 79) y que prosigue hasta la q 122 estudiando virtudes que le están muy vinculadas. Al juez y a su acto propio: el juicio, le consagra las q 60 y 67, que comparativamente son extensas y que se deben estudiar en armonía complementaria con las 68 a 71 y con el resto del tratado y, en todo caso, con el precedente dedicado a la Prudencia, y con aquel en que recoge su teoría sobre la ley (1-2 q 90 a 108).

¹ "Debida a otro".

² "Constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo"

El propósito de Santo Tomás es convencer que tanto el juicio cuanto el juez han de ser justos y que aquel lo será en la medida en que éste lo sea. No hay alternativa.

El Aquinate es un teólogo. Pero ello no excluye que sea un potente filósofo en orden a plantearse las cosas a la luz de su radicalidad última y a razonar en el límite mismo de sus posibilidades críticas.

En este contexto, es básico averiguar ¿qué es el juicio? ¿Un acto cognoscitivo o un acto volitivo? ¿Un acto de prudencia o un acto de justicia? ¿Es lícito juzgar? ¿Cuál es el origen de esta potestad? ¿Cuáles son las condiciones mínimas para juzgar a alguno? ¿Basta la mera sospecha? Si los antecedentes son contradictorios y dudosos, ¿cómo ha de proceder el juez? Si la ley es insuficiente o lacunosa ¿Debe dictarse sentencia? Estas interrogantes pueden considerarse dirigidas al acto del juez: al juicio. Pero Tomás formula otras que al juez incumben y que calibran su justicia, así ¿puede juzgar a quien no es súbdito suyo? ¿Puede condenar a quien previamente no ha sido acusado? ¿Es lícito que el juez, luego de condenar, condone la pena?

1. Naturaleza del juicio

Etimológicamente *iudicium* proviene de *ius-dicens*. Pero luego amplió su significación tanto al orden especulativo como al práctico. En sentido estricto, es el acto del juez *qua iudex*, esto es, de “quien dice el derecho”, “de quien lo determina”. Para Tomás de Aquino, recordamos, el derecho es el objeto de la justicia, es aquella cosa que debe darse, hacerse o no hacerse respecto de otro, porque a éste pertenece. Si en virtud del juicio se determina algo “en cuanto debido a otro” es porque previamente ha habido una secuencia de actos cognoscitivos que han llevado a determinar **qué se debe, por qué se debe, quién lo debe, a quién se debe**, etc. En este sentido, el juicio es un acto de la razón práctica o de la virtud de la prudencia. Pero, además, es un acto de justicia: el juez “ordena dar a otro lo que le corresponde”. Es, pues, un acto mixto de razón y de voluntad, de prudencia y de justicia; aquella fundamenta a ésta y ésta ejecuta lo dispuesto por aquélla.

Para que el juicio logre su cometido, el Aquinate recalca que es requisito *sine qua non* “la disposición del que juzga, y que le hace idóneo para juzgar rectamente” y sólo la justicia en el juzgador lo inclina a un justo juicio. Y así, concluye: “el juicio es acto de justicia en tanto ésta inclina a juzgar rectamente, y de prudencia, en cuanto esta virtud pronuncia el juicio” (2-2 q 60 a 1 ad 1).

Ahora bien, la justicia –dentro del plexo de virtudes cardinales– es la única que ordena la relación de uno para con otro en orden a respetar lo que al otro pertenece. De aquí que el juicio ha de proceder de algún superior a las partes en litigio “que sea capaz de argüir a ambas y poner las manos sobre ellas” (2-2 q 60 a 1 ad 3). Parece ser un acto de justicia distributiva en cuanto el juez reduce a la igualdad aquello que la contraría: quita a uno algo y se lo asigna a otro, restableciendo “el justo medio”. Todo ello sin perjuicio de que la relación de justicia quebrantada sea conmutativa, distributiva o legal (2-2 q 64 a 4 ad 1).

2. Licitud del juicio

A la época de Santo Tomás perduraba más de alguna tendencia que impugnaba la licitud de juzgar basándose en una interpretación literal de ciertos textos bíblicos, como aquel en que Cristo mismo advierte: “No juzguéis y no seréis juzgados”. Junto a ellos hay otros pasajes que avalan la licitud del juzgamiento y que el Aquinate rescata, como el consignado en el Deuteronomio (16,18) en el que Yahvé ordena establecer “jueces que juzguen al pueblo con juicio justo”.

Una interpretación sistemática lleva a nuestro autor a concluir que lo ilícito no es juzgar, sino hacerlo sin un fundamento suficiente. Lo prohibido, en suma, es el juicio temerario. Pero, en fin, encarado el problema desde un punto de vista más radical, podría sostenerse que el juicio es lícito en tanto es un acto exigido por una virtud: la justicia. El problema de su licitud no está en su origen, *ex radice*, sino en las condiciones en que él se pronuncia. El Doctor Angélico –siempre escueto y parco en palabras– enuncia, a lo menos, tres: “1) Que proceda de una inclinación de justicia; 2) Que emane de la autoridad superior; 3) Que sea pronunciado según la recta razón de la prudencia” (2-2 q 60 a 2). Si falla cualquiera de ellas, el juicio pierde licitud.

En cuanto a lo primero, significa que el juez ha de ser movido por la voluntad constante de que a cada una de las partes se le respete su “derecho”. Su tarea es precisarlo, determinarlo, jamás crearlo “*ex nihilo*”. Un juicio justo traduce un comportamiento judicial justo. No cabe lo contrario.

En cuanto a lo segundo, exige que emane de autoridad competente. En caso de no serlo, habría ilicitud por “usurpación de atribuciones”.

En cuanto a lo tercero, requiere estar fundado sobre una certeza racional o moral, consecuencia de un conjunto de actos cognoscitivos.

3. Competencia del juez

La competencia del juez es indispensable porque, de algún modo, tiene que ser superior a las partes (2-2 q 60 a 1 ad 3). Es que la potestad judicial es parte esencial del poder y, además, función necesaria de toda sociedad perfecta o autárquica. Desde Aristóteles al medioevo aquella potestad estaba estrechamente unida al príncipe, en cuanto éste era soberano. "*Rex a recte iudicando*" se afirmaba.

Para el Doctor Angélico, así como la ley general tiene fuerza coactiva, la sentencia judicial ha de tener la misma fuerza sólo que de alcance particular, de manera que ambas partes puedan ser constreñidas a su cumplimiento. De lo contrario sería ineficaz. Y añade que en las cosas humanas tiene potestad coactiva "el que ejerce la autoridad pública" (2-2 q 67 a 1), que por ello es considerado superior respecto de sus súbditos. Y tal potestad puede ser ordinaria o delegada. La primera se asienta en una ley escrita, y la segunda, en un compromiso de ambas partes (árbitros).

El juicio interpreta y aplica al caso particular el texto de una ley y así como ésta emana de la autoridad pública, el juicio ha de ser decidido por la autoridad pública, "la cual extiende su acción a todos los que están sometidos a la comunidad" (2-2 q 60 a 6). Además, "el juicio implica cierta coacción" y por esto es injusto que alguien sea juzgado por quien no tiene pública autoridad" (2-2 q 60 a 6 ad 1).

Recordamos que un juicio pronunciado por quien carece de competencia es ilícito por "usurpación de atribuciones". Pero la competencia a la que se refiere Santo Tomás es respecto de la investidura del juez y de la materia a conocer por él (que involucra lugar de los hechos, personas participantes y actos). La demarcación de ambas competencias tiene en la ley su origen y límites, pero ello no excluye que el segundo aspecto, de manera implícita, pueda venir señalado por "la naturaleza misma de las cosas", a cuya luz debieran interpretarse las atribuciones judiciales. Así, ¿el reo debe decirle al juez la verdad? Sí, pero sólo en la medida en que el juez es competente para averiguarla. Y, en este caso, es un deber de justicia del reo para con el juez (en cuanto autoridad social). A la inversa, el juez tiene un deber de justicia para con la sociedad y la contraparte de "averiguar la verdad", en tanto ha sido un bien perteneciente a ésta el vulnerado: su honor, su libertad, su propiedad, etc., sin perjuicio de lo perteneciente a la sociedad como un todo: su orden, su seguridad, su paz, etc. Por eso, si el acusado miente al juez, comete un acto de injusticia legal en su contra, y además otro de injusticia conmutativa respecto de la contraparte, a la que daña. Pero si el juez se excediere en sus atribuciones jurisdiccionales, y pretende conocer algo que no es pertinente al juicio, el acusado ya no está obligado

a declararle la verdad, puede guardar silencio y eludirla, pero jamás le es lícito mentir. Los principios aquí recordados se aplican, *mutatis mutandi*, a la declaración de testigos y, además, permiten concluir que un juicio "injusto" a la postre no es un juicio (2-2 q 70 a 4 ad 2).

4. El juez y la verdad del juicio

El asunto tiene una doble connotación: moral y jurídica, y podría ésta formularse así: ¿Puede el juez contravenir la verdad que a él privadamente le consta, fundándose en la acreditada en el juicio?

La respuesta nos recuerda la investidura del juez: es una autoridad pública. "Debe informarse al juzgar, no según lo que él conoce como persona particular, sino según lo que se le hace conocer como persona pública" (2-2 q 67 a 2), lo que significa que ha de estarse a lo dispuesto en la ley, que prevé los medios de prueba y que incluso puede prever su fuerza y determinar que sea el mismo juez quien pondere su valor. Si el juez sospechara que las pruebas rendidas en juicio son falsas, debe discutir las, o sea, examinarlas "con más rigor a fin de investigar sus defectos", y si no puede rechazarlas "debe atenerse a ellas al juzgar". La sentencia ha de ser "*iuxta allegata et probata*". Lo contrario llevaría al descrédito de la autoridad judicial (falta de fe en ella). El "principio de legalidad" es una defensa de la autoridad del juez, de su credibilidad social, de la forma más "objetiva" de hacer justicia impidiendo decisiones gratuitas, infundadas o arbitrarias.

En la concepción tomista, el juez no es pusilánime, sino, como se ha dicho, "la justicia viviente". Como tal ha de saber relacionar indicios que le permitan su convicción para juzgar. En muchos casos una certeza absoluta, que excluya la más mínima duda, no es razonable pedírsela ni al juez ni a las partes. Entre los extremos de la certeza absoluta y la mera probabilidad se sitúa la **certeza moral**, que es aquella que, en su aspecto positivo, excluye toda duda razonable o fundada, y en lo negativo deja abierta la posibilidad contraria. Para dictar sentencia basta este grado de certeza o convicción moral, que se basa, como puede apreciarse, en el principio de razón suficiente. No es una certeza subjetiva o psicológica meramente, sino objetiva o fundada en el mérito del proceso.

Por otra parte, la formulación moral del problema podría enunciarse así: ¿Puede el juez contrariar el dictado de su conciencia? La conciencia ("*cumscientia*") es la norma particular que cada sujeto se dicta para el caso concreto según el conocimiento de los hechos y de las normas respectivas. Para que la conciencia obligue ha de ser verdadera y cierta. Cada uno ha de formularla según la ciencia del caso. El juez en cuanto juez es una

autoridad pública que ha de averiguar la verdad según los medios que la ley le franquea y que han de constar en un juicio público. Así forma su conciencia de juez, y por eso, en la medida en que es verdadera y cierta, ha de seguirla.

Lo que sí le está vedado es fundar su juicio en meras sospechas u opiniones conjeturales que, como puede apreciarse, no conducen a una certeza racional. El Aquinate es tajante en la defensa del "principio de inocencia" cuando expresa: "Mientras no aparezcan manifiestos indicios de malicia de alguno, debemos tenerle por bueno, interpretando en el mejor sentido lo que sea dudoso" (2-2 q 60 a 4). Y añade un principio general, que podría enunciarse así: "Es mejor pensar bien de un hombre malo que mal de uno bueno". En el primer caso me engaño, en el segundo, cometo una injusticia. Y, como moralista, no deja pasar la ocasión para advertir que son distintos los juicios humanos sobre las cosas y sobre los hombres. Aquellos podrán ser verdaderos o falsos; en cambio, éstos afectan la calidad misma de la persona. Y en aras de la certeza y de la justicia que conlleva, el Aquinate exige que tanto la acusación (en lo criminal) como otras diligencias procesales tengan constancia escrita. Es que la memoria es frágil y "el juez podría no estar seguro, cuando llegase a sentenciar, del contenido y modo de la acusación si no estuviese formulada por escrito" (2-2 q 68 a 2).

5. El juez y la legalidad del juicio

Reiteramos, el juicio es una determinación del derecho, de lo que es justo en el caso concreto. Y tal derecho puede provenir de la naturaleza misma de las cosas (*ex ipsa natura rei*) o de una convención entre los hombres (*ex quodam conducto inter homines*). Lo primero constituye derecho natural, lo segundo, derecho positivo. Las leyes se dictan para declarar tanto uno como otro derecho, "aunque de diferente manera: porque la ley escrita contiene el derecho natural, mas no lo instituye, pues éste no toma fuerza de la ley, sino de la naturaleza; pero el derecho positivo se contiene e instituye en la ley escrita, dándole ésta su fuerza de autoridad. Por esto es necesario que el juicio se haga según la ley escrita, pues de otro modo el juicio se apartaría ya de lo justo natural, ya de lo justo positivo" (2-2 q 60 a 5).

La ley escrita ni le da ni le quita ni le disminuye la fuerza al derecho natural, "porque la voluntad del hombre no puede cambiar la naturaleza". De manera que "si la ley escrita contiene algo contra el derecho natural, es injusta y no tiene fuerza para obligar", pues el derecho positivo sólo es aplicable cuando "es indiferente ante el derecho

natural el que una cosa sea hecha de uno u otro modo". Tales leyes injustas no son leyes, sino corrupciones de ley "y no debe juzgarse según ellas" (2-2 q 60 a 5 ad 1).

Pero no sólo leyes injustas son contrarias al derecho natural, sino también leyes rectas pero deficientes para algunos casos, en los que de aplicárseles se lo contradiría. En tales eventos el juez no debe atenerse al tenor literal de la ley, sino que debe recurrir a la equidad, "que es la intención del legislador", ya que "en tales casos, aun el mismo legislador juzgaría de otra manera, y si lo hubiera previsto lo habría determinado en la ley" (2-2 q 60 a 5 ad 2).

La necesidad de la epiqueya (o equidad) es porque los actos humanos son variables, de ahí que sea imposible establecer una ley absolutamente universal. El legislador regula lo de ordinaria ocurrencia. Así aunque la ley ordena la restitución de cosa ajena a su dueño, ¿deberá devolverse el puñal al demente en ataque de ira? En tales circunstancias es pernicioso atenerse a la letra de la ley: ha de estarse "a la justa razón y el bien común" (2-2 q 120 a 1). Falta a la ley, nos dice Santo Tomás, quien se apoya en su letra para contravenir su espíritu (Cfr. 2-2 q 120 a 1 ad 1).

En caso de duda sobre el sentido y alcance de la ley, se debe interpretar para así aplicarla, lo que no es necesario cuando los casos sean evidentes, esto es, cuando su sentido sea claro.

¿Qué vincula al juez, qué lo obliga? La ley escrita,³ ya que "el que pronuncia el juicio interpreta de algún modo el texto de la ley, aplicándolo a un asunto particular" (2-2 q 60 a 6).

Ahora bien, aclarando lo que entiende por derecho natural o lo justo natural, nos dice que es aquello que por su naturaleza es adecuado o ajustado a otro. "Esto puede acontecer de dos modos. Primero, considerando la cosa absolutamente y en sí misma; así el macho, por su naturaleza, se acomoda a la hembra para engendrar de ella; y los padres al hijo para alimentarle. Segundo, considerando la cosa no absolutamente en su naturaleza, sino en relación a sus consecuencias; por ejemplo, la propiedad de las posesiones. En efecto, si este terreno se considera en absoluto, no hay razón para que pertenezca a una persona con preferencia a otra; pero si se considera en atención a la conveniencia de su cultivo y a su pacífico uso, entonces sí tiene cierta aptitud para ser de uno y no de otro, como demuestra Aristóteles" (2-2 q 57 a 3).

³ Hablando con precisión, el término "ley escrita" en Santo Tomás significa "ley positiva", que por su origen puede ser divina o humana, y ésta última civil (del Estado) y eclesiástica (de la Iglesia).

Y agrega que “la voluntad humana, en virtud de un convenio común, puede establecer algo como justo en aquellas cosas que de suyo no se oponen a la justicia natural, y aquí es donde tiene lugar el derecho positivo...” y añade: “pero si algo en sí mismo se opone al derecho natural, no puede hacerse justo por voluntad humana; como, por ejemplo, si se estatuyera que es lícito hurtar o cometer adulterio” (2-2 q 57 a 2).

El juez, en suma, ha de aplicar el “principio de legalidad”⁴ y atenerse a lo dispuesto por las leyes.

Santo Tomás plantea dos modos en que la ley humana deriva de lo natural. Uno es por conclusión, y otro, por determinación. En el primero, como en las ciencias demostrativas, de los principios se sacan conclusiones. Tal como un silogismo. Así del principio universal “no se debe dañar a otro” se deriva que “no se debe matar”, o que “no se debe robar”, o que “no se debe calumniar”, etc. El segundo modo, la determinación, tiene semejanza con lo que sucede en las artes: las formas genéricas se concretan en algo particular, tal como el arquitecto concreta en esta casa la idea previa que tiene de ella. “El que daña a otro debe ser castigado” es una conclusión del primer modo, y “será castigado con tal pena” es una determinación de la ley positiva. Lo interesante de esta distinción es la fuerza obligatoria de los preceptos. Ambos la tienen –sin duda– por la ley positiva, pero mientras en el segundo caso la tiene sólo en cuanto determinado por ella, en el primero la tiene también por ley natural, porque es conforme a la norma de la razón. Del primer modo lo natural no pierde su fuerza al ser recogido en la ley positiva. Es más, ésta le da eficacia de cumplimiento. Lo determinado o especificado por una ley tiene, en cambio, la fuerza que le otorga dicha ley (I-II q 95 a 2).

6. El juez y su disposición a la justicia

La justicia, que en cuanto virtud “es el hábito según el cual uno con constante y perpetua voluntad da a cada cual su derecho”, entraña siempre una bilateralidad o relación intersubjetiva o co-presencia de individuos enteramente diversos y bajo algún respecto iguales entre sí. De ahí que, dice el Aquinate, no haya justicia respecto de uno mismo ni respecto de personas tan ligadas a uno que, hasta cierto punto, constituyan unidad, como ocurre con un hijo o con un amigo. Y tampoco la hay con otro ser respecto de quien no se tiene igualdad. He ahí la relación del hombre con Dios, o la del hombre con un animal o con una

⁴ Este “principio de legalidad” viene a coincidir con lo que hoy denominamos “principio de juridicidad”, por cuanto la legalidad no se agota en la Ley del Estado, sino que implica toda la normatividad humana, tanto en su medida natural como positiva



cosa. En el primer caso no hay diversidad completa y en los ejemplos del segundo no hay igualdad. En efecto, en el primero de ellos, la justicia cede ante la piedad, en el segundo ante la religión y ante el uso y el dominio, según sea el caso.

La justicia, como toda virtud, hace bueno al sujeto que actúa y a su acto. Rectifica la voluntad —entendida como apetito racional— en relación a otro. Y dado que el objeto de ella son cosas y acciones exteriores, “el justo medio” se determina objetivamente, en las cosas, mediante el uso de la razón. Llámase “suyo de otro” aquello que se le debe según un criterio de igualdad. En definitiva, lo propio de la justicia es ordenar al hombre en las cosas relativas a otro; por eso el acto ha de **igualarse** a las cosas que se deben.

Ahora bien, el juez en el juicio asigna, distribuye o adjudica lo que a cada una de las partes corresponde, según lo que se le ha acreditado. En materia criminal el asunto es más agudo: el juez juzga entre dos partes, entre un acusador y un acusado. No es él un acusador.⁵ Por eso no cabe un juicio sin acusador y sin darle, simultáneamente, al acusado la posibilidad de defenderse de aquello que se le imputa, para lo cual no sólo ha de disponer de un tiempo prudencial, sino que ha de tener conciencia clara de aquello de que se le acusa (2-2 q 67 a 3). Nadie puede ser condenado sin ser oído previamente. El acto del juez es justo cuando en tales parámetros se enmarca, y comete injusticia cada vez que dispensa un tratamiento que no se funda en ellos. En general este fenómeno se denomina “acepción de personas”. Y él no se encuentra tratado en la filosofía o en la doctrina jurídica greco-latina. Constituye un aporte de la filosofía cristiana que lo toma de los evangelios y cartas apostólicas.⁶ En breve, consiste en tratar a una persona por otras consideraciones que las sustentadas en juicio.

Todo acto de favoritismo o de odiosidad que rompa la imparcialidad del juez constituye un injusto por acepción o aceptación de personas, porque hay una desigualdad en el trato fundada en algo que no le es debido. Por ejemplo, el juez aplica una pena menor al culpable sólo en atención a su ideología política, o le niega un beneficio procesal a otro porque le es antipático. Las causales de implicancia y de recusación se inspiran en este fenómeno, que, mirado desde la posición del juez, se traduce en el “principio de imparcialidad”. La moral profesional del magistrado se tra-

⁵ El “auto acusatorio” previsto en la legislación chilena pretende resguardar este principio. A mi juicio, sin embargo, no lo logra satisfactoriamente, puesto que nuestra normativa hace coincidir en el mismo individuo-juez tres calidades: investigador, acusador, y juez. La reforma judicial penal es, a este respecto, una rectificación.

⁶ Cfr. San Pablo: “Carta a los Colosenses”.

duce en las normas jurídicas sobre su conducta privada y funcionaria, teniendo como referente el injusto por acepción de personas.

Si el juez comete un acto injusto, ya porque condene a un inocente, ya porque absuelva a un culpable, ya porque le imponga a éste una pena menor a la prevista en la ley se ha producido un daño y por consiguiente ha nacido la obligación de restablecer las cosas a su estado anterior e indemnizar, sin perjuicio de la sanción si se prueba intención dolosa o culpa grave. Pero también, a juicio del Aquinate, el juez comete injusticia al condonar la pena; tanto al ofendido como a la sociedad se "les debe" el castigo del culpable. Sólo el príncipe, en cuanto **soberano**, puede "perdonar" (2-2 q 67 a 4).

La sentencia justa, en cambio, obliga en conciencia al juez y a las partes. La justicia no queda satisfecha mientras la sentencia no sea ejecutada, dicha dilación puede ocurrir por maniobras dilatorias del condenado.

Consideraciones finales

Recordemos, finalmente, que Tomás de Aquino (1225-1274) es un teólogo, un estudioso de lo que hay que creer: verdades de fe (teología dogmática), y de lo que se debe hacer para alcanzar la vida eterna, que por la fe religiosa está revelado (teología moral). Es esto último lo que le permite adentrarse en el ancho campo de las virtudes, tanto de las teologales cuanto de las morales. Aquéllas son las que perfeccionan la relación del hombre con su creador (fe, esperanza y caridad) y éstas las que perfeccionan al hombre en cuanto hombre considerado en sí y en relación con sus semejantes. Se resumen en las cuatro fundamentales, llamadas por eso mismo cardinales: prudencia, justicia, fortaleza y templanza. ¿Por qué se ocupa de ellas? Porque lo sobrenatural supone y se basa en lo natural. Para decirlo con sus palabras: "la gracia no destruye la naturaleza, sino que la perfecciona"; tal como un edificio, mientras más alto sea, requiere fundaciones más sólidas, el edificio de la santidad humana, que permite acceder a la visión beatífica, "se construye" sobre un hombre bueno, con bondad natural.

Atendiendo a Aristóteles, el Doctor Angélico va a lo esencial y desde allí desprende exigencias. Y lo esencial es sostener que el hombre es un ser vivo que en cuanto tal se alimenta para crecer y conservarse, y cuando llega a su plenitud puede reproducirse (generar una réplica de sí mismo). Pero este ser animado, que tiene vida vegetativa, capta su entorno presente mediante ciertos órganos que se llaman sentidos (externos e internos), por lo cual participa de un género de vida superior al descrito:

la sensitiva. Pero además se da cuenta de ello y de su propio existir, mediante su razón. La vida intelectual le permite trascender las coordenadas "espacio-tiempo" y romper la clausura de la materia; como lo demuestra su capacidad de abstraer, generalizar, conceptualizar, y también la de desear, esperar, proyectar, amar. Su vida "intelectivo-volitiva" es distinta y superior a la "vegetativo-sensitiva". La armonía del ser humano requiere de su complementariedad.

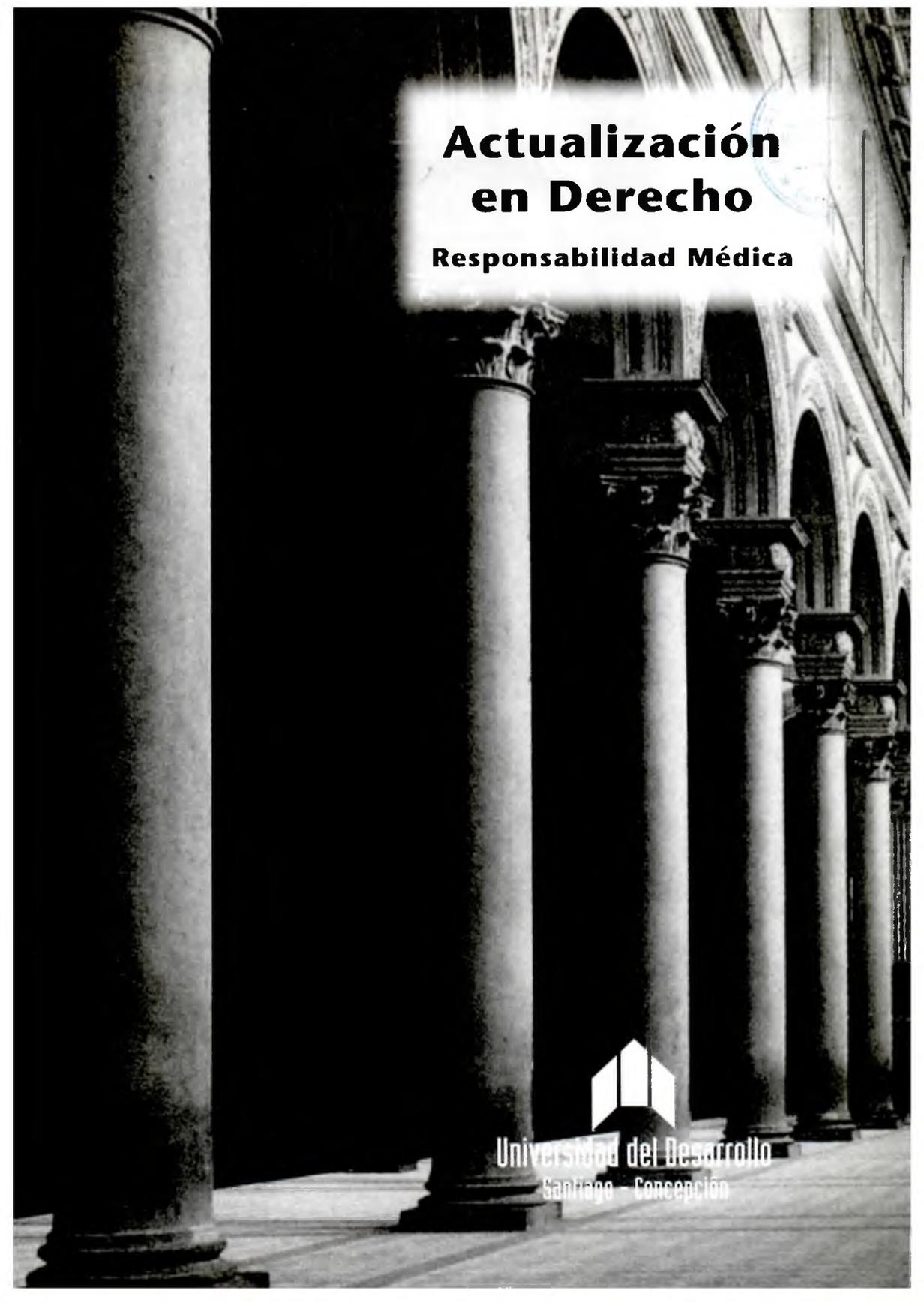
Estas tres dimensiones humanas han sido separadas por algunos y negadas por otros, que han afirmado sólo una de ellas. Tomás de Aquino, en la huella de Aristóteles, ha sabido distinguir sin separar y unir sin confundir. En suma, las ha armonizado en torno al bien humano más alto: "vivir según la razón". Con ello alude a la vida concreta de cada individuo singular, y no a un acto aislado suyo. Y la habitualidad en la práctica del bien denomínase virtud. Así, es prudente quien *habitualmente*, mediante la razón, determina lo que es bueno según las circunstancias, y este criterio informa su actuar. Tiene fortaleza, en cambio, quien *habitualmente* con presencia de ánimo pone por obra lo que la prudencia le ha dictado, por lo cual es capaz, *habitualmente*, de dominar su vida sensitiva mediante su razón y voluntad, tal es la templanza. Es justo, finalmente, quien, de manera *habitual*, respeta el derecho ajeno. Como puede apreciarse, el bien natural o meramente humano es realizado en el hombre mediante su razón con el concurso solidario de la voluntad y de los sentidos.

En este contexto, cuando Tomás de Aquino se ocupa de la justicia, lo hace desde la perspectiva de la virtud: le interesa el hombre justo, que es aquel que *ex animo* realiza obras justas.

Un tema como éste es fronterizo entre moral y derecho. Se puede tratar jurídicamente, con prescindencia del sujeto, concentrándose en la obra justa en cuanto resultado externo (*ex opere operato*), pero no se puede concebir en perspectiva moral (*ex operantis*) sin arribar al derecho, porque para ser justo no basta la intención de serlo, sino que ello se debe traducir en actos externos informados por tal intencionalidad. Por esto es que el Aquinate nos ha dicho que un juicio justo básicamente al concurrir tres exigencias: 1) que el juez tenga la disposición de hacer justicia; 2) que ese juez sea competente para conocer el asunto, y 3) que ese mismo juez funde racionalmente su sentencia. De estas tres escuetas exigencias emanan tantísimas otras, algunas manifiestas, algunas insinuadas. Las que en todo caso se expresan en ciertos principios que la doctrina jurídica ha acotado así: "principio de legalidad del juicio", "principio de bilateralidad de la audiencia", "principio de imparcialidad del juez", "principio de inocencia del acusado", "principio de inmediación probatoria del juez", "principio de inexcusabilidad del juez", etc.

El mandato constitucional que dispone que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado” se hace eco de las exigencias consignadas por el Aquinate, las que reafirma al señalar que “corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.⁷ Es que, en definitiva corresponde al juez –y también a las partes– promover el respeto de estos principios que vienen a ser los fundamentos conceptuales de lo que hoy se denomina “el debido proceso”.

⁷ Constitución Política de la República de Chile, art. 19 N° 3, 5 (texto vigente a partir de la modificación introducida por la ley N° 19.519, de 16 de septiembre de 1997).



Actualización en Derecho

Responsabilidad Médica



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción



Responsabilidad médica

Dr. Gonzalo Grebe Barros

Decano Facultad de Medicina

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Es médico la persona que ejerce la medicina. Se puede expresar que medicina es la aplicación de las leyes biológicas a la conservación de la salud y a la curación de las enfermedades del hombre.

La medicina de hoy se caracteriza por su alta tecnología, que descansa en una sólida base científica. Si se la compara con la de ayer, se tiene la impresión de que han desaparecido o bien al menos han disminuido algunos componentes destacables que podríamos llamar humanistas. Podemos señalar que la medicina de hoy es una expresión de la cultura moderna: empirista, basada en la observación y en la experiencia; cuantitativa, apoyada en el dato preciso, en la imagen exacta; racional, en que las relaciones causa-efecto se establecen con precisión; y por último altamente especializada, como consecuencia de la amplitud del saber, que impide su global dominio, y la gran complejidad de sus técnicas, que hace imposible ser un experto en todas ellas.

Es así que los formidables progresos de las ciencias biomédicas y los avances en la implementación tecnológica de uso diagnóstico y terapéutico, que hemos observado en las últimas décadas, han repercutido de tal modo en la medicina, que ha alcanzado una eficiencia y eficacia muchas veces mayor a la obtenida en tiempos anteriores. Ello ha provocado, entre otros cambios, la fragmentación de sus quehaceres, lo cual incluye graves peligros. Por un lado la deshumanización de la medicina, y por otro, la pérdida de parte de los médicos de la noción fundamental de la unidad del ser humano, como ente biológico, psicológico y social. Corolario del aumento de la eficiencia es, por supuesto, el mayor costo y el potencial riesgo de que las acciones realizadas sean más dañinas que beneficiosas, si no se ejercen con una técnica rigurosa y con un profundo conocimiento de los fenómenos biológicos relacionados.

Paralelamente, los importantes cambios culturales, sociales y económicos que ha experimentado la población la han motivado a ser más crítica y exigente frente a la oportunidad y calidad de la atención médica que se le ofrece.

Por otro lado, la concepción integral de la persona enferma no corre peligro si el médico especialista posee una formación amplia y sólida, si se preocupa de persistir en un crecimiento progresivo de su horizonte intelectual, si mantiene abiertas las puertas del espíritu a todos los aspectos y a la concepción íntegra de la vida.

Hoy la profesión médica está sufriendo grandes desafíos en todo el espectro de sus valores culturales, en sus roles tradicionales y en sus responsabilidades. Existe el riesgo de que la ciencia y la técnica lleguen a dominar el acto médico, excluyendo a otra ciencia, que es la más importante de todas en nuestra profesión, la ciencia del conocimiento del hombre, y la técnica más valiosa de todas, abrir las puertas a la comprensión. Es en este escenario que el objetivo primordial de la ética médica es hacer a los estudiantes de medicina y los médicos que sean estudiosos. El primer deber moral del médico es ser competente, estar al día, evaluar críticamente lo que lee y escucha.

Como en toda manifestación de la actividad humana, el acto médico trae aparejado el problema de la responsabilidad. Dado que nos interesa el problema del obrar médico y la responsabilidad que pueda generar ese obrar, sólo daremos una breve noción de lo que se entiende por responsabilidad.

El término responsabilidad, en su acepción más amplia, entraña la obligación o deber en que se coloca una persona determinada de resarcir, indemnizar o satisfacer cualquier pérdida, detrimento, perjuicio o daño causado por ella, por otra persona que de ella depende, o por alguna cosa que le pertenece o de que se encuentra en posesión. La persona no solamente es responsable por todos sus actos, sino también por todos los efectos queridos por tales actos.

Si entendemos por responsabilidad en general la obligación de reparar cualquier pérdida o daño, será menester aplicar este concepto al médico. Se ha preguntado si se es responsable por el mal causado solamente cuando se ha querido el mal o si se es también responsable por tal mal, aunque no se haya intentado producirlo. Las soluciones al respecto varían de acuerdo con la opinión sustentada acerca de la intención moral. Señalemos que aun cuando no haya intención, puede admitirse la posibilidad de prever el efecto causado por las acciones. Por tal motivo muchos autores se inclinan a manifestar que hay responsabilidad inclusive cuando, previéndose el mal, no se manifiesta decidida oposición a él.

Para comprender más adecuadamente las implicancias particulares que tiene la responsabilidad médica, debiéramos detenemos brevemente para

considerar los hitos más destacados de la evolución que ha experimentado la actividad médica a través de la historia.

Corresponde a la medicina griega establecer el quehacer médico como una técnica, es decir, en un campo de conocimientos racionales obtenidos empíricamente, que son usados para beneficio de los hombres. Ello le otorgó a la actividad médica una gran eficacia, lo que a su vez significó que los médicos adquirieran un gran prestigio social.

En un mundo (cosmos) en el que la razón discierne un orden coherente, el hombre es percibido como una parte consustancial del todo. Demócrito lo define como "un pequeño mundo"; diferente de otros mamíferos sólo en su capacidad de pensar, hablar, sufrir y de modificar el entorno para su propio beneficio.

En este nuevo ambiente, desmitificado e intelectualmente inquieto, la medicina griega experimenta un cambio radical. Desprendiéndose de un largo pasado de superstición religiosa y magia, adopta el método de los naturalistas y, puesto que el hombre es parte de la naturaleza, comienza a indagar en los misterios de las enfermedades usando herramientas propias de los filósofos.

El proceso de racionalización de la medicina, su incorporación de conceptos derivados de la filosofía natural, el uso de la observación minuciosa, el intento por derivar principios generales, otorgó al quehacer de los médicos una insospechada eficacia, lo que, a su vez, significó que adquirieran un gran prestigio social. Como señala Jaeger: "Aunque no hubiese llegado a nosotros nada de la antigua literatura médica, serían suficientes los juicios laudatorios de Platón sobre el médico y su arte para llegar a la conclusión de que el final del siglo V y el siglo IV a.C. representaron en la historia de la profesión médica momentos culminantes de cotización social y espiritual".

Pero junto con lograr un gran avance en lo propiamente técnico, la medicina griega desarrolló una visión del hombre desde la que surgió un *ethos* de respeto a la vida y de búsqueda del bien de la persona enferma, ya sea libre o esclava, ciudadana o forastera. Esa actitud hecha práctica otorgó a la medicina un sello de profesión humanitaria que aún hoy, plagada de contradicciones, mantiene como ideal. La solidaridad y ayuda compasiva de los médicos se transformó en un ejemplo para la sociedad, fortaleciendo así uno de los valores que distinguen al hombre de otras criaturas, cual es su preocupación por la suerte de sus semejantes.

Desde una perspectiva naturalista, el hombre puede ser estudiado como objeto. Pero el interés de los hipocráticos no se limitó a lo físico; reconocieron en el individuo aquellas particularidades que lo hacen persona única e irrepetible. Para ellos no hay enfermedades, como entidades nosológicas, sino personas enfermas. De aquí su énfasis en la biografía de cada paciente y de sus singulares circunstancias. Entre los hipocráticos el interés biográfico no es por un mero afán de obtener datos potencialmente útiles; es una preocupación genuina. En ello revelan respeto por lo que hoy llamamos la "persona humana".

Fruto intelectual de la escuela de Hipócrates, consecuencia de su visión antropológica y concepción del arte médico, se manifiesta en el contenido del "Juramento". Este texto contiene las normas de conducta a las que debían adherir todos los iniciados en el "arte" médico, como mantener la vida y la profesión en pureza y santidad, venerar a los maestros o el no revelar a extraños, como también la prohibición de realizar abortos o procurar venenos. El "Juramento" tiene diversos aspectos que aún hoy se destacan. En primer término, el reconocimiento de una autoridad y un orden divino, lo que implica una norma moral superior. Por último, contiene una serie de normas que se sustentan en dos principios generales: el respeto a la vida y la búsqueda del bien de las personas. De estos y otros escritos de esa época se concluye que la medicina debe ser comprendida y debe ser ejercida por quienes sienten amor por sus semejantes. Esta idea refleja una espiritualidad en que están contenidos los más nobles sentimientos de los cuales es capaz un hombre.

La noble tradición humanitaria de los hipocráticos fue asumida plenamente por los médicos cristianos, a quienes resultaba de absoluta coherencia con el precepto de amor al prójimo practicar una medicina al servicio de la vida y para el bien del hombre. La concordancia entre el Juramento y el Evangelio de Cristo explica que apareciera en la antigüedad tardía una paráfrasis cristiana del Juramento de Hipócrates, formulado "en la medida que un cristiano puede jurarlo", es decir, omitiendo las referencias a las divinidades paganas. Igualmente, explica el que la Iglesia Católica haya jugado un papel tan importante en dar a conocer y promulgar la aceptación del Juramento, hasta el punto que en el año 1531 el Papa Clemente VII lo prescribió a todos los que obtenían el grado de doctor en medicina.

En la medicina actual existen problemas éticos de gran complejidad e importancia. Algunos de estos problemas se refieren a prácticas médicas avaladas por la sociedad, que repugnan a nuestra conciencia y lesionan el bien común. Otros constituyen dilemas cuya solución es aún materia de interpretación y debates. En la medicina contemporánea, la cuestión ética y sus tensiones no surgen de la medicina misma, sino de la antropología

que han adoptado algunas sociedades y que, inexorablemente, marca la visión y el sentido de la acción médica. Esta, como acto libre de una persona dirigido a otra persona, está fuertemente influida por las normas morales vigentes en cada sociedad.

En sociedades donde tantos individuos han perdido el sentido trascendente de la existencia humana, la experiencia del dolor constituye una situación igualmente sin sentido y desintegradora del yo. Junto con la idea de muerte, como un episodio final y definitivo de regreso a la nada original, la presencia insoslayable del dolor físico o afectivo constituye una fuente adicional de angustia para el hombre actual. Esta visión antropológica sobre el sentido del dolor es aquella que desgraciadamente ha comenzado a guiar la acción médica en muchos países. Ese es el contexto conceptual y moral en el que los sistemas de salud efectúan millones de abortos cada año, sin más reflexión que la legalización jurídica del hecho, ni más justificación que la libertad expresada en "el derecho a escoger" de la mujer que solicita el procedimiento.

La valoración extrema del bienestar físico y psicológico, unido al horror que provoca el sufrimiento, es lo que ha permitido, en algunos países, la legalización de la eutanasia y ha provocado una creciente simpatía hacia los médicos que facilitan el suicidio de sus pacientes. Es el resultado de un concepto equivocado de vida y de familia feliz, unido a un deseo legítimo de paternidad, lo que lleva a manipular e instrumentalizar la vida humana en sus etapas iniciales o a abortar los fetos con síndrome de Down y otras alteraciones.

La nueva realidad de la acción médica está en contradicción con todas sus tradiciones históricas: "A nadie le daré un veneno mortal, aunque me hubiere pedido... tampoco le daré a ninguna mujer un abortivo". Esas son frases del Juramento Hipocrático, formulado en el siglo V a.C., las que resuenan hoy con los ecos de una inocencia que la medicina parece haber perdido para siempre.

La profunda responsabilidad personal hinca sus raíces en "la libertad radical del hombre", la cual es el fundamento último de la responsabilidad. La libertad debe hacerse cargo responsablemente ante todo de la propia vida y de la ajena.

Si el principio de libertad-responsabilidad del paciente está delimitado por el principio del sostenimiento de la vida —que es un valor precedente y superior a la libertad y que apela a la responsabilidad primaria—, limita a su vez la libertad y la responsabilidad del médico, el cual no puede transformar el cuidado en obligación en todos aquellos otros casos en los que no

está en juego la vida. Tal es el problema, por ejemplo, del consentimiento del paciente. Hay un consentimiento implícito desde el momento en que el paciente se pone en manos del médico o de la institución hospitalaria, para que el médico haga cuanto sea necesario para la curación y la recuperación de la salud. Este consentimiento, sin embargo, no dispensa al médico del deber de informar al paciente sobre la marcha de la terapia y de pedir un ulterior consentimiento explícito cuantas veces se presenten circunstancias imprevistas, como un tratamiento que implique un riesgo o pérdida funcional orgánica, una terapia extrema como un último intento frente a otras posibilidades que han resultado ineficaces, la utilización de un medicamento experimental, etc. Hay que tener siempre presente que la vida y la salud se han encomendado prioritariamente a la responsabilidad del paciente y que el médico no tiene sobre el paciente otros derechos superiores a los que el paciente tiene para consigo mismo. Si el médico considera éticamente inaceptables las pretensiones o los deseos del paciente, puede (y a veces debe) deslindar su propia responsabilidad, invitando al paciente a reflexionar y acudir a otro hospital o a otro médico. Ni la conciencia del paciente puede ser violentada por el médico, ni la del médico puede ser forzada por el paciente; ambos son responsables de la vida y de la salud tanto como bien personal como bien social.

El bien como meta de la actividad es, efectivamente, descubierto y propuesto por la inteligencia tanto en su momento intuitivo, como en su momento de raciocinio reflejo. Por esto el bien verdadero nunca puede separarse de la verdad. La primera síntesis que califica a una acción como moral viene dada por esta conciencia entre la verdad y bien; sólo cuando la voluntad realiza con la acción lo que está verdaderamente bien, es cuando una acción es moralmente válida y constructiva para el ser humano.

No hay acto libre que no comporte una responsabilidad; y estamos hablando ahora de responsabilidad moral, puesto que en ocasiones se configura también la responsabilidad jurídica. El término responsabilidad implica a su vez el concepto de "valoración" (sopesar una cosa) de los bienes en cuestión ante la elección libre, e implica igualmente la exigencia de "tener que responder" (*respondere*) ante la conciencia.

El hombre puede errar de buena fe, con conciencia errónea, pero cierta; en este caso sigue habiendo obligación de hacer todo lo posible en proporción con las realidades que están en cuestión y en relación con las probabilidades, a fin de que la conciencia cierta sea también verdadera, esto es, que el juicio subjetivo corresponda al dato objetivo; y, por tanto, subsiste la obligación de la formación moral tanto más comprometida cuanto mayores son los bienes puestos en juego.



Se distingue también entre conciencia recta o no recta, o mala, en relación con la coherencia entre el dictamen de la conciencia y el comportamiento consciente: se dice que alguien actúa con mala conciencia cuando, llevando a cabo una acción determinada, sabe que no se está comportando rectamente y, a pesar de ello, efectúa tal acción y hasta la defiende como buena.

La obligación moral consiste en actuar según conciencia, pero también en formarse una conciencia verdadera, recta y cierta.

No es posible separar el acto humano libre y consciente, del juicio ético y, por consiguiente, de la responsabilidad, porque todo acto libre tiene un contenido: es actuar por alguna cosa y sobre alguna cosa o en dirección de algo; y este actuar puede ser conforme o no conforme (pero nunca objetivamente indiferente o nulo) en orden a la persona que lo lleva a cabo y en orden a los seres que son sus destinatarios. Conscientes o no, siempre somos responsables de lo que hacemos. El estar o no consciente de algo puede hacer, moral o jurídicamente, más o menos imputables las acciones en el sujeto que las ejecuta, pero sigue persistiendo su peso y su responsabilidad objetiva. Se puede matar a una persona inadvertidamente, y por esto de manera inconsciente y no imputable, pero en realidad la persona está muerta desde el punto de vista objetivo, y el vacío que tal muerte acarrea sigue siendo objetivamente evaluable y grave. Esto es tan cierto, que todos estamos obligados a poner la máxima atención en que se haga el bien y se evite el mal, y para que se reduzca al mínimo el margen de error en proporción con el bien en cuestión. Concebir una libertad sin responsabilidades es un juego, un juego existencial, que decapita y deshonra al mismo tiempo a la razón y a la libertad.

Cualquiera puede equivocarse. En realidad, se debe tener presente esta posibilidad de error para evaluar la responsabilidad del sujeto que actúa tanto a nivel del juicio ético, como de la responsabilidad penal. Sin embargo, hay que recordar que el sujeto es responsable, incluso en proporción al tipo de responsabilidad que ejerce, y por lo tanto deberá poner todo su empeño en evitar el error.

Desde el punto de vista ético el error, y la ignorancia que lo origina, puede no ser culpable, si el sujeto no ha descuidado nada de lo que se le pedía en cuanto a reflexión y conocimiento; o bien puede ser culpable "en su causa" cuando culpablemente no haya puesto el menor empeño en ello. Piénsese en la responsabilidad que puede comportar la falta de estudio o de actualización en un arquitecto o en un juez o, dentro del campo de la medicina, en un médico.

Llegados a este punto, debemos hablar de la otra línea de evaluación del acto moral, la subjetiva.

En la valoración de la responsabilidad subjetiva del hombre frente a la acción, se debe tener presente esta "fragilidad del ser" y la positividad negativa de la libertad. Por este misterio de la libertad y por la posibilidad de elección "no conforme con la verdad", son posibles el bien y el mal, aun cuando no sean jamás equivalentes ni de igual valor.

Pero esto no basta: sobre la libertad, frágil en sí, podrían pesar limitaciones que puedan reducir la capacidad de autodeterminación y de elección; condicionantes que pueden disminuir y en ocasiones anular la responsabilidad... como la ignorancia que puede originar el error de la valoración. Se trata de un condicionamiento indirecto respecto de la responsabilidad, porque actúa primariamente sobre la valoración intelectual, pero que de todos modos reduce el espacio de la libertad.

Lo que en todo caso hay que reafirmar con claridad es que la moral de las responsabilidades subjetivas no anula la moralidad objetiva del hecho; y que, por lo tanto, cuando se trata de establecer el valor de la acción en sí y de señalar la norma de conducta, subsiste la obligación moral de hacer que la subjetividad se adecúe a la objetividad, y no al revés. En pocas palabras: puede suceder que alguien muera en un accidente del tráfico sin responsabilidad subjetiva del que lo atropella (no siempre); pero la pérdida de una vida sigue siendo un mal gravísimo, y por lo tanto, subsiste la obligación, para el que maneja, de tomar todas las precauciones necesarias para evitar este daño físico, moral y social; y lo mismo hay que decir de una intervención quirúrgica que fracasa, si la muerte del paciente se pudo evitar.

El acto médico, en cualquier momento que se lleve a cabo, tiene una dimensión ética, además de la técnico-científica. Como es imposible separar entre concepto y facultad que lo concibe, de la misma manera no es posible separar la responsabilidad médica del acto médico en éste implicada. Aunque sigue siendo cierto para todas las profesiones que "al hombre se le define ante todo por la responsabilidad para con sus hermanos y con la historia", esto vale de manera particular respecto del médico, el cual deberá aprender a hacer responsables también a los demás, al paciente, a la comunidad y a la cultura misma, sin abdicar de sus propias responsabilidades.

Por último, la medicina, a pesar de las ayudas científicas y tecnológicas, seguirá siendo medicina, es decir, arte y ciencia. Seguirá siendo un servicio, seguirá siendo un consuelo, seguirá siendo la intermediaria entre lo de

“aquí” y lo de “allá” y seguirá siendo regida por principios morales y éticos. Sin duda es grande la responsabilidad del hombre que oficia la medicina, ya que no es nada fácil entender de una manera científica al hombre que sufre, como lo exige la modernidad actual.

Siempre ser médico tendrá el alto valor del servicio a la vida. Es la expresión de un propósito profundamente humano y cristiano, asumido y desarrollado como actividad no sólo técnica, sino de entrega total e incondicional como expresión de amor al prójimo. La vida es un bien primario y fundamental de la persona. En el cuidado a la vida se expresa pues, ante todo, una obra verdaderamente humana. Modalidad primaria y emblemática de “darse al cuidado” será su presencia vigilante y solícita al cuidado de los enfermos. En ella la actividad médica expresa su alto valor humano y cristiano.

La actividad médica se funda en una relación interpersonal de naturaleza particular. Ella es “un encuentro entre una confianza y una conciencia”. La “confianza” de un hombre marcado por el sufrimiento y la enfermedad, y por tanto necesitado, el cual confía a la “conciencia” de otro hombre que puede hacerse cargo de su necesidad y que lo va a encontrar para asistirlo, cuidarlo y sanarlo. Para el médico, “el paciente no debe ser solamente un caso clínico” –un individuo anónimo sobre el cual aplica el fruto de sus propios conocimientos–, sino siempre un “hombre enfermo”, hacia el cual “adopta una actitud sincera de simpatía” en el sentido etimológico del término. Esta actitud exige amor, que es: disponibilidad, atención, comprensión, compartir, benevolencia, paciencia y dialogo. No bastan “la pericia científica y profesional”, se precisa también “la participación personal en las situaciones concretas del paciente individual”. El médico debe ser el buen samaritano de la parábola, que se para al lado del hombre herido haciéndose su “prójimo” en la caridad.

En resumen, el principal problema ético de la práctica médica, hoy y siempre, tiene que ver con el quehacer cotidiano del médico, es decir, aquel hacer de responsabilidad diaria y lo que en él pasa cuando “no pasa nada”. La medicina surge como oficio y como saber, en orden a aliviar el sufrimiento del semejante enfermo. Esto no es sólo una constatación histórico-antropológica, sino que es sobre todo un imperativo ético. Imperativo casi exclusivamente de benevolencia en los primeros tiempos de la medicina, y también hoy en día para cualquier no médico que ayuda a un enfermo. Imperativo de benevolencia y de justicia en nuestras sociedades, donde existen hombres que hacen del hacer médico una pública profesión. Que el plano de la intencionalidad resulta determinante en el orden del hacer es, en el hacer médico, evidente a la razón y a la experiencia. A la razón, porque el hacer efectivo no es sino la realización concreta de lo que

se intenta. A la experiencia también, porque se constata con la satisfacción experimentada por los enfermos en la relación médico-paciente, se correlaciona importantemente con la percepción que tengan éstos de que el médico se preocupa de ellos como personas; es decir, que la preocupación del médico va dirigida a ellos por lo que son en sí mismos y no en cuanto medios para la consecución de metas personales.

No debo finalizar esta presentación sin destacar el rol que deben ejercer las universidades, centros formadores de los profesionales responsables del ejercicio adecuado de la medicina, tanto en lo científico-técnico como en lo valórico. Es un imperativo de los tiempos que obedece a los avances del conocimiento médico y a las presiones que surgen de una cultura en la cual el dolor, la muerte, el concepto de calidad de vida, y la mayor o menor valencia de una persona, han adquirido nuevas y a veces perturbadoras connotaciones. La sociedad pide orientaciones, como también definiciones y respuestas concretas para esa nueva problemática, y es deber de las escuelas de medicina formar médicos capaces de un desempeño competente y conforme a la ética. Además, en nuestra realidad existe una creciente deshumanización de los ambientes sanitarios, porque obligan al futuro médico a situarse en un contexto antropológico más amplio que el científico naturalista, que ha sido el paradigma de la medicina de este siglo y la causa primaria de la pérdida del sentido del acto médico, es decir, su deshumanización. Debemos volver a la medicina empática, motivada por sentimientos de solidaridad y vocación de servicio, la única digna de la persona humana y, por lo tanto, la que debemos rescatar por el bien de las generaciones futuras.

Responsabilidad médica desde la relación médico-paciente y la ética médica

Dr. Enrique Accorsi Opazo

Presidente de
COLEGIO MÉDICO DE CHILE

El tema de la responsabilidad médica, tratado en un contexto jurídico como éste, es sin duda signo de los tiempos. Las instituciones en general, el Estado, el matrimonio, incluso la iglesia han sido sometidos a una crítica permanente desde hace muchos años. La medicina, como institución capaz de contribuir a la mantención del orden social en la medida que ha demostrado competencias para ello –pensemos en el decisivo aporte médico-social en los tormentosos años 20 del siglo pasado en nuestro país, cuando demostró que era eficaz para rechazar un cierto caos social que representaban la enfermedad, el sufrimiento y la muerte–, se ubicó temprano en el ordenamiento moderno entre los saberes y los poderes. Pero como toda institución, tampoco escapa hoy a la crítica, a veces justa, pero a menudo feroz y sin demasiados fundamentos en un mundo donde los valores primordiales son los que dicta el mercado y el *marketing* de una sociedad de consumo.

En nuestra ponencia, trataremos de dar cuenta del contexto actual en el que se desarrolla el trabajo médico, para contrastarlo con el ideal que significa para nosotros la responsabilidad profesional basada en una relación médico-paciente donde el médico es una conciencia vigilante ante una confianza básica aportada por un paciente que, a menudo desorientado o confuso, llega hasta nosotros en busca de ayuda.

Para ordenar la exposición, esbozemos primero las condiciones de ejercicio de la medicina hoy.

Todos sabemos que la práctica médica se ha complejizado en el último tiempo: ustedes quizás recordarán, cuando eran niños, que el médico de entonces sólo llegaba a nuestras casas premunido de un estetoscopio y conocimiento para aliviar nuestros dolores o sufrimientos. Pero esa realidad cambió radicalmente a partir de la última revolución tecno-científica, estrechamente asociada a la emergencia de la globalización del mercado en los últimos 30 años. Desde entonces, el médico no es más un hombre solo. Por primera vez en su historia, una gran parte del quehacer médico no puede ejercerse solitariamente, sino que en un medio colectivo, hospi-

tal, clínica privada o centro médico. Esta es la representación social generalizada tanto en el mundo médico como en el mundo profano actual, y es la consecuencia directa de las modificaciones que ha experimentado nuestra sociedad, en el plano tecnológico, cultural y de la evolución del mercado en el mundo. En relación al aspecto técnico, por ejemplo, en la conciencia individual y colectiva ha germinado la idea de que la medicina eficaz, que aporta certidumbre a los hombres, es aquella asentada firmemente en la tecnología y en la investigación básica. Estas a su vez, al movilizar nuestras creencias estimuladas por los medios de comunicación y el *marketing* de que a través de la tecnociencia desaparecen nuestras zonas de ignorancia en relación a la etiología y el tratamiento de nuestros males, nos condenan a depender de ellas, y esta dependencia continuará hasta el límite donde sean elucidadas las causas de la enfermedad. Incluso, es más: a esta dependencia ha contribuido el derecho.

Las limitaciones jurídicas al ejercicio profesional son cada día más agudas. Un ejemplo de lo que estoy diciendo es la aplicación cada vez más rigurosa de límites jurídicos al ejercicio de la medicina, donde los actos médicos son el objeto de una interpretación desde una lógica contractual definida jurídicamente, que se inmiscuye en una relación tradicional de confianza, como lo es la relación médico-paciente. Esta filosofía jurídica en medicina tiene una gran vigencia en EE.UU. y en otros países donde la economía neoliberal ha penetrado en la medicina como lo ha hecho en Norteamérica y comienza a hacerlo aquí, en nuestra realidad. Por ello es importante estar atento a sus implicancias. En Europa, más cercana a nuestra realidad cultural, la jurisprudencia actual da cuenta de una relación médico-paciente, asimilada a un contrato *sui géneris* enmarcado en el derecho civil. Contrato, porque hace nacer obligaciones recíprocas e interdependientes –entregar cuidados médicos y asegurar el pago de honorarios–, por lo tanto en principio un contrato a título oneroso, consensual, constituido por un intercambio de consentimientos. *Sui géneris*, porque a diferencia de un contrato comercial, es uno instituido en términos personales, en función de la confianza del paciente entregada a su médico. De esta forma el contrato médico no crea una obligación de resultado, sino sólo de medios: el médico debe entregar cuidados concienzudos, diligentes... y conforme a los avances científicos. Nosotros no tenemos problemas con esta forma de exigencias de un derecho común aplicables a la profesión médica. Pero no estamos de acuerdo cuando se desnaturaliza el acto médico, tal como lo conocemos, para transformarlo en un contrato médico de prestación de servicios, donde la variante del derecho económico se empieza a imponer en la jurisprudencia interna de muchos países, donde el paciente es un consumidor de servicios médicos que no acepta o no quiere soportar los riesgos propios de la actividad médica. Seamos claros, los límites en sí mismos no son malos en tanto implican un control social necesario al interés



colectivo, pero estamos convencidos, la judicialización de la medicina y el acto médico no resuelve el problema. Las consecuencias de este proceso, más la comercialización de la medicina serán:

Hacer de la medicina y de los sistemas sanitarios una empresa humana:

- económicamente insostenible por la espiral de costos que implica;
- clínicamente confusa, fracasando en encontrar un adecuado equilibrio entre curar y cuidar;
- socialmente frustrante, al estimular las falsas e irreales esperanzas públicas y creando expectativas sobre los poderes transformadores del progreso médico que no pueden ser alcanzadas, o que sólo pueden serlo a unos costos éticos, sociales, políticos y económicos demasiado altos.

Todo esto nos hace pensar y estimula nuestra responsabilidad profesional, como organización gremial, para construir una medicina con:

- Una vida interior propia y clara dirección, reconociéndose en su historia y tradiciones, regresando una y otra vez donde estaban sus ímpetus originarios: el alivio de los que sufren y la búsqueda de la salud.
- Prudente y no soberbia frente a nuestros equivocados deseos de sobreponernos a la naturaleza y a los límites de las posibilidades humanas.
- Más humana y adaptada a las realidades económicas, justa, equitativa, para cambiar la imagen de una medicina que con demasiada estrechez se considera una fuente de dinero, empleos, ventas, exportación de tecnologías o un vehículo para el progreso humano infinito.
- Que respete las opciones y la dignidad humana, una medicina que contribuya a educar, a estimular la conciencia crítica de individuos que tenemos que escoger opciones en nuestras vidas, opciones responsables sobre el uso que hacemos del conocimiento médico y de la técnica.

Los problemas y el contexto que enfrentamos, al mismo tiempo que lo que buscamos como médicos y como institución médica, constituye un fuerte llamado a nuestra responsabilidad y conciencia ética de médicos. Por ello es que este marco nos parece muy apropiado para clarificar conceptos y perspectivas de lo que entendemos como responsabilidad médica.

El concepto de responsabilidad médica no se puede entender al margen de lo que es la relación médico-paciente. Para nosotros, la "relación médico-paciente" designa el conjunto de interacciones que entran en juego cuando un paciente recurre a un médico en búsqueda de tratamiento,

consejo o alivio a sus dolencias. No se trata precisamente de una relación equivalente a la relación entre padres e hijos, marido y mujer, comprador y vendedor o una relación entre amigos. Más allá de que todos los comportamientos humanos son complejos, esta relación es de naturaleza profesional. Reposa en conocimientos y competencias reconocidos, responsabilidades, servicios y esperanzas, derechos y necesidades humanas fundamentales. Por ello es que esta relación profesional es normada. Los códigos deontológicos propios de toda profesión organizada, cuya autoridad descansa en el reconocimiento público, respaldada por la autoridad del Estado, que le entrega a su vez responsabilidades, son particularmente exigentes para el ejercicio de la medicina. El código de ética, más propiamente código deontológico de nuestro Colegio Médico, actualmente en revisión para dar cuenta de las insuficiencias propias a una profesión que se ha complejizado mucho en el último tiempo, dando lugar a nuevas formas de diagnóstico y tratamiento y también a nuevas formas de ejercicio profesional, establece los actos permitidos, tolerados o prohibidos en el curso de las interacciones del médico con su paciente, que están dirigidas a mantener la salud, prevenir la enfermedad, readaptar, curar o reconfortar, y cuando ya no es posible hacer nada más, acompañar al enfermo en una muerte serena y digna. En este sentido, la relación entre el profesional y el paciente constituye indefectiblemente uno de los fundamentos de la ética profesional de los médicos. Sobre esta base de cómo concebimos la relación médico-paciente, se fundamentan también nuestras decisiones sobre lo que hay que hacer, sobre lo que está bien o está mal, la naturaleza de los derechos, obligaciones y responsabilidades frente a nuestros pacientes.

En el día de hoy, lo decíamos al comienzo, la autoridad moral del médico, que le permitía obtener la atención, obediencia y respeto de los enfermos y sus familias, es una autoridad en crisis. En la actualidad, la sociedad contemporánea es muy sensible a los límites de la autoridad moral, que le permitía a los médicos antiguos decidir la forma de vida de sus pacientes, imponer tratamientos o determinar lo que es bueno, o deseable para la salud o el buen vivir de los individuos en circunstancias normales. La relación médico-paciente ha evolucionado desde una relación exclusivamente científica de la enfermedad, en que el médico es el depositario del saber, de la competencia y la objetividad científica suficiente para corregir lo que no funciona en el cuerpo de un individuo, a otra donde se concibe que la medicina pertenece ante todo al dominio de lo relacional. En esta perspectiva, el acto médico y el juicio clínico deben respetar el todo de la persona, incluyendo lógicamente lo vivido por el sujeto enfermo. En este contexto relacional, la ética médica proviene tanto de la naturaleza de la medicina como de los actos médicos, encarnados estos últimos en el acto central de la curación, donde la realidad de la enfermedad precede todo

contrato o entendimiento socio-legal entre la sociedad y la profesión médica. En esta concepción de la relación médico-paciente, que se desarrolla en el libro de Edmund Pellegrino y David Thomas, *Bases filosóficas de la práctica médica*, se plantea que los deberes del médico reposan antes que nada en el hecho de que "un ser humano tiene intrínsecamente necesidad de ayuda para recobrar la salud". La relación médico-paciente es, por ende, una relación humana que se nutre de un fundamento antropológico profundo, y para que sea auténtica requiere de ciertas características fundamentales que se constituyen en cualidades esenciales que deben definir los comportamientos de profesionales y pacientes, de unos a otros, recíprocamente. Una relación médico-paciente no sabría ser tal si no tuviera como eje central la persona humana, y no sería auténtica si no se respetaran, según Fried,^{*} las características de humanidad, autonomía, transparencia y fidelidad. La humanidad en una relación tiene la significación de que cada persona es un ser humano único e irrepetible por su biología, fortalezas y debilidades, necesidades personales y proyecciones vitales, lo que requiere del médico una atención particularizada y especial para cada uno de sus pacientes. La transparencia es lo característico de una comunicación honesta, franca y abierta. El médico tiene el deber de entregar al paciente una información leal, clara y apropiada sobre su estado, investigaciones y cuidados que le propone. Una información de ese tipo es una condición valiosa para ayudar al paciente a tomar sus decisiones y elegir las soluciones más compatibles con sus proyectos de vida. La inteligibilidad de la información es el paso previo para la obtención de un consentimiento informado y auténticamente libre del paciente, que no sea meramente un ritual impuesto por la ley, sino, por el contrario, un factor que ayude a los objetivos de la curación, debiéndose, por lo tanto, ser obtenido por el médico con sensibilidad por los intereses y preferencias del paciente y apelando a una adecuada comprensión. La fidelidad, como característica esencial en la relación médico-paciente, apunta al hecho de que debe haber una gran lealtad del médico en relación a lo que el paciente espera de él. Esto implica que el paciente tiene el derecho de que el profesional que lo acoge sea un médico competente, al corriente del progreso científico-técnico de su profesión, lo que se constituye en la primera exigencia moral de tipo profesional.

He dejado la última característica que señala Fried, la autonomía, porque ésta es la noción que prevalece en la ética norteamericana como un principio supremo de la voluntad de los sujetos, por sobre cualquier otro, y que constituye para uno de sus más importantes precursores, Tristram Engelhardt, en su libro *Los fundamentos de la Bioética*, la base de la

^{*} Fried, C. *Medical experimentation. Personal Integrity and Social Policy*, Amsterdam, Oxford, North-Holland Publishing Company, 1974.

meta-moral, formal y universal, dirigida exclusivamente a las personas. Uno debiera preguntarse, ¿quién es una persona? Para este autor, todo individuo consciente, sensible y razonable es una persona. En el hecho, y generalmente en derecho, esto equivale a identificar personas con ciudadanos adultos, sin considerar su historia ni su contexto, psicológico, social, económico, material; luego, todos los individuos están bastante lejos de ser iguales en autonomía: el ejercicio consciente de su libertad y autonomía está limitado por fuerzas y estructuras internas (más o menos conscientes), así como por su situación actual, momentánea o durable. La autonomía real de las personas depende de una multitud de factores particulares, algunos de los cuales fluctúan: educación, salud, experiencia, contexto afectivo, situación económica, etc. La autonomía personal es un ideal más que un hecho. E. Kant había visto perfectamente este carácter ideal del principio moral de la autonomía y al mismo tiempo lo concebía como un objetivo, siempre deseable de alcanzar, pero jamás logrado. La autonomía como principio es por lo tanto bastante imperfecto y deberíamos preguntarnos el porqué de la insistencia de ponerlo jerárquicamente como superior, en el primer lugar de los principios que orientan la relación médico-paciente. La concepción de Engelhardt ignora que la autonomía de los individuos está cotidianamente siendo constreñida simbólicamente por la publicidad, la persuasión retórica y por todo tipo de fuerzas inmateriales, y si existiera, sería posible sólo para aquellas personas absolutamente realizadas en un mundo ideal, una suerte de "reino de los fines", como ironiza Gilbert Hottois. Este autor señala que en nuestras sociedades, constituidas por individuos muy desiguales frente al principio de autonomía (que abandona la relación interpersonal al solo juego de la libertad), no puede aplicarse de una manera automática y formal, universalmente igual. Al contrario, este principio debe promoverse en sí mismo y en el otro. Es un bien a promover, así como sus condiciones de desarrollo. Estas condiciones no son otras que las económicas, políticas y culturales, esenciales para permitir el desarrollo de la autonomía de la voluntad. Para Hottois, la meta-moral contiene una moral cuyo respeto condiciona la posibilidad de una meta-moral universal. En otras palabras, la instrumentación de las personas bajo una máscara de reconocimiento formal está lejos de revertir una realidad en nuestros tiempos, y para nosotros estaría lejos de constituirse en el eje de la relación médico-paciente. Para nosotros, el principio de autonomía está indisolublemente ligado al principio de beneficencia y ambos deben expresarse en la relación médico-paciente.

Como clínicos, estos principios deben satisfacerse buscando compartir responsablemente con el paciente la toma de decisiones, en una concepción de la relación médico-paciente que no sea meramente una negociación con la finalidad de obtener un consentimiento mecánico, una mera ficción

jurídica carente de compromiso y autenticidad, donde el médico ha explicado poco o nada y el paciente, comprendiendo poco o nada, otorga una forma para que el médico actúe sin peligro de ser perseguido judicialmente. Para nosotros, el consentimiento del paciente debe buscarse en todos los casos, y en todos ellos el médico no debe quedarse tranquilo después de recibir un consentimiento escrito, solicitado sistemáticamente en muchos servicios hospitalarios como un procedimiento administrativo. Esta forma de proceder desnaturaliza la confianza que debe existir en la relación médico-paciente.

Sin duda, en nuestro medio, debemos preocuparnos de que, para mejorar la comunicación entre médicos y pacientes, más allá de generar cursos de perfeccionamiento e informar a la sociedad de sus derechos, es fundamental examinar la estructura de nuestros sistemas de cuidados médicos, que ejercen una influencia determinante sobre los comportamientos de los profesionales de salud y de los pacientes comprometidos en un proceso de consentimiento informado para promover la autonomía y permitir que se compartan las decisiones a tomar.

Como Colegio Médico, nuestro aporte a este proceso se verificará en la promoción de la ética y la calidad de los servicios médicos. Junto a nuestra preocupación por la calidad de la formación médica en pre y postgrado, la conciencia de la necesidad de legislar en torno a las especialidades médicas y desarrollar la formación continua para todos los médicos del país, estamos reclamando de la autoridad una acreditación de las Facultades de Medicina y la devolución de la tuición ética. Para cumplir apropiadamente esta función de jurisdicción ética para nuestros médicos, hemos iniciado un proceso de revisión, redacción e interpretación de nuestra normativa deontológica, donde destacamos conceptos y principios básicos, que es necesario recordar aquí, por su directa relación con el tema que estamos tratando. Estos principios y conceptos son, entre otros:

- **Competencia profesional y responsabilidad moral del médico**

La competencia profesional fundamenta la legitimidad del médico. Esta competencia profesional legitima también su independencia profesional, determinada solamente por el juicio de su conciencia y la referencia a sus conocimientos científicos, que tienen como único objetivo el interés de los pacientes.

- **Independencia profesional**

El bien del paciente supone que el médico sea libre de actuar con el mínimo de limitaciones y sin que su interés profesional se transforme en

preponderante. La independencia del médico hace de la medicina una profesión liberal. A veces, ésta puede ser amenazada por la forma que adquiere la organización de la medicina en numerosos países, y particularmente en el nuestro, por el relevante rol que han adquirido las leyes del mercado, que subsume la práctica médica en su interior. Por ello, aunque la independencia del quehacer médico sea un concepto admitido y confirmado en su principio, siempre puede ser amenazada en sus aplicaciones concretas. Por lo tanto, la independencia médica, muy necesaria, sin embargo no es total.

- **Independencia profesional y estructuras sanitarias**

Particularmente importante es detenerse a analizar la independencia médica desde el punto de vista deontológico, en la situación de pertenencia médica a estructuras sanitarias o en relación a ciertas estructuras administrativas. Intimamente vinculadas, la independencia y responsabilidad médica no son idénticas en los centros hospitalarios públicos y privados. En los centros privados, la independencia del médico se confronta a factores financieros: limitaciones cuantitativas y sobre todo cualitativas, en el caso de ciertas prescripciones en razón de su costo o elección para las patologías a tratar. Obviamente me refiero aquí al caso de médicos contratados en un centro privado, donde por contrato se les puede exigir un compromiso con criterios vinculados a la rentabilidad del establecimiento. Esto está formalmente prohibido en todos los códigos deontológicos del mundo, pues el médico no puede alinear su independencia profesional por criterios comerciales. La medicina no puede ejercerse como un comercio. Ella no puede por lo tanto, en razón de su naturaleza, estar sometida a las leyes del mercado. Esto no implica, como es lógico, que el médico no tenga en cuenta las realidades económicas del gasto en salud; por ello debe esforzarse en encontrar una adecuación entre el cuidado legítimo de tratar bien a sus pacientes y las realidades económicas del gasto en salud. En los pacientes públicos, la organización de los cuidados y la jerarquización de la responsabilidad pueden significar un atentado a la independencia individual del médico; el trabajo en equipos, su carácter multidisciplinario, también influyen. De aquí que a veces se hace primar la responsabilidad administrativa por sobre la independencia individual. Sin embargo la responsabilidad médica es siempre individual.

- **Independencia profesional y estructuras administrativas**

En relación a las estructuras administrativas, el médico no debe aceptar jamás una posición subordinada de tal forma que su libertad de juicio y de acción pueda ser amputada u orientada. En una época donde la necesidad de seguridad laboral desarrolla formas nuevas de ejercicio profesional, el



cuerpo médico debe continuar haciendo prevalecer su independencia profesional, sin sacrificarla ni siquiera en parte por una mayor estabilidad profesional. En este sentido, el Colegio Médico deberá orientar a los médicos para que ante cualquier compromiso de trabajo, ya sea a nivel público o privado, el contrato respectivo contenga una cláusula deontológica que garantice la independencia profesional. Esta cláusula es fundamental, y en el caso francés tomado como ejemplo está confirmada por el Consejo de Estado, y cuando no existe es causal de nulidad deontológica del contrato.

El médico no debe aceptar ser un aliado del empleador, cualquiera que éste sea, ni de una administración contra un individuo. No puede sufrir influencias de terceros ni dejarse llevar por combinaciones de interés que puedan afectar a su paciente. Si no es un médico tratante, la independencia de su juicio al entregar opiniones no debe estar comprometida por directrices de ninguna especie. Así un médico del trabajo no puede pronunciarse ni a favor del empleador ni del sindicato, sino solamente en interés del individuo afectado. Esta obligación de independencia debe ejercerse en toda circunstancia, aun en aquellas difíciles, como sería en medios carcelarios con sujetos privados de libertad. La Declaración de Tokio de 1975 de la AMM es explícita en ese sentido.

Los elementos esenciales de la deontología médica

En suma: independencia, confianza y responsabilidad constituyen los elementos esenciales del contrato que vincula tácitamente al médico con su paciente. De esta formulación general se desprenden todas las reglas deontológicas que deben orientar a los médicos en su práctica cotidiana, al servir a sus pacientes. De ella se deriva, por ejemplo, la afirmación de los derechos de los pacientes, la necesidad de ser informados y protegidos. Una de las manifestaciones más importantes de ello es el secreto médico, derecho del paciente **que constituye un interés privado** y responsabilidad del médico, **que a su vez es de interés público**. Hacer desaparecer este derecho, más allá de las obligaciones que establece la ley, en el caso de la medicina del trabajo, seguros privados, ISAPRE, contratos diversos, etc., sería despreciar uno de los derechos fundamentales del hombre: todos los pacientes deberían estar seguros de que su confianza no será traicionada cuando recurren a un médico en busca de alivio y ayuda.

Estimados amigos: el progreso tecno-científico seguramente nos seguirá aportando soluciones y dilemas. Pero lo que sí no ocurrirá es un cambio en la estructura profundamente humana que vincula indisolublemente al hombre sufriente y su médico, cuyas relaciones deben seguir basándose en el respeto, confianza y autonomía, transparencia y lealtades mutuas.

10
11



Responsabilidad civil de los establecimientos de salud

Gustavo Cuevas Manríquez

Abogado

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Introducción

Dado el avance que ha tenido la medicina, el ejercicio de la profesión de médico también ha evolucionado desde un ejercicio individual y aislado de ésta a una forma de ejercicio más colectivo o en equipo, con medios tecnológicos de avanzada.

Por otro lado, las clínicas u hospitales, que originalmente eran establecimientos de caridad o cooperativos, hoy día se encuentran empresarialmente organizados a fin de entregar prestaciones masivas, que posibilitan el acceso a la medicina de alto nivel de un número creciente de personas; todo esto ha llevado a estudiar con mayor detenimiento el tema de la responsabilidad por los daños que pueda ocasionar el ejercicio de la profesión médica, y considerar además la responsabilidad por los daños que pudiera producir el establecimiento clínico u hospitalario. En efecto, constatamos una evolución de lo demandado por las víctimas del daño, desde la petición de reparación del daño ocasionado por la actividad médica propiamente tal, solicitándose con posterioridad la reparación del daño producido directamente por empleados de la clínica, hasta alcanzar una tercera etapa en esta evolución, en la cual lo que se pide es la reparación de los daños que no tienen un causante o agente directo. Este proceso ha motivado el estudio de la responsabilidad civil de los establecimientos de salud.

Tradicionalmente se ha estimado que entre el paciente y la clínica existe una relación de índole contractual. Se reconoce normalmente que no lo será en los casos de tratamiento benévolo, tratamientos de urgencia, cuando quien solicita la reparación del daño no es un heredero de la víctima y demanda la reparación de un daño diferente al de la muerte del paciente, y cuando el contrato es nulo.

A fin de clarificar el tipo de responsabilidad civil que enfrenta la clínica u hospital, en una primera sección de este estudio haremos dos precisiones fundamentales, siendo la primera de ellas la siguiente: ¿enfrenta la misma

responsabilidad una clínica privada y un hospital del sector público?; la segunda precisión: la responsabilidad que enfrentan las clínicas privadas u hospitales del sector público actuando en calidad de particulares, ¿es de naturaleza contractual como lo sostiene la doctrina tradicional y nuestra jurisprudencia mayoritaria, o por el contrario es de naturaleza extracontractual?

Una vez que aclaremos las interrogantes anteriores, nos abocaremos a examinar el contenido de las obligaciones de las clínicas privadas u hospitales públicos actuando en carácter de particulares, para precisar luego las características del contrato de asistencia hospitalaria y referirnos, por último, al problema del cúmulo u opción de responsabilidades.

I. Responsabilidad del hospital del sector público

La doctrina administrativa respecto a la responsabilidad de los hospitales públicos, actuando en su carácter de tales, por los daños ocasionados a sus pacientes, ha evolucionado, distinguiéndose tres etapas.

En una postura inicial nuestra doctrina administrativa, acogida por la jurisprudencia, desechó la responsabilidad del establecimiento público por el daño ocasionado al paciente, basándose para ello en el principio de la soberanía del Estado.

En una segunda etapa se aceptó la responsabilidad del hospital público por los daños ocasionados a sus pacientes, aplicando al efecto normas del derecho común, en la especie, la responsabilidad extracontractual por culpa *in vigilando* o *in contraendo* del artículo 2320 del Código Civil. Esa solución no era la más adecuada para actos en que el Estado no actúa como un particular, sino que en el carácter de superior debido a su soberanía.

Con posterioridad la doctrina administrativa ha encontrado apoyo en normas constitucionales, las que unidas a otras leyes pueden ayudar a determinar el estatuto de la responsabilidad administrativa de los hospitales del Estado. En efecto, el actual artículo 38 inciso 20 de la Constitución Política de la República de Chile dispone que: "Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar el funcionario que hubiere causado el daño".

A su vez, la Ley 18.575 –Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales

de la Administración del Estado—, de 1986, en su artículo 4° señala: “El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que lo hubiera ocasionado”. El artículo 44 agrega: “Los órganos de la Administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio”.

“No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiese incurrido en falta personal”. Por lo tanto, en esta materia y de acuerdo a la doctrina administrativa, se ha consagrado un tipo de responsabilidad objetiva para la existencia de la cual basta que el ente administrativo cause un daño en el ejercicio de sus funciones, sin que aparezca necesario individualizar a la persona natural que con su acción u omisión causó el perjuicio ni tampoco probar la culpa o dolo de la conducta, ni que sea necesario discernir si la actuación de la Administración fue lícita o ilícita, o si se materializó en un hecho o en un acto administrativo.

En Chile, entonces, se ha ido formando una jurisprudencia administrativa en cuanto a la responsabilidad del Estado por culpa médica o la de los establecimientos o recintos hospitalarios que de él dependen. De estos juicios conoce la justicia ordinaria, al no existir los Tribunales Administrativos.¹

Sin perjuicio de lo anterior, un hospital público en determinadas circunstancias puede arrendar sus instalaciones, celebrar convenios con personal privado para que opere en sus recintos, actividades todas que se rigen por las reglas del derecho común. En consecuencia, estimamos que en determinadas circunstancias, como las recién detalladas, el hospital público quedará sujeto al régimen común existente en materia de responsabilidad.

II. Responsabilidad extracontractual de una clínica privada o de un hospital actuando como privado

La doctrina tradicional que considera que la relación paciente-clínica es de naturaleza contractual ha sido recientemente criticada.²

En efecto, se ha estimado que encuadrar la responsabilidad de la clínica u hospital por los daños ocasionados a sus pacientes, dentro de los princi-

¹ Sentencia 6 de agosto de 1992, Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 22 de mayo de 1995, Rol 130376. En el mismo sentido, Corte de Apelaciones de Santiago, Proceso 43.556-93, Sentencia de Segunda Instancia de 21 de septiembre de 1995, fallo de Casación de 20 de junio de 1996.

² Pedro Zelaya Etcheagaray, “Responsabilidad Civil de los Hospitales y Clínicas (Modernas Tendencias Jurisprudenciales)”, publicado en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCIV, N° 2, 1997, páginas 47 y siguientes.

pios atingentes a la responsabilidad contractual, es forzar el estado natural de las cosas, por los siguientes motivos:

- 1) Teniendo presente que se trata de pretendidos contratos consensuales e innominados, es muy difícil poder determinar los derechos y obligaciones de las partes.
- 2) En el caso de la medicina curativa o terapéutica, el paciente ingresa muchas veces a través de la sala de urgencias y en estado de inconsciencia, por lo cual no habría consentimiento.
- 3) Aunque se hubiere contratado con un determinado médico, muchas veces intervienen otros profesionales o auxiliares respecto de los cuales no se ha celebrado contrato alguno. Tampoco acepta esta doctrina que se extienda la responsabilidad contractual a estas otras personas, ocupando para ello instituciones como la estipulación en favor de terceros o el simple apoderamiento, dado que se trataría de meras ficciones.
- 4) Se desfavorece a la víctima con respecto a los daños indemnizables. En efecto, estos serían normalmente los directos previsibles (los imprevisibles sólo en caso de dolo) y no se repararía el daño moral.
- 5) La víctima no podría favorecerse con la presunción de solidaridad pasiva de los coautores consagrada en el artículo 2317 del Código Civil.
- 6) Se podrían imponer al paciente-víctima cláusulas exoneratorias o limitativas de la responsabilidad de la clínica.

Para suplir estas debilidades, la nueva doctrina nos enseña que la jurisprudencia extranjera otorga una posibilidad de opción de las responsabilidades, entre la contractual y la extracontractual, de simple elección y no sólo ante la presencia de un daño que sea un delito o cuasidelito penal y civil o de pacto previo. A juicio de esta doctrina, la posibilidad de opción o cúmulo de elección habría alcanzado reconocimiento jurisprudencial en nuestro país. En efecto, podemos leer que "No alteran las conclusiones referidas en los considerandos precedentes, la alegación de la clínica demandada en el sentido de que no procede aplicar las normas relativas a la responsabilidad extracontractual por existir entre ellos, en su concepto, una relación contractual, toda vez que tal relación contractual no se encuentra acreditada suficientemente y, de existir dicha relación, nada impediría que el actor pudiese acogerse a las disposiciones relativas a la responsabilidad extracontractual para lograr la satisfacción a las pretensiones formuladas en la demanda" (C. de Santiago de 28 de enero de 1993, en especial el considerando N° 9, en Gaceta Jurídica N° 151, enero de 1993, página 58,

en la cual se acepta la responsabilidad extracontractual de una clínica privada por la negligencia de una enfermera y se condena a la clínica a pagar una indemnización en base a los artículos 2320 y 2322 del Código Civil. También C. de Santiago de 3 de enero de 1997, en Gaceta Jurídica N° 199, enero de 1997, página 89, en la cual la Corte acoge la demanda por responsabilidad extracontractual interpuesta contra una clínica privada por los daños causados al hijo del actor mientras éste estuvo hospitalizado en dicho centro y la condena a pagar una indemnización fundada en los artículos 2314, 2320 y 2322 del Código Civil).

Los fundamentos doctrinarios para postular la responsabilidad extracontractual serían tres:

1. Responsabilidad por culpa *in eligendo* o *in vigilando*

De acuerdo a esta tesis (recogida por nuestro Código Civil, a diferencia de las dos restantes, que no están reconocidas por nuestro Código), la clínica u hospital será civilmente responsable por el daño ocasionado si se acredita en el proceso que la institución sanitaria ha incurrido en culpa o negligencia al elegir, seleccionar, vigilar, supervisar, controlar o dirigir a sus empleados o a la maquinaria o instrumental técnico utilizado en las prestaciones médicas ofrecidas al público. La responsabilidad del establecimiento hospitalario sería directa. La víctima no necesitaría probar culpa alguna del médico o personal dependiente del hospital que causó el daño, bastando con acreditar la culpa del centro asistencial en cuanto a elegir o vigilar a sus dependientes. El hospital o clínica demandado podría siempre eximirse de la responsabilidad que se le exige probando que con la autoridad y cuidado que su calidad le confiere y prescribe, no ha podido impedir el hecho (artículos 2314 y 2320 inciso final del Código Civil). El hospital o clínica condenado que ha pagado no podrá repetir en contra de la víctima. Se le critica a esta postura la posibilidad de exonerarse de responsabilidad probando la buena elección y cuidado de su personal y medios.

2. Responsabilidad vicaria, indirecta o sustituta

En este esquema el hospital es un verdadero garante de las culpas de su personal dependiente y debe responder frente a la víctima a la medida de un fiador solidario. Para responsabilizar civilmente al hospital de acuerdo a esta doctrina, se deberían dar los siguientes cuatro elementos: el daño, la culpa *in operando* del médico o personal sanitario, la relación de causalidad entre la culpa y el daño y la relación de dependencia del autor con el hospital. Probado lo anterior, la responsabilidad de la clínica u hospital sería directa, no se podría exonerar de responsabilidad probando haber empleado toda la diligencia y el cuidado que su calidad le confiere y pres-

cribe para evitar el daño. Por último, el hospital o clínica tendría derecho a repetir por el total de lo pagado contra el autor culpable del daño.

3. Responsabilidad por riesgo de empresa

De acuerdo con esta tesis, el centro asistencial es una empresa de servicios sanitarios y, por tanto, debe responder civilmente de acuerdo con el principio del riesgo de empresa. Esta doctrina, de origen norteamericano, que no ha sido recogida por ningún código civil del mundo, sostiene que la responsabilidad civil no sólo debe castigar al personalmente culpable de una falta, sino que debe constituir el medio idóneo para distribuir eficientemente el costo económico del daño entre el mayor número de personas y, ojalá, entre aquellas que utilizan o se benefician con la actividad que causó el daño a la víctima inocente. Por este motivo, el daño debe asumirlo y pagarlo el sujeto que está en la mejor posición para prevenir dicho daño y distribuir su costo entre el mayor número posible de personas.

III. El contrato de asistencia hospitalaria

La mayoría de las obras que tratan respecto de la responsabilidad de las clínicas u hospitales la desarrollan como una responsabilidad derivada fundamentalmente de la mala praxis médica o de un auxiliar. Para efecto de este estudio, hemos centrado nuestra atención en los servicios que presta la empresa sanitaria, los que son múltiples, como se verá más adelante, y que pueden comprender o no la intervención de médicos.

Estimamos que la responsabilidad de la empresa sanitaria es de carácter contractual, y el Contrato de Asistencia Hospitalaria se podría definir como *"aquél en que una persona confía a una empresa sanitaria la prestación de servicios de salud"*.

Características del Contrato de Asistencia Hospitalaria.

El Contrato de Asistencia Hospitalaria sería un contrato bilateral (artículo 1439 del Código Civil), porque genera obligaciones recíprocas para las partes.

Normalmente oneroso, dado que tiene por objeto la utilidad de ambas partes, gravándose cada una en beneficio de la otra (artículo 1440 C.C.).

Conmutativo, debido a que las prestaciones recíprocas se miran como equivalentes (artículo 1441 C.C.).

Contrato principal (artículo 1442 C.C.).

Por último el contrato sería consensual (artículo 1443 C.C.), bastando la aquiescencia tácita de las partes para que se forme el consentimiento (artículo 2123 C.C.).

Y es un contrato de confianza, por tanto *intuitu personae*.

Sobre el particular, no nos cabe ninguna duda que en este caso lo que se le encarga al establecimiento en virtud del Contrato de Asistencia Hospitalaria, es la propia vida del paciente, así como su integridad física o síquica. En consecuencia, por pequeña que sea la intervención médica en el cuerpo de una persona o en su psiquis, se requiere que el paciente confíe en ese tercero. Nuestro Código desde hace 150 años ya destaca el elemento confianza cuando lo que se encarga es un negocio, y no nos cabe ninguna duda que la confianza debe ser aun mayor cuando el objeto del encargo es la vida o la integridad física o síquica de una persona. Del hecho que en el Contrato de Asistencia Hospitalaria el elemento esencial sea la confianza, se desprenden las siguientes consecuencias:

- 1) Aplicación de las reglas del contrato nominado de mandato (artículo 2116 C.C.).
- 2) Dentro de las normas del mandato, nos interesan en especial aquellas relativas a la delegación. En efecto, la doctrina contractualista de las obligaciones médico-hospitalarias ha tenido cierta dificultad para explicar la acción contractual que tendría la víctima en contra del causante directo del daño, cuando éste se encuentra relacionado contractualmente sólo con la clínica y no con el paciente-víctima. Para estos efectos se han ofrecido como soluciones las siguientes:
 - a) La extensión de la obligación de seguridad, que compartirían aquellos que tienen una profesión.
 - b) La aplicación de las normas de la estipulación en favor de otro (artículo 1449 C.C.), en virtud de las cuales la clínica sería el estipulante, el agente directo y/o la clínica causante del daño sería el promitente y el beneficiario sería el paciente-víctima.
 - c) Se ha postulado también la teoría del apoderamiento y del cuasicontrato de agencia oficiosa.

Así para explicar la naturaleza contractual de la responsabilidad del centro hospitalario y del tercero que no ha contratado directamente con la víctima bastaría aplicar las normas de la delegación. En efecto, la clínica podrá delegar la ejecución de todo o parte de los servicios sanitarios que

ha ofrecido a su paciente, en terceros dependientes o no, siempre que esto no se le haya prohibido, pero si no se le ha expresamente autorizado, como sucede en la mayoría de los casos, responderá del hecho del delegado, en este caso el tercero, como de los suyos propios, puesto que así lo dispone el artículo 2135 C.C.

Esta responsabilidad tendrá lugar aun cuando se le haya conferido expresamente la facultad de delegar la prestación de estos servicios y a la clínica no se le hubiere designado el nombre de la persona, y el delegado resulta ser notoriamente incapaz o insolvente (artículo 2135, inciso 2° C.C.). Las normas de la delegación explican además que el paciente-víctima pueda poseer una acción de naturaleza contractual en contra del tercero causante directo del daño, aun cuando respecto de éste no existiría aparentemente una obligación contractual. En efecto, el artículo 2138 nos señala que el mandante, en este caso el paciente, podrá en todos los casos ejercer en contra del delegado, en este caso el tercero autor del daño, las acciones del mandatario, para este efecto la clínica que le ha conferido el encargo.

Otra consecuencia del elemento confianza, propio del contrato de asistencia hospitalaria, es que el paciente podrá en cualquier momento dar por terminado el contrato con la clínica a pesar de que ésta haya cumplido con todas sus obligaciones, si es que ha perdido la confianza en ella, y también se podría anular por error en la persona.

IV. Formación y contenido del Contrato de Asistencia Hospitalaria y las obligaciones que de él emanan

1) Formación: La jurisprudencia extranjera ha determinado desde hace un cierto tiempo que el consentimiento que otorga el paciente en el Contrato de Asistencia Hospitalaria debe ser un consentimiento debidamente informado.

Para estos efectos la clínica privada u hospital actuando en el carácter de privado tiene la obligación precontractual de entregar información lo más documentada posible respecto de los servicios y prestaciones que está en condiciones de asegurar en general, y para la dolencia específica del paciente contratante. Así lo estableció la Primera Sala Civil de la Corte de Casación de Francia, en fallo de 14 de octubre de 1997. A su vez, en el evento que el especialista tratante y responsable del cuidado del paciente sea un funcionario o dependiente de la clínica, esta obligación de información se extiende por una parte a los riesgos presentados por la enfermedad en sí, y por otra parte a los riesgos del tratamiento que el paciente



deba seguir a fin de que éste esté en condiciones de hacer una elección con conocimiento de causa (Primera Sala de la referida Corte de Casación, 20 de enero de 1987).

Recientemente dicha Corte de Casación, en fallo de la Primera Sala Civil, de fecha 7 de octubre de 1998, impuso al médico la obligación de informar respecto de los riesgos que excepcionalmente se producen por la enfermedad o el tratamiento indicado. No hay casos jurisprudenciales en Chile.

2) De las obligaciones del Contrato de Asistencia Hospitalaria propiamente tal: las clínicas y hospitales actuando en carácter privado en general son deudarios de una obligación de seguridad con características de obligación de resultado en lo que concierne a las enfermedades intrahospitalarias. También, son responsables de toda falta o insuficiencia en la organización del servicio.

2.1) La obligación de buen funcionamiento del servicio: la obligación de buen funcionamiento del servicio es una obligación extensa y variable que comprende los medios necesarios para el tratamiento adecuado del paciente contratante. Además, la obligación es variable, ya que su carácter dependerá de la dolencia específica de que se trate, alcanzado esta obligación a todos los medios materiales y humanos para conseguir la finalidad médica perseguida. Ejemplo: maquinaria médica en buen estado y adecuada para el tratamiento en particular; personal eficiente e idóneo para dicho tratamiento, etc.

Comprende también la hotelería necesaria para mantener íntegra la seguridad del paciente. Esta obligación de hotelería será aun más importante en el caso de las clínicas psiquiátricas.

Estas obligaciones han tenido un amplio reconocimiento jurisprudencial en el extranjero y en Chile.

En efecto, la Primera Sala Civil de la Corte de Casación de Francia ha estimado que la obligación de hospitalización es de resultado, es decir, significa que se debe evitar todo riesgo al paciente cuando éste se encuentra entregado íntegramente a los que lo cuidan.

En Chile, la Corte Suprema, en fallo de 9 de mayo de 1991, que consta en el Informe Constitucional N° 944, de Santiago, de 21 de agosto de 1991, con comentario del profesor Eduardo Soto Kloss, se resuelve condenar al Servicio de Salud del Maule por los daños causados a una paciente, que consisten en invalidez perpetua de las extremidades y pérdida de la audi-

ción, daños producidos en el Hospital Regional de Talca por la presencia de sustancias tóxicas en la anestesia raquídea recibida por la enferma. En este caso la Corte estimó que no había existido culpa penal del anestesista respectivo y del agente material del proceso anestésico, puesto que la causa eficiente y final de la lesión había sido un deficiente lavado de las jeringas, en las que habrían quedado restos de diferentes agentes que no eran biodegradables, los que al ser introducidos en el líquido cefalorraquídeo habían desatado el cuadro clínico parapléjico indicado.

2.2) Enfermedades intrahospitalarias: De acuerdo al Comité de Ministros del Consejo de Europa, la enfermedad intrahospitalaria es aquella enfermedad contraída en el hospital debido a los microorganismos clínicamente y/o microbiológicamente reconocibles que afectan sea al enfermo, del hecho de su admisión en el hospital o de los cuidados que ha recibido como paciente hospitalizado o de tratamiento ambulatorio, sea al personal hospitalario, del hecho de su actividad, sea que los síntomas de la enfermedad aparezcan o no mientras el interesado se encuentra en el hospital. En consecuencia, las clínicas u hospitales deberán responder por las enfermedades contraídas por los pacientes durante su estadía en el hospital. Al respecto, la Primera Sala Civil de la Corte de Casación en Francia, con fecha 29 de junio de 1999, estableció que se trata de una obligación de resultado.

V. Cúmulo u opción de responsabilidades

El cúmulo u opción de responsabilidades se presenta cuando con ocasión de la ejecución o el cumplimiento de un contrato u de su inexecución, se ocasiona un daño en la persona o bienes de otros; ¿podrá la víctima en este caso optar por la responsabilidad civil contractual que emana del incumplimiento de las obligaciones del contrato, o hacerlo por la responsabilidad extracontractual?

Tradicionalmente se ha permitido el cúmulo u opción de responsabilidades cuando ello se ha pactado en forma convencional, o cuando la ejecución de la obligación o el daño respectivo constituyan un delito o cuasidelito penal. Normalmente el daño ocasionado por el incumplimiento de algunas de las obligaciones del contrato de asistencia hospitalaria es constitutivo de un delito o cuasidelito de lesiones o de homicidio, por tal motivo es lógico suponer que en esta situación la víctima o sus herederos podrán optar o por el ejercicio de la acción de la responsabilidad contractual o por el de la responsabilidad extracontractual. En el caso que se opte por la responsabilidad extracontractual y el autor del daño esté claramente determinado, el fundamento de la responsabilidad del establecimiento de



salud será la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, de acuerdo a las disposiciones de nuestro Código, pero las modernas tendencias respecto de la responsabilidad extracontractual en realidad harían aplicables la culpa por riesgo de empresa creado. Respecto del cúmulo u opción de responsabilidades, nuestra jurisprudencia lo acepta, y al respecto la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado "que no altera las conclusiones referidas en los considerandos precedentes la alegación de la clínica demandada en el sentido de que no procede aplicar las normas relativas a la responsabilidad extracontractual, por existir entre ellos en su concepto una relación contractual, toda vez que tal relación contractual no se encuentra acreditada suficientemente y de existir dicha relación nada impediría que el actor pudiese acogerse a las disposiciones relativas a la responsabilidad extracontractual para lograr la satisfacción de las pretensiones formuladas en la demanda" (Corte de Santiago, 28 de enero de 1993, Gaceta Jurídica N° 151, enero 1993, página 58).

En suma, la relación paciente-clínica u hospital del sector público actuando como particular, es de naturaleza contractual. El elemento característico esencial de este contrato es la confianza que deposita el paciente en el establecimiento hospitalario. Por tal motivo se le aplican las normas del contrato nominado de mandato. Entre estas normas debemos destacar aquellas relativas a la delegación del mandato, las que explicarían la responsabilidad contractual del establecimiento hospitalario por los hechos dañosos cometidos por terceras personas con las que el paciente no ha contratado directamente, pero que se encuentran vinculadas contractualmente con el establecimiento hospitalario contratante. En cuanto a su contenido, debemos recordar que las obligaciones que emanan del Contrato de Asistencia Hospitalaria son variables y dependerán de la atención específica que se solicite. En todo caso el establecimiento hospitalario se obliga, a lo menos, a entregar toda la infraestructura humana y material idónea para tratar la dolencia específica de que se trate y evitar que la persona contraiga una enfermedad intrahospitalaria. Las obligaciones del establecimiento hospitalario serán algunas de medio y otras de resultado. Dentro de las obligaciones de medio generalmente se incluirán todas aquellas propias de los facultativos vinculados contractualmente con la clínica (médicos, enfermeras, etc.); dentro de las de resultado estarán incluidas la hotelería, sobretodo cuando el paciente, por cualquier motivo, no está en condiciones de valerse por sí mismo, y la de evitar que éste contraiga una enfermedad intrahospitalaria.

Por último, ante la ocurrencia de un daño que a su vez se ha tipificado como delito o cuasidelito penal, el paciente podrá siempre optar entre la responsabilidad civil contractual que emana del contrato y aquella responsabilidad civil extracontractual que emana del ilícito penal.

Bibliografía

1. ROMO PIZARRO, OSVALDO. *Medicina Legal Elementos de Ciencias Forenses. Responsabilidad Profesional del Médico*, páginas 695-710. Editorial Jurídica de Chile, abril año 2000.
2. PAILLAS PEÑA, ENRIQUE. *Responsabilidad Médica*. Editorial Jurídica Conosur, tercera edición, agosto 1999.
3. ZELAYA ETCHEGARAY, PEDRO. *La Responsabilidad Civil del Empresario por los Daños Causados por su Dependiente*. Editorial Aranzadi S.A., Pamplona, España, 1995
4. ACOSTA RAMIREZ, VICENTE. Abogado, Profesor de Derecho Civil, Universidad Adolfo Ibáñez. *Responsabilidad Civil Médica en Chile*, Universidad de los Andes, Cuadernos de Extensión, páginas 145-165.
5. VASQUEZ FERREYRA, ROBERTO. Doctor en Derecho Universidad Nacional de Buenos Aires. *La Responsabilidad Civil de los Hospitales y Clínicas por la Negligencia Médico-Sanitaria*, Universidad de los Andes, Cuadernos de Extensión , páginas 167-184.
6. ZELAYA ETCHEGARAY, PEDRO. *La Responsabilidad Civil de Hospitales y Clínicas (Modernas Tendencias Jurisprudenciales)*. Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCIV N° 2, 1997.
7. SEGARD, JEAN FRANÇOIS. *La Responsabilidad de los Centros Hospitalarios*. Fascículo 3, octubre 1999. jfsegard@spps.com.
8. SEGARD, JEAN FRANÇOIS. *Infecciones intrahospitalarias*. Fascículo 7, octubre 1997. jfsegard@spps.com.
9. SEGARD, JEAN FRANÇOIS. *El Deber de Información Respecto de las Jurisdicciones Civiles*. Fascículo 5, octubre 1997. jfsegard@spps.com.
10. SEGARD, JEAN FRANÇOIS. *La Responsabilidad de los Establecimientos de Sanación*, Fascículo 3, octubre 1999. jfsegard@spps.com.
11. STICHKIN B. DAVID. *El Mandato Civil*, segunda edición, Colección de Estudios Jurídicos y Sociales. Editorial Jurídica de Chile, 1965.
12. ALESSANDRI RODRIGUEZ, ARTURO. *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Segunda edición, Ediar Editores Limitada, Santiago, Chile, 1983.



Responsabilidad civil individual del médico

Ambrosio Rodríguez Quiros

Profesor Titular de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

y UNIVERSIDAD DE CHILE

I. Introducción

I.1. Importancia de la institución de la responsabilidad en el Derecho Civil.

Don Hugo Rosende S. acostumbraba decir, en su notable paralelo entre el mundo físico y el mundo jurídico, que la responsabilidad es a este último lo que el clima es al primero; esto es, todo el fenómeno jurídico se presenta rodeado, inmerso dentro del concepto de la responsabilidad; de ahí entonces que en todo sistema de convivencia civilizada estén presentes las normas que la reglamentan. No puede ser de otra manera, desde que la responsabilidad es la contrapartida inseparable de la libertad. Se afirma, y con razón, que a mayor libertad, mayor responsabilidad.¹

I.2. La responsabilidad civil, esto es, la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra, puede ser contractual y delictual o cuasidelictual, que se llama también extracontractual o aquiliana (esto último en razón de su origen en el Derecho Romano, en donde fue reglamentada por la *Lex Aquilia*); a su turno, esta última puede ser subjetiva y objetiva, simple o compleja.

I.2.1. La responsabilidad contractual es la que proviene de la violación de un contrato; consiste en la obligación que pesa sobre el deudor de indemnizar al acreedor el perjuicio derivado del incumplimiento del contrato o de su cumplimiento tardío o imperfecto; y se traduce en la fórmula del artículo 1556 del Código Civil, que señala, "la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento".

¹ Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibañez, el 15 de junio de 2000, Seminario "Responsabilidad Civil: La Reparación del Daño", y en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, el 27 de julio de 2000, Seminario: "La Responsabilidad Médica".

Supone, en consecuencia, esta clase de responsabilidad civil la existencia de un vínculo contractual previo entre las partes, cuya infracción por parte del deudor da origen, precisamente, a la obligación de indemnizar.

La responsabilidad extracontractual, o delictual o cuasidelictual, o aquiliana, proviene de un delito o cuasidelito civil, es decir, de un hecho ilícito, intencional o no, que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro; no deriva de la infracción de una obligación preexistente; ninguna existe entre la víctima o el autor del daño, y si la hay, éste se produjo al margen de ella y no resulta de su infracción.

De ahí entonces, que la responsabilidad extracontractual es fuente de obligaciones; éstas, que no existían previamente, nacen, precisamente, como consecuencia de la acción u omisión, dolosa o culpable, del agente, que causa un daño, y le impone la necesidad jurídica de indemnizarlo, es la fórmula del artículo 2314 del Código Civil:

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

Esta organización de la responsabilidad civil en nuestra ley, sobre la base de reconocer una y otra, es importante. Desde luego, el hecho que el legislador las haya reglamentado separadamente significa que cada una tiene sus propias normas; que no se puede afirmar tajantemente que las disposiciones que rigen a una de ellas se aplican, o no se aplican, a la otra, sino que cada situación debe analizarse específicamente; que entre ambas existen diferencias importantes: V. gr.: capacidad; graduación de la culpa; constitución en mora; extensión de la reparación; facultad de los jueces para fijar el monto de la reparación; respecto de la solidaridad que puede llegar a existir entre los autores; prescripción de la acción, el peso o carga de la prueba. Esta última, sin dudas, una de las más trascendentes diferencias y que tiene gran importancia en el motivo principal de nuestra intervención, sobre lo cual abundaremos en el número III.

1.2.2. El hecho que hemos destacado, esto es, la existencia de dos clases de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, cada una de ellas con fisonomía propia, ha llevado a plantear la interrogante sobre lo que la doctrina conoce como “**cúmulo o acumulación de responsabilidades**”. Desde ya, digamos que su denominación es equívoca, porque no se trata de ningún modo de exigir las dos responsabilidades, ni mucho menos de obtener doble reparación por el daño. Se trata sólo de saber si la víctima o el acreedor puede elegir entre la acción de responsabilidad contractual y la acción de responsabilidad extracontractual. El problema básico es de

una opción, no de una acumulación. Su interés práctico es indiscutible, porque si aceptamos la opción, reconocemos al deudor o a la víctima el derecho a elegir la que más convenga a sus intereses.

En términos muy generales, y por cierto muy resumidos, podemos decir que la posición de la jurisprudencia chilena en relación con el problema del cúmulo u opción de responsabilidades, puede sintetizarse del modo siguiente:

a) En principio y como regla general, la jurisprudencia rechaza la posibilidad de aplicar las normas de la responsabilidad extracontractual si se trata de la infracción de un contrato.

b) En el evento que un ilícito contractual sea a la vez constitutivo de un ilícito o delito penal, el perjudicado puede optar por tres vías para obtener el resarcimiento:

1. Acción contractual
2. Acción extracontractual
3. Acción civil emanada del ilícito penal

c) En la hipótesis que el daño haya sido causado por dos personas, una de las cuales estaba ligada contractualmente con la víctima y la otra no, el perjudicado puede usar la acción contractual contra la primera y la extracontractual contra la segunda, sin que pueda obtener doble indemnización.

d) En el caso que una infracción contractual ocasione también daños a un tercero ajeno a la relación contractual, nace una doble responsabilidad, contractual frente a la contraparte y delictual frente al tercero.

Como puede deducirse, nuestra jurisprudencia rechaza el cúmulo u opción de responsabilidades.

Cuestión muy distinta del cúmulo de responsabilidades, y por lo tanto, sujeta a diferente conclusión, es la coexistencia de ambas clases de responsabilidades, que en forma unánime la doctrina acoge.

Se presenta la coexistencia o superposición de responsabilidades, en el caso de dos personas unidas por un vínculo contractual (acreedor-deudor), y el acreedor sufre un perjuicio causado por el deudor, pero que no implica el incumplimiento de la obligación contractualmente asumida, o bien, existiendo éste, el deudor desarrolla una conducta dolosa o culpable, ajena al contrato, con la que causa un daño a la contraparte.

Como no existe ninguna incompatibilidad entre la vigencia de un contrato y la comisión de un delito o cuasidelito civil, ambos tipos o responsabilidades pueden coexistir.

I.2.3. La responsabilidad civil extracontractual se divide, en atención a su fundamento, en responsabilidad subjetiva y objetiva, y, en atención al hecho de donde emana, en simple y compleja.

Es subjetiva la que se fundamenta en el dolo o en la culpa del agente. Supone necesariamente la culpabilidad de su autor, no existe si el hecho no deriva de la culpa o el dolo, de ahí su denominación, ya que para hacerla efectiva es necesario analizar la conducta del sujeto.

La responsabilidad es objetiva, en cambio, cuando se atiene única y exclusivamente al daño producido, prescindiendo de la culpabilidad del sujeto. Se fundamenta en el principio del riesgo creado, en cuya virtud todo aquel que pone en movimiento elementos peligrosos en su propio beneficio debe responder por los daños que causa.

La responsabilidad civil que estamos analizando se denomina simple si proviene de un hecho personal del autor; la causa inmediata y directa del daño es este hecho.

Es compleja, en cambio, si proviene de un hecho ajeno, o de un hecho de un animal o es causada por una cosa, de la cual la ley nos hace responsables. En este tipo, las causas del daño son dos: el hecho de aquel sobre quien recae la responsabilidad, que consiste en su falta de vigilancia o cuidado, y el hecho de la persona, animal o cosa que originó el daño.

I.2.4. Para terminar con esta introducción conceptualizaremos, por último, la llamada responsabilidad legal o sin culpa. Es aquella que deriva exclusivamente de la ley, y que existe aunque de parte del sujeto no haya habido la más mínima culpa, es la expresión de la llamada obligación legal de garantía o de seguro, que la ley impone directamente a ciertas personas.

II. La relación contractual médico-paciente

II.1. Es una afirmación común, y además generalmente aceptada, que el vínculo jurídico que une al médico con el paciente, con motivo de la prestación de los servicios del primero, es de carácter contractual.

Don Enrique Paillás, en su obra *Responsabilidad Médica*, cita al respecto una sentencia de una sala de la Corte de Casación francesa, de 20 de mayo



de 1936, la que califica de trascendental, y que dijo en lo pertinente: "Pero considerando que se forma entre el médico y su cliente un verdadero contrato que comporta para el médico la obligación, si no, evidentemente, de curar al enfermo, lo que por otra parte no se ha alegado jamás, de prestarle al menos cuidados, y no cualesquiera, sino concienzudos, atentos y, hecha la reserva de circunstancias excepcionales, conforme a los resultados logrados por la ciencia; que la violación, incluso involuntaria, de esta obligación contractual está sancionada por una responsabilidad de la misma naturaleza, igualmente contractual".²

El mismo autor dice que "se trata de un contrato sinalagmático", que pone a cargo del médico la obligación de dar cuidados al paciente, y obliga a éste a remunerar al profesional, y, en todo caso, a no ir en contra de las prescripciones del médico sin advertírselo. Es un contrato *intuitu personae*... civil y nunca comercial... sus cláusulas van subentendidas... La más de las veces este contrato es simplemente verbal" (ob. cit. pág. 28).

Don Arturo Alessandri, en su obra *De la Responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, señala: "La responsabilidad de un médico, cirujano, dentista o matrona, por los daños que cause al paciente que ha contratado sus servicios, ya por negligencia o imprudencia en su cuidado... es contractual".³

En el mismo sentido opina el profesor Lorenzo de la Maza en su trabajo "El Contrato de Atención Médica".

Sin embargo, este autor deja constancia de una situación jurídica que la doctrina ha desarrollado ampliamente. Explica que "hay que convenir que no en todos los casos la relación inicial (entre demandante y demandado) tiene por fuente un contrato, ya que existen algunos en que dicha *relación inicial* es una estipulación por otro (art. 1449) o el otorgamiento de un mandato (arts. 2116 y 2123) o un cuasi contrato de agencia oficiosa (arts. 2284 y 2286), lo que en su opinión no excluye que, en todo caso, la responsabilidad civil sea contractual. Volveremos más adelante sobre estas otras fuentes de la relación médico paciente."⁴

Pero no basta, obviamente, con señalar el carácter contractual de la relación médico-paciente, sino que es necesario, además, intentar al menos precisar de qué tipo de contrato se trata.

² Enrique Paillás: *Responsabilidad Médica*. Editorial Jurídica Conosur, 1995, p. 27.

³ Arturo Alessandri R.: *De la Responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Tomo I, Editorial Jurídica Conosur, p. 75, N° 42.

⁴ Lorenzo de la Maza R. "El Contrato de Atención Médica". *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 16, N° 1, año 1989.

En nuestra opinión, el artículo clave del Código Civil que se refiere a esta materia es el 2118, que dice: **“Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato”**.

En primer término, cabe destacar que el Código Civil en el artículo aludido no califica la naturaleza jurídica de los contratos que tienen por objeto estos servicios, sino que se limita de decir que **“se sujetan”** a las reglas del mandato.

Además, debe señalarse que según el artículo 2012, esos mismos servicios se sujetan, también, a las reglas del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales en lo que no tienen de contrario a las reglas del mandato.

La primera conclusión que surge de las dos normas citadas es que los servicios a que nos estamos refiriendo no pueden calificarse de contrato de mandato.

En principio, los servicios a que se refiere el artículo 2118 dan origen al contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, y pueden darlo a su vez al contrato de trabajo en dos casos:

- a) Cuando para el desempeño de estas funciones no se requiere de un título profesional.
- b) Cuando, requiriéndolo, el profesional presta sus servicios a un solo empleador bajo vínculo de subordinación o dependencia.

II.2. La prestación de los servicios por las personas a que se refiere el artículo 2118 se rige en primer término por las reglas del mandato, porque así lo dispone esta norma, y subsidiariamente, en lo que no fueren contrarias a esas reglas, por las disposiciones que rigen el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales.

Los preceptos que rigen a este último contrato, y que por tanto, se aplican al que nos ocupa, se refieren, según el artículo 2006, a las siguientes materias:

1. A la determinación del precio u honorario; en esta materia prima el artículo 2117, en consecuencia, estos servicios serán siempre remunerados y la remuneración se determina primeramente por la voluntad de las partes, a falta de estipulación por la ley; si no hay disposiciones legales por la costumbre, y en último término, por el juez, ya que el artículo 2117 entrega al tribunal esta facultad discrecional.

2. El derecho de reclamar perjuicios se rige por las reglas generales de los contratos (artículo 1999); salvo lo que se dirá más adelante sobre el peso de la prueba.
3. Aplicando preferentemente las reglas del mandato puede concluirse también que el médico puede renunciar en cualquier momento, sin perjuicio que deba continuar cumpliendo sus obligaciones por un tiempo razonable para evitar perjuicios al cliente.
4. El cliente puede revocar el contrato a su arbitrio.
5. Ambas situaciones descritas, renuncia y revocación, están sujetas a las reglas generales de los contratos en lo que se refiere a las reclamaciones de perjuicios.
6. En caso que se alegue por el cliente que los servicios no se han ejecutado debidamente, rige el artículo 2158, cuyo inciso final dispone que no puede el mandante excusarse de cumplir con sus obligaciones alegando que el asunto encomendado no ha tenido buen éxito, salvo **que le pruebe culpa**. En consecuencia, la prueba incumbe al cliente, y si no la produce, será obligado a pagar la remuneración.
7. El resto de las disposiciones del contrato se regirán por las normas de arrendamiento de servicios inmateriales.

En conclusión, los servicios profesionales de un médico con su cliente se rigen en primer término por las reglas del mandato, subsidiariamente, en lo que no fuere contrario a ellas, por las disposiciones que rigen el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales.

Esta es la conclusión a que arriba don David Stitchkin.⁵

II.3. Denominamos contenido obligacional del contrato que une al médico con el paciente, al conjunto de normas de actuación profesional que necesariamente deben entenderse incorporadas al contrato, en mérito de lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil, que establece; **“los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”**.

Desde la antigüedad se estima que el principio básico que debe inspirar la actuación profesional del médico es el respeto a la vida, a la integridad de las personas y al mantenimiento de la salud individual y colectiva.

⁵ David Stitchkin B.: *El Mandato Civil*. Editorial Jurídica de Chile, p. 75, N° 56.

Deberes del médico

1. Información

Es un requisito previo a obtener el consentimiento del paciente, cuestión fundamental si, como estimamos, estamos inmersos en el campo de lo contractual. El enfermo antes de consentir en algo debe conocer y comprender el alcance de su decisión, sea para aceptar o rechazar lo que se le propone. El deber del médico de informar al paciente debe comprender, **“de manera completa y continua, verbal y escrita, al enfermo, familiares o allegados, acerca del diagnóstico y pronóstico y alternativas del tratamiento”**, así lo dice expresamente la Ley General de Sanidad de España, promulgada el 25 de abril de 1986, artículo 10.

Se estima que la información, como mínimo, debe alcanzar las diversas actuaciones médicas que se tengan previstas, el diagnóstico, si se conoce, los tratamientos que se van a seguir u otros posibles, los riesgos y efectos secundarios, si existen, e incluso las alternativas posibles que existen a las medidas que se proponen.

Esta información debe completarse en la previsión de los resultados que surgirán de no llevarse a cabo las medidas propuestas.

Esta falta de información, en el caso que de ella se derive un daño, origina responsabilidad, ya que ella tiene por objeto resolver una posible controversia, **“demostrando lo que una persona prudente, colocada en el lugar del paciente, hubiera decidido, de rechazar el tratamiento o la operación propuesta, si le hubiere sido revelada la información que faltaba”**; así lo señala el autor Denis Morrison.⁶

El mismo autor señala que el médico debe asegurarse de que el paciente ha comprendido las explicaciones pertinentes y los riesgos a sufrir en el tratamiento, o en caso de abstenerse de llevarlo a cabo.

El profesor extraordinario de medicina de la Universidad de Chile Dr. Jaime Pérez-Olea, señala que en la relación médico-paciente, en conexión con el punto que estamos analizando, se han descrito distintos tipos de profesional:

a) El médico cibernético, que basa sus conclusiones sólo en los hechos que comprueba, descartando en principio los juicios de valor. Es un profesional

⁶ Denis Morrison: “El Derecho de Rehuser el Tratamiento. Condiciones Médico Legales”. Revista Canadiense de Psiquiatría. Volumen 30, febrero 1985, pp. 60-63.

“lógico y frío”, “bien informado”, “formula un diagnóstico y propone la terapéutica”. La aceptación o rechazo del mismo depende del paciente.

b) El médico paternalista, sobreprotector, que apoya emocionalmente al paciente, pero que actúa como si la responsabilidad fuese exclusivamente suya. “A menudo le oculta al enfermo la verdadera naturaleza de la enfermedad y prescribe el tratamiento sin requerir el consentimiento del enfermo”.

c) El médico que establece una relación contractual con el paciente, con el cual la responsabilidad es compartida, su rol es de un médico dispuesto a tomar sólo aquellas decisiones en las cuales el enfermo ha convenido.⁷

Mientras mayor sea la disponibilidad tecnológica, tiende a prevalecer el médico cibernético.

En Chile, agrega, es más frecuente encontrar los otros tipos de relación, que dependen del nivel cultural del paciente y del tipo de atención pública o privada, y concluye que “si las demandas de mala práctica se generalizaran, se puede prever un desplazamiento de los modelos actuales de relación hacia un médico cibernético.”⁸

Esta obligación de informar, tradicionalmente, se ha desatendido en atención a la confianza del enfermo en el médico. Frases para graficar esta confianza hay muchas, vamos a citar una sola, que consta a fs. 1374, página 81, del fallo de primera instancia de 28 de marzo de 1995, del proceso seguido en contra de algunos médicos y auxiliares con motivo de la operación practicada al ministro de la Corte Suprema Sr. Leonel Beraud: “El cirujano dijo al Sr. Beraud: **“hemos tenido un problema técnico, necesito autorización para operar las dos caderas”**, y él respondió: **“Usted es el maestro; usted es el doctor”**.”

La información que se debe facilitar tiene sus límites. Según el autor español Carlos María Romeo Casanova, **“No existe necesidad que el paciente conozca todos los peligros y riesgos que pueden derivarse del tratamiento. Se debe informar de los que aparecen con más frecuencia o los que se consideran como riesgos típicos”**.⁹

Nadie discute que el médico tiene derecho a fijar los límites de la información; particularmente si el revelar al enfermo un pronóstico grave

⁷ Jaime Pérez Olea: “Tratamiento Médico y la Práctica Quirúrgica”. Revista de Ciencias Penales. Año 1982.

⁸ Jaime Pérez Olea, ob. cit., pág. 12

⁹ Carlos María Romeo Casanova: *El Médico ante un Derecho*. Editorial Ministerio de Sociedad y Consumo, Madrid, 1985, p. 48.

o fatal puede acarrearle a éste perniciosas consecuencias. Se estima, también, que el médico puede decir la verdad a los familiares del paciente, a menos que éste lo haya prohibido expresamente o bien hubiere designado otra persona especialmente para este efecto.

La declaración de la Asociación Americana de Hospitales, de 1972, sobre derechos de los enfermos, expresa:

- El derecho a una atención eficiente y respetuosa.
- El derecho a obtener de su médico una información completa, concerniente al diagnóstico, tratamiento y pronóstico, en términos comprensibles para él. Si tal información no se considera adecuada, debe ser transmitida a la persona más próxima.
- El derecho a recibir del médico la información necesaria que le permita dar su consentimiento antes de iniciar los procedimientos, diagnóstico, o el tratamiento. El profesional deberá señalar los riesgos que estos involucren y el tiempo que demorará la incapacidad del paciente.
- El derecho a rehusar un tratamiento, sin otra limitación que las que establezcan las leyes, y a ser informado plenamente acerca de las consecuencias médicas de su decisión.
- El derecho a que toda información y registro de datos concernientes a su enfermedad sean mantenidos en absoluta reserva.
- El derecho a ser aconsejado si se le invita a participar en un proyecto de experimentación relacionado con su tratamiento, y a rehusar tal participación si así lo decide.
- El derecho a que se le faciliten los medios que garantizan su control médico futuro.
- El derecho a revisar y pedir explicaciones sobre el monto de su cuenta.

2. Diagnóstico y tratamiento

1. Cuando el enfermo acude al médico, su objetivo es el tratamiento. Consulta para que lo alivien o tranquilicen. El diagnóstico se valoriza sólo en cuanto es una etapa indispensable para orientar el tratamiento.

El enfoque del médico, nos dice el doctor Jaime Pérez-Olea, es algo diferente, "para ser eficaz debe encarar con éxito un doble desafío: el diagnóstico y el tratamiento".¹⁰

Afirma este autor que en esta etapa el médico, según su especialidad, cumple esta doble función con distintos grados de profundidad: "aquel

¹⁰ Ob. cit., pág. 87.



que se precie de ser un internista, desplegará su maestría en el diagnóstico. El gran cirujano pondrá en juego su pericia en la instancia terapéutica que define su especialidad, el acto operatorio".¹¹

Señala que no es raro que las debilidades del internista asomen en la fase del tratamiento, mientras que las del cirujano se hacen ostensibles en el proceso de diagnóstico.¹²

La emisión de un diagnóstico constituye una de las actuaciones fundamentales en el quehacer profesional del médico, supone un juicio acerca del padecimiento del enfermo, al que se llega a través de su reconocimiento, del de los síntomas de la enfermedad, y sobre todo por la experiencia del médico, sin perjuicio del empleo de medios auxiliares, cada día más técnicos y complejos.

Sobre el abuso o confianza excesiva en lo que denomina "ojo clínico" del médico, ha dicho el Tribunal Supremo español, en sentencia del 17 de junio de 1982, **"que es un don intuitivo, de imposible valoración y que en ocasiones puede provocar temeridad cuando se pone en tal facultad una ciega confianza, prescindiendo de comprobaciones objetivas elementales, como por ejemplo de análisis clínicos, radiológicos, etc."**

La obligación de diagnóstico tiene íntima relación con el derecho del paciente de exigirle al médico los conocimientos y habilidades indispensables, aquellos cuya omisión no puede justificarse en la insuficiencia e imprecisión que tiene la medicina.

No puede desconocerse que a veces el diagnóstico se emite al comienzo de un tratamiento, y bien puede ocurrir que, durante el curso evolutivo, surjan elementos nuevos que lo modifiquen. Todas las rectificaciones serán posibles y no tienen por qué dar origen a responsabilidad si todas las actuaciones desarrolladas por el médico se realizan en forma diligente y adecuada, haciendo uso de los medios necesarios a los que el médico pueda tener acceso.

La obligación de diagnóstico supone que al médico le es exigible para su actuación profesional el poseer los conocimientos necesarios para desarrollar su actividad, y que también le es exigible que incremente sus conocimientos, al menos mínimamente, en los grandes avances de la medicina o de su especialidad.

¹¹ Ob. cit., pág. 87.

¹² Ob. cit., pág. 87.

Es innegable que el contar con título profesional crea fundadamente una presunción de competencia en quien lo ostenta. El Tribunal Supremo español, en sentencias de 21 de febrero de 1986, y 30 de octubre de 1986 señala: **“Puede distinguirse entre la culpa profesional, que al fin y al cabo no es más que la imprudencia o negligencia comunes cometidas por el profesional en el ejercicio de su arte, oficio o profesión, y la culpa propiamente profesional, que es aquella que descansa en la impericia, entendiéndose por tal la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión, cuyo fundamento causal es la ignorancia”**.

Complemento necesario del diagnóstico es la exigencia al médico de tener la pericia suficiente para llevar a cabo en forma adecuada la aplicación de sus conocimientos.

Todo tratamiento es un riesgo calculado, se justifica una indicación “cuando los beneficios esperados superen los riesgos que involucra el procedimiento.

“Esta noción de tratamiento, concebida como una decisión que involucra daños particulares y que se asumen como riesgos calculados, es esencial”. Por ello, agrega el autor que venimos citando, cualquier estudio o peritaje que se emprenda acerca de los efectos negativos de un tratamiento debe tenerse en cuenta.¹³

Agrega que además los medicamentos que se prescriben “tienen un espectro de acción que se mueve entre su acción terapéutica y su nivel tóxico”, dependiendo dicho margen terapéutico-tóxico no sólo del fármaco, sino también del organismo que lo recibe.¹⁴

Todo tratamiento médico tiene sus riesgos, asumirlos forma parte inherente de la obligación del paciente; sin embargo, si el médico se califica como un especialista en la materia, las exigencias que el contrato le impone son mayores en función de su calificación.

Sea médico general o especialista, se le exige también que tenga un conocimiento adecuado del uso de los medios técnicos necesarios para llevar a cabo el tratamiento. Si el médico dispone de estos medios, contrae además la obligación de que ellos se encuentren en estado de funcionamiento adecuado, debiendo revisarlos y mantenerlos en condiciones de no originar accidentes, errores de lectura de resultado, etc.

¹³ J. Pérez Olea. Ob. cit., pág. 85.

¹⁴ J. Pérez Olea. Ob. cit., pág. 88.



3. Guardar secreto

El secreto profesional es algo inherente de ejercicio de la profesión médica, y consiste en el compromiso que adquiere el médico ante el paciente y la sociedad de guardar secreto de todo aquello que le hubiere sido confiado por el enfermo u obtenido por las exploraciones en el curso de una actuación médica.

Este secreto es una de las bases de la confianza por la cual el enfermo contrata los servicios de un médico y lo hace con la seguridad de su discreción y reserva acerca de todo aquello que surja durante o derivado de la relación profesional.

Desde Hipócrates a nuestros días, ha sido un tema considerado y recogido por todos los códigos, cartas y declaraciones de todos los países. Particular importancia han tenido en estas materias los acuerdos del Colegio Médico.

III. El objeto jurídico de la prestación médica

III.1. Señalábamos más arriba que algunos autores, entre ellos Lorenzo de la Maza, sostienen que la relación inicial entre el médico y su paciente puede no derivar en un contrato de asistencia médica propiamente tal, sino en otras figuras típicas, como la estipulación por otro, el mandato y la agencia oficiosa.

Lo que ocurre es que en la práctica muchas veces una persona ingresa directamente a una clínica o recinto hospitalario, sin firmar o celebrar contrato alguno ni con el establecimiento ni con los facultativos, que pueden ser tanto dependientes del hospital, o bien profesionales independientes, que incluso pueden haber sido contratados por el médico tratante para constituir un equipo, que utiliza las instalaciones y equipos del establecimiento.

La doctrina tradicional de derecho civil, en su afán de contractualizar todas las responsabilidades posibles involucradas, ha creado ciertos raciocinios para hacer posible esta finalidad.

Así, se habla de la existencia de una "obligación de seguridad o de garantía", que el centro asistencial asume con sus pacientes por todos los daños que se les causen durante su permanencia en él. Así opina don Arturo Alessandri en su obra ya citada.

Otras hacen aplicable la figura de la estipulación por otro, del artículo 1449 del Código Civil; en esta virtud los profesionales que trabajan en un

centro asistencial contraen la obligación de atender a todos los pacientes del establecimiento, quienes pasarían a ser los acreedores de esta obligación. Este criterio ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia y también encuentra a don Arturo Alessandri entre sus grandes impulsores (ob. cit., p. 27 y R.D.J. T. 89, sec. 1a, pag. 39).

Esquemáticamente se puede resumir así:

- a) El hospital o médico tratante es el estipulante;
- b) El agente directo del daño es el promitente;
- c) La víctima es el beneficiario de la estipulación.

Un tercer grupo de opiniones afirma la existencia de un apoderamiento tácito, como la facultad que el paciente le otorga al médico tratante para contratar a otros profesionales. En este caso el vínculo surge directamente entre la víctima (representado) y el agente directo del daño (tercero).

Por último, se sostiene también la tesis de un cuasicontrato de agencia oficiosa, que afirma la existencia de esta figura en la relación que se produce entre la víctima y el agente directo del daño, quien habría sido contratado por el establecimiento o el médico tratante como agente oficioso del paciente.

Así, se busca mantener la responsabilidad civil siempre en el ámbito de lo contractual, ya que se estima que se ampara a la víctima por aplicación del artículo 1547 del Código Civil y se respeta el principio de la autonomía de la voluntad; veremos más adelante que la vigencia de regla del artículo 1547 en estas materias no es aceptada por todos los autores.

Esta tendencia de la doctrina tradicional de "contractualizar" a todo evento la responsabilidad no siempre puede resultar beneficiosa para la víctima. Por lo primero el artículo 1558 limita severamente los perjuicios a demandar si no se prueba el dolo; tampoco podrá invocar el daño moral, que nuestra doctrina y tribunales son reacios a reconocer en este tipo de responsabilidad civil; tampoco podrá invocar la solidaridad de los partícipes, ya que la norma del artículo 2317 del Código Civil no es aplicable; además, y sin pretender agotar el tema, podrían perfectamente hacerse valer cláusulas modificatorias de la responsabilidad que son propias del derecho de los contratos.

III.2. La clasificación doctrinaria que distingue entre obligaciones de medio y de resultado fue formulada a principio del siglo pasado por el autor francés Jean Demogue, el año 1928, siendo inmediatamente acogida en la obra famosa de los hermanos Mazeaud, *Lecciones del Derecho Civil*, que las denominaron, determinadas o de prudencia y diligencia.



Según los autores, son obligaciones de resultado aquellas en que el deudor se compromete a procurar al acreedor un determinado fin o la realización de un hecho perfectamente especificado. Son obligaciones de medio, o de prudencia y diligencia, aquellas en que el deudor se compromete a observar una conducta, a obrar con determinada prudencia y diligencia a fin de tratar de obtener el resultado que persigue el acreedor, pero no a que éste se logre.

El ejemplo clásico que la unanimidad de los autores exponen para explicar las obligaciones de medio es el del médico que atiende a un enfermo, señalando que no se obliga a sanar al enfermo, sino a hacer todo lo necesario para que se mejore.

La doctrina agrega una importante consecuencia que se sigue de esta clasificación. En lo que dice relación con este trabajo, expresa que en las obligaciones de resultado basta su inejecución, esto es, que la finalidad perseguida por las partes no se logre, para dar por establecida la culpa del deudor, y correspondería a éste probar que actuó con la debida diligencia o cuidado, o que concurre a su favor una causal eximente de responsabilidad (caso fortuito). Es el viejo aforismo **“la culpa se presume”**, o, lo que es lo mismo, **“al incumplimiento se presume culpable”**, que es la fórmula del artículo 1547 del Código Civil.

En cambio en las obligaciones contractuales de medio o de prudencia, es el acreedor quien debe probar la culpa, es decir, que el deudor no empleó la diligencia a que el contrato lo obligaba.

La doctrina clásica nacional de Derecho Civil, representada por don Arturo Alessandri, negó rotundamente la posibilidad de que esta clasificación tuviera aplicación entre nosotros. “Estimamos que esta opinión es inadmisibles”. “Tratándose de obligaciones contractuales, la prueba de diligencia o cuidado incumbe siempre al deudor, porque es quien ha debido emplearla (artículo 1547, inciso 3°), y la ley no ha hecho distinciones acerca de la naturaleza de la obligación. Sea, pues, la obligación de resultado o de medio, al acreedor le bastará establecer su existencia; es el deudor que pretende liberarse de responsabilidad quien deberá probar el caso fortuito o que empleó la debida diligencia o cuidado” (Arturo Alessandri, ob. cit., pág. 54).

El profesor Pablo Rodríguez se refiere a esta clasificación vinculándola, para precisar sus efectos, al problema de la previsibilidad del resultado: **“El deudor deberá representarse si los medios de que dispone o de que puede servirse son o no son idóneos para conseguir los resultados. Esta consideración puede ser determinante para apreciar, por ejemplo,**

un incumplimiento doloso. Así, si un médico se obliga a realizar un tratamiento destinado a curar una cierta afección y sabe que carece de capacidad, conocimientos o idoneidad para lograr el resultado, será un deudor doloso, porque o se ha representado la imposibilidad de alcanzar el fin que se persigue o porque debió representárselo al medir sus aptitudes para este efecto”.¹⁵

Agrega este autor que los médicos contraen casi siempre obligaciones de medio, no de resultado. **“Su idoneidad, sin embargo, queda fijada por la posesión de un título profesional, de aquí que el acreedor está obligado habitualmente a probar la falta de cuidado, prudencia y diligencia que le impone el contrato para hacer valer su responsabilidad”.**

De lo dicho se desprende que para don Arturo Alessandri el problema sólo existiría en las llamadas obligaciones contractuales de medio, que alterarían la regla del artículo 1547, inciso 3°, lo que rechaza.

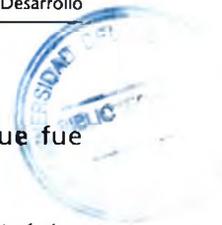
Para Pablo Rodríguez esta clasificación sólo tiene importancia para distinguir entre el incumplimiento doloso y culpable, señalando que en este último caso corresponde el acreedor probar la culpa, lo que en la especie se produce como consecuencia de que la posesión del título profesional de médico hace presumir su idoneidad.

Don Enrique Paillás, luego de aceptar el principio general de que la obligación que contrae el médico con el paciente es de prudencia o de medio, agrega: **“por excepción la obligación que nace del contrato médico impone un deber de resultado”**, y señala como ejemplos: **“si un obstetra se compromete a atender personalmente un parto, responde en su totalidad del riesgo que pueda sobrevenir por haber colocado a un reemplazante carente de la debida destreza o habilidad sin que haya razones que justifiquen el cambio”**. Los otros ejemplos que entrega se refieren a la práctica de exámenes de laboratorio, a la obligación del uso de ciertos materiales y asepsia de ciertos elementos.

Pareciera haber unanimidad en la doctrina para estimar que la infracción de aquellas medidas de prudencia o precaución que, por ser generalmente observadas, constituyen verdaderos usos o hábitos, importa culpa por sí sola.

Igualmente, hay unanimidad para estimar que la infracción de las reglas de orden técnico-práctico que rigen una determinada profesión, constituye culpa por sí sola.

¹⁵ Pablo Rodríguez Grez: *La Obligación como Deber de Conducta Típica*, pp. 100 y ss.



El Tribunal Supremo español ha dictado varias sentencias, en que fue infringida la “*lex artis*” que rige.

“La profesión médica hace incurrir en responsabilidad a su autor. Así, ha considerado que se infringiría dicha *lex* en caso de tratamientos que inciden sobre conductas descuidadas y que provocan resultados lesivos. Más aún, considera que su quebrantamiento da origen a la imprudencia profesional, sea por impericia, falta de conocimiento o no guardar el mínimo de precauciones, lo que incluso ha estimado como una causal agravante de responsabilidad”.

Con lo dicho queda claro que si se imputa al médico una conducta dolosa en una infracción contractual derivada de un contrato de prestación de servicios de esta especie, la prueba corresponde al que hace la imputación, esto es, al acreedor.

Si se imputa negligencia o culpa, existe división de opiniones respecto de la aplicación o no del inciso 3° del artículo 1547.

Nosotros creemos que la solución del problema parte de una afirmación previa que es fundamental: el médico tiene, por el diploma que le ha sido conferido, el derecho de realizar actos que serían tentativas prohibidas para otros, y por lo mismo, es necesario dejarle cierta iniciativa en la decisión y cierta libertad de acción. La dificultad principal consiste, precisamente, en determinar hasta qué punto el médico debe conservar su iniciativa y su independencia.

Los casos más comunes referentes a falta profesional del médico son indicativos de lo que se viene afirmando; el error de diagnóstico, sólo considerado como falta, a condición que el diagnóstico haya sido fácil y el error grosero; lo mismo respecto de las llamadas operaciones peligrosas, entendiéndose por tales aquellas que no son exigidas por el estado del paciente, o que siéndolo, se llevan a la práctica sin prevenir al enfermo; la ignorancia de un método curativo corriente; la torpeza o negligencia operatoria.

Los anteriores corresponden a casos fallados por la jurisprudencia francesa, y demuestran que los tribunales al apreciar la culpa del médico comparan a éste no con el tipo abstracto de “**un buen padre de familia**”, sino con el de “**otro médico juicioso y prudente**”, lo que implica un mayor grado de discrecionalidad que cualquier otro deudor.

De otro lado, el inciso final del artículo 2158 del Código Civil, aplicable al contrato del médico por las razones antes señaladas, que obliga a probar

su culpa, es claramente indicativo de que la materia está sometida a una normativa especial, que se traduce en lo pertinente en la obligación del paciente de probar la culpa del médico, en razón de la naturaleza de la obligación contraída por el facultativo, que le impone una norma de conducta especial. Discrepamos de lo afirmado por don Arturo Alessandri, que restringe la aplicación de este inciso sólo a los casos en que el paciente quiera dispensarse de cumplir con sus obligaciones, ya que de los cinco numerales del citado artículo 2158, cuatro de ellos rigen cuando el servicio médico se ha prestado, y el número que resta, el 1º, es anterior al perfeccionamiento del contrato y por lo tanto, ajeno a la materia.

IV. Normas aplicables a la responsabilidad civil derivada de la relaciones médico-paciente

IV.1. Por regla general, la responsabilidad de un médico por los daños que cause a un paciente que ha contratado sus servicios, sea por negligencia o imprudencia, es contractual. Así surge de las normas que analizamos en el Capítulo II, debiendo destacarse que por estar sujeto este contrato a las reglas del mandato y a las del arrendamiento de servicios inmateriales, en lo que no fueren contrarios a ellas, el médico responde hasta de culpa leve en el cumplimiento de su encargo, responsabilidad que se apreciará con criterio más estricto si es remunerado (artículo 2129).

La aplicación de las reglas generales de los contratos para hacer efectiva esta responsabilidad, a que alude el artículo 1999, debe entenderse con la salvedad expuesta en relación con la primacía del inciso final del artículo 2158, que creemos prevalece sobre el artículo 1547. No es que lo modifique, es que se trata de cuestiones distintas, porque *la ley en este caso* impone al paciente la necesidad de probar infracción de la obligación general de diligencia o cuidado que pesaba sobre el médico, o sea, la de probar la culpa.

David Stitchkin concuerda con lo señalado y dice que esta inversión aparente del peso de la prueba, que a primera vista puede resultar extraña por tratarse de una responsabilidad contractual en que debe presumirse la culpa del deudor, se explica de acuerdo a las normas generales, ya que corresponderá a quien reclama que un médico no ha actuado con la debida diligencia o cuidado, establecer los hechos constitutivos de dicha responsabilidad, esto es, probar la infracción, "porque ella no se acredita con la sola prueba del contrato, desde que según el sistema del artículo 2158 el médico aparece habiéndolo ejecutado en los términos convenidos. Si el cliente alega que no obstante el médico pudo haberlo desempeñado con mejor éxito, **"entra al terreno de una hipótesis, cuya realidad debe probar"**. Todo ello,



agrega, porque el deber general de diligencia o cuidado no impone responsabilidad mientras no se produzca una culpa específica y determinada”.

IV.2. La responsabilidad de los médicos puede ser extracontractual en las siguientes hipótesis:

a) Si dichos profesionales causan daño por culpa o dolo a quienes prestan servicios por amistad o por espíritu caritativo o de beneficencia, es decir, sin fines de lucro.

b) Si con las lesiones ocasionadas a un paciente, o de su muerte, se siguen perjuicios a terceros, por ejemplo las personas que vivían a expensas de él, a condición de que estos terceros invoquen su propio daño. Si lo hacen en su calidad de herederos del difunto, la responsabilidad del médico será contractual, ya que los herederos representan a la persona del difunto para sucederle en sus derechos y obligaciones transmisibles.

c) También incurrir en este tipo de responsabilidad cuando con cualquier acto de su profesión dañan a un tercero con quién no están ligados contractualmente, como por ejemplo, si otorga un certificado médico falso, que causa perjuicios a una persona distinta del que lo solicitó.

Para que las normas de la responsabilidad extracontractual puedan coexistir o superponerse con las de la responsabilidad contractual se requiere que el profesional, que actúa dentro de la órbita de un contrato, ejecute un hecho que constituya también un delito o cuasidelito penal, como en el caso del artículo 491 del Código Penal; por ejemplo, si practica una operación médica sin cumplir con las más elementales normas de asepsia o de higiene. En este caso la responsabilidad extracontractual surge de la infracción penal y por lo tanto coexiste con ella.

La posibilidad de que coexistan ambos tipos de responsabilidad civil tiene la gran importancia de que amplía el campo de la indemnización, ya que es indiscutible que en materia extracontractual el ámbito de reparación es mayor que en materia contractual.

A partir de los casos más arriba indicados, que son clásicos, los autores, la doctrina comparada y algunos fallos de nuestros tribunales han ido paulatinamente aceptando que el límite que divide ambos tipos de responsabilidades es muy difícil, sino imposible, de precisar en los servicios de atención médica organizados como empresa, y han decidido por otorgar al demandante una acción extracontractual aunque haya existido un vínculo contractual previo al daño. Al efecto podemos citar:

C. de Santiago 28/01/93. Gaceta Jurídica N° 151; C. de Santiago 03/01/97. Gaceta Jurídica N° 199.

En el primero de ellos se acepta la responsabilidad extracontractual de la clínica por negligencia de una enfermera y se ordena indemnizar por los artículos 2320 y 2322, no obstante haberse alegado la improcedencia de estas normas: "...y, de existir dicha relación, nada impediría que el actor pudiera acogerse a las disposiciones relativas a la responsabilidad extracontractual para lograr la satisfacción de las aspiraciones de la demanda" (Cons. 9°).

En la segunda sentencia se ordena pagar en base a los artículos 2314, 2320 y 2322, que fundaron la demanda.

V. Jurisprudencia y algunas consideraciones sobre juicios por "mala práctica médica"

Desde el punto de vista de los profesionales médicos, la proliferación de juicios por "mala práctica", según lo indica la experiencia de países como U.S.A. y Canadá, permite prever las siguientes consecuencias:¹⁶

1. Se produce un cambio en la relación médico-paciente. La conciencia del médico se vuelve calculadora y la confianza del paciente se torna agresiva.
2. Los médicos se abstienen de actuar en emergencias graves. Para evitarla, propugnan el establecimiento legal de una cláusula de irresponsabilidad, que denominan de "inmunidad calificada".
3. Se desarrolla una "medicina defensiva", cuya finalidad es reducir el margen de error, lo que implica un aumento de interconsultas y hospitalizaciones, mayor número de exámenes y empleo de técnicas cada vez más sofisticadas, lo que alarga y encarece la atención.
4. Las especialidades cuyo ejercicio importa un riesgo mayor quedan desiertas o imperfectamente atendidas.
5. Se fomenta la especialización precoz, para reducir el margen de error, lo que es inconveniente en un país donde faltan médicos generales e internistas.
6. Los médicos, especialmente los cirujanos, se ven obligados a contratar fuertes pólizas de seguros, cuyo costo recarga los honorarios.

La cuestión entre nosotros resulta relevante, además, por la reglamentación penal de la materia, artículos 490, 491 y 492 del Código Penal, que

¹⁶ J. Pérez Olea. Ob. cit., pág. 93.



la sitúa en el ámbito de los llamados "delitos culposos". A este respecto dice el profesor E. Cury en un artículo publicado en la Revista de Ciencias Penales, "Contribución al Estudio de la Responsabilidad Médica por Hechos Culposos (cuasidelitos)": "la significación social del hecho cometido con culpa es enorme. Para formarse una idea basta con pensar, por ejemplo, en el número de personas a las que alguien mata voluntariamente durante el curso de una semana en una gran ciudad, y el número de las que, en ese mismo tiempo, mueren como consecuencia de accidentes callejeros; sin lugar a dudas son muchísimos más éstas que aquéllas, lo cual significa que la sociedad experimenta muchos más daños por causa de los imprudentes o culposos que de los voluntarios o dolosos".

Generalmente la calificación del actuar culposo del médico gira en torno a tres términos que se suelen usar para graficarlo y así establecer la culpa, que, sin embargo, no son sinónimos: imprudencia, negligencia e impericia:

1. La imprudencia no está definida por la ley, de suerte que corresponderá al juez precisar los hechos que la constituyen; la doctrina señala que consiste en acometer o afrontar un hecho con temeridad o ligereza, con falta de precisión.

Así, por ejemplo, se citan como casos de imprudencia:

- Tratar con medicamentos o procedimientos insuficientemente experimentados.
- Forzar las dosis terapéuticas más allá de lo que indica la experiencia.
- Ejecutar operaciones graves para reparar lesiones insignificantes.

2. La negligencia significa el incumplimiento de un deber, una falta de previsión u omisión de la diligencia debida, un desprecio del cuidado.

Casos típicos que se citan: fallas de asepsia y abandono de enfermos.

3. La impericia, es una palabra ajena al Código Civil y al Código Penal, incluso se ha tratado de incluirla en este último para señalarla expresamente como modalidad de la culpa (proyecto Silva-Labatut, 1938).

Significa falta o escasez de los conocimientos que se suponen en un profesional que ha hecho determinados estudios.

Desde otro punto de vista, la doctrina ha sostenido que pesa sobre el médico lo que se denomina "exigencia general de cuidado", de la cual se desprenden dos deberes: 1) de cuidado interno; 2) de cuidado externo.

En virtud del primer principio, el médico está obligado a abstenerse y juzgar las condiciones en las cuales va a desplegar su conducta, y se puede resumir en dos hechos fundamentales:

- a) Evolución adecuada del paciente, que lo obliga a verificar personalmente el estado del enfermo y a ordenar los exámenes técnicos necesarios.
- b) Examen de su propia capacidad, para decidir si tiene o no las aptitudes necesarias para responder a la acción planeada.

El segundo principio le impone las siguientes obligaciones:

- a) Deber de omitir acciones peligrosas, recurriendo al auxilio de especialistas si es necesario.
- b) Deber de mantenerse dentro del riesgo permitido, que sólo le permite al médico realizar aquellas maniobras y procedimientos comprendidos en la *lex artis*.

Por último, vamos a referirnos a una situación muy común en estos días, relativa a la práctica de la medicina, que es el trabajo en equipo, y la aplicación en él de los deberes señalados.

¿Qué acontece en la actividad médica si no es posible individualizar dentro de los varios nombres del equipo dónde se originó indebidamente el peligro que culminó con el daño del paciente?

Existen varios criterios de imputación:

- a) Si los integrantes del equipo tienen, individualmente considerados, autonomía científica, de cada uno de ellos se puede esperar un comportamiento adecuado, y por lo mismo responden en iguales términos.
- b) Por el contrario, si carecen de tal autonomía, incurre en falta el médico que delega funciones en personas no idóneas, y por lo mismo ambos incurren en culpabilidad.

Vamos a analizar cómo la jurisprudencia, en un fallo pronunciado por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago el 21 de septiembre de 1995, ha aplicado los principios que hemos señalado. Se trata del proceso seguido en contra de diversas personas con motivo de una operación efectuada al Sr. Leonel Beraud, la cual se iba a realizar para operarlo de la cadera



derecha, resultando en la práctica que se le operó la izquierda, y como consecuencia de ello fue necesario practicar en ambos lados el implante de una prótesis, causándole lesiones graves, por lo cual fueron condenados en la categoría penal de cuasidelito.

El considerando 67 del fallo de primera instancia se pronuncia expresamente aceptando la coexistencia de la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Afirma en su punto 3° que la operación indebida en la cadera izquierda resulta ajena a todo contrato, obligación o vínculo jurídico preexistente y constituye por sí sola un hecho típico de origen y efectos específicos, independientes y autónomos. Señala: **“ha de afirmarse que según la circunstancia que dos personas estuvieren vinculadas por un contrato (en este caso para operar la cadera derecha), tal hipótesis no obstaría a que entre ellos se produjera responsabilidad extracon-tractual, desde que ambas clases de responsabilidades pueden perfectamente coexistir. Ello porque no hay incompatibilidad entre la vigencia eventual de un contrato y la comisión de un cuasidelito por uno de los contratantes, si éste no tiene relación con aquél. Y también en la hipótesis de que hubiera coexistencia o superposición de responsabilidades, cada una de ellas procederá restringidamente dentro de sus respectivos ámbitos, como ocurrió en el caso de autos, la operación descuidada e indebida de la cadera izquierda da origen sólo a la responsabilidad cuasidelictual... la culpa profesional de los médicos y en tal caso precisamente cuasidelictual, desde que se halla expresamente prevista en el artículo 491 del Código Penal y desde que para la indicada operación a la cadera izquierda no había indicación quirúrgica ni razón médica alguna, constituyendo su ejecución un acontecimiento o fenómeno desconectado de la acción que ese equipo médico tenía que llevar a cabo, cual era la artroplastía total de la cadera derecha”.**

Cabe señalar que el fallo en cuestión rechaza la indemnización por responsabilidad civil contractual, por una razón exclusivamente procesal, por no estimar probado el contrato respectivo.

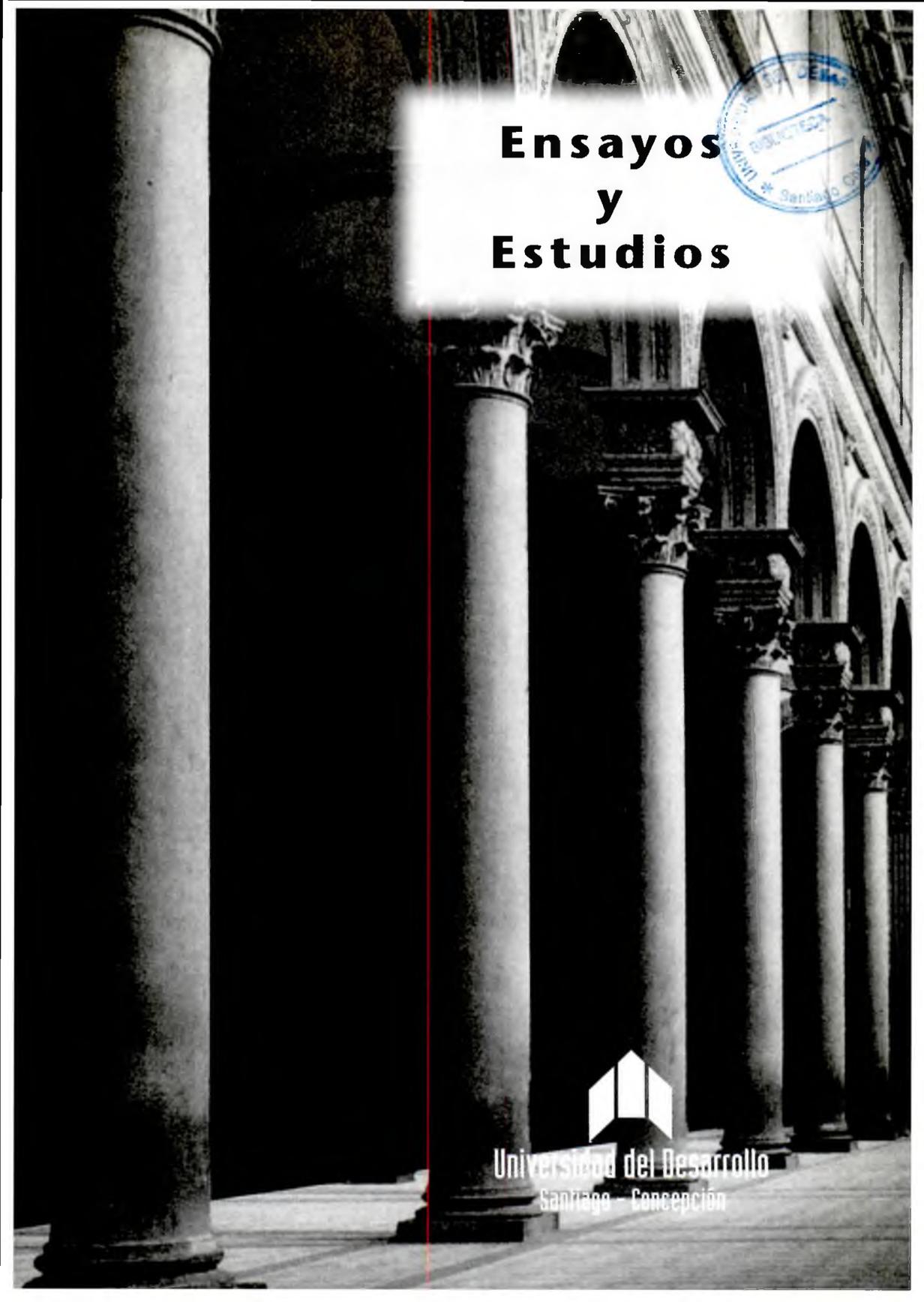
Otra sentencia que analizaremos fue pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 23 de octubre de 1991, en la cual se castigó penalmente por ejercicio ilegal de la medicina a un falso médico, pero hizo extensiva la responsabilidad civil a la ISAPRE que lo mantenía en sus registros, estableciendo en el considerando 2°:

“Que... lo que demuestra que el ejercicio ilegal de la profesión de médico data por lo menos del año 1986, lo que determina también que la ISAPRE... sea civilmente responsable, por haber tenido al encausado incorporado

en su lista de médicos, con el evidente peligro y riesgo para quienes lo consultaron, sin dudar de su calidad de auténtico profesional de la medicina”.

Condena a la ISAPRE como tercero civilmente responsable, por su actuar negligente, señalando que su responsabilidad es simplemente conjunta, vale decir, independiente de la que corresponde a los restantes demandados.

Agrega la sentencia que las indemnizaciones que ordena pagar *nacen* en el momento en que se acepta su procedencia, lo que acontece en la sentencia, razón por la cual rechaza su reajuste desde el momento en que ocurrieron los hechos, doctrina muy discutible y que nosotros no compartimos.



**Ensayos
y
Estudios**



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

Hacia el libre comercio con Estados Unidos: el caso de las exportaciones de cobre

Raúl F. Campusano

Master en Derecho

UNIVERSIDAD DE LEIDEN, HOLANDA

Master of Arts

UNIVERSIDAD DE NOTRE DAME, ESTADOS UNIDOS

1. Introducción

La finalidad de este artículo es presentar una visión resumida de las recientes gestiones realizadas por Chile para obtener arancel cero en el ingreso de diversas categorías de cobre en los Estados Unidos, en el contexto de una perspectiva mayor, que apunta a la implementación de un mercado libre entre ambos países.¹

La estrategia utilizada en 1998 y 1999 se basó en la reactivación del Sistema General de Preferencias (GSP) de Estados Unidos, estrategia que resultó parcialmente exitosa, pero que se considera inviable de ser repetida en las actuales circunstancias, por razones que se explicarán en el texto, por lo que se hace una reflexión sobre estrategias alternativas que podrían adoptarse en el futuro próximo.

La primera parte del artículo presenta consideraciones generales y de contexto sobre la relación comercial con Estados Unidos y específicamente sobre exportaciones de cobre. La segunda parte se refiere al tema del sistema general de preferencias de Estados Unidos. La tercera parte entrega bibliografía básica sobre la materia, considerando textos positivos y oficiales, textos doctrinarios y sitios web de consulta.

2. Contexto de las exportaciones de cobre a Estados Unidos

2.1. Consideraciones generales

No cabe duda sobre la importancia de la relación comercial con Estados Unidos. En efecto, como lo señala un análisis de la Cancillería, "el dinamismo de los intercambios económicos entre Chile y Estados Unidos en estos últimos años ha sido realmente espectacular. Entre 1991 y 1998 el comercio entre ambos países se duplicó, pasando de los US\$ 3.200 millones a más de

¹ Por supuesto, éste es un artículo académico y las opiniones aquí vertidas son responsabilidad sólo del autor, no comprometiéndolo a ninguna otra persona o institución.

US\$ 6.600 millones. También las inversiones estadounidenses en Chile en el mismo período siguieron incrementándose, manteniéndose EE.UU. como el principal inversionista extranjero, con un 34% (US\$ 10.900 millones) del total de inversión materializada en los últimos 25 años. Estados Unidos es el primer socio comercial y el principal inversionista de Chile".²

Como señala un informe del Ministerio de Economía,³ Estados Unidos posee una política comercial abierta, transparente y, en términos relativos, con un bajo nivel de protección arancelario (promedio no ponderado es 5.7%) y para-arancelario. Para Chile, el promedio no ponderado de los aranceles es incluso significativamente menor, debido a la composición de la canasta exportadora y a que el país goza del SGP. Es así como en 1999 el promedio ponderado que cancelaron las colocaciones chilenas en el mercado estadounidense es de 0,7%. No obstante ello, dado el alto grado de desarrollo y sofisticación de la legislación estadounidense, ésta presenta varios elementos y prácticas que en el hecho limitan tal grado de apertura.

En los últimos años, se ha avanzado en conversaciones bilaterales⁴ que culminan con el reciente anuncio de los Presidentes de ambos Estados sobre la voluntad compartida de avanzar en la negociación y firma de un tratado de libre comercio.

2.2. Exportaciones de cobre

Como se sabe, Estados Unidos es uno de los mercados más interesantes para la exportación de cobre de Chile.⁵ Sin embargo, nuestras exportaciones a ese país no han crecido en la forma que pudiera haber sido de mediar libertad de comercio entre ambos países. La existencia de aranceles hace menos competitivas las exportaciones en comparación con otros destinos. Esta situación pudo haber cambiado si Chile hubiera ingresado al NAFTA o si se hubiera pactado otra forma de libre comercio con Estados Unidos.

² Departamento ALCA de la Dirección de Relaciones Económicas Internacionales, DIRECON, del Ministerio de Relaciones Exteriores, Santiago, 2000.

³ Departamento de Comercio Exterior, Ministerio de Economía, Santiago, 2000.

⁴ En 1998, se estableció la Comisión Conjunta de Comercio e Inversión Chile-Estados Unidos, con el objeto de estructurar la relación económico-comercial entre ambos países, elaborar e implementar una agenda de trabajo bilateral para abordar asuntos de interés común que incluya todos los temas y medidas vinculadas al comercio y la inversión, así como las restricciones que los afectan, e identificar áreas de interés común para realizar acciones conjuntas. Su primera reunión se realizó en Washington D. C. los días 8 y 9 de octubre de 1998. En la segunda reunión de la Comisión, que tuvo lugar en Santiago, el 8 de octubre de 1999, se evaluó el avance de los grupos de trabajo constituidos en la primera reunión, relacionados con las medidas de facilitación de negocios, normalización técnica (se firmó declaración conjunta) y sobre asuntos laborales y ambientales. La agenda contempló además intercambio de opiniones en relación con las negociaciones del ALCA y de la Ministerial de la OMC. Finalmente, se discutió respecto de la profundización de un diálogo bilateral sobre libre comercio. Sitio web de DIRECON.

⁵ Algunos años Japón tuvo el primer lugar, pero la constante tendencia es que este sitio lo ocupe Estados Unidos, situación que se da en la actualidad.

Debido al arancel de 1% que deben pagar varias categorías de cobre, tales exportaciones han experimentado un sostenido descenso, llegando a su nivel más bajo en 1995, año en que superaron levemente las 36 mil toneladas de cobre fino. El pago de un arancel del 1% *ad valorem* es muy relevante para la posición competitiva de un exportador de cobre refinado y blister, ya que por ser "*commodities*" los compradores deciden su fuente de abastecimiento por pequeños márgenes diferenciales. El cobre chileno está en desventaja no sólo respecto de los productos locales norteamericanos, sino también de otros países que se benefician.

2.3. Chile-Estados Unidos: ¿La hora del adiós?

Es interesante observar que en el programa de gobierno sobre relaciones económicas internacionales no se hacen menciones directas a Estados Unidos, lo que pudiera inducir al error de interpretación de hacer pensar que ese país no se encuentra dentro de las políticas económicas centrales de Chile.⁶

⁶ Dice el texto mencionado: "Se buscará fortalecer la gestión de los organismos del Estado encargados de la materia, estableciendo mecanismos de coordinación y participación estables para el seguimiento de las relaciones económicas internacionales. Se adoptará una estrategia nacional que precisará los objetivos, metas, mecanismos y plazos para la aplicación de las definiciones de política exterior en materia de relaciones económicas internacionales. La estrategia considerará, de manera prioritaria, la integración de Chile en América Latina. Dicha estrategia considerará, básicamente, los vínculos económicos de Chile con Bolivia, Perú, Cuba, Centroamérica, la Comunidad Andina, Mercosur, Unión Europea, ALCA, APEC, así como las negociaciones y, eventualmente, suscripción de acuerdos comerciales, con Corea, Australia, Nueva Zelanda y Singapur, Japón, y la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA) integrada por Suiza, Noruega, Islandia y Lichtenstein. Otro objetivo fundamental en el ámbito de las relaciones económicas internacionales es la promoción de la participación de la sociedad civil. En la medida que las relaciones internacionales se amplían y se diversifican, la participación de la sociedad civil – representada, principalmente, por los empresarios, los trabajadores, las organizaciones no gubernamentales y los centros universitarios y académicos– ha ido adquiriendo creciente importancia. Chile promoverá foros en los cuales la sociedad civil pueda expresar, de manera sistemática y oportuna, sus opiniones sobre las diversas materias vinculadas a las relaciones económicas internacionales. En el área de la promoción de exportaciones, Chile deberá diversificar los productos que exporta, los mercados a los que exporta y los agentes exportadores. Se privilegiarán los servicios. Se requiere modernizar los instrumentos de fomento de las exportaciones y del comercio exterior; promover la cooperación de los agentes públicos y privados involucrados en el proceso exportador, e identificar oportunidades en el mercado internacional. La política de exportaciones no se basará sólo en lo que el país produce, sino principalmente en lo que el comercio internacional está demandando o requiriendo y que el país podría producir. Se deberá fortalecer la acción regional de promoción de exportaciones, con el propósito de apoyar el proceso de internacionalización y desarrollo de las regiones y de sus respectivas empresas. Chile continuará con su política de inversión extranjera sustentada en los principios de gran apertura y neutralidad, estabilidad y permanencia de las normas, libre acceso con muy escasas excepciones y trato nacional. Chile mantendrá un papel muy activo de apoyo a los esfuerzos multilaterales para liberalizar el comercio internacional, en especial en la Organización Mundial del Comercio (OMC), y para regular temas nuevos, como las inversiones, las compras estatales, medio ambiente y comercio. Se permanecerá alerta frente a la amenaza de medidas proteccionistas que afecten a nuestros productos de exportación. Se debe ampliar y perfeccionar los acuerdos de libre comercio ya suscritos, para, entre otros aspectos, incluir en ellos a los servicios. Se debe perseverar en la iniciativa de celebrar nuevos tratados sobre doble tributación." Programa de gobierno dado a conocer al país el 21 de mayo de 2000.

El Subsecretario de Relaciones Exteriores, Heraldo Muñoz, ha desarrollado la tesis que la relación entre Estados Unidos y Chile ha disminuido considerablemente y que será crecientemente menor hacia delante. Un ensayo de su autoría recientemente publicado se titula significativamente "Latinoamérica y Estados Unidos: ¿La Hora del Adiós?"⁷

En el mencionado artículo, el Subsecretario Muñoz declara que "se está produciendo un fenómeno silencioso de distanciamiento de las relaciones entre Estados Unidos y América Latina. Estados Unidos, a diferencia de épocas pasadas, ya no es la incuestionable prioridad externa de América Latina, en especial de los países sudamericanos".⁸ También señala que "el argumento central de este ensayo es que América latina, al menos desde el punto de vista de su política exterior, ya no considera que su presente y su futuro estén inextricablemente ligados a los de Estados Unidos. Si bien se reconoce formalmente que Estados Unidos es la superpotencia restante y un actor externo fundamental para América Latina, también existe la percepción de que ya no es tan imprescindible como antes, que los vecinos de la región y otros socios extrarregionales merecen una mayor atención y energía y que, en definitiva, América Latina y Estados Unidos pueden vivir con un cierto grado de indiferencia mutua".⁹

La historia, las cifras y las proyecciones indican una tendencia precisamente opuesta a la que indica el Subsecretario de Relaciones Exteriores. En efecto, todos los indicadores señalados apuntan al hecho que las relaciones con Estados Unidos aumentarán y se intensificarán en los próximos años. Las cifras de intercambio comercial crecen, las posibilidades de un espacio de libre comercio (bilateral, NAFTA, ALCA o de otra naturaleza) son sólidamente reales, y el aumento del intercambio cultural y social entre ambos países aumenta sostenidamente.

Más aún, las recientes declaraciones del presidente Lagos y del presidente Clinton en el sentido de reactivar las conversaciones para la firma de un acuerdo de libre comercio entre ambos países apuntan precisamente en la dirección de suponer una intensificación de las relaciones entre Chile y Estados Unidos.

⁷ MUÑOZ, HERALDO. "América Latina y Estados Unidos: ¿La Hora del Adiós?", en *Globalización XXI: América Latina y los Desafíos del Nuevo Milenio*. Compilador: Heraldo Muñoz. Editorial Aguilar, Santiago, 2000.

⁸ Muñoz, op. cit. Página 139.

⁹ Muñoz, op. cit. Página 121.



3. Sistema General de Preferencias (GSP)

3.1. Antecedentes

No existiendo aún tratado de libre comercio, Chile ha explorado otras formas de fomentar las exportaciones de cobre a Estados Unidos. Entre ellas cabe destacar el proceso de negociación entre ambos países a través de un sistema de postulación de productos de exportación, llamado Sistema General de Preferencias, GSP, y cuya finalidad es lograr el ingreso de productos con pago de arancel cero.

El Sistema General de Preferencias (GSP) de los Estados Unidos de América establece un sistema de excepciones a los aranceles de entrada de aproximadamente 4.468 productos de 149 países beneficiarios específicamente designados por la legislación norteamericana.

En un principio, Chile formó parte del grupo de países beneficiarios del Sistema General de Preferencias (GSP). Sin embargo, con posterioridad, la Proclama Presidencial 5753, de 24 de diciembre de 1987, excluyó a nuestro país del sistema debido a que "Chile no ha tomado ni está tomando medidas para implementar derechos internacionalmente reconocidos a sus trabajadores".

En Chile, se estimó que la medida podía estar también relacionada con acusaciones de *dumping* ambiental hechas por productores y organizaciones norteamericanas en contra de los productores chilenos.

El 4 de febrero de 1991, a través de la Proclama Presidencial 6.244, el presidente, en ese momento George Bush, determinó reintegrar a Chile al Sistema General de Preferencias (GSP) debido a que "luego de revisar la actual situación en Chile he determinado que Chile ha tomado o está tomando medidas para implementar derechos internacionalmente reconocidos a sus trabajadores".

Sin embargo, la misma medida estableció también que algunos productos provenientes de Chile quedarían excluidos del Sistema General de Preferencias (GSP). La legislación norteamericana permite adoptar esta medida con la finalidad de fijar un límite competitivo desde la perspectiva de los productores estadounidenses.

Como consecuencia de la medida señalada, diversos productos de cobre exportados a Estados Unidos han quedado excluidos del Sistema General de Preferencias (GSP).

Frente a esta situación, el gobierno de Chile, a través de la Comisión Chilena del Cobre,¹⁰ tomó la decisión de postular oficialmente al GSP de Estados Unidos para lograr los siguientes objetivos:

1. Posicionar frente a Estados Unidos el tema del libre comercio entre ese país y Chile.
2. Lograr la eliminación del arancel de varias categorías de cobre.

En estricto rigor, Chile no cumplía todos los requisitos exigidos por el GSP para ser beneficiario del sistema de preferencias. Sin embargo, el resultado de la estrategia fue exitoso.

En efecto, los dos objetivos diseñados fueron cumplidos ampliamente. El tema se posicionó fuertemente en Estados Unidos (Departamento de Comercio, Departamento de Estado, USTR, National Mining Association, NYMEX, ACPC, empresas productoras, empresas consumidoras, etc.). Además, tres de los productos presentados (Ingots refinados a fuego, billets de cobre y amonio molibdate) fueron aceptados para ser beneficiados por el sistema.

3.2. Situación actual

Sin perjuicio del éxito obtenido en las gestiones GSP, es nuestra opinión que esa vía no debiera ser utilizada de nuevo en las actuales circunstancias, ya que las posibilidades de éxito para categorías como cátodos y ánodos es baja.

En efecto, intentar insistir en categorías que ya han sido rechazadas con anterioridad sin entregar antecedentes que modifiquen substantivamente la situación, puede probar ser un ejercicio inútil.

Más importante aún, podría afectar las muy buenas relaciones que se han construido con las autoridades competentes norteamericanas y despertar temores y oposición por parte de la industria productora norteamericana, la que hasta la fecha no se ha levantado como opositora al ingreso del cobre chileno sin pago de arancel.

Lo anteriormente señalado lleva necesariamente a la búsqueda de una nueva vía para lograr el objetivo planteado de lograr ingreso del cobre chileno con arancel cero a Estados Unidos.

¹⁰ El Ministerio de Minería encargó las gestiones a COCHILCO y se trabajó con el fuerte apoyo de CODELCO (que copresentó las peticiones) y de diversos servicios públicos.

Desde la perspectiva de las ideas, existen dos alternativas de acción¹¹ para lograr arancel cero:

1. Decisión de la Organización Mundial de Comercio (OMC) de eliminar las "*Nuisance Tariffs*."
2. Dictación de una ley de "*Duty Suspension*" por parte del Congreso de Estados Unidos.

Ambas alternativas tienen ventajas y desventajas, derivadas de sus características propias.

3.3. Estrategia legislativa

En los Estados Unidos el Congreso debe aprobar una ley para reducir tarifas. El caso que nos ocupa se conoce como "*duty suspension bill*".

Debido a que una ley sobre suspensión de la tarifa afecta los ingresos del Estado, debe ser llevada a la Cámara de Representantes y seguir un procedimiento similar a todas aquellas leyes relacionadas con normas tributarias.

Durante el proceso de tramitación de la ley existen diversas oportunidades en las que ésta puede ser impugnada y desechada en definitiva. Por ello es importante estar activamente presente en todas las etapas de tramitación.

3.4. Estrategia OMC

El objetivo de esta estrategia es lograr que la OMC decida la eliminación global de tarifas que afectan al cobre sobre la base de los principios del libre comercio y de la expedición y no burocratización. Para ello hay dos caminos.

El primer camino es lograr un acuerdo para reducir tarifas molestas.¹² Numerosos miembros de la OMC (tales como Australia y Hong Kong) han propuesto que las tarifas molestas (aquellas que se encuentran bajo un porcentaje determinado, como por ejemplo 3%) sean reducidas a cero. Tal acuerdo podría aplicarse a todas las tarifas bajo 3% o 2% o sólo a determinados productos, en cuyo caso habría que trabajar para lograr que el cobre se encuentre entre tales productos.

¹¹ Estas alternativas fueron primeramente sugeridas por la abogada norteamericana Marcia Wiss, en esa época socia de la firma Wilmer, Cutler & Pickering; actualmente es socia de la firma norteamericana Hogan & Hartson L.L.P.

¹² *Nuisance tariffs*.

El segundo camino es lograr un acuerdo de tarifa cero para el cobre. El cobre es un buen candidato para un acuerdo sectorial de eliminación de tarifas, ya que sus tarifas son bastante bajas en varios países (por ejemplo, en Estados Unidos la mayor parte de las importaciones de cobre tiene una tarifa de 1% *ad valorem*).

Cualquiera sea la estrategia elegida, debe lograrse que los países productores de cobre pongan fuerte presión e aquellos países que tienen tarifas relativamente altas, como por ejemplo es el caso de Japón.

3.5. Estrategia sugerida

Sin perjuicio que ambas estrategias pueden ejecutarse en paralelo, todo parece indicar que la estrategia que cuenta con mayores posibilidades de éxito en las actuales circunstancias es la de proceder a lograr legislación norteamericana sobre la materia. En efecto, los últimos problemas que ha sufrido la OMC hacen prever que demorará algún tiempo en estar en condiciones para afrontar temas nuevos.

3.6. Procedimiento general del GSP

Corresponde hacer un análisis del Sistema General de Preferencias de Estados Unidos, GSP, relatar los hitos fundamentales de la operación estratégica que en 1998-1999 logró la excepción de tres productos de cobre del pago de aranceles, y la argumentación de razones por las que ante las actuales circunstancias no es aconsejable intentar nuevamente esta estrategia.

El presidente de Estados Unidos tiene la facultad de incorporar o reincorporar productos al sistema GSP. El procedimiento tiene algunos requerimientos, como por ejemplo, escuchar la opinión de diversos órganos públicos, como la Comisión de Comercio Internacional, y considerar los siguientes factores:

- Lograr convicción que la medida no afectará negativamente la industria nacional;
- Evaluar que los beneficios que se le otorgarán al país en desarrollo se retribuirán por medio de beneficios semejantes;
- Comprobar que el país en desarrollo protege adecuadamente la propiedad intelectual;
- Revisar si ha existido una relación comercial de preferencias entre ambos Estados en su relación histórica;

- Observar si existe un acuerdo o tratado económico vigente entre ambos Estados, y
- Determinar si el Estado a beneficiar no impone trabas o barreras comerciales injustificadas o no razonables a los Estados Unidos.

3.7. Procedimiento específico de postulación

En 1998, Chile, a través de la Comisión Chilena del Cobre, COCHILCO, y de la Corporación Nacional del Cobre, CODELCO, hizo una presentación formal al gobierno de los Estados Unidos solicitando que varias categorías de cobre exportadas a ese país fueran beneficiadas con el sistema GSP. La petición fue exitosa en relación con tres categorías de cobre. A continuación, se explica en líneas generales el procedimiento realizado.

3.7.1. Generalidades

- La solicitud se presentó en inglés al Representante Comercial de los Estados Unidos (USTR).
- La solicitud se presentó directamente por el gobierno a través de COCHILCO y por CODELCO. La norma norteamericana establece que debe presentarse por los exportadores, por sus importadores, o a través de la Oficina Comercial de Chile en Washington DC.
- La solicitud se presentó producto a producto.
- En la primera página se indicó el tipo de solicitud por el que se está invocando el beneficio (exención, *de minimis*, reincorporación, etc), la subpartida en que está clasificado el producto en el Sistema Armonizado, y el país beneficiario, si fuera procedente.
- Se entregó un original y 14 copias.
- La norma norteamericana señala que en el evento que la solicitud contenga información confidencial, debe entregarse otra versión con esta información confidencial. Esto es, otro original con 14 copias (en total treinta). Tanto la versión "pública" o "no confidencial" como la "confidencial" deben estar claramente especificadas como tales en el encabezado y al final de cada página. En el caso que nos ocupa, no hubo información confidencial.

3.7.2. Formulario de postulación

Primera parte: Información general requerida a todos los peticionarios

1. Nombre del peticionario y de la persona, firma o asociación representada por el peticionario. Brevemente describa el interés del peticionario que está siendo afectado por la operación del GSP.

2. Identifique el producto o productos de interés, incluyendo una descripción detallada del producto(s) y del número de ítem(s) en el "*Harmonized Tariff Schedule*" de los Estados Unidos (HTSUS). En aquellas situaciones en que el producto o productos de interés sean incluidos con otros productos en una categoría canasto del HTSUS, entregue descripción detallada del producto o productos de interés.

3. Describa la acción requerida, en conjunto con una declaración de las razones que fundamentan la petición y cualquier información adicional pertinente.

4. Indique si, según el conocimiento del peticionario, los razonamientos e información de esta solicitud han sido presentados previamente al "*Trade Policy Staff Committee*" (TPCS) por el peticionario o cualquier otra Parte. Si el peticionario tuviera conocimiento que la solicitud ha sido hecha con anterioridad, debe incluir información que indique circunstancias diferentes o que refuten los argumentos anteriores. (Si es una petición para agregar productos, la solicitud anterior no debe haber sido formalmente aceptada para revisión dentro del período de tres años calendario). Información de peticiones anteriores se encuentra disponible en el centro de información del GSP.

Entregue una declaración de los beneficios anticipados por el peticionario si la solicitud es aceptada.

Parte 2: Información de apoyo

Sección 2: Solicitudes para designar nuevos artículos o repeler el límite de necesidad competitiva (*waive competitive need limits*).

1. Identificación de los principales proveedores del país beneficiado que se espera beneficiar con la modificación propuesta.

2. Nombre y ubicación de la firma.

3. Cifras de producción actual y aumento esperado si la elegibilidad en el GSP es aceptada.



4. Cifras de producción y capacidad de utilización y crecimiento estimado si la elegibilidad en el GSP es aceptada.
5. Cifras de empleo (incluyendo número, tipo, salario y ubicación) y cambios en cualquiera de estos elementos si la elegibilidad en el GSP es concedida.
6. Cifras de venta en términos de cantidad, valor y precios.
7. Información sobre el total de exportaciones, incluyendo mercados principales, distribución de los productos, existencia de preferencias arancelarias en aquellos mercados, cantidad total, valor y tendencias de exportación.
8. Información de exportaciones a Estados Unidos en términos de cantidad, valor y precio; y consideraciones que afecten la competitividad de esas exportaciones relativas a exportaciones a los Estados Unidos por otros países beneficiarios de un producto parecido o directamente competitivo, incluyendo en todo caso que sea posible, información sobre el desarrollo de la industria en países beneficiarios y tendencias en producción y actividades promocionales.
9. Análisis de costos, incluyendo materiales, trabajo y *overhead*.
10. Rentabilidad de las firmas que producen el producto.
11. Información sobre precios unitarios y otras consideraciones como variaciones de calidad o uso, que afecten la competencia de precios.
12. Si la petición es presentada por un gobierno extranjero o una entidad controlada por el gobierno, debe presentarse una declaración sobre de qué manera la modificación solicitada mejorará el desarrollo económico del país que presenta la solicitud.
13. Si corresponde, una evaluación de cómo el artículo calificaría en los requerimientos del GSP de un 35% de valor agregado.
14. Toda otra información relevante, incluida cualquier otra información solicitada por el Subcomité GSP.

3.8. Consideraciones estratégicas

Al momento de decidir llevar a cabo la petición asumiendo todo el procedimiento y sometiendo la causa a la decisión de autoridades norteamericanas, se tuvieron presentes las siguientes consideraciones estratégicas:

- Sobre si hubo buenas probabilidades de éxito o no, se consideró la característica de discrecionalidad del procedimiento de decisión sobre postulaciones al GSP, la que determina que sea muy difícil hacer una predicción técnica sobre las posibilidades de éxito. En efecto, más allá de los requerimientos técnicos, consideraciones de orden político suelen ser las que en definitiva generan la decisión. En este sentido, era razonable pensar que la Administración Clinton deseaba realizar pequeñas acciones de buena voluntad para con Chile. Este argumento, sumado a que la inversión que se realice puede ser pequeña, hizo que la recomendación en su momento fuera la de proceder con la gestión y postular los productos de cobre al GSP.
- El GSP ha perdido su relevancia general en los últimos años, particularmente su relevancia comercial para Estados Unidos. En este sentido, era razonable pensar que consideraciones de orden político podían pesar más que los requisitos técnicos que Chile efectivamente no cumplía. Por ejemplo, la Administración Clinton podría haber visto, como efectivamente ocurrió, esta petición como una oportunidad de expresar su alianza y apoyo al gobierno chileno luego de haber fallado en su promesa de darle el *fast-track* para ingresar al NAFTA.
- Era razonable pensar que la industria americana no reaccionaría con fuerza frente a una postulación de Chile al GSP, ya que, desde hace tiempo, ingresa cobre con arancel cero desde México y Canadá. Se trata de un mercado no muy protegido. Actualmente, y en ese momento, el arancel de entrada del cobre chileno es de 1%, por lo tanto, es razonable pensar que la industria americana no deseará gastar grandes recursos en oponerse a la petición.
- La información de mercado era favorable a la posición chilena. Las cifras mostraban que el cobre en Estados Unidos no era un mercado que las exportaciones chilenas dominaran. En relación con los cátodos de cobre, Chile significaba sólo el 18% de las importaciones de Estados Unidos de este producto.

3.9. Resultado de la estrategia GSP

Con fecha 30 de junio de 1999, a través de proclama presidencial, tres categorías de productos de cobre exportados a Estados Unidos, las tres que habían sido aceptadas a tramitación, fueron declaradas aptas para gozar del beneficio del Sistema General de Preferencias, GSP.

Las categorías de productos son:

- Cobre refinado a fuego (HTS 740319)
- Amonio molibdate (HTS 28417010)
- Billets de cobre refinado (HTS 740313)

Consecuencias:

- a. Las gestiones de Chile tuvieron éxito. Tres categorías de productos de cobre exportados a Estados Unidos fueron autorizadas para ingresar a ese país con arancel cero.
- b. El tema del libre comercio con Chile en lo que respecta al cobre quedó bien posicionado en Estados Unidos, tanto entre sus autoridades sectoriales, autoridades generales, productores, manufacturadores, y público general.
- c. Se construyó una relación con Estados Unidos que puede ser útil para la ejecución de otras operaciones relacionadas con el cobre.

Las exportaciones chilenas beneficiadas este año involucran envíos por unos US\$ 350 millones y se distribuyen de la siguiente forma en cada una de las categorías:

- Por concepto de Límites de Necesidad Competitiva: Molibdatos, tochos y los demás de cobre.
- Por concepto de "*De minimis*": caballa, jurel, óxidos e hidróxidos de molibdeno, molibdato de amonio, maderas contraenchapadas; desechos, desperdicios y polvos de renio, renio en bruto.
- Redesignadas: lingotes de cobre refinado, cobre refinado, productos en bruto.

3.10. Argumentos contra el uso de GSP en este período

Como se ha señalado, y así lo recalca el informe del Departamento de Comercio Exterior del Ministerio de Economía, el GSP es un programa que otorga trato preferencial a productos específicos provenientes de países en desarrollo. Estados Unidos es uno de 19 países industrializados que cuenta con este tipo de programa. Su objetivo principal es promover el crecimiento económico de países en desarrollo mediante la expansión comercial. Para el *United States Trade Representative*, USTR, "el fundamento del GSP es que la creación de oportunidades comerciales para países en desarrollo es una manera eficiente y efectiva de promover desarrollo económico amplio y es una forma clave de mantener el momentum de reformas

económicas y liberalización". Todos los años, el USTR lleva a cabo una revisión del programa, proceso mediante el cual se pueden lograr modificaciones al listado de productos beneficiados. La decisión respecto de la mantención, eliminación o restitución de los beneficios del GSP es tomada principalmente por el *Trade Policy Staff Committee* (TPSC), agencia presidida por un representante del USTR y que incluye a miembros de todas las agencias gubernamentales que participan en las relaciones económicas internacionales de los Estados Unidos.¹³

Durante los últimos 8 años, Chile ha sido beneficiario del GSP. En 1999 Chile exportó a EE.UU. US\$ 338 millones bajo el Sistema Generalizado de Preferencias, SGP, lo que equivale al 12% del total importado por USA desde Chile. En sus comienzos, el programa fue aprobado por extensos períodos. Sin embargo, en los últimos años el Congreso estadounidense sólo lo ha renovado por uno o dos años. El 30 de junio de 1999 venció el GSP que regía desde el 1° de julio de 1998. Sin embargo, el Congreso de Estados Unidos aprobó, el 19 de noviembre de 1999, la renovación del SGP desde el 1° de julio de 1999 hasta el 30 de septiembre del año 2001. Como se aprecia, en la práctica el SGP se renueva y se aplica con efecto retroactivo, transcurriendo varios meses antes de que entre en vigencia nuevamente. Esto genera incertidumbre en el sector exportador chileno, ya que los exportadores desconocen si ocurrirán cambios en los aranceles que afectan sus productos. Esto influye de forma negativa en el proceso de toma de decisiones, en especial en materia de precios de mercadería.

Ahora bien, corresponde analizar con precisión por qué se estima que la vía GSP no sería la apropiada en este momento para los cátodos y ánodos de cobre. En el año 2000, como resultado de la revisión anual, algunos productos chilenos podrían perder el GSP al exceder los Límites de Necesidad Competitiva (LNC). Esto ocurre cuando se excede el 50% del total de las importaciones estadounidenses del producto beneficiado, o al superar las importaciones desde un país de un producto beneficiado, un valor determinado anualmente, que para 1999 se ha fijado en US\$ 90 millones y para el 2000 en US\$ 95 millones, por producto. Sin embargo, existen procedimientos para minimizar los riesgos de perder el GSP. Esto se hace solicitando la excepción "*de minimis*", o bien solicitando el llamado *waiver* o autorización permanente. Cada año el USTR publica un llamado "Listado de Advertencia", donde se identifican los productos que podrían perder el GSP. En dicho listado también se publican los productos que en años anteriores han perdido el GSP, pero cuyo monto actual está por debajo del Límite de Necesidad Competitiva, respecto de los cuales se puede solicitar la reincorporación.

¹³ Departamento de Comercio Exterior, Ministerio de Economía, op. cit.



Claramente, Chile no cumple con los requisitos básicos exigidos por el sistema para calificar para los beneficios del GSP, materia que, además, quedó implícita en los resultados parcialmente positivos de los años 1998 y 1999.

Finalmente, debe señalarse que Chile, Venezuela, Cuba y los países del MERCOSUR son los únicos del hemisferio que no cuentan con programas de preferencias comerciales adicionales en el mercado de EE.UU. Si bien el GSP es una preferencia unilateral, por lo que es facultad de los Estados Unidos aumentarlo, mantenerlo o retirarlo, el objetivo original de este instrumento de ayudar a los países en desarrollo a "aumentar sus envíos al exterior, aumentar el crecimiento económico por medio del desarrollo de sus exportaciones y promover su industrialización" se ha visto mermado por los procedimientos utilizados.¹⁴

4. Bibliografía

4.1. Textos positivos y oficiales

Dirección América del Norte. Relación Bilateral con Estados Unidos de Norteamérica. 2000.

DIRECON. Relaciones comerciales Chile-Estados Unidos, octubre 2000.

DIRECON. Estados Unidos renovó SGP por dos años. 2000.

DIRECON. Libre Comercio Chile-Estados Unidos. 1999.

DIRECON. Segunda Reunión Conjunta Chile-Estados Unidos.

DIRECON. Primera Reunión Conjunta Chile-Estados Unidos.

DIRECON. Chile contesta a informe de barreras comerciales de Estados Unidos. 1999.

DIRECON. Chile y Estados Unidos Analizan Temas Laborales y Medioambientales. 1999.

EMBAJADA DE USA EN CHILE. Informe sobre Chile. 1999.

MINISTERIO DE ECONOMIA. Departamento de Comercio Exterior. Catálogo de Barreras al Comercio Exterior: Estados Unidos. Santiago, 2000.

¹⁴ Departamento de Comercio Exterior, Ministerio de Economía, op. cit.

PROCHILE. Gerencia de Desarrollo. Análisis de las Exportaciones Chilenas: Análisis General. Santiago, 2000.

PROCHILE. Gerencia de Desarrollo. Análisis de las Exportaciones Chilenas: Análisis de Productos. Santiago, 2000.

PROCHILE. Gerencia de Desarrollo. Análisis de las Exportaciones Chilenas: Análisis de Mercados, Esquemas de Integración y Zonas Geográficas. Santiago, 2000.

4.2. Textos doctrinarios

BLACK, HENRY CAMPBELL. *Black's Law Dictionary*. Sixth Edition, West Publishing Co., Saint Paul, Minnesota, 1990.

CAMPUSANO, RAUL F. *Estrategia para la Obtención de Arancel Cero en el Ingreso de Cobre en Estados Unidos*. Comisión Chilena del Cobre, Santiago, noviembre 2000.

GAVIRIA, CESAR. "El Nuevo Multilateralismo Hemisférico en el Marco Global", en *Globalización XXI: América Latina y los Desafíos del Nuevo Milenio*. Compilador: Heraldo Muñoz. Editorial Aguilar, Santiago 2000.

GIFFORD, DONALD G. *Legal Negotiation: Theory and Applications*. West Group. Saint Paul, Minnesota, 1989.

MCLARTY, THOMAS. "América Latina y Estados Unidos más allá del 2000", en *Globalización XXI: América Latina y los Desafíos del Nuevo Milenio*. Compilador: Heraldo Muñoz. Editorial Aguilar, Santiago 2000.

MONYE, SILVESTER O. *The International Business Blueprint*. Blackwell, Massachusetts, 1997.

MUÑOZ, HERALDO. "América Latina y Estados Unidos: ¿La Hora del Adiós?", en *Globalización XXI: América Latina y los Desafíos del Nuevo Milenio*. Compilador: Heraldo Muñoz. Editorial Aguilar, Santiago 2000.

PATRICK J. JOHN, RICHARD M. PIOUS and DONALD A. RITCHIE, *The Oxford: Essential Guide to the U.S. Government*. Berkley Books, New York, 2000.

RIELLY, JOHN. "Las Relaciones entre Estados Unidos y América del Sur: Un Comentario", en *Globalización XXI: América Latina y los Desafíos del Nuevo Milenio*. Compilador: Heraldo Muñoz. Editorial Aguilar, Santiago 2000.



VILE M. J. C. *Politics in the USA*. Hutchinson University Library. London, 1987.

VALDES, JUAN GABRIEL. "Chile: Cambio Económico y Política Comercial". Discurso dictado en Ucrania en 1998.

4.3. Direcciones URL

CODELCO

www.codelcochile.com

Department of Commerce

www.doc.gov

Department of State

www.state.gov

Dirección de Relaciones Económicas Internacionales, DIRECON

www.direcon.cl

Embajada de Estados Unidos en Santiago

www.embajadaeeuu.cl

GEMEED-APEC

www.gemeed.cl

International Trade Administration

www.ita.doc.gov

Ministerio de Minería

www.chilemineria.cl

Ministerio de Relaciones Exteriores

www.minrel.cl

Prochile

www.prochile.cl

United States Trade Representative

www.ustr.gov



Consideraciones generales de la justicia militar en Chile

Sergio Cea Cienfuegos

Abogado

Profesor de Derecho Administrativo

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Antes de entrar a la fundamentación de la justicia militar en Chile en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, es menester señalar que en nuestro país entrará en vigencia la reforma del sistema procesal penal, que reemplaza al procedimiento, escrito, inquisitivo, formalista, en que el juez cumplía la funciones de investigador, acusador y sentenciador, por el que prima en la mayoría de los países, esto es, por uno oral, público, acusatorio, concentrado, contradictorio, donde se vigorizan los derechos del imputado y se diferencian claramente la función de investigar de la de juzgar.

La función de investigar le corresponde a un órgano denominado Ministerio Público, lo que se traduce en dirigir en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delitos, los que determinan la participación punible y los que acreditan la inocencia del imputado, y en ejercer la acción penal pública.

Con respecto a la función de juzgar, ella es asignada exclusivamente a los tribunales de justicia, que se estructuran en un tribunal colegiado compuesto por tres jueces de derecho que deben conocer la acusación del fiscal, como de igual forma, la defensa del imputado y en definitiva resolver.

En términos muy simples, hemos descrito cómo es el nuevo sistema procesal penal que regirá en nuestro país a contar de diciembre del presente año.

Todo lo anterior ha traído como consecuencia que la sociedad chilena, en especial los estamentos políticos y académicos, se encuentren evaluando el sistema de organización y funcionamiento de los tribunales militares en tiempo de paz en Chile.

En efecto el Código de Justicia Militar, aprobado por Decreto Ley N° 806, de 1925, entró en vigencia en el año 1926, y con determinadas modificaciones, ha permanecido vigente hasta la fecha, constituyendo el de más antigua data en América Latina.

Este cuerpo jurídico castrense considera la organización y funcionamiento de los tribunales militares en tiempo de paz y de guerra, el procedimiento y la tipificación de determinados delitos.

En cuanto a los tribunales militares en tiempo de paz, se destacan básicamente dos órganos. Uno de ellos es el juez militar, el cual accede a este cargo judicial por el hecho de ser nombrado Comandante en Jefe de la División, cuyas funciones jurisdiccionales se visualizan fundamentalmente, por una parte, al inicio del proceso penal militar al dictar una resolución judicial que dispone la instrucción del sumario a cargo del fiscal y, por la otra, al expedir la sentencia absolutoria o condenatoria en primera instancia.

El otro órgano es el fiscal militar, que es un abogado que ostenta la calidad de oficial de justicia. Esencialmente, sus funciones consisten en investigar y proponer, a través de un dictamen, al juez militar si sobreesee o condena a las personas involucradas en los hechos indagados y tipificados como delitos.

El procedimiento es escrito, inquisitorio, formalista y con un sistema de prueba reglada.

En este contexto, constatamos que hasta antes de la entrada en vigencia en nuestro país de la reforma procesal penal, el procedimiento en la justicia militar se diferenciaba del ordinario en que las etapas de investigación estaban a cargo del fiscal militar y la de juzgamiento le correspondía al juez militar.

Ahora bien, las resoluciones del juez militar son recurribles normalmente a través del recurso de apelación y, excepcionalmente, vía recurso de queja, ante la Ilustrísima Corte Marcial, la que está integrada por tres representantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y dos ministros civiles pertenecientes a la Corte de Apelación de Santiago. Preside el ministro más antiguo de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Por último, de las resoluciones de la Ilustrísima Corte Marcial, se puede recurrir ante la Excelentísima Corte Suprema, integrada por funcionarios de carrera del Poder Judicial y que para los efectos de conocer causas del fuero militar, además, la integra el Auditor General de Ejército.

Con el nuevo sistema procesal penal que entra en vigencia en Chile en diciembre del presente año, constatamos, a mi entender, que la organización y, específicamente, el procedimiento de los tribunales militares en tiempo de paz, aun cuando sean de naturaleza jurídica especial, quedan de una u otra forma aislados ante este nuevo ordenamiento jurídico procesal penal



Como consecuencia de lo anterior aparece pertinente, razonable, modificar la organización, funcionamiento y el procedimiento de los tribunales militares en Chile. En efecto, no sería sustentable, por una parte, la coexistencia de un proceso oral, público, acusatorio, controvertido, concentrado y con un sistema probatorio basado en los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y el conocimiento científicamente afianzados, con otro inquisitivo escrito, formalista y en el que se establece un sistema probatorio reglado, por cuanto no habría igualdad ante la ley para los ciudadanos.

En estas circunstancias, se deben adecuar las normas jurídicas que regulan el campo o área de la justicia militar, considerando siempre las especiales características de las Fuerzas Armadas y de Orden.

En lo que respecta a la fundamentación de la justicia militar chilena, debemos señalar que los diferentes textos constitucionales que han regido en nuestro país han establecidos normas constitucionales que se refieren a las Fuerzas Armadas. En efecto, las Cartas Fundamentales de 1811, 1823, 1833, 1925 y la Constitución Política de 1980 se refieren expresamente a los Cuerpos Armados.

La Constitución Política de 1980 consagra el Capítulo X a las Fuerzas Armadas, de Orden y de Seguridad Pública.

Ahora bien, tanto las principales características de las Fuerzas Armadas, como las de sus cometidos constitucionales, se desprenden de las diferentes normas constitucionales del mencionado capítulo.

El artículo 90 preceptúa lo siguiente:

“Las Fuerzas dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional están constituidas única y exclusivamente por las Fuerzas Armadas y por las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública”.

“Las Fuerzas Armadas están integradas sólo por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, existen para la defensa de la patria, son esenciales para la seguridad nacional y garantizan el orden institucional de la República”.

“Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integradas sólo por Carabineros e Investigaciones, constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas. Carabineros se integrará, además, con las Fuerzas Armadas en la misión de garantizar el orden institucional de la República”.

“Las Fuerzas Armadas y Carabineros, como cuerpos armados, son esencialmente obedientes y no deliberantes. Las fuerzas dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional son además profesionales, jerarquizadas y disciplinadas”.

En la norma constitucional transcrita están consagradas las funciones y características básicas de las Fuerzas Armadas.

En cuanto a sus funciones constitucionales, ellas son:

- a) Existen para la defensa de la patria;
- b) Son esenciales para la seguridad nacional;
- c) Garantizan el orden institucional de la República.

En lo concerniente a sus características, ellas son:

- a) Esencialmente obedientes;
- b) No deliberantes;
- c) Profesionales;
- d) Jerarquizadas;
- e) Disciplinadas.

El objetivo de este trabajo académico no es entrar a analizar pormenorizadamente cada una de las funciones y peculiaridades que el constituyente del año 1980 asigna a las Fuerzas Armadas, sino vincular esta norma con otras del mismo texto constitucional que nos permitan concluir que la existencia de una justicia militar en tiempo de paz se encuentra consagrada expresamente en nuestra Carta Fundamental.

En relación con lo anterior, constatamos que los artículos 79 y 80 A de la Constitución Política de 1980, inciden directamente en este aspecto.

En efecto, el artículo 79 preceptúa lo siguiente: “La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación. Se exceptúan de esta norma el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones, los tribunales electorales regionales y los tribunales militares de tiempo de guerra”.

Pues bien, el constituyente excluye de esta superintendencia a los tribunales militares de tiempo de guerra, por cuanto la jurisdicción militar, en tal caso, le corresponde al Comandante en Jefe del Ejército en lo que respecta al mando y el territorio que ocupen. No obstante, en tiempo de paz, dichos tribunales se encuentran bajo la superintendencia de la Excelentísima Corte Suprema.

El artículo 80 A fue agregado en virtud de la Reforma Constitucional de 1997, y que se refiere al Ministerio Público, órgano autónomo y jerarquizado, cuyas

funciones ya indicamos al inicio de este trabajo y que es un componente fundamental de la reforma procesal penal, señala textualmente en su inciso cuarto lo siguiente: "El ejercicio de la acción penal pública, y la dirección de las investigaciones de los hechos que configuren el delito, de los que determinen la participación punible y de los que acrediten la inocencia del imputado en las causas que sean de conocimiento de los tribunales militares, como asimismo la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos de tales hechos corresponderán, en conformidad con las normas del Código de Justicia Militar y a las leyes respectivas, a los órganos y a las personas que ese Código y esas leyes determinen".

La norma transcrita precedentemente incide directamente en la jurisdicción militar cuando utiliza las expresiones "...en las causas que sean de conocimiento de los tribunales militares" y "...corresponderán en conformidad con las normas del Código de Justicia Militar y a las leyes respectivas, a los órganos y a las personas que ese Código y esas leyes determinen".

Las normas constitucionales descritas anteriormente reconocen la existencia de una organización judicial y un régimen jurídico especial para las Fuerzas Armadas en nuestro país.

En Chile, en un segundo nivel normativo, se encuentran las leyes orgánicas constitucionales, a las cuales, por mandato constitucional, se les encomienda complementar los aspectos básicos de una determinada materia u órgano regulado en la Constitución Política.

El artículo 94, indicado dentro del Capítulo X, "Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública", preceptúa lo siguiente: "Los nombramientos, ascensos y retiros de los oficiales de las Fuerzas Armadas y Carabineros, se efectuarán por decreto supremo, en conformidad a la ley orgánica constitucional correspondiente, la que determinará las normas básicas respectivas, así como las normas básicas referidas a la carrera profesional, incorporación a sus plantas, previsión, antigüedad, mando, sucesión de mando y presupuesto de las Fuerzas Armadas y Carabineros".

Como consecuencia de lo anterior, la Ley 18.948, Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, reitera en su artículo 1°, las misiones o los cometidos constitucionales previstos en el artículo 90 de la Constitución Política de 1980 e indica en su inciso tercero lo siguiente: "Derivado de las particulares exigencias que impone la función militar y la carrera profesional, los organismos y el personal que la desarrollan, así como sus instituciones de formación profesional, se ajustarán a las normas jurisdiccionales, disciplinarias y administrativas que se establecen en esta ley y en la legislación respectiva".

El legislador orgánico, al reconocer esas particulares exigencias, que tanto la función como la organización imponen al personal militar, establece expresamente que “se ajustarán a las normas jurisdiccionales, disciplinarias y administrativas que se establecen en esta ley y en la legislación respectiva”. Ello nos está señalando que por ser una de las organizaciones básicas del Estado, la institución militar requiere de un régimen jurídico especial.

Vinculado con lo anterior, en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18.575, se excluye expresamente a las Fuerzas Armadas, en cuanto a su organización y funcionamiento, de este cuerpo legal. Su artículo 18 expresa que las Fuerzas Armadas se regirán por las normas constitucionales y normas orgánicas constitucionales. Sin embargo, sí le son aplicables las normas generales de la Administración del Estado y el principio de la probidad administrativa.

Por otra parte, el artículo 5° del Código Orgánico de Tribunales y el artículo 1° del Código de Justicia Militar se integran armónicamente a todo el conjunto de normas constitucionales y orgánicas constitucionales que se refieren a esta materia.

El Código Orgánico de Tribunales en su artículo 5° expresa, por una parte, que integran el Poder Judicial, como tribunales especiales, entre otros, los tribunales militares en tiempo de paz y, por la otra, que éstos estarán organizados y tendrán las atribuciones que establecen a su respecto el Código de Justicia Militar y sus leyes complementarias. A su vez, el artículo 1° del Código de Justicia Militar señala que “la facultad de conocer en las causas civiles y criminales de la jurisdicción militar, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los Tribunales que establece este Código”.

Lo anteriormente expuesto me permite sostener que, en Chile, la justicia militar posee una fundamentación constitucional y legal sólida y maciza y que ello se origina en la necesidad de asignar a las Fuerzas Armadas un ordenamiento jurídico que, en cuanto a su ser y obrar, les permita cumplir en forma eficiente y eficaz las misiones constitucionales establecidas en la Carta Fundamental.

En este sentido, se destacan determinados bienes jurídicos que son esenciales en los Cuerpos Armados: entre ellos están la disciplina, la obediencia y la seguridad. Estos deben ser protegidos por el legislador, a fin que su observancia permita a su vez el cumplimiento de sus funciones.

Ello se obtiene al existir una justicia militar, que, con sus tribunales militares, con su propia organización y procedimientos, ejerce la función de conocer y juzgar a aquellas personas que infrinjan los deberes militares y que atenten contra determinados bienes jurídicos.



Otro aspecto importante de considerar en esta exposición relativa a los delitos es que como consecuencia del avance de la sociedad, se ha ido decantando en forma más específica qué delitos afectan básicamente a la disciplina, a la obediencia y a la jerarquía propia e inherente a los Cuerpos Armados. Con todo, las acciones punibles fundamentales son básicamente las mismas que durante siglos han afectado a las Fuerzas Armadas; a modo de ejemplo, los delitos de sedición, motín, de centinela, los que atentan contra el servicio, contra el deber, desertión, se mantienen intactos en su esencia, cualquiera que sea la legislación que los tipifique.

Finalmente, y ex profeso, hemos dejado como última consideración general el tema de la competencia de la justicia militar.

En Chile, una de las críticas que se efectúan a la justicia militar recae en su excesiva competencia, por cuanto juzga a civiles. En efecto, existen posiciones que sostienen que el conocimiento de los tribunales militares debe restringirse sólo a los delitos propiamente militares y excluir definitivamente el juzgamiento de civiles.

En los Códigos de Justicia Militar en América Latina, en forma progresiva se ha ido restringiendo la competencia de la justicia militar, acotándola o delimitándola a los delitos propiamente militares. Esto se traduce básicamente en que el sujeto y el bien jurídico tutelado afecten directamente a las Fuerzas Armadas.

Ahora bien, en nuestro país, la exclusión del juzgamiento por la justicia militar de civiles ha sido y es objeto de un debate académico intenso, en el cual diferentes universidades, en especial la Universidad Diego Portales, se han dedicado a este tema. Específicamente el profesor Jorge Mera Figueroa, en su artículo "Razones justificatorias y ámbitos de la jurisdicción penal en tiempo de paz", efectúa un análisis serio, y a mi entender crítico, de la justicia militar. En lo que atañe a la exclusión del juzgamiento de civiles, señala lo siguiente: "Ella se deriva, como antes se ha insistido, de las propias razones justificativas de la justicia militar, esto es, la conveniencia –o incluso la necesidad, desde el punto de vista de los partidarios de este fuero– de que las más graves infracciones a los deberes militares, en especial la disciplina, sean conocidas y juzgadas por quienes se encuentran en mejor posición para determinar el alcance de las mismas, esto es, los propios miembros de las Fuerzas Armadas. En verdad, todas esas razones suponen la infracción de los deberes militares, por lo cual los delitos que se tipifiquen para sancionar las violaciones de estos últimos revisten el carácter de especiales y sólo pueden, por tanto, ser cometidos por militares".

En primer término este expositor es partidario de la existencia de los

tribunales militares en tiempo de paz, y todas las consideraciones generales expuestas en el presente trabajo nos llevan a concluir que nuestra interpretación es coherente y armónica con la normativa jurídica que rige en nuestro país.

En lo que respecta a la exclusión de civiles del ámbito de la competencia de la justicia militar, es innegable que las razones o argumentos para sostener una posición rígida en esta materia, a lo menos son discutibles y difíciles de mantener en el tiempo. En efecto, este expositor estima que tal competencia debiera reducirse o restringirse en forma sistemática.

Me parece acertado que la competencia o incumbencia de la justicia militar en Chile se centre sólo en aquellos delitos propiamente militares o delitos comunes cometidos por militares en determinadas condiciones, como en actos del servicio, en recintos militares, etc., y deje de conocer de aquellos en que se juzgue a civiles, salvo situaciones excepcionales, como, por ejemplo, en materia de control de armas.

En Chile, en los inicios de la década de los 90, se acotó la competencia de la justicia militar, traspasando al conocimiento de la justicia penal ordinaria el delito de ofensa o injuria a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas del Orden (Carabineros). Sin embargo, en materia de control de armas, se distinguió para los efectos de determinar quién conocía, esto es, si un tribunal militar o un tribunal ordinario, si el civil poseyere, tuviere o portare un arma prohibida o permitida. Si el arma es permitida, corresponde conocer a la justicia ordinaria, y si es de uso bélico, a la justicia militar. Esta forma o manera de delimitar el ámbito competencial me parece adecuada y concordante con el artículo 92 de la Constitución Política, según el cual a las Fuerzas Armadas les compete ejercer "la supervigilancia y control de las armas en la forma que determine la ley".

En definitiva, el tema de la competencia militar, tratándose de civiles, será dilucidado en nuestro país, a mi entender, por los estamentos pertinentes en esta materia en un plazo prudencial.

En suma, hemos expuesto algunas consideraciones generales sobre la justicia militar en Chile, abordando esencialmente los aspectos relativos a la fundamentación de la justicia militar en tiempo de paz en nuestro ordenamiento jurídico constitucional; al impacto del nuevo sistema procesal penal en el ámbito de la organización y procedimientos de los tribunales militares, y por último, a la competencia de esta justicia.

Narcotráfico y lavado de dinero: hechos que desafían al derecho

Gustavo Cuevas Farren

Profesor Titular de Derecho Constitucional

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

1. El narcotráfico como delito moderno

El análisis sistemático, usando categorías científicas, de las consecuencias del narcotráfico en la política, la economía y la sociedad en general, aún está en sus comienzos. Por cierto que para la politología se trata de un tema nuevo en su agenda y de allí que en su tratamiento deba interrelacionarse con enfoques provenientes de otras disciplinas.

El primer aporte que estimamos útil considerar y desarrollar proviene del derecho. Si tipificamos al narcotráfico como delito, debemos precisar sus alcances y cuál es su inserción. Es un delito moderno, aunque el uso de sustancias estupefacientes tiene antigua data.

En nuestras sociedades se advierten cambios en los escenarios delictivos que tornan mucho más inseguro el quehacer cotidiano de los individuos. Se observa una mayor precocidad en el delincuente: se delinque a temprana edad. La mujer participa más en los procesos delictivos, como lo hace positivamente en otro tipo de procesos sociales. La criminalidad se organiza (y particularmente la vinculada al narcotráfico) de acuerdo a las exigencias de las relaciones sociales normales, a semejanza del agrupamiento militar en un primer nivel y de una estructura empresarial después. Los delitos se ejecutan con organizaciones eficaces. Crece la violencia incorporada a los delitos.

A diferencia de los delitos tradicionales –por darles algún nombre–, en los delitos del narcotráfico (así como en las nuevas formas de delincuencia organizada) los delincuentes se multiplican y despersonalizan. Lo mismo sucede con sus víctimas: son muchas. Ninguna tiene significado particular para el delincuente. Es una delincuencia difusa, como la que perpetra genocidios, como la que lleva consigo la trascendencia territorial.

El delincuente común procura eludir a la autoridad. El narcotraficante procura sobornarla o, en subsidio, intimidarla. No en pocos casos, se escoge el camino más seguro de influir en el poder mismo para obtener protección. De allí que junto con acciones claramente delictivas, es posible encontrar

en los países latinoamericanos situaciones irregulares, de fronteras difusas respecto de lo delictivo.

El narcotráfico como delito moderno ofrece rasgos singulares. Al buscar al delincuente hay que referirse a una pluralidad de sujetos, pues son muchos los involucrados en el tráfico ilícito internacional de drogas. Tampoco existe una víctima individual. Todos son víctimas o lo pueden ser. El narcotráfico es un delito contra la humanidad. A partir de esta tipificación, es urgente que todos los países se sumen a esfuerzos comunes para combatirlo y no se queden entrampados en cuestionamientos de tipo nacionalista, que en mi concepto no tienen, en este aspecto, mayor consistencia.

En 1987, la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, de Naciones Unidas, declaraba al efecto: "El uso indebido de drogas, tanto naturales como sintéticas, ha aumentado tan rápida y progresivamente durante los últimos dos decenios, que en la actualidad pone en peligro a todos los países y amenaza a todos los sectores de la sociedad".¹

El narcotráfico importa crear y usar asociaciones ilícitas y éste sería otro de los delitos que comete. Si enfocamos la asociación ilícita hacia la esfera mercantil, podremos apreciar su incidencia en delitos de tipo económico. En efecto, la delincuencia vinculada a él se adentra en las actividades comerciales y financieras, para lo cual debe crear muchas veces entidades que realicen operaciones en esos ámbitos. En otras ocasiones, emplean sus vínculos con personas que están insertas en el mundo financiero legal.

Durante un buen tiempo, el tráfico de drogas aparecía vinculado –a efectos de las legislaciones penales– al consumo de las mismas. Por lo mismo se le consideraba un delito contra la salud. Hoy, en cambio, se apunta a sancionar el tráfico en sí, en todas sus implicaciones, dado que el bien tutelado no es ya sólo la salud del individuo, sino que es la seguridad del país, el desarrollo, la estabilidad del sistema político, la propia seguridad internacional. Ya no es posible admitir que comportamientos que ponen en riesgo tales bienes, y por lo mismo comprometen a la convivencia social, sean considerado sólo como delitos contra la salud.

La respuesta que en la comunidad internacional se advierte frente a la rápida extensión de este delito (dicho así en forma genérica) es cada vez más categórica. Se le asume como un problema de perfiles mundiales, lo cual se traduce en una serie de convenciones multilaterales que tienden a agilizar la cooperación entre los países en un combate a fondo contra este mal.

¹ Naciones Unidas: "Conferencia internacional sobre el uso indebido y el tráfico ilícito de drogas", Viena, junio de 1987, México, *Publicación de la Procuraduría General de la República*, 1989.

Debemos destacar en tal sentido el esfuerzo de los países de América, quienes han conformado la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas, dependiente de la OEA. En su Convención de 1988 estableció pautas comunes para la región en relación al combate de la droga. Como lo afirmara su Presidente Aibal Aguilar, en la Conferencia de Lima de febrero de 1990, a partir de la Convención "se han incrementado en calidad y cantidad las relaciones del Hemisferio Norte y el Hemisferio Sur. Fundamentalmente reuniones entre Europa y América, lo que constituye un hecho auspicioso que permite fortalecer y articular opciones de acción conjunta".² En suma, cada vez resulta más claro que este factor de amenaza es una cuestión de Estado.

2. Narcotráfico y gobernabilidad de la democracia

El problema del tráfico de drogas adquiere relevancia macropolítica cuando se extiende al punto de comprometer indicadores de gobernabilidad de las democracias y de la estabilidad institucional misma. Desde luego, un gobierno no tiene el riesgo de ser "derrocado" por el narcotráfico, como eventualmente pudiera suceder en el caso de tener ante sí un movimiento insurreccional fuerte y extendido. Sin embargo, el riesgo que se deriva del narcotráfico es que el sistema pueda ser controlado desde su interior, produciéndose intertanto crisis de gobernabilidad con la consiguiente parálisis institucional. Han existido determinados momentos en la coyuntura colombiana en que esta amenaza se ha incrementado notoriamente. De manera que plantear esta hipótesis de trabajo no es quedarse en meras reflexiones teóricas sobre imaginarios irreales.

Es posible señalar tres vías a través de las cuales, el narcotráfico puede llegar a convertirse en un serio factor de amenaza para la gobernabilidad de un sistema democrático.

La primera es el aumento de los niveles de violencia, así como el establecimiento de una intrincada red generadora de ella. Violencia proveniente de los traficantes, que la usan para resolver conflictos derivados de su propia competencia; violencia provocada por los mismos para intimidar a las autoridades del Estado y a los servicios policiales; violencia que se genera en el nivel de los consumidores. Obviamente la violencia derivada de los narcotraficantes es de alto riesgo, por cuanto puede implicar la formación de grupos especializados en ello, hasta el establecimiento del "sicariato" o asesinato por encargo, que en el caso colombiano ha adquirido lamentable relevancia.

² Exposición del Presidente de la CICAD en la Conferencia Internacional sobre Drogas, celebrada en Lima en febrero de 1990, tomada de García-Sayán, Diego: "Narcotráfico: realidades y alternativas", Lima, Comisión Andina de Juristas, 1990, p. 74

La segunda está conformada por los efectos económicos y que pueden llegar a condicionar el comportamiento económico de un país, tanto mediante distorsiones que se pueden considerar positivas en una primera lectura (aumento de la tasa de empleo, o del volumen de inversiones privadas), como distorsiones negativas, que son las que al final prevalecen.

La tercera vía dice relación con el efecto corruptor. El dinero ilícito les sirve a los traficantes para proteger su actividad y sus ingresos, procurando tener poder en los diversos niveles de la estructura del sistema, incluido el poder político. En Colombia, que nos proporciona ejemplos una vez más, se ha llegado a formar partidos políticos, si bien efímeros, que pretenden plantear en el debate institucional mismo las visiones de los narcotraficantes. En la mayoría de los casos, sin embargo, la influencia en las instancias de poder se busca mediante la corrupción.

A lo anterior se puede agregar un sugerente comentario del especialista norteamericano Richard Craig: "Una variable psicológica y política es el crecimiento del cinismo público, a medida que los gobiernos pierden legitimidad frente al fracaso demostrado para controlar el tráfico de drogas o para poner en vigor las fuerzas de la ley dentro de un país" ("El tráfico ilícito de drogas: implicaciones para los países sudamericanos donde se origina", tomado del *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, verano de 1987).

3. Narcotráfico y violencia

Planteada la hipótesis de que el narcotráfico constituye un delito moderno y singular y que como tal debe ser asumido tanto por las legislaciones, como por los enfoques politológicos que pueden conducir a la adopción de decisiones que se traduzcan en la formulación de determinadas estrategias y políticas para combatirlo, queremos adentrarnos en uno de los aspectos que presenta esta actividad ilícita: su capacidad para generar climas de violencia que pueden llegar a cruzar la sociedad toda.

No es sólo la combinación entre narcotráfico y terrorismo. Ciertamente que es una vinculación que gravita fuertemente en un factor de amenaza a la estabilidad de un sistema político. Pero la violencia engendrada por el narcotráfico no se agota allí. Está la violencia entre los propios involucrados en la actividad ilegal: el duelo entre los Carteles de Cali y de Medellín, en Colombia, ha costado numerosas vidas de delincuentes y de sus familias. Son relaciones sociales propias de mafias, con sus propios códigos de resolución de conflictos o de dirimir disputas. Está la violencia de los grupos de autodefensa, creados de manera ambivalente para protegerse de la

guerrilla que le puede ser desleal, como para atacar a las fuerzas regulares de la policía y del Ejército; está la violencia del sicariato, que no es otra cosa que la expresión del punto de encuentro entre la delincuencia narcotraficante con la delincuencia común, donde se cometen asesinatos por encargo, tanto para saldar cuentas, como para intimidar a determinados sectores, como para "sancionar" o acallar a quien asume una actitud de denuncia en contra de esta actividad.

Las vinculaciones del narcotráfico con la violencia son múltiples. Por ello es un factor del más alto riesgo para la seguridad pública y privada de un país.

Así, en el caso colombiano, las conexiones de violencia del narcotráfico se extienden hasta las propias Fuerzas Armadas. En efecto, en un trabajo de Wolfgang Heinz se sostiene que estudios efectuados revelan que muchas veces existe una estrecha colaboración entre los grupos paramilitares y miembros de las Fuerzas Armadas y de Orden, en particular en los servicios de inteligencia de ambas instituciones. Es el inevitable componente de corrupción que lleva implícita esta actividad.

En el Perú de Fujimori se advierten iguales signos, según lo ha hecho presente, de manera autorizada, el Departamento de Estado de Estados Unidos de América. Al decir del mismo autor, el narcotráfico y su factor de violencia al punto de transformarse en una pieza clave de la política interior. "Significan un factor de poder que no estuvo representado en las conversaciones de paz entre el gobierno y la guerrilla, y que sin embargo significa un factor político de suma importancia".³ Esto nos viene a demostrar que la violencia derivada del tráfico de la droga no es marginal.

Tan cierto es lo anterior que se han dado casos en que la violencia ejercida por el narcotráfico ha encontrado defensores en el plano político y académico. Así, para William Ramírez, este tipo de violencia es explicable en cuanto el narcotráfico genera grupos sociales emergentes que no sólo buscan ascender socialmente, sino que tratan de conquistar un espacio propio al interior de la sociedad, el cual les es negado. Es ésta una interpretación de los conflictos violentos entre narcotraficantes y Estado colombiano cuando estaba vigente el peligro de la extradición a Estados Unidos. Esto lo lleva a afirmar que "es en la problemática de la representación social del Estado y no en la de los valores morales y administrativos donde debe situarse el análisis del narcotráfico".

³ Heinz, Wolfgang: "Colombia y el tráfico de cocaína. Aspectos nacionales e internacionales", en revista *Contribuciones*, Buenos Aires, abril-junio de 1990.

“El abierto enfrentamiento entre el Estado y los extraditables es, pues, un problema político cuya solución atañe a la voluntad de los gobiernos para ampliarle al Estado la capacidad integradora de fenómenos que, por su raigambre social, no pueden ser tratados como simples casos de policía”.⁴

Obviamente la postura descrita no considera, no hace suya la tesis que ofrecemos en el inicio de nuestro estudio, en orden a que la única calificación que se le puede otorgar al narcotráfico es el ser un delito y quienes se vinculan a él son delincuentes y no actores sociales con capacidad potencialmente reconocida de interlocución. Tan negativo para la estabilidad social resulta la vinculación entre Sendero Luminoso y narcotráfico, que fortalece a la guerrilla en su enfrentamiento con el Estado; como lo son los entendimientos que se dan en Colombia entre narcotraficantes y fuerzas policiales, al punto que en algunos lugares existe una suerte de co-gestión en materia policial.

También es un hecho comprobado que cuando los narcotraficantes buscaron sitios alejados de los centros urbanos y de las rutas de comunicación para contar con mayor libertad en sus actividades ilegales, las zonas escogidas coincidieron con aquellas en las cuales los grupos subversivos tenían influencia; de allí surgió un acuerdo mediante el cual “estos ofrecían seguridad a los primeros a cambio de porcentajes en dinero”.⁵ Posteriormente se estableció un cambio peligroso en la negociación al entregar los narcotraficantes armas en lugar de dinero, situación que favorecía a los bandos; la droga salía del país, era vendida en Europa o Estados Unidos, y como parte del pago recibían armamentos en óptimas condiciones.

Veamos ahora una segunda variable en las conexiones de violencia que se derivan del narcotráfico. En un estudio realizado por la Universidad de Los Andes, en Colombia, se alude a la formación del MAS (Muerte a Secuestradores) con el objetivo inicial preciso de combatir a sectores de la guerrilla que secuestraban a familiares de narcotraficantes. Se afirma que es la expresión de estos últimos para “enfrentar militarmente a quienes intentaran vulnerar cualquiera de sus intereses”.⁶ Prontamente dejarían de colocar a los guerrilleros como sus adversarios exclusivos y arremetieron contra sectores normales de la sociedad colombiana.

Queremos examinar otra dimensión del narcotráfico: aquella que se da con la criminalidad común, donde también la violencia ha demostrado

⁴ Ramírez, William: “Estado, Sociedad y Democracia”, en Nora Segura, compiladora, *Colombia: Democracia y Sociedad*, Bogotá, Cidse editores, 1988, p. 369.

⁵ Medina, Carlos: *Autodefensas, Paramilitares y Narcotráfico en Colombia*, Bogotá, editorial Documentos Periódicos, 1990, p. 263.

⁶ Arrieta, Carlos, y otros: *Narcotráfico en Colombia*, Bogotá, Tercer Mundo, 1990, p. 225.

que tiene la capacidad para proveer y utilizar delincuentes comunes o preparar escuadrones de sicarios que cometen homicidios y que son preparados en “escuelas” para tal propósito. Medina comenta al respecto: “Sus protagonistas han terminado por cimentar una compleja y variada infraestructura de recursos técnicos y humanos, que abarcan desde la mantención de bandas de sicarios, especializadas en el ejercicio de atentados, hasta la contaminación financiera de importantes esferas productivas legales”.⁷ En suma, los Carteles han podido materializar cualquier tipo de amenaza, frente a una sociedad que se ve en una situación de indefensión e incertidumbre.

Cuando las distintas formas de violencia que se derivan del narcotráfico se entrecruzan y se transforman en un componente habitual de una sociedad, la crisis del Estado es un hecho real. Esta crisis no llega por los delitos que cometen los adictos bajo influencia de las drogas, ni tampoco –pese a ser un factor que incide más gravemente en los niveles de criminalidad de un país– por los delitos que cometen los mismos adictos con el fin de obtener recursos para adquirir drogas. Llega por la extensión de la violencia intimidatoria, corruptora y conquistadora de los traficantes. No estamos eludiendo la problemática del consumo y los grados de violencia que allí se generan, pero no se puede, con el pretexto de centrar los análisis en el consumo, minimizar el factor más provocativo para la estabilidad del Estado y la seguridad de la sociedad: la acción de los narcotraficantes.

4. El lavado de dinero

El dinero que se deriva de la venta de la droga no se puede invertir directamente. Para efectos tributarios se requiere fundamentar la proveniencia de él. De allí que deba ser convertido en instrumentos financieros o bienes. Para esos efectos se crean empresas de fachada, se produce sobrefacturación en empresas que se poseen (hoteles y casinos), se compran acciones y metales preciosos.

Se crean empresa constructoras, que junto con realizar una actividad lícita, como es vender edificaciones, casas y departamentos, realizan operaciones ficticias con el propósito de blanquear el dinero ilegal confundiendo con el proveniente de las operaciones lícitas. Se levantan hoteles en que se declara que siempre están con su capacidad copada facturándose como tal, aun cuando ello no ocurra, pagándose los impuestos correspondientes, con lo cual las utilidades declaradas se incorporan al sistema financiero legal. Se instalan empresas exportadoras de productos de alto precio

⁷ Medina, Carlos, *op.cit.*, p. 264.

internacional, los que se venden a subsidiarias extranjeras y se envían cajas vacías. Las utilidades que allí se generan son dinero limpio.

Panamá ha sido calificada como “paraíso tributario”, por cuanto los diversos gobiernos quisieron convertir al país en un polo de atracción para las grandes inversiones extranjeras. Sin embargo, ese sano propósito se fue desvirtuando, particularmente a partir del período de Torrijos, hasta llegar a transformarse en determinadas coyunturas en santuario para el lavado de dinero de los narcotraficantes y para las operaciones financieras de los grupos terroristas, todo lo cual llegó a su clímax bajo la influencia del general Manuel Antonio Noriega.

Los instrumentos que utilizan los narcotraficantes en Panamá son la legislación bancaria, que permite abrir cuentas cifradas, que garantizan un absoluto secreto sobre las operaciones realizadas, la libertad de transferencia de fondos a cualquier parte del mundo, la libertad de fijación de carteras de crédito, así como una autonomía de las entidades financieras respecto de las regulaciones gubernativas; y la legislación sobre sociedades anónimas, que permite crear cualquier tipo de empresa con poco capital, sin mayores formalidades que no sean el consentimiento de las partes concurrentes y sin límites para sus operaciones. Todo ello, afirma José Steinsleger: “permite con enorme facilidad y rapidez el establecimiento de corporaciones que se amparan en el principio de territorialidad impositiva, según el cual solamente son objeto de impuesto sobre la renta aquellos beneficios derivados de transacciones que surten efectos dentro del territorio nacional”.⁸ Panamá no sólo es escenario territorial de actividades económicas de los narcotraficantes, sino punto de partida de operaciones financieras de éstos que se proyectan hacia otras partes de América Latina, tal como lo apreciamos concretamente en el caso Bathich.

Chile puede ser un buen receptor para inversiones relacionadas con el lavado de dinero. Como lo reconoce una alta autoridad gubernativa: “el desarrollo económico de Chile, con una política económica que favorece y promueve la inversión nacional y extranjera, más la existencia de un activo comercio exterior, lo hacen atractivo para el lavado de dinero proveniente del narcotráfico”.⁹ Descriptivamente se puede plantear el siguiente escenario: es un país que no prohíbe el ingreso de divisas, incluso si son transportadas en efectivo desde el exterior; no hay restricciones sobre el depósito en efectivo en los bancos; el Decreto Ley 600 sobre

⁸ Steinsleger, José: “Los paraísos financieros. El caso de Panamá”, en García-Sayán, Diego, editor: *Coca, Cocaína y Narcotráfico*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1989, p. 264.

⁹ Ver reportaje: “Lavado de dinero: investigación será supersecreta y con hombres incorruptibles”. Las declaraciones corresponden al Ministro del Interior, Enrique Krauss. “La Segunda”, 23 de julio de 1993.

inversiones extranjeras permite a personas con domicilio en el exterior transferir capitales extranjeros celebrando un contrato de inversión; cualquier persona puede remesar a una cuenta corriente de un banco nacional dineros desde el exterior. En ninguno de estos casos se requiere aclarar el origen del dinero.

Queremos referirnos ahora a un aspecto más global del lavado de dinero: a su impacto sobre la economía de un país. En este plano se puede constatar que el negocio ilícito de la droga produce costos económicos indirectos para el Estado y la sociedad que le sirven de contexto. Al decir de Clawson y Lee, ellos se pueden agrupar en cuatro categorías: el desplazamiento de la industria legal, el empeoramiento de los problemas fiscales, la pérdida del control sobre la política económica, y el uso impropio de las ganancias de la cocaína. Nos detendremos en los dos últimos.

En relación a la pérdida del control sobre la política económica, se comprueba que mientras la expansión de la economía de libre mercado a nivel universal tiende a favorecer políticas desreguladoras de parte del Estado con el fin de estimular la creatividad de la iniciativa privada empresarial, el riesgo potencial del lavado de dinero hace que, necesariamente, se introduzcan regulaciones a la actividad económica privada en orden a establecer la procedencia de los recursos que sustentan las inversiones. Los controles sobre los depósitos bancarios impiden, o por lo menos dificultan, el ingreso de los narco dólares a la economía, pero a la vez desincentivan a inversionistas limpios a insertarse en el quehacer económico.

En cuanto al uso impropio de las ganancias de la cocaína, hay que considerar dos aspectos: uno es la propensión a obtener ganancias, y otro dice relación con blanquear el dinero que obtienen. En ambas situaciones hay elementos distorsionadores para la economía. En el primer caso hay que tener en cuenta que los narcotraficantes tienen propensión al consumo de lujo y, como lo apuntan los autores indicados: "el problema de riesgo conduce a los narcotraficantes a poner el dinero en inversiones líquidas, especulativas y a corto plazo, para obtener tasas altas de ganancias". En el segundo caso los narcotraficantes se han sentido atraídos a las inversiones en tierras y en edificaciones, a lo que podemos agregar hoteles y moteles, dado la facilidad que otorgan para blanquear dinero.

Una situación ocurrida en Chile fue expuesta por Andrés Benítez en un artículo publicado en "El Mercurio" de Santiago. Allí se revelan algunas metodologías de blanqueo: "Hace algún tiempo hubo gente que vino a Santiago y compró casas que pagaron en dólares y casi inmediatamente las vendieron con pérdida. Luego depositaron el dinero en efectivo de la

venta en un banco y los bancos informaron que el dinero vino de la venta de las casas, lo cual fue sólo indirectamente".¹⁰

Los efectos distorsionadores en la economía no se hacen esperar. Altos niveles de consumo hacen que los precios se mantengan en niveles altos, que se eleven los precios de los bienes raíces en términos tales que no guarden relación con la oferta y demanda real sobre los mismos. En una proyección de mayor aliento es posible estimar que los narcoinversionistas pueden llegar a configurar un núcleo dominante en las actividades económicas del país e incluso condicionar sus ritmos de crecimiento.

Tampoco puede ignorarse el impacto que el desarrollo de actividades económicas ilícitas, de manera generalizada, acarrea sobre la sociedad toda. Francisco Elías Thoumi apunta en un estudio al respecto: "La magnitud que ha alcanzado el crecimiento de la economía subterránea (una de cuyas expresiones es el lavado de dinero) ha tenido un profundo efecto sobre los valores de la sociedad como un todo, puesto que ha hecho que sea más aceptable comprometerse en actividades ilegales... se incrementan los niveles de corrupción, así como la tolerancia de la sociedad por la ilegalidad en el resto de la economía... En esta situación, una sociedad entra y puede permanecer en lo que se puede llamar una "trampa de ilegalidad o deshonestidad", de la cual es muy difícil escapar".¹¹

Entre las disposiciones del futuro texto legal de nuestro país se encuentran las relativas a evitar, neutralizar y sancionar el lavado de dinero proveniente del narcotráfico. Tan relevante es la importancia de esta parte de la nueva normativa, que entidades bancarias europeas con filiales en Chile han enviado a ejecutivos del más alto nivel para estudiar la futura legislación nuestra y adoptar en consonancia sus propias medidas de seguridad interna. La presencia de estos ejecutivos se da en un marco en que el estatuto bancario internacional es objeto de modificaciones en función de establecer la obligatoriedad de los bancos de denunciar reservadamente las sospechas de que las asociaciones ilícitas de narcotraficantes estén blanqueando dinero, sin que el cumplimiento de tal obligación importe una violación al secreto bancario y comercial.

¹⁰ Clawson, Patrick y Lee, Rensselaer: *Los efectos sociales, políticos y económicos negativos de la cocaína en América Latina*, USIA, 1993.

¹¹ Thoumi, Francisco Elías: "Algunas implicaciones del crecimiento de la economía subterránea en Colombia", en Tokatlian, Juan Gabriel: *Economía y Política del Narcotráfico*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 1990, p. 99.

La empresa individual de responsabilidad limitada: una institución aún nueva en Chile

Héctor Carreño Nigro

Profesor

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Introducción

En un artículo publicado anteriormente en esta misma Revista anticipamos que el escenario económico del país, no obstante su actual letargo, invita a los particulares a la gestión empresarial.

Dijimos también que es posible observar un *espíritu de empresa* que impulsa a los particulares a cristalizar iniciativas mercantiles acompañadas muchas veces más de ánimo y empuje que de conocimientos acabados. No es extraño así observar que a muchos particulares les cae bien el título de *empresarios* cuando lograron cierto rendimiento en su negocio.

Lo que no mencionamos fue que este fenómeno es consecuencia de un proceso histórico que creemos ahora importante revisar.

Hasta la década del 70 se observó en Occidente el imperio de la teoría económica mixta y del pleno empleo de Keynes. Según este economista, los salarios altos, el pleno empleo y el estado de bienestar crean la demanda del consumidor, que alienta la expansión económica. Así, Keynes afirma que la mejor manera de enfrentar las depresiones económicas es incrementando más demanda en la economía.

Durante varios años el modelo macroeconómico de Keynes fue visto como la fórmula más acertada de manejar la economía de los países.

Sin embargo, a raíz de la crisis de los años 70, según el autor Erik J. Hobsbawm,¹ surge la batalla entre los keynesianos y los neoliberales, que apoyados por los Premios Nobel de Economía Friedrich Von Hayek (1974) y Milton Friedman (1976), propugnaron con éxito una visión más libre y autárquica de la macroeconomía.

¹ E. J. Hobsbawm, *Historia del Siglo XX*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Crítica Grijalbo Mondadori, 1998.

En efecto, los partidarios del neoliberalismo pasaron a la ofensiva aunque no llegaron a dominar las políticas gubernamentales hasta 1980, con la excepción de Chile, que aplicó el modelo a partir de la década de los años 70.

El neoliberalismo propugnó que la economía y la política observadas en las décadas de los 50, 60 y 70 dificultaban tanto al gobierno como a las empresas privadas el control de la inflación y el recorte de los costes que habían de hacer posible el aumento de los beneficios que crean el auténtico motor del crecimiento de una economía capitalista. En cualquier caso, sostenían que la "mano oculta" del libre mercado de Adam Smith produciría con certeza un mayor crecimiento de la hacienda de las naciones y una mejor distribución de la riqueza y de las rentas.

La batalla entre los keynesianos y los liberales no fue simplemente una confrontación técnica entre economistas profesionales, ni una búsqueda de maneras de abordar los nuevos y preocupantes problemas económicos. "Se trataba de una guerra de ideologías incompatibles".²

Como dijimos más arriba, y de acuerdo a los estudios de la abogada Macarena Cordero Fernández, Chile es el primer país en el mundo que aplicó con éxito el neoliberalismo. Le siguieron países como Estados Unidos e Inglaterra, que comenzaron a aplicarlo en los gobiernos de Ronald Reagan y Margaret Thatcher, respectivamente, frente a las crisis de los años 70 y, sobre todo, de los 80.

Sin embargo, con el transcurso del tiempo, la mayoría de los países con gobiernos liberales en la década de los 90 se vieron obligados a gestionar y a dirigir sus economías, aun cuando pretendiesen que se limitaban a estimular las fuerzas del mercado. Se demostró así que no existía en la práctica ninguna fórmula efectiva para reducir el peso del Estado.

Claramente, Chile fue la excepción. El neoliberalismo se aplicó casi sin restricciones y transformó al país en la estrella del concierto internacional, en los *jaguars de Latinoamérica*, como alguien dijo una vez. Los resultados de esta nueva concepción, que como dijimos comenzó a aplicarse en Chile en la década de los 70, se percibió definitivamente en los 80.

Así, por ejemplo, observamos a comienzos de esa década la creación de universidades privadas con el fin de satisfacer la creciente demanda de profesionales. La instalación en 1981 del sistema de Administradoras de Fondos de Pensiones, traspasando los ahorros desde el sistema estatal al

² Cit. E. J. Howbsbawn. Página 409.

privado, canalizándose a instrumentos de deuda en una primera etapa y cuatro años más tarde al mercado accionario. En 1985 observamos también el inicio de la privatización de empresas del Estado, ingresando al mercado accionario compañías de generación y distribución de energía eléctrica, telecomunicaciones, producción de acero, minería y agroindustriales. A partir de 1987 comienza el intento de aumentar la inversión extranjera en Chile. En ese contexto, se promulgó el Decreto Ley 600 y, dos años más tarde, se crearon los Fondos de Inversión de Capital Extranjeros (FICE). Asimismo, en 1990 observamos la colocación de acciones de la Compañía de Teléfonos de Chile en el mercado de los ADR's, marcando el ejemplo a muchas otras empresas para levantar recursos en Nueva York. Para terminar con los ejemplos, mencionemos la reciente puesta en marcha del Depósito Centralizado de Valores (DCV).

La aplicación del sistema neoliberal fue recibida con entusiasmo por la mayoría de los sectores nacionales; recordemos el famoso artículo escrito por Pablo Huneeus, *Credo del nuevo economista*, en la columna *La Vida Misma* de la Revista Ercilla, recopilado posteriormente en su libro *Lo Comido y lo Bailado*.

Sin embargo, a fines de la década de los 90 podemos apreciar un regreso al modelo keynesiano con el consecuente retorno al estancamiento que Chile tuvo desde la década de los 50.

Corolario de su época dorada en la economía, Chile dio el ejemplo de que es posible tener fe en la empresa privada como una política económica altamente eficiente. El modelo neoliberal fortaleció la iniciativa empresarial de los particulares, clave del auge económico que llevó a Chile a un gran standard económico.

De allí entonces esa arraigada inquietud nacional de invertir capital y esfuerzo en una empresa privada. Consecuencia positiva de la eficaz aplicación del neoliberalismo es que hoy aún podemos observar el mencionado *espíritu de empresa*.

Bajo el alero de esta concepción económica y fruto del espíritu señalado, surgieron en Chile las denominadas *PYME*. Este estrato mercantil representa definitivamente la fuerza económica de Chile, donde se concentra la mayor demanda de mano de obra y donde se refleja, con mayor rigor por cierto, la situación macroeconómica nacional.

El escenario provocado por el neoliberalismo resultó ser más resistente de lo que muchos economistas pensaron. Así vemos que hoy, no obstante el recio revés económico producido por la crisis asiática, el *espíritu de empresa*

sigue vigente con el fervoroso incremento de las empresas (sobre todo pequeñas) “*punto cl*” o “*punto com*”.

En efecto, estas emergentes microcompañías son el último ejemplo de la confianza que todos los agentes económicos depositan en las empresas. Por un lado, los particulares sienten que a través de ellas pueden desarrollar su iniciativa mercantil; y por otro, los contratantes aprecian con buenos ojos un negocio bien presentado.

La empresa individual

Una de las formas más antiguas de organización fáctica para el desarrollo de actividades económicas es la llamada *empresa individual* o *unipersonal*. Sin ir más lejos, el Derecho Mercantil surge en la Edad Media producto de la actividad de los gremios y corporaciones de comerciantes o mercaderes que se organizaron, precisamente, para defender con más fuerza sus intereses particulares.³

Por esa razón, las empresas individuales en casi todas las legislaciones del mundo tienen reconocimiento legal expreso. La reglamentación comercial y tributaria chilena no escapa a ello y regula con cierto detalle las actividades mercantiles que puedan desarrollar las personas naturales como empresarios individuales.

El Derecho Tributario reconoce y regula su existencia fundamentalmente en el Párrafo 2° del Título IV del Libro I del Código de la materia. El texto, como veremos más adelante, regula su conformación y eventual conversión en sociedad. Su creación obedece a un simple acto administrativo consistente en la presentación de la iniciación de actividades en el Servicio de Impuestos Internos; inscripción del particular en el Rol Unico Tributario sometiéndose al régimen tributario ordinario para las empresas que declaren su renta efectiva, calculada mediante contabilidad completa; y la declaración de un determinado capital. Cabe destacar que no se exige declarar un capital mínimo en la gestión; éste será proporcional al negocio proyectado.

La forma en que el Derecho Comercial chileno trata a las empresas individuales fue mencionada resumida y acertadamente por don Ernesto Rencoret Orrego en un Seminario de Derecho Tributario organizado por la Universidad Gabriela Mistral: “*La empresa es unipersonal cuando la actividad econó-*

³ Vid. *Manual de Derecho Comercial*. Ricardo Sandoval López. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 1981. Página 28.



mica que la constituye es ejercida por una personal natural. En nuestro ordenamiento la empresa individual se consagra y es regulada por el Derecho Comercial a través de la institución del comerciante. El estatuto jurídico del empresario de comercio se encuentra en el Libro I del Código de Comercio, aun cuando sus normas tienen una aplicación extensiva a la empresa colectiva”.⁴

Digamos finalmente que la Ley de Impuesto a la Renta sitúa a las empresas individuales en la misma categoría que a las sociedades y, por consiguiente, homologa el tratamiento tributario del empresario individual al de los socios de sociedades de personas.

Principio de la Unidad del Patrimonio

Siguiendo con nuestra revisión de las empresas individuales, detengámonos un momento en el principio de la Unidad del Patrimonio.

Esta institución civil puede ser resumida en dos conocidos aforismos que dicen: “El patrimonio de cada persona es uno e indivisible”, y “Toda persona tiene necesariamente un patrimonio y sólo uno”.

En virtud del principio de la Unidad del Patrimonio, un particular no dispone de medio alguno para aislar jurídicamente a la empresa de su acervo personal. En efecto, la empresa individual no tiene existencia jurídica ni patrimonio distinto al del empresario. La persona natural y la empresa unipersonal son un mismo sujeto; tienen el mismo patrimonio y por tanto los derechos y obligaciones contraídos por el empresario en el giro de su negocio son exigibles en todos sus bienes personales.

Así, los acreedores personales del particular pueden exigir la solución de sus créditos en los activos de la empresa, y viceversa.

El artículo 2465 del Código Civil contiene el denominado Derecho de Garantía General. En virtud de esta institución el empresario responde ilimitadamente por las deudas adquiridas en su negocio, arriesgando así su propio patrimonio. El imperio de esta disposición impide aislar jurídicamente el patrimonio y limitar la responsabilidad del empresario individual a los bienes destinados a la explotación del giro de su negocio.

Como resultado del principio de la Unidad del Patrimonio, fuertemente

⁴ Seminario de Derecho Tributario acerca de los Aspectos Tributarios de la Reorganización de Empresas, organizado por la Escuela de Derecho de la Universidad Gabriela Mistral en junio de 1999. Exposición del autor en relación al tema de la Transformación de Sociedades. Este seminario fue editado por la Universidad en su Revista “Temas”. Año IV N°s 1 y 2.

arraigado en nuestra legislación civil, la persona natural que se dedica a una actividad empresarial de forma individual no puede jurídicamente distinguir la responsabilidad de ese giro, de la suya propia.

Situación actual de la empresa individual chilena

Anticipamos recién que la Ley de la Renta, el Código Tributario y el Código de Comercio contemplan la alternativa de ejercer un negocio individualmente, atendido que se trata de una de las primeras formas de organización mercantil.

No obstante el enorme riesgo que significa aventurarse independientemente en un negocio, son muchos los patrimonios que operan organizados como empresas unipersonales en Chile.

Cabe destacar que no obstante el principio de la Unidad del Patrimonio, tributariamente está establecida la diferencia entre la empresa unipersonal y su dueño persona natural.

De este modo, para efectos impositivos el contribuyente recibe distinto trato: por un lado observa el tratamiento tributario aplicable a la empresa unipersonal; y por otro, el aplicable a su canasta familiar.

Se confirma esta apreciación con lo dispuesto por los artículos 66 y siguientes del Código Tributario. Bajo esta legislación, toda persona natural que desarrolle una actividad susceptible de ser gravada con el Impuesto de Primera Categoría, debe inscribirse en el Rol Unico Tributario.

Sin embargo, debemos señalar que en la actualidad el Servicio de Impuestos Internos no entrega a ese particular un número distinto. Así, su rol único tributario es idéntico a su rol único nacional, y el documento de respaldo también es el mismo: la cédula nacional de identidad. Esta situación, que indudablemente genera alteraciones tributarias, nos devuelve al principio de la Unidad del Patrimonio.

Volviendo a nuestro análisis, tributariamente, la actividad de la empresa unipersonal está gravada con el Impuesto de Primera Categoría calculado sobre la base de contabilidad completa y fidedigna. El empresario, en cambio, sigue tributando por su Global Complementario en la medida que efectúe retiros de utilidades tributables de la empresa.

Lo dijimos antes, las empresas individuales están en la misma categoría que las sociedades y el empresario individual recibe el mismo tratamiento tributario que los socios de sociedades de personas.

Ello quizás sea la única ventaja de este sistema de organización empresarial. Si la personal natural no efectúa retiros, posterga el pago del Impuesto Global Complementario, pudiendo controlar así el impacto impositivo de sus ingresos.

Si un particular ejerce una actividad gravada tributariamente en virtud de lo señalado por el artículo 42 N° 2 de la Ley de Renta, debe emitir la boleta correspondiente. Si el receptor de esa "actividad lucrativa" lleva contabilidad completa, deberá retener el 10% del monto señalado en la boleta; en caso contrario, el propio particular deberá declarar ese porcentaje como pago provisional mensual.

Este particular, independientemente de lo que haga con el dinero, deberá pagar el Impuesto Global Complementario utilizando como crédito lo anticipado a través de los PPM.

Pero si este particular está organizado como empresa individual, todas las rentas que reciba del negocio estarán gravadas con el Impuesto de Primera Categoría, y mientras no efectúe retiros, no pagará el Impuesto Global Complementario. Cuando lo haga, podrá usar como crédito contra ese impuesto, el 15% ya pagado.

Distorsiones

Lamentablemente, esta forma de organización empresarial produce varias distorsiones.

Sueldo Patronal

Por ejemplo, el artículo 31 N° 6 de la Ley de Impuesto a la Renta acepta como gasto tributario el denominado sueldo patronal, con un límite de 60 unidades de fomento. Esta institución resulta extraña de aplicar a las empresas unipersonales, no obstante lo dispuesto por la propia norma, puesto que la persona del empleador y del trabajador son la misma. Pero siguiendo rigurosamente las obligaciones prescritas por el Servicio de Impuestos Internos y la legislación laboral, es decir, observar un contrato de trabajo válido y el pago de las imposiciones correspondientes, se puede implementar el sueldo patronal no obstante la confusión de los sujetos.

Identificación del inversionista

Otro problema que se observa en este tipo de estructura es la determinación de quién efectúa una inversión. La persona natural puede efectuar retiros de su empresa individual hasta el monto del FUT. Bajo esta premisa, el particular puede retirar dinero ya sea para consumirlo o bien para reali-

zar alguna inversión. Cualquier inversión que efectúe este particular llevará su nombre, pero inicialmente no se podrá determinar si la hizo a título personal o por la empresa individual. La única forma de saber quién es el titular de la inversión es revisar si quedó o no registrada en la contabilidad de la empresa individual.

Tras consultar al departamento llamado "Ciclo de Vida del Contribuyente" del Servicio de Impuestos Internos, se nos informó que en la práctica la única forma de conocer al dueño de la inversión es viendo la Declaración de Renta. Si la inversión quedó registrada en la columna de los activos del registro contable de la empresa, fue ésta quien la efectuó. Si, en cambio, en esa contabilidad figura un retiro equivalente al monto de la inversión y ella es informada en la Declaración de Renta del particular, fue él entonces quien hizo la inversión.

Retiros para reinvertir

Una tercera distorsión la encontramos en el tratamiento tributario de los retiros para reinvertir que realice el empresario individual desde su empresa. La figura se contempla en el artículo 14 letra A) de la Ley de Renta.

En efecto, el numeral 1° de esa norma señala que "*Respecto de los empresarios individuales...*" incorporando expresamente entonces que pueden acogerse a lo señalado por la letra c) de la misma disposición. En ese sentido, si continuamos revisando la norma citada veremos que "*las inversiones a que se refiere esta letra sólo podrán hacerse mediante aumentos efectivos de capital en empresas individuales...*".

Surge entonces la pregunta: si una persona natural tiene dos empresas individuales constituidas conforme a derecho, ¿puede retirar rentas de una para luego reinvertirlas en la otra?

Algunos estudiosos opinan que no es posible, ya que aun cuando ambas empresas lleven contabilidad independiente, en el fondo, no hay tal reinversión. El empresario estaría simplemente sacando rentas de un bolsillo para luego ponerlas en el otro. Sin embargo, si nos regimos estrictamente por lo que dispone la ley, no se observan mayores inconvenientes.

Lenguaje inapropiado

Digamos, finalmente, que las empresas individuales son incluso reguladas en las transformaciones corporativas que puedan observar. Así, el artículo 69 del Código Tributario señala expresamente que podrán transformarse en sociedades de cualquier naturaleza bajo las condiciones allí establecidas.

Lamentablemente el lenguaje empleado por el legislador en esta materia es inapropiado, ya que una empresa individual no puede *convertirse* en una sociedad. Ese fenómeno está reservado para este último tipo de instituciones. Quizás el concepto más conveniente hubiere sido *constituirse en sociedades de cualquier naturaleza*.

Constituir entonces una sociedad

Durante este trabajo citaremos algunos pasajes de la Memoria de Prueba de don Marcos Libedinsky, redactada en 1957. Su tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales ha tenido a través de los años gran repercusión, tanto en los trabajos que se escribieron con posterioridad como en la labor legislativa que más adelante veremos en detalle.

Comencemos este capítulo citando entonces al ministro Libedinsky: *“El riesgo presente en toda actividad mercantil ha hecho que el comerciante trate de limitar la responsabilidad emergente de esa actividad azarosa por naturaleza”*. *“El comerciante procura poner a salvo su fortuna de los reveses y contratiempos inesperados que podrían ocasionarle su ruina; por ello el derecho mercantil se ha orientado hacia la delimitación de la responsabilidad patrimonial, reduciéndola a bienes individualizados afectos a las operaciones mercantiles, o limitándola a cierto valor predeterminado hasta cuya correspondencia se responda”*.⁵

Reiteremos que en nuestro actual sistema jurídico, la única forma que tiene el empresario de limitar su responsabilidad es constituyendo una entidad jurídica distinta dotada de patrimonio propio y personalidad jurídica. Es decir, una sociedad.

Así, la proliferación de sociedades, especialmente las colectivas de responsabilidad limitada, son un fenómeno evidente. De acuerdo a los índices del Registro de Comercio del Conservador de Bienes Raíces de Santiago, las inscripciones de constitución de sociedades (especialmente de responsabilidad limitada) dibujan en el gráfico una curva siempre ascendente. No obstante una pequeña contracción en el año 1999, los registros son los siguientes:

Año 1998: 9.705 inscripciones de constitución de sociedades.

Año 1999: 9.405 inscripciones de constitución de sociedades.

Año 2000: 6.752 inscripciones. (hasta el mes de septiembre).⁶

⁵ Marcos Libedinsky Tschorne. *La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada*. Editorial Universitaria S.A. Santiago, Chile, 1959. Página 16.

⁶ Índice proporcionado al autor por el Conservador de Bienes Raíces de Santiago. Agrega además que hasta septiembre del año 2000 se han inscrito en el Registro de Comercio un total de 25.862 extractos de constitución de sociedades.

En muchos casos y de acuerdo a lo señalado, la constitución de la sociedad no obedece a un real ánimo societario; forzosamente debemos decir que a veces se constituyen con el único fin de limitar la responsabilidad del empresario.

Es natural que el comerciante individual sienta la necesidad de limitar su riesgo y marginar de sus actividades mercantiles parte de su patrimonio. Don Marcos Libedinsky agrega en este tema lo siguiente: "Tenemos así que la limitación de la responsabilidad es una manifestación de la tendencia natural a la defensa del patrimonio, sobre el cual se afirma la libertad de acción individual y familiar. Ningún principio ético es vulnerado cuando se circunscribe la responsabilidad del deudor respecto a ciertos bienes exclusivamente. Más bien una razón de equidad propone que las contingencias emergentes de una actividad riesgosa sean asumidas, exclusivamente, con aquellos bienes que se comprometen en ella, pues se determina así una división de los riesgos".⁷

La formación de sociedades con el único fin de limitar la responsabilidad obviamente conduce a fraudes, obligando al real interesado a asociarse con particulares creando sociedades ficticias o de papel, con todos los problemas personales y comerciales que acarrea.

El empresario deberá buscar así a una persona que esté dispuesta a ser su socio. Para tentarlo le asignará una participación mínima en el capital social con el fin de reducir al máximo sus obligaciones con terceros; pero nunca podrá sustraerlo totalmente de responsabilidad. Como contrapartida le ofrecerá entonces compartir en una mayor proporción las utilidades provenientes del negocio.

Definitivamente, asociarse conlleva un compromiso bastante serio. El testaferro o socio ficticio asume su cuota de responsabilidad ante el fracaso del negocio y es probable que por "hacerle un favor a un amigo" se vea envuelto en conflictos legales, aun cuando su participación en la sociedad sea mínima.

Frente a esa posibilidad, el socio no interesado buscará conocer los avances del negocio, y si bien es probable que el giro social no sea de su interés, sí le preocuparán las decisiones que el empresario tome. Su propia responsabilidad está en juego.

Comienzan entonces los problemas internos. El socio no siempre está dispuesto a dejar totalmente el control del negocio al empresario. Aunque es normalmente este último quien tiene la administración y el uso de la razón

⁷ Ob. cit. Marcos Libedinsky T. Página 17.

social, el testamento no suele dejar libremente el control de las decisiones. ¿Cuándo surge el conflicto interno? Cuando el empresario desea asumir más riesgos de los que el socio ficticio está dispuesto a tolerar.

La sociedad de responsabilidad limitada, sistema corporativo más aplicado en nuestros días, permite al empresario separar su patrimonio. El aporte que deberá hacer opera como un verdadero título traslativo de dominio que le permite limitar el riesgo del giro hasta el monto del aporte.

La instalación de una sociedad de responsabilidad limitada permite no sólo incrementar la iniciativa empresarial, sino también aprovechar todos los beneficios que la institución ofrece. Entre esos beneficios están todos los incentivos impositivos y tributarios que la Ley de Renta ofrece a las sociedades colectivas.

Es probable que la creación de una sociedad sea efectivamente una buena decisión para los empresarios. Sin embargo, muchos particulares son reacios a formar parte de sociedades, sean reales o simuladas, y por otro lado la legislación actual los obliga a constituir una, pese a que para efectos de la actividad baste una sola persona.

En doctrina

Todos los problemas señalados en los capítulos anteriores son consecuencia inmediata de la absoluta imposibilidad que existe en Chile de crear empresas unipersonales con independencia patrimonial del empresario, es decir, una *empresa individual de responsabilidad limitada* (en adelante *EIRL*). No es posible crear una empresa individual con nombre propio, con domicilio o con patrimonio propios; esto es, con los atributos de la personalidad que le conferirían una existencia jurídica independiente de su dueño.

No obstante la trascendencia de este tema, doctrinariamente en Chile no se aprecia gran entusiasmo por analizarlo. Los antecedentes escritos más destacables aparecen en las Memorias de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de los siguientes abogados: Gastón Cruzat,⁸ Godofredo Stutzin,⁹ Marcos Libedinsky,¹⁰ (citado ya en este artículo) y Claudia Avello Muñoz.¹¹

⁸ Gastón Cruzat Paul, *Patrimonios de Afectación – La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada*, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, 1945.

⁹ Godofredo Stutzin, *Algunas Consideraciones sobre la Noción Jurídica de Patrimonio*, Memoria de Prueba, Universidad de Chile, 1945.

¹⁰ Marcos Libedinsky, *La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada*, Memoria de Prueba, Editorial Universitaria S.A., Santiago, 1959.

¹¹ Claudia Isabel Avello Muñoz, *La Empresa Individual de Responsabilidad Limitada*, Seminario de Titulación, Universidad de Concepción, 1992.

No encontramos más trabajos de relevancia que los mencionados. Pareciera ser que la inquietud por instalar en el país este tipo de instituciones sólo se siente en el ambiente, o llega por influencia de países vecinos.

Legislación extranjera

A propósito de las influencias de países vecinos, debemos señalar que la institución se ha regulado en legislaciones extranjeras de distintos modos. Específicamente, se observa que el mismo fin se ha logrado a través de tres mecanismos distintos, a saber:

Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (EIRL)

Este modelo consiste en conferirle personalidad jurídica a la empresa individual. Atendido que se trata de la fórmula que al parecer se quiere implementar en Chile, dejaremos su estudio al siguiente capítulo.

Se observa con mayor presencia en los países hispanoamericanos, destacándose las legislaciones de Paraguay, en virtud de la Ley N°1.034, promulgada el 16 de diciembre de 1983; de El Salvador; de Costa Rica, gracias a la Ley N° 4.327, del 17 de febrero de 1969; y del Perú, en razón del Decreto Ley N° 21.621, del 14 de septiembre de 1974.

Sociedad Unipersonal

Este esquema consiste en permitir que las sociedades estén compuestas por un solo socio. Esta idea parece errónea etimológicamente, ya que *societas* indica una reunión de personas. Pero la impropiedad resulta ser la idea más apropiada legislativamente, por su similitud con la sociedad tradicional, de la cual, en definitiva, obtiene su origen.¹²

Esta solución parece ser la posición intermedia entre las sociedades y la empresa individual, pero con una serie de ventajas, ya que para efectos legales recibe el mismo tratamiento que las sociedades ordinarias.

Es decir, el modelo permite que la sociedad unipersonal pueda, por ejemplo, crear filiales o formar parte en grupos de sociedades. Así, una sociedad unipersonal podría ser parte de un holding corporativo, establecer agencias alrededor del mundo o ser la matriz de un conjunto de sociedades coligadas, pudiendo ser éstas pluripersonales o nuevamente individuales.

Mucho se cuestionó la ausencia de la *affectio societatis* en las sociedades

¹² Ver presentación de Lucio Miguel Vietti Colomé titulada *Sociedades de Un Solo Socio*, en el XII Congreso Nacional de Jóvenes Abogados, organizado por el Colegio de Abogados de Santa Fe, Argentina, en San Carlos de Bariloche, en mayo de 1999.

unipersonales. Sin embargo, la doctrina francesa estimó que ese elemento sí está presente, aunque con otro contenido. Los autores dijeron que la *affectio societatis* consiste en este caso en la voluntad del único socio de comportarse efectivamente como socio. Es decir, debe respetar el objeto social, velar por el interés social y evitar confundir o mezclar los bienes personales con los sociales.

La forma jurídica *Sociedad Unipersonal* fue adoptada fundamentalmente por los países europeos. Se destacan las legislaciones de Alemania, en virtud de la Ley del 11 de julio de 1980; de Francia, con la Ley 85-697, del 11 de julio de 1985; de Bélgica, por la Ley del 14 de julio de 1987; de Suiza, y de los Países Bajos.

Patrimonio de Afectación

Finalmente, se observa la regulación de la institución a través del llamado *Patrimonio de Afectación*, que se cristalizó casi exclusivamente en Portugal. Aquí se permite expresamente la separación de patrimonios basada no tanto en la afectación empresarial, sino en el establecimiento de comercio. Así, el interesado afectará al establecimiento individual de responsabilidad limitada una parte de su patrimonio, cuyo valor representará su capital inicial.

Según la Exposición de Motivos de esta ley portuguesa, la distinción se fundamenta en la diferencia conceptual de los términos *empresa* y *establecimiento de comercio*. Si bien ambos conceptos hacen alusión a un solo objeto de derecho, la palabra *empresa* designa con mayor propiedad la actividad del empresario. Esto es, una actividad organizada para la producción y la circulación de bienes y servicios con su objetivo en el mercado y en el lucro. *Establecimiento de comercio*, en cambio, se refiere al conjunto organizado de medios por el cual el comerciante explota su empresa.

De esta manera la fórmula dice que se aísla del patrimonio del titular no una empresa, sino un establecimiento de comercio.

El esquema *Patrimonio de Afectación* es observado casi exclusivamente en Portugal, en virtud del Decreto Ley 248/86 del 25 de agosto.

Proyectos de ley chilenos

La *EIRL* ha visto en Chile tres intentos por lograr reconocimiento legal.

La primera iniciativa data del año 1974, cuando la Sindicatura de Quiebras de Concepción encargó la redacción de un anteproyecto al síndico don Héctor Oberg Yáñez.

Este ensayo de decreto ley, presentado finalmente por el Síndico General de Quiebras, fue sometido a la consideración de la Secretaría de Justicia por oficio número 151, del 13 de marzo de 1975, y se vio unido a las siguientes fuentes internacionales: a) Jornadas de Derecho Comparado chileno-uruguayas efectuadas en 1958; b) Proyecto de la Ley Tipo aprobado por el XVI Congreso Interamericano de Abogados celebrado en Caracas en 1968; c) Código de Comercio de Costa Rica; y d) el anteproyecto confeccionado por el síndico de quiebras don Alejandro Silva Bascuñán.

El segundo proyecto es resultado de la moción de los senadores Olga Feliú y Sergio Fernández, acordado en la sesión del 8 de mayo de 1991. Esta iniciativa se encuentra aún en trámite y en su breve mensaje alude a la necesidad de incrementar la iniciativa individual creadora, señalando que el subdesarrollo económico también tiene una raíz de índole jurídica. Agrega que *"la facilidad para constituir sociedades ha sido una preocupación que sobresale en la relativamente reciente legislación, pero subsiste la obligación de involucrar a terceros que carecen de un interés directo en la marcha de la empresa, por lo que se tiene que recurrir a testaferros para dar existencia a la empresa; lo contrario implica arriesgar todos los bienes personales, incluso los de la familia"*.

El tercer y último proyecto (al menos hasta el día de redacción de este artículo) es de fecha 2 de agosto del año 2000 y fue resultado de la moción de los diputados Bertolino, Fossa, Prokurica, Vilches, Alvarado, Mora, Mesías, Recondo, Rocha y Pérez.

Características del segundo y tercer proyecto

Se observa con toda claridad que el segundo proyecto (con mayor probabilidad de éxito por el avance de su tramitación) está formulado con riguroso apego al diseño propuesto por don Marcos Libedinsky en su trabajo ya citado. Podríamos decir que prácticamente es la cristalización de su boceto, ya que toda su estructura resulta casi una repetición del articulado propuesto por el autor hace 44 años.

De ese hecho surge la primera crítica. Tras la redacción de la Memoria de Prueba en 1957, muchos países ya legislaron sobre el tema, cristalizando allí todos los estudios e investigaciones relacionadas. No obstante que el trabajo del ministro, y particularmente su proyecto de legislación, representan a la fecha un trabajo notable, podemos observar que legislaciones muy cercanas a la chilena son mejores modelos de referencia.

En efecto, la Memoria de Prueba se redactó antes que los países hispano-americanos legislaran sobre la materia y probaran los modelos elegidos. Creemos que es más eficiente centrar la vista en los sistemas que actualmente se aplican con éxito que en la obra del ministro.

Así llegamos al tercer proyecto. A primera vista pareciera que la moción es más modesta que la anterior, ya que su texto es ostensiblemente más breve. Sin embargo, lo que hace es eliminar una serie de trabas que examinaremos a continuación.

Adelantemos también que esta iniciativa es muy similar al modelo legal que instituyó Costa Rica, legislación que a nuestro juicio es la mejor referencia para Chile.

Ese país, como ya vimos, incorporó a su legislación comercial la institución *EIRL* con probado éxito. Varios empresarios individuales de esa nación no sólo desafían en igualdad de condiciones a consolidadas sociedades comerciales, sino que además se han atrevido a competir en el área de la inversión extranjera.

Este último hecho demuestra que su estructura corporativa es altamente eficiente y susceptible de presentarse en la vida económica como una entidad confiable y "responsable".

Muchos autores han criticado el modelo de Costa Rica por su escueta regulación legal. Reprochan la escasez de artículos en su ley creadora y la insuficiente protección a los acreedores personales del empresario individual. Más adelante veremos que tanto el modelo del ministro Libedinsky como el Segundo Proyecto de Ley chileno confieren grandes derechos y facultades a los acreedores personales del empresario para impedir la formación de una compañía individual. Asimismo, ambos textos contemplan altas exigencias económicas al interesado, como la obligación de crear un fondo de reserva con el fin de resguardar las acreencias de terceros.

La legislación del país centroamericano, y por lo tanto el Tercer Proyecto de Ley chileno, omite todo tipo de limitación a la formación de empresas individuales, sin observarse fraudes que ameriten implementar garantías adicionales a los acreedores del empresario.

Antes de seguir con la lectura de este artículo, sugerimos avanzar algunas páginas hasta los anexos. Allí están transcritos los textos completos del Proyecto de Ley de 1991 (Anexo N° 1), del Proyecto de Ley del año 2000 (Anexo N° 2) y de la Ley 4.327, de 1969, que introdujo las *EIRL* en el Código de Comercio de Costa Rica (Anexo N° 3).

Observaciones al Proyecto de 1991

Es urgente legislar sobre la materia, ya que una vez más la velocidad de los cambios de la actividad mercantil ha dejado atrás sus regulaciones jurídicas.

Citemos una vez más al ministro Libedinsky: *"El comercio reclama para sí normas rápidas, evolutivas, adaptadas renovadamente a las mutaciones que en su seno se producen; las instituciones comerciales progresan incesantemente y a raíz de ello la formulación positiva de la ley, en esta materia con mayor frecuencia que en otras, resulta muchas veces estática para encuadrar las necesidades surgidas de la vida real acelerada y cambiante"*.¹³

El Proyecto de Ley de 1991 contiene numerosos méritos, pero también serios defectos. Destaquemos los más importantes de unos y otros.

Méritos

1) Homologación de las normas de constitución a las de las sociedades.

Este aspecto nos parece particularmente positivo. Existe ya cierta familiaridad con las normas para constituir sociedades y definitivamente creemos que los requisitos son prudentemente estrictos, razonablemente severos y ajustados a criterios ponderados.

Tanto en lo referente al contenido y forma del acto constitutivo como a las exigencias de inscripción de un extracto en el Registro de Comercio del Conservador de Bienes Raíces y de publicación por una vez en el Diario Oficial, no se observan mayores críticas. Se garantiza con estos trámites una adecuada y moderada seriedad, formalidad y publicidad del acto constitutivo.

2) Presencia obligatoria de inspectores de cuenta (Art.15 inc. 2°).

A nuestro parecer este requisito debiera ser uno de los pocos en prosperar. El rol que cumplen estos inspectores en las sociedades anónimas, especialmente en las abiertas, se traduce en una suerte de vigilancia a la economía interna de la compañía. Esto repercute directamente en la imagen que la sociedad proyecta a los terceros que contratan con ella y confiere una garantía adicional al cumplimiento de las obligaciones contables y tributarias.

Por eso nos parece razonable incluir la institución dentro de las obligaciones o requisitos de constitución y funcionamiento de las EIRL.

¹³ Ob. cit. Marcos Libedinsky. Página 12.

3) Facultad fiscalizadora del Servicio de Impuestos Internos (Art. 16).

Esta potestad que el Proyecto confiere al Servicio nos parece razonable, aunque innecesaria de consagración especial, pues la legislación tributaria le otorgó ya suficientes facultades para fiscalizar y controlar las operaciones y deberes tributarios de los contribuyentes en general.

Defectos

1) No señala si le será aplicable la Ley 19.499 sobre saneamiento de vicios formales en las escrituras públicas correspondientes.

Dijimos más arriba que las normas de constitución de una *EIRL* son muy similares a las de constitución de sociedades. Si la intención del legislador fue precisamente homologar las disposiciones, debiera el Proyecto entonces incluir la posibilidad de aplicar la Ley 19.499 a los vicios formales que las escrituras de constitución o modificación presenten.

La mención es necesaria, ya que la mencionada ley lógicamente no incluye en el segundo inciso de su artículo 1° a las *EIRL*.

2) Exigencia de un capital inicial mínimo (Art. 8°).

Actualmente, ningún precepto legal chileno exige capital mínimo para constituir una sociedad. Tampoco lo hace el Código Tributario cuando reglamenta la creación de empresas unipersonales. Vimos más arriba que se ordena la declaración de un cierto capital, pero en ningún caso exige un monto mínimo.

Nos parece inapropiado entonces que sí se exija para la creación de una *EIRL* un capital mínimo de 15 UTA. Creemos que esta obligación carece de fundamento y sentido. Su imperio no hará otra cosa que restringir innecesariamente la iniciativa particular de formar esta institución. Por lo demás representará un elemento extraño a la legislación civil y comercial, que en todos sus textos evita condicionar la creación de entidades (corporaciones, fundaciones o sociedades) a la hacienda de los interesados y titulares.

3) Obligación de depositar los aportes en dinero en una cuenta corriente bancaria (Art. 8° inc. 3°).

Esta obligación es otra restricción, a nuestro parecer, inapropiada. Bien sabemos que la obtención de una cuenta corriente está sujeta a las instrucciones de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, a la ley del ramo y por sobre todo a los criterios y normas internas de los bancos comerciales.

Salvo muy excepcionales casos, la obtención de una cuenta corriente bancaria no depende del interesado, sino de la aquiescencia y disposición del banco comercial. De mantenerse esta obligación, estaríamos ante la eventualidad de una empresa que no pueda operar porque ningún banco quiere abrirle una cuenta corriente.

Sabemos perfectamente que para otorgar cuentas o créditos a los comerciantes, los bancos requieren antecedentes comerciales impolutos, un respaldo económico razonable y por sobre todo cierta antigüedad operacional. Por regla general, una sociedad no puede obtener cuenta corriente antes de seis meses de operaciones comerciales efectivas demostradas con facturas, pagos de IVA o declaraciones de renta. Por eso, y a menos que se obligue coercitivamente a los bancos, son escasas las posibilidades de obtención de una cuenta corriente a los sesenta días del otorgamiento de la escritura respectiva. (El Proyecto ni siquiera exige que un extracto de esa escritura se haya inscrito y publicado, antecedentes que invariablemente exigen los bancos).

Por todo lo dicho, esta obligación debiera ser eliminada. Mezcla asuntos totalmente distintos e impone a los interesados obligaciones que no necesariamente son de su voluntad cumplir.

4) Derecho de oposición a la constitución y modificación por parte de los acreedores (Art. 10 y Art. 16 inc. 2°).

No cabe duda que una de las principales inquietudes del Sr. Libedinsky era la posibilidad de que la creación de esta institución se transformara en una herramienta para defraudar a terceros acreedores. En efecto, a ojos del ministro, la confección de una *EIRL* podría permitir al empresario vulnerar los intereses de sus acreedores aportando todos sus bienes a esta nueva empresa.

Sin embargo, el mismo riesgo podemos observarlo en las sociedades. Perfectamente un particular podría asociarse a otra persona con el único fin de transferir a la sociedad todos sus bienes embargables. Esa transferencia puede hacerse tanto como aporte al constituirse la sociedad, como durante su vigencia, a través de una compraventa simulada o de un aumento de capital.

Ese riesgo es cierto y no cabe duda que muchos deudores han recurrido a este tipo de maniobras fraudulentas con el fin de evadir sus responsabilidades. Pero ello no ha motivado la ampliación de las restricciones a la constitución de sociedades, no al menos como la que se pretende introducir a las *EIRL*.

Creemos que estas restricciones nuevamente condicionan de manera excesiva la creación de la institución que nos ocupa. No nos parece razonable crear limitaciones o cortapisas aisladas en nuestra legislación. Si el legislador quiere proteger los intereses de los acreedores, deberá entonces fortalecer las acciones legales que resguarden sus derechos, pero bajo ningún concepto puede limitar otros. Si la idea es evitar fraudes, debiera entonces robustecerse el derecho de garantía general y la acción pauliana o revocatoria, pero no restringir legítimos derechos de los particulares.

Debemos considerar también que no necesariamente un particular con deudas vigentes constituirá una *ERL* con el fin de perjudicar a sus acreedores. Es una eventualidad cierta, desde luego; pero la implementación de la medida cuestionada no es otra cosa que la presunción del dolo, escenario estrictamente prohibido por el Derecho Civil. Así, un particular verá indebidamente coartada su libertad contractual porque esta ley estará presumiendo su dolo a través del derecho de oposición que entrega a los acreedores.

Son dos caminos distintos para llegar al mismo lugar. El destino es evitar que los particulares evadan responsabilidades civiles y comerciales ocultando furtivamente aquellos bienes que permitirían a los acreedores hacer efectivos sus créditos. Los caminos son dos, pero a nuestro parecer sólo uno es realmente practicable.

Una vía es limitar la iniciativa y la libertad de contratación de los deudores, coartándoles legítimos derechos ante una eventualidad incierta como es el fraude a los acreedores. Lo dijimos recién, es altamente probable que un particular recurra a esta institución para eludir su responsabilidad; pero es necesario probar ese ánimo fraudulento, no cabe al legislador presumirlo.

La otra vía, a nuestro parecer la correcta, es vigorizar los derechos procesales de los acreedores. Puede practicarse esta idea a través de la creación de nuevas acciones legales o del fortalecimiento de los ya mencionados derecho de garantía general y acción pauliana.

5) Obligación de formación de un fondo de reserva (Art.17).

Nuevamente estamos viendo con esta obligación una indebida defensa para los acreedores. Sin el ánimo de repetir lo dicho en los numerales anteriores, agreguemos que esta restricción coarta la libre gestión financiera de los empresarios. Existe una serie de criterios económicos para decidir el destino de los recursos generados por el giro de la empresa. El empresario individual es el único autorizado para determinar si las utilidades generadas por la empresa se deben reinvertir, distribuir o capitalizar. La decisión

la tomará considerando sus objetivos financieros, sus proyecciones y todas las variables económicas que estime conveniente considerar.

Por ello no vemos por qué nuevamente el legislador está regulando materias que no le competen. Esta obligación restringe ilícitamente la autonomía de la voluntad del empresario y obstaculiza su libertad para determinar el mejor destino de las utilidades de su empresa.

Repitamos que si el legislador desea asegurar los intereses de los acreedores, deberá fortalecer sus derechos civiles o comerciales, pero no restringir arbitrariamente legítimos derechos de otras personas.

6) Establecer que la empresa terminará por quiebra (Art. 20 letra f).

Creemos que esto no es otra cosa que un error jurídico. Recordemos que los efectos de la sentencia declaratoria de quiebra son el desasimiento, la prohibición de que obren compensaciones legales tras la apertura, la acumulación de procesos y la suspensión del derecho de los acreedores de ejecutar individualmente al fallido.

La declaración de quiebra es una sentencia que importa un reconocimiento de insolvencia, pero no tiene el efecto de terminar con la empresa.

Sea que la empresa esté organizada como sociedad o como *EIRL*, no puede ser declarada disuelta, ya que el tribunal carece de competencia para resolver derechos que no están afectados por el desasimiento.

Nada obsta, en todo caso, a que el propio empresario pueda pedir la terminación de la *EIRL* al igual que los socios pueden solicitar la disolución de la sociedad ya declarada en quiebra. Pero es necesario, para ello, que se inicie el proceso correspondiente, ya que la terminación o disolución debe ser declarada por sentencia judicial.

Recordemos también que el derecho a pedir la terminación o disolución sólo compete al empresario y a los socios, pero bajo ningún concepto a los acreedores. Sus créditos son contra la *EIRL* o contra la sociedad, pero no contra los derechos del empresario o los socios.

La empresa se mantiene vigente y con ello la personalidad jurídica del empresario. De otra forma no se explica, por ejemplo, que la junta de acreedores pueda decidir la continuación del giro de la compañía.

Quizás la citada norma del proyecto de ley debiera decir que la *EIRL* terminará por "insolvencia" de la empresa. Pero esto también nos lleva a la

vieja discusión de si la insolvencia conlleva la pérdida total o parcial del objeto.

En efecto, si estimamos que la insolvencia conlleva la pérdida total de la cosa, la empresa termina de pleno derecho. En cambio, si sostenemos que sólo implica la pérdida parcial, constituimos entonces una causal para solicitar su término.

De acuerdo a la opinión de don Juan Esteban Puga Vial, atendida la naturaleza misma del fenómeno (siempre voluble, fluctuante y remontable), la insolvencia se asemeja más a la pérdida parcial del objeto.

En definitiva, creemos que es un error jurídico incluir en el proyecto de ley que la empresa terminará por la quiebra de la empresa.

Observaciones al Proyecto del año 2000

Algo anticipamos ya de esta iniciativa. El estudio de su contenido nos permite apreciar que intenta simplificar la formación de las *EIRL* eliminando todas las restricciones que incluye el proyecto anterior.

Creemos firmemente que las normas en general deben estar redactadas en términos simples para evitar conflictos innecesarios sobre su interpretación; deben tener contenido preciso, un objetivo claro y definido, pero por sobre todo invitar a los obligados a cumplirla, no a soslayarla. Esa invitación será el resultado de mandatos imperativos y prohibitivos que cristalicen criterios razonables y prudentes o sean la consolidación escrita de la equidad.

Este proyecto tiene la gran virtud de eliminar las cortapisas de la iniciativa anterior, que de prosperar sólo lograrán la búsqueda de mecanismos de burla y soslayo; o peor aún, hará que tengamos una ley con un objetivo notable, pero de escasa aplicación.

La simplicidad observada en el Proyecto del año 2000 es su gran virtud, pero al mismo tiempo su gran defecto. Omita reglamentar una serie de situaciones que necesariamente deben quedar claras. Por ejemplo, las causales de disolución de la *EIRL*.

La técnica para regular esos eventos no contemplados es la remisión que su artículo final hace a la Ley N° 3.918, sobre sociedades de responsabilidad limitada. La idea es buena, pero insuficiente, porque la ley remitida es a la vez bastante escueta, ya que hace constantes remisiones también, aunque en esta oportunidad al Código de Comercio.

Demasiadas etapas para una sana interpretación. Son muchos los pasos que el intérprete deberá dar para determinar la norma aplicable.

Por eso mencionábamos que la técnica legislativa empleada por Costa Rica para introducir a las *EIRL* en su ordenamiento comercial es el mejor referente para Chile.

Sin embargo, al revisar su texto veremos que la simplicidad de su articulado es tan manifiesta como el Tercer Proyecto, y deja los mismos vacíos. La diferencia está en que la ley que creó la institución en ese país fue insertada en el propio Código de Comercio, por lo que no fue necesario hacer ninguna remisión ni ahondar en su contenido. De hecho, las *EIRL* en el Código de Costa Rica están el Capítulo Segundo del Título I del Libro I. El Capítulo Primero lleva por encabezado "De los Comerciantes", y el Capítulo Tercero, "De las Sociedades". Así, vemos con toda claridad que la sencillez de su reglamentación es fruto de una hábil ubicación de la institución.

Conclusión

Creemos que ninguno de los proyectos chilenos en actual tramitación satisface la necesidad jurídica y comercial de contar con las *EIRL*. Asimismo estimamos que la solución de Costa Rica no puede ser copiada en integridad, ya que implicaría modificar el Código de Comercio, escenario que aparentemente no se analiza.

Por otro lado, vimos detalladamente que ambos proyectos presentan virtudes y desventajas. Así, y con el fin de contribuir con este artículo a encontrar una solución y no limitarlo al solo plano crítico, creemos que es preciso extraer algo de cada uno los méritos observados y lograr así un acertado proyecto de ley.

Para ello y como conclusión a este trabajo, queremos proponer un texto de Ley que combina los méritos de los anteriores y elimina sus desventajas.

Artículo 1º. Se autoriza a toda persona natural capaz de ejercer el comercio para constituir una empresa individual de responsabilidad limitada, con sujeción a las normas de esta ley. Las personas jurídicas no podrán constituir ni adquirir empresas de esta índole.

Artículo 2º. La empresa individual de responsabilidad limitada es una persona jurídica con patrimonio propio distinto al del titular, es siempre comercial y está sometida al Código de Comercio, cualquiera que sea su

objetivo; podrá realizar toda clase de operaciones civiles y comerciales, excepto las reservadas por la ley a las sociedades anónimas.

Artículo 3°. La constitución se hará por escritura pública, en la cual constará el estatuto de la empresa, que deberá expresar:

- a) Nombre, apellidos, nacionalidad, estado civil, edad y domicilio del constituyente;
- b) Nombre de la empresa, al que deberá agregarse la expresión "Empresa Individual de Responsabilidad Limitada" o las iniciales "E.I.R.L.";
- c) El capital inicial, sea que consista en dinero, en créditos o en cualquiera otra clase de bienes; el valor que se asigne a los aportes que consistan en muebles o inmuebles; y la forma en que deba hacerse el justiprecio del mismo aporte en caso que no se les haya asignado valor alguno;
- d) La actividad económica específica que constituirá el objeto o giro de la empresa;
- e) La declaración de que la empresa responderá por las obligaciones que ella contraiga dentro de su giro sólo hasta el monto de su capital;
- f) El domicilio de la empresa;
- g) Plazo de duración de la empresa indicando la fecha de inicio y término de las operaciones;
- h) La designación de los inspectores de cuentas que deberán fiscalizar el primer ejercicio de la empresa; e
- i) Las demás estipulaciones que señale el constituyente.

Artículo 4°. Un extracto del estatuto autorizado por el notario ante quien se otorgó la escritura deberá inscribirse en Registro de Comercio correspondiente al domicilio de la empresa y publicarse por una sola vez en el Diario Oficial dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de su otorgamiento. El extracto de la escritura contendrá las indicaciones expresadas en las letras a) a la g) del artículo anterior.

Artículo 5°. Las modificaciones al acto constitutivo deberán observar las solemnidades del artículo anterior, de las que se deberá tomar nota al margen de la inscripción original, sin lo cual no producirán efectos respecto de terceros.

Artículo 6°. La omisión de alguna de las solemnidades de los artículos anteriores importará la nulidad absoluta del acto respectivo. El saneamiento de vicios formales que puedan acarrear la nulidad de la constitución o modificación de una empresa individual de responsabilidad limitada deberá sujetarse a las disposiciones contenidas en la Ley 19.499.

Artículo 7°. Son actos de la empresa los ejecutados bajo el nombre y representación de ella por su administrador.

La administración corresponderá al titular de la empresa, el que podrá ejecutar todos los actos y contraer toda clase de obligaciones, dentro del giro de aquella y bajo su nombre y representación.

El titular, o su mandatario debidamente facultado, podrá designar un gerente general, que tendrá todas las facultades del administrador, excepto las que excluya expresamente, mediante escritura pública que se inscribirá en el Registro de Comercio del domicilio de la empresa y se anotará al margen de la inscripción estatutaria. Lo dispuesto en este inciso no obsta a la facultad del titular de conferir mandatos generales o especiales para actuar a nombre de la empresa, por escritura pública que se inscribirá y anotará en la forma señalada en este inciso.

Las notificaciones judiciales siempre podrán practicarse válidamente al titular de la empresa, no obstante las facultades de recibirlas que se hayan otorgado a uno o más gerentes o mandatarios.

Artículo 8°. El empresario deberá designar uno o más inspectores de cuentas o auditores externos con el objeto de que examinen la contabilidad y demás estados financieros y vigilen las operaciones y fiscalicen las actuaciones de la administración, así como el fiel cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y estatutarias de la empresa individual de responsabilidad limitada.

Artículo 9°. La empresa individual de responsabilidad limitada terminará:

- a) por voluntad del empresario;
- b) por la llegada del plazo o el evento de la condición previsto en el estatuto;
- c) por el cumplimiento de su objeto;
- d) por insolvencia y extinción de la o las cosas que forman su objeto; y
- e) por la muerte del titular.

Artículo 10. En lo no previsto por esta ley, estas empresas se regirán por las reglas establecidas para las sociedades colectivas.



ANEXO N° 1

Proyecto de ley chileno del año 1991

Artículo 1°. Se autoriza a toda persona natural capaz de ejercer el comercio para constituir una empresa individual de responsabilidad limitada, con sujeción a las normas de esta ley.

La mujer casada, en el ejercicio de una profesión, industria, empleo u oficio separado del de su marido, y el menor adulto en la administración de su peculio profesional o industrial, no necesitarán de autorización alguna para constituirla.

Artículo 2°. La empresa individual de responsabilidad limitada es una persona jurídica con patrimonio propio distinto al del titular, es siempre comercial y está sometida al Código de Comercio cualquiera que sea su objetivo; podrá realizar toda clase de operaciones civiles y comerciales, excepto las reservadas por la ley a las sociedades anónimas.

Artículo 3°. La constitución se hará por escritura pública, en la cual constará el estatuto de la empresa, que se inscribirá y publicará con arreglo a los artículos 4° y 5°.

Artículo 4°. En la escritura, el constituyente expresará:

- a) Nombre, apellidos, nacionalidad, estado civil, edad y domicilio del constituyente;
- b) Nombre de la empresa, que contendrá, al menos, el nombre y apellido del constituyente, y deberá concluirse con las palabras "empresa limitada" o las abreviaturas "Ltda." o "E.L.".
- c) El monto preciso del capital inicial afecto y que se compromete en la empresa, y la indicación de si se aporta en dinero o en especies y, en este último caso, el valor que les asigna con los antecedentes fidedignos que justifiquen esa estimación;
- d) La actividad económica específica que constituirá el objeto o giro de la empresa; si fuere el comercio o la industria, deberá indicarse el ramo específico de éstos;
- e) La declaración de que la empresa responderá por las obligaciones que ella contraiga dentro de su giro sólo hasta el monto de su capital y reservas;
- f) El domicilio de la empresa;
- g) Las normas básicas a que se sujetarán la confección del balance general anual y demás estados financieros, los que se harán, por lo menos, al 31 de diciembre de cada año calendario, y
- h) Plazo de duración de la empresa, sin perjuicio de su prórroga.

Artículo 5°. Un extracto del estatuto autorizado por el notario ante quien se otorgó la escritura, y que resumirá los elementos que exige el artículo anterior, se inscribirá en el registro de comercio del domicilio de la empresa y se publicará por una vez en el Diario Oficial, dentro de los sesenta días siguientes a la fecha de la escritura.

Artículo 6°. El aumento o disminución de capital, la terminación anticipada, la prórroga y, en general, toda modificación del acto constitutivo, deberán observar las solemnidades del artículo anterior, de las que se deberá tomar nota al margen de la inscripción original, sin la cual no producirá efectos respecto de terceros.

Artículo 7°. La omisión de alguna de las solemnidades de los artículos 4° y 5°, o de alguna de las referidas en el artículo 6°, importará la nulidad absoluta del acto respec-

tivo. Si se tratare de la nulidad absoluta del acto constitutivo, el titular responderá personal e limitadamente de las obligaciones que contraiga en el giro de la empresa.

Artículo 8°. El capital inicial de la empresa no podrá ser inferior a quince unidades tributarias anuales a la fecha de escritura.

Los aportes a capital que no sean dinero se individualizarán e inventariarán en la escritura pública de constitución o en la de modificación, según corresponda, con indicación de las obligaciones y gravámenes que les afecten; y se entenderán transferidos a la empresa desde la inscripción de que tratan los artículos 5° y 6°, respectivamente. Si se tratare de bienes sujetos legalmente a inscripción en registro público, se entenderán transferidos a la empresa sólo desde la inscripción de ellos a su nombre dentro de los sesenta días siguientes a la escritura, la que procederá con el solo título de ésta. El empresario responderá con todos sus bienes por el exceso de valor asignado a estos bienes, así como por la falta de antecedentes fidedignos que justifiquen su valuación. Los aportes en dinero deberán depositarse en una cuenta corriente bancaria abierta a nombre de la empresa, dentro de los sesenta días siguientes al otorgamiento de la escritura respectiva.

El capital se entenderá modificado de pleno derecho cada vez que se establezca el balance anual, el que deberá expresar el valor del nuevo capital.

Artículo 9°. El capital comprometido en la empresa responde exclusivamente de las obligaciones contraídas por ella dentro de su giro y con sujeción a los artículos 11 y 12.

El patrimonio del titular separado del de la empresa no responderá de las deudas de ésta, sino hasta el monto en que se hubiere comprometido en virtud de la letra e) del artículo 4°.

Artículo 10. Los acreedores personales del titular u otros interesados que se consideren perjudicados por la creación de la empresa individual, podrán oponerse a su constitución dentro de los sesenta días siguientes a la publicación del extracto referido en el artículo 5°, ocurriendo ante el juez de letras del domicilio de la empresa, el que resolverá en procedimiento sumario sobre la constitución, debiendo negarla si de la creación de la empresa pudiere seguirse perjuicio a terceros y el empresario no dé garantías suficientes para el pago de sus deudas.

La resolución del juez que no dé lugar a la constitución de la empresa ordenará su publicación en el Diario Oficial, en un extracto que indicará el nombre y domicilio de la empresa afectada y la fecha y número del Diario Oficial en que originalmente se había publicado el extracto de su estatuto y su anotación al margen de la inscripción estatutaria.

Artículo 11. Son actos de la empresa los ejecutados bajo el nombre y representación de ella por su administrador.

La administración corresponderá al titular de la empresa, el que podrá ejecutar todos los actos y contraer toda clase de obligaciones, dentro del giro de aquella y bajo su nombre y representación.

El titular, o su mandatario debidamente facultado, podrá designar un gerente general, que tendrá todas las facultades del administrador, excepto las que excluya expresamente, mediante escritura pública que se inscribirá en el registro de comercio del

domicilio de la empresa y se anotará al margen de la inscripción estatutaria. Lo dispuesto en este inciso no obsta a la facultad del titular de conferir mandatos generales o especiales para actuar a nombre de la empresa, por escritura pública que se inscribirá y anotará en la forma señalada en este inciso.

Las notificaciones judiciales siempre podrán practicarse válidamente al titular de la empresa, no obstante las facultades de recibirlas que se hayan otorgado a uno o más gerentes o mandatarios.

Artículo 12. Los actos que el titular de la empresa individual celebre con su patrimonio no comprometido en la empresa, por una parte, y con el patrimonio de la empresa, por la otra, sólo tendrán valor si constan por escrito y desde que se protocolicen ante notario público. Estos actos se anotarán al margen de la inscripción estatutaria dentro del plazo de sesenta días contados desde su otorgamiento.

Artículo 13. La pena del delito contemplado en el número 2 del artículo 471 del Código Penal se aplicará aumentada en un grado si fuere cometido por un empresario de responsabilidad limitada.

Artículo 14. Los acreedores de la empresa podrán oponerse a toda modificación que signifique disminución de las garantías o respaldos que la empresa represente en consideración a su patrimonio, en la misma forma y oportunidad establecidos en el inciso primero del artículo 10.

Artículo 15. La empresa llevará su contabilidad en registros permanentes y con sujeción a las normas del Código Tributario.

Los balances serán ejecutados por un contador registrado. En todo caso, el empresario deberá designar uno o más inspectores de cuentas o auditores externos con el objeto de que examinen la contabilidad y demás estados financieros y vigilen las operaciones y fiscalicen las actuaciones de la administración, así como el fiel cumplimiento de las normas legales, reglamentarias y estatutarias, debiendo emitir un informe escrito sobre aquéllos al término de cada ejercicio.

Artículo 16. El Servicio de Impuestos Internos podrá eliminar de la contabilidad las partidas que no digan relación con el objeto de la empresa, o agregar las realizadas en su giro y que no aparezcan en ella. La empresa podrá reclamar de esta resolución ante el juez de letras de su domicilio, lo que se tramitará en procedimiento sumario.

Cualquier acreedor podrá pedir al juez de letras del domicilio de la empresa, que se eliminen o agreguen, según corresponda, las partidas a que se refiere el inciso anterior, lo que se substanciará en juicio sumario con audiencia del Servicio de Impuestos Internos.

Artículo 17. La empresa destinará anualmente el cinco por ciento, a lo menos, de las utilidades líquidas a un fondo de utilidades retenidas hasta completar un mínimo del veinte por ciento del capital que establezca el balance del ejercicio anual, que se destinará a absorber pérdidas o a pagar deudas en caso de liquidación.

Completado el fondo legal, podrá todo o parte de éste destinarse a aumentar el capital de la empresa, caso en el cual deberá formarse nuevamente con las futuras utilidades líquidas en aplicación del inciso anterior.

Si la empresa tuviere pérdidas acumuladas, las utilidades del ejercicio se destinarán primeramente a absorberlas; después, al fondo referido en los incisos anteriores.

El resto de las utilidades líquidas pertenecerán al patrimonio del titular separado del patrimonio de la empresa, una vez que se hubieren retirado, y no habrá acción contra ellas por las deudas sociales.

Artículo 18. El titular responderá ilimitadamente con sus bienes no comprometidos en la empresa en los siguientes casos:

- a) Por los actos efectuados fuera del objeto de la empresa, para pagar las obligaciones que emanen de esos actos;
- b) Por los actos que se ejecutaren sin el nombre o representación de la empresa, para cumplir las obligaciones que emanen de tales actos;
- c) Si la empresa no llevare la contabilidad a que refiere el artículo 15;
- d) Si la empresa no cumpliere con las reservas ordenadas en el artículo 17;
- e) Si la empresa celebrare actos simulados, ocultare sus bienes o reconociere deudas supuestas, aunque de tales actos no se siga perjuicio inmediato;
- f) Si el titular percibiere rentas de la empresa que no guarden relación con la importancia de su giro, o efectuare retiros que no correspondieren a utilidades líquidas y realizables de que pueda percibir según el inciso final del artículo 17;
- g) Si la empresa fuere declarada en quiebra culpable o fraudulenta.

Artículo 19. La quiebra fortuita de la empresa no llevará a la quiebra personal del titular, pero la de éste importará la de la empresa.

Los acreedores de la empresa gozarán de preferencia para el pago de sus créditos sobre los bienes comprometidos en ella.

Los acreedores personales del titular no tendrán acción sobre los bienes de la empresa. En caso de liquidación, tales acreedores sólo podrán accionar contra los beneficios o utilidades que en la empresa correspondan al titular y sobre el remanente una vez satisfechos los acreedores de la empresa.

Artículo 20. La empresa individual de responsabilidad limitada terminará:

- a) por voluntad del empresario;
- b) por la llegada del plazo previsto en el estatuto;
- c) por el cumplimiento de su objeto;
- d) por el aporte del capital de la empresa individual a una sociedad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 20;
- e) por la reducción del capital de la empresa a menos del veinte por ciento del mismo establecido por la ley para constituirse;
- f) por quiebra, o
- g) por la muerte del titular. Los herederos podrán designar un gerente común para la continuación del giro de la empresa hasta por el plazo de un año, al cabo del cual terminará la responsabilidad limitada.

Cualquiera que sea la causa de la terminación, ésta deberá declararse por escritura pública, inscribirse y publicarse con arreglo al artículo 6°. En el caso de la letra g), corresponderá a cualquier heredero declarar la terminación; excepto si el giro hubiere continuado y se hubiere designado gerente común, pero, vencido el plazo, cualquier heredero podrá hacerlo. Valdrán los legados que el titular hubiere señalado sobre derechos o bienes singulares de la empresa, los que no serán afectados por la continuación de ésta, y se sujetarán a las normas de derecho común.



Las causales de terminación se establecen tanto en favor del empresario como de sus acreedores.

Artículo 21. El aporte de capital de la empresa individual a una sociedad hace responsable a ésta por las deudas contraídas por la primera, a menos que su titular declare, con las formalidades del inciso segundo del artículo anterior, asumirlas ilimitadamente.

Artículo 22. En el caso de la letra f) del artículo anterior, el adjudicatario único de la empresa podrá continuar con ella, en cuanto titular, para lo cual así deberá declararlo con sujeción a las formalidades del artículo 6°.

Artículo 23. La liquidación de la empresa podrá hacerse por el mismo empresario; por un liquidador designado por la justicia ordinaria en el caso de la letra g) del artículo 20 y, en todo caso, si lo solicitaren al menos tres acreedores de la empresa, o de acuerdo a la legislación del ramo en el caso de quiebra.

El empresario podrá evitar la liquidación haciéndose cargo del activo y pasivo de la empresa, en cuyo caso responderá con todos sus bienes por las obligaciones respectivas. Los acreedores podrán exigir las garantías necesarias, y si no fueren otorgadas éstas a satisfacción del juez, se nombrará por éste un liquidador. Lo dispuesto en este inciso se entiende sin perjuicio de las normas aplicables a la quiebra.

Artículo 24. Todas las actuaciones a que dé origen la aplicación de las acciones emanadas de esta ley se substanciarán en procedimiento sumario ante el juez del domicilio de la empresa.

ANEXO N° 2

Proyecto de ley chileno del año 2000

Artículo 1°. Autorízase la constitución de empresas individuales de responsabilidad limitada, a toda persona natural, de acuerdo a las normas de esta ley.

Artículo 2°. La empresa individual de responsabilidad limitada es una persona jurídica con patrimonio propio distinto al del titular, está dispuesta a las disposiciones del Código de Comercio, y podrá realizar toda clase de operaciones civiles y comerciales, excepto las reservadas por la ley a las sociedades anónimas.

Artículo 3°. La constitución se hará por escritura pública, en la cual constará el estatuto de la empresa, que deberá expresar, a lo menos, lo siguiente:

- a) Individualización del constituyente.
- b) El nombre de la empresa, que deberá concluir con las palabras "empresa individual limitada" o las abreviaturas "Ltda." o "E.I.L."
- c) El capital inicial y la indicación si el aporte es en dinero o especies, último caso en el cual debe asignárseles un valor.
- d) La actividad específica que constituirá su objeto o giro empresarial.
- e) La declaración que la empresa responderá por las obligaciones que ella contraiga hasta por el monto de su capital.
- f) El domicilio de la empresa.
- g) Plazo de duración de la empresa.

Artículo 4°. Un extracto del estatuto autorizado por el notario ante quien se otorgó la escritura, y que deje constancia de las estipulaciones a que se refiere el artículo anterior, se inscribirá en el Registro de Comercio del domicilio de la empresa, dentro de los 60 días siguientes a la fecha de su otorgamiento. Se publicará, también, dentro del mismo plazo, dicho extracto por una vez en el Diario Oficial. El cumplimiento oportuno de la inscripción y publicación producirá efectos retroactivos a la fecha de la escritura.

Artículo 5°. Las modificaciones al acto constitutivo deberán observar las mismas solemnidades a que se refiere el artículo anterior, de las que se deberá tomar nota al margen de la inscripción original, sin la cual no producirá efectos respecto de terceros.

Artículo 6°. La omisión de las cláusulas a que se refiere el artículo 3° y de las solemnidades a que se refieren los artículos 4° y 5° importará la nulidad absoluta del acto respectivo.

Artículo 7°. Son actos de la empresa los ejecutados bajo el nombre y en representación de ella por su administrador.

La administración corresponderá al titular de la empresa, el que ejecutará los actos bajo su nombre y representación.

Artículo 8°. La empresa llevará su contabilidad en registros permanentes y con sujeción a las normas del Código Tributario.

Artículo 9°. En lo no previsto por esta ley, estas empresas se regirán por las reglas establecidas en la Ley N° 3.918, sobre sociedades de responsabilidad limitada.

ANEXO N° 3

Código de Comercio de Costa Rica así reformado por Ley N° 4.327, del 17 de febrero de 1969.

LIBRO I

TITULO I

CAPITULO PRIMERO

DE LA EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDAD LIMITADA.

Artículo 9. La empresa individual de responsabilidad limitada es una entidad que tiene su propia autonomía como persona jurídica, independiente y separada de la persona física a quien pertenezca. Las empresas jurídicas no podrán constituir ni adquirir empresas de esta índole.

Para efectos del impuesto sobre la renta, el propietario de empresas individuales incluirá en su declaración personal el imponible proveniente de cada una de ellas.

Artículo 10. La empresa individual limitada se constituirá mediante escritura pública que consignará:

- a) El nombre de la empresa, al cual deberá anteponerse o agregarse la expresión "Empresa Individual de Responsabilidad Limitada", o las iniciales "E.I.R.L.". Queda prohibido usar como distintivo el nombre o parte del nombre de una persona física;
- b) El domicilio de la empresa, indicando si queda autorizada para abrir agencias o sucursales, dentro o fuera del país;
- c) El capital con que se funda, al cual se aplicarán, en lo pertinente, las disposiciones de los artículos 18, inciso 9, y 32 de este Código;
- d) El objeto a que se dedicará la empresa. No podrá ésta dedicarse a otra actividad que la consignada en la escritura;
- e) La duración de la empresa, con indicación de la fecha en que ha de iniciar operaciones. Si se omite este dato, se entenderá, para todos los efectos, que inicia sus operaciones en el momento en que se inscriba en el Registro Público; y
- f) El nombramiento del gerente, que puede serlo por todo el tiempo de duración de la empresa o por períodos que en la escritura se indicarán.

El gerente puede ser o no el dueño de la empresa; tendrá facultades de apoderado generalísimo y no podrá sustituir su mandato, salvo que lo autorice la escritura; sin embargo, podrá conferir poderes judiciales.

Artículo 11. Sólo cuando se haya practicado el inventario y el balance anual, y éstos arrojen ganancias realizadas y líquidas, podrá el propietario retirar utilidades.

Artículo 12. Únicamente el patrimonio de la empresa responderá por las obligaciones de ésta, sin que al propietario le alcance responsabilidad alguna, pues su obligación se limita a aportar el capital.

Artículo 13. La constitución de la empresa como sus modificaciones, disolución, liquidación o traspaso, se publicarán en extracto en el período oficial y se inscribirán en el Registro Público.

Artículo 14. La venta del establecimiento comercial, taller, negocio o actividad que desarrolle, no producirá necesariamente la liquidación de la empresa.

Artículo 15. El fundador, o sus legítimos sucesores, podrán liquidar la empresa antes del vencimiento, caso en el cual se deberán hacer inventario y balance y publicar el aviso de liquidación en "La Gaceta", llamando a acreedores e interesados, para que dentro del término de un mes a partir de la publicación presenten sus reclamos. El patrimonio de la empresa servirá para pagar los créditos. Si no se presentare algún acreedor cuyo crédito conste en los libros de la empresa, se depositará el monto de éste en un banco a la orden del acreedor omiso. Transcurridos cuatro años desde el día de la publicación sin que el interesado haya reclamado la suma depositada, prescribirá su derecho en favor del dueño de la empresa, por haber vencido su término.

Artículo 16. La quiebra de la empresa no acarrea la del propietario; sin embargo, si el gerente fuere condenado por el delito de quiebra fraudulenta o culpable, el juez decretará, de oficio, embargo general sobre los bienes del propietario, en los términos del artículo 960 de este Código.

Chile y Argentina. A cien años del primer arbitraje británico

Carlos Bustos Díaz

Ex embajador de Chile

Ex Presidente de la Comisión Chilena de Límites

Un siglo ha transcurrido desde la época en que los Gobiernos de Chile y la República Argentina entregaron, en 1898, la solución de sus problemas limítrofes a la decisión de Su Majestad Británica, en lo que podríamos llamar el "gran arbitraje" en la historia de las cuestiones limítrofes chileno-argentinas.

Cabe recordar que cuando nuestros pueblos alcanzaron la emancipación del poder colonial de España, en 1809 y en 1810, sus primeras preocupaciones no estuvieron dirigidas a la definición de sus límites, encaminándose más bien sus desvelos al esfuerzo de consolidar su independencia.

Incluso, podría decirse que en los primeros años de la vida independiente de nuestro país, se aprecia un alto sentido de solidaridad americanista, recibiendo Chile con afecto a personalidades venidas de otras latitudes y encomendándoles altas responsabilidades de gobierno. En la Primera Junta de 1810 tenemos a un argentino, Martínez de Rozas, y en 1826 nos encontramos con que la primera persona que detenta en el país el título de Presidente de la República es otro argentino, el Almirante Manuel Blanco Encalada. En nuestra diplomacia tenemos al guatemalteco José Antonio de Irisarri, que muchos historiadores consideran nuestro primer enviado plenipotenciario en Europa, y llegan después el colombiano Francisco Rivas y el venezolano Andrés Bello, amén de otros, a entregar sus aportes valiosos y generosos a la consolidación de nuestra institucionalidad.

Nuestros pueblos coincidían en que, en el momento adecuado, debería primar el principio del *uti possidetis* para definir las fronteras entre las jóvenes naciones que procuraban consolidar su independencia, pero no se daban prisa para precisar sus alcances.

En nuestro país, en algunas de las primeras Constituciones, se planteaban fórmulas que no podrían considerarse particularmente felices para definir nuestro territorio, indicando que éste se extendía desde el Desierto o Despoblado de Atacama hasta el Cabo de Hornos, y entre la cordillera de

los Andes y el Océano Pacífico. Esta misma definición territorial es considerada en el Tratado de 25 de abril de 1844, en que España reconoce oficial y solemnemente nuestra independencia.

Con Argentina, se fueron dando pasos de acercamiento en los cuales parecía presumirse cierto ánimo de posponer un debate sobre cuestiones limítrofes. En el Tratado de Amistad y Alianza de 1826, entre Chile y el Gobierno de las Provincias Unidas del Río de la Plata, que en definitiva no se perfeccionó, las partes expresaban en todo caso su voluntad de aceptar como delimitación la que tenían en el momento de la emancipación, es decir, el *uti possidetis* de 1810.

En la década de 1840 comienzan a plantearse con mayor precisión divergencias con nuestros vecinos en materia de límites. La ocupación del Estrecho de Magallanes, dispuesta por el Presidente Bulnes; la llamada "cuestión de los potreros" planteada en valles cordilleranos al interior de Talca y las divergencias con Bolivia en relación al aprovechamiento de yacimientos de guano en el Desierto o Despoblado de Atacama comienzan a enfatizar las discrepancias existentes.

Hubo intercambios de notas y en un momento dado pareció que era inminente que Chile y Argentina alcanzaran un entendimiento solemne sobre sus límites. Sin embargo, en 1855, en que suscriben un importante Tratado de Paz, Amistad, Comercio y Navegación, sólo incluyen una breve referencia al tema limítrofe, volviendo a plantear el *uti possidetis* al señalar que convenían en aplazar "las cuestiones que han podido o pueden suscitarse sobre esta materia para discutir las después pacífica y amigablemente", enfatizando que reconocían como límites de sus respectivos territorios "los que tenían como tales al tiempo de separarse de la dominación española".

En los años venideros, los países son testigos de prolongadas negociaciones en que participan importantes personalidades chilenas, como Lastarria, Barros Arana, Balmaceda y muchos otros. Se profundiza el debate chileno-argentino sobre los títulos históricos de ambas naciones, a través de aportes que emanan principalmente de don Miguel Luis Amunátegui, en nuestro país, y de don Dalmacio Vélez Sarfield, en la vecina república

El Tratado de Límites de 1881

Se llega al Tratado de 1881, definiéndose el límite sobre la base de la Cordillera de los Andes –en la mayor parte de la frontera– y de líneas convencionales más al sur.



Especial mención cabe hacer del artículo 1°, en que se expresa lo siguiente: "El límite entre Chile y la República Argentina es de norte a sur, hasta el paralelo 52 de latitud sur, la Cordillera de los Andes. La línea fronteriza correrá en esa extensión por las cumbres más elevadas de dichas cordilleras que dividan las aguas y pasará entre la vertientes que se desprenden a un lado y otro".

La labor de demarcación de la frontera chileno-argentina no fue fácil. Fueron necesarios varios pasos y medidas de alto nivel para ir avanzando. Desde luego, en 1888 se suscribió un tratado encaminado a facilitar las labores de terreno y gabinete que debían efectuarse. Más tarde se alcanzaron los acuerdos que llevaron al Protocolo de 1893 y, por último, en 1896, conscientes ambos gobiernos de que realistamente no parecía posible alcanzar plena coincidencia en todos los sectores de la extensa frontera común, se optó por abrir el camino de un eventual arbitraje, para el caso de que las discrepancias se profundizaran y se hicieran insalvables.

El año 1898 se caracterizó por la trascendencia de las gestiones que se fueron cumpliendo, en especial a partir del mes de mayo, concretándose las grandes definiciones en los meses de agosto y septiembre, con el intercambio de sus conceptos sobre la línea de frontera entre los peritos Barros Arana y Moreno, para dar paso a los acuerdos de 17 y 22 de septiembre, contenidos en actas firmadas por el entonces canciller chileno, el Almirante D. Juan José Latorre, y el plenipotenciario argentino D. Norberto Piñero.

Se hace un esfuerzo para definir el concepto que cada país tenía del límite, en el espacio comprendido entre el paralelo 26° 52' 45" hasta las proximidades del paralelo 52°. El sector de más al norte, conocido como la Puna de Atacama, se deja para negociaciones separadas, y en el sector más al sur del paralelo 52° las partes entendían que no había discrepancias.

El primer arbitraje británico

En definitiva, se identificaron cuatro sectores en que no había coincidencias, los que debían ser entregados al arbitraje británico de acuerdo al compromiso de 1896. Estos sectores eran los siguientes:

- a) el Paso de San Francisco;
- b) la Hoya del lago Lacar;
- c) una vasta área que se extiende desde las cercanías del Lago Nahuelhuapi hasta el Monte Fitz Roy, y
- d) un área que se encontraba en las cercanías del Estuario de Ultima Esperanza.

El fallo arbitral de 1902 se suponía encaminado a superar para siempre las cuestiones limítrofes chileno-argentinas y fundamentalmente por ello fue recibido con satisfacción en ambas capitales. Como se sabe, el árbitro adoptó una línea de equidad en una parte importante del recorrido de la traza limítrofe. En el informe, que le sirvió de base, se formulaban algunos comentarios críticos con respecto a las posibilidades prácticas de dar cumplimiento e interpretar el artículo 1° del Tratado de 1881. Se dice que en la zona austral “las líneas orográfica e hidrográfica son frecuentemente inconciliables; ninguna de ellas se conforma plenamente con el espíritu de los convenios que estamos llamados a interpretar”.

Sin perjuicio de lo anterior, la firma –poco antes de conocerse la sentencia– de los llamados Pactos de Mayo de 1902 –caracterizados por la trascendencia del Tratado General de Arbitraje y del acuerdo sobre limitación de armamentos navales– agregó elementos de especial optimismo. En ambos gobiernos y en sectores políticos y académicos, se apreciaba la sensación de haberse disipado definitivamente las dificultades limítrofes entre ambos Estados, que en algunas épocas habían provocado gran tensión y nerviosismo. Cabe recordar, por otra parte, que en distintas etapas de las negociaciones limítrofes con Argentina, el gobierno chileno había actuado con la permanente preocupación por su conflicto con Perú y Bolivia, así como por los esfuerzos –especialmente dirigidos desde Lima– encaminados a llevar a Argentina a adherir al acuerdo secreto de alianza peruano-boliviana.

El siglo XX no estaría, sin embargo, exento de momentos difíciles en esta materia. Muy por el contrario.

El caso del Canal Beagle

Cabe recordar que en su artículo 3°, el Tratado de 1881 estipulaba que en la Tierra del Fuego se trazaría una línea que partiendo del punto denominado Cabo del Espíritu Santo, se prolongaría por el meridiano que se indica “hasta tocar en el Canal Beagle”. Se agregaba que la Tierra del Fuego quedaba dividida en una parte occidental, que pertenecería a Chile, y una parte oriental, que pertenecería a Argentina. Terminaba el artículo expresando lo siguiente: “En cuanto a las islas, pertenecerán a la República Argentina la Isla de los Estados, los islotes próximamente inmediatos a ésta y las demás islas que haya sobre el Atlántico al Oriente de la Tierra del Fuego y costas orientales de la Patagonia; y pertenecerán a Chile todas las islas al Sur del Canal Beagle hasta el Cabo de Hornos y las que haya al occidente de la Tierra del Fuego”.



Pese a que inicialmente el entendimiento de chilenos y argentinos, reflejado en sus respectivas cartografías, no permitía prever dificultades en la zona del Beagle, en relación al recorrido del Canal Beagle y a su boca oriental, así como a la soberanía chilena sobre las islas Picton, Lennox y Nueva, fueron con el correr del tiempo surgiendo discrepancias y se fueron escalonando esfuerzos encaminados a buscar una solución para esa cuestión.

A comienzos del siglo y después a través de protocolos suscritos en 1915, 1938 y 1960, se dieron pasos importantes para darle una solución judicial. En 1915 se acordaba que el árbitro sería Su Majestad Británica, en virtud del Tratado General de Arbitraje de 1902. En 1938 se estipulaba que actuaría como árbitro el "Attorney General" de los Estados Unidos, Sr. Homer Cummings. En 1960 se convenía en someter la disputa a la Corte Internacional de Justicia, enfatizándose que "...la única cuestión pendiente relativa a la interpretación del Tratado de Límites de 1881" se refería a la determinación de a cuál de las partes correspondía la soberanía sobre las islas Picton y Nueva, además de otras islas e islotes que mencionaba. La isla Lennox era reconocida como chilena.

En los años cincuenta y sesenta la preocupación en relación con el Beagle, que tuvo episodios muy complejos, como la violenta acción de la Armada argentina en el islote Snipe (1957), se entremezcló con otras cuestiones limítrofes que separaban a ambos países, en especial en la región de Palena y en el sector conocido como de la Laguna del Desierto.

En el caso de Palena, se había planteado una cuestión en relación con el recorrido del límite en un sector entre el Hito 16 y el Hito 17 erigido en la ribera norte del Lago Carrera/General Paz. Fueron necesarios distintos pasos para poner en marcha el mecanismo arbitral, tomando la iniciativa Chile en septiembre de 1964. Argentina, que inicialmente sostenía que la cuestión había sido resuelta en el seno de la Comisión Mixta de Límites, atribuyendo a ese cuerpo facultades que no le habían sido otorgadas en el Protocolo de 1941, aceptó sin entusiasmo la vía judicial.

En el artículo 1° del "compromiso", de 2 de abril de 1965, se definía la cuestión que se sometería a la decisión de la Corte Arbitral, encabezada por Lord Mcnair.

En lo relativo a la Laguna del Desierto, los incidentes de 1965, que tuvieron como uno de sus episodios más dolorosos la muerte del teniente Hernán Merino Correa, y los distintos períodos de tensión, tuvieron como culminación el proceso arbitral desarrollado en la década de los 90, con resultados muy negativos para Chile.

Volviendo al *Beagle*, cabe señalar que por distintas razones ninguno de los pasos que se fueron dando, en particular los ya señalados de 1915, 1938 y 1960, fructificaron. Por ello, Chile decidió a fines de los sesenta invocar el Tratado General de Arbitraje. En 1967 la representación diplomática de Chile en Londres dirigía una nota al Foreign Office, planteando oficialmente la posición del Gobierno de Chile y acompañando copia de una comunicación que con la misma fecha estaba dirigiendo el canciller chileno al embajador argentino en Santiago.

Por mucho tiempo la posición argentina fue la renuencia frente al proceso de solución judicial, pero las diferencias se fueron superando y se logró llegar a un entendimiento en torno a un compromiso arbitral, adoptado en 1971, en que se echaron las bases del procedimiento, que estaría entregado a una Corte arbitral designada por la Corona Inglesa, pero determinada previamente por ambas partes, en que uno de sus miembros era británico. El Gobierno de Su Majestad Británica tendría la facultad de aprobar o rechazar la fórmula que le planteara la Corte. Si la aprobaba, pasaría a constituir una sentencia en conformidad al Tratado General de Arbitraje.

Después de cumplirse todos los procedimientos, la Corte emitió su "Decisión" en febrero de 1977, dejando constancia de que había sido emitida por unanimidad. El 2 de mayo fue notificado el fallo a Chile y Argentina en Londres, reconociendo taxativamente que las islas Picton, Nueva y Lennox con sus islotes y roqueríos adyacentes pertenecen a la República de Chile.

Un largo camino se recorrió entre los dos países en los años 1977 y 1978, llegándose a etapas muy difíciles, que tuvieron al cono sur del continente al borde de un conflicto armado. Chile aceptó el éxito –el fallo lo trajo desde Londres el agente chileno y figura principal de nuestro país en ese proceso, Embajador José Miguel Barros– sin triunfalismos y con gran sobriedad. Argentina fue planteando cuestionamientos de distinta índole. Se recurrió a diversas instancias y se vivieron complicados momentos, en que cronológicamente encontramos las conversaciones Philippi-Villegas, el diálogo entre los Cancilleres Carvajal y Montes, la sorprendente declaración argentina de que el laudo era "insanablemente" nulo, las conversaciones presidenciales de Mendoza y Puerto Montt, las largas conversaciones surgidas del Acta de Puerto Montt a través de sus instancias de "distensión" y "negociación" (Comisiones I y II del Acta de Puerto Montt), etc. Correspondió al autor de este trabajo participar en distintas instancias vividas en este crítico período, en especial en las conversaciones Philippi-Villegas y en la Comisión II del Acta de Puerto Montt, lo que le permitió apreciar la profunda gravedad de los momentos que se vivieron.



En diciembre de 1978 la posición de los países no registraba acercamientos en los temas principales entregados a los negociadores y se temía que pudiera producirse un grave conflicto bélico, que parecía alentado por influyentes miembros del Alto Mando de las Fuerzas Armadas argentinas, como han reconocido reiteradamente observadores y expertos del vecino país.

La Mediación Papal

Cuando las esperanzas de paz y entendimiento eran escasas, surgió providencialmente la Mediación Papal, a través de ágiles acciones de la diplomacia vaticana, que envió a Santiago y Buenos Aires al Cardenal Antonio Samoré, quien estaba destinado a jugar un rol fundamental en el proceso de reencauzamiento de las cuestiones que separaban a ambos países.

Se firma el Acta de Montevideo por los Cancilleres de ambos países y se inicia un largo proceso no exento de dificultades que conduce, en definitiva, al Tratado de Paz y Amistad de 1984. La tensión estuvo presente a lo largo de una gran parte de las conversaciones vinculadas a la negociación de dicho tratado, viviéndose etapas de especial preocupación en particular en la época de la Guerra de las Malvinas, en que los éxitos iniciales de las fuerzas armadas argentinas parecieron impulsar a algunos de sus influyentes altos oficiales a alentar nuevamente la idea de un conflicto armado con Chile.

El tratado de 1984 mostró entendimientos importantes en cinco vertientes: a) paz y amistad; b) cooperación económica e integración física; c) solución pacífica de controversias, aceptando cualquier medio y reglamentando especialmente la conciliación y el arbitraje; d) delimitación marítima; y e) navegación austral. El acuerdo alcanzado permitió superar etapas difíciles en la relación con Argentina. El Gobierno chileno manejó con serenidad y prudencia complejas negociaciones, siendo de justicia destacar la labor inteligente y tesonera cumplida por personalidades tales como D. Julio Philippi, D. Enrique Bernstein, el General D. Ernesto Videla, D. Helmuth Brunner y varios otros juristas y diplomáticos.

Los acuerdos de 1990 y 1991. Campo de Hielo Sur y Laguna del Desierto.

Los acuerdos Aylwin-Menem de agosto de 1990, en que se instruye a la Comisión Mixta de Límites para que identifique los puntos en que había discrepancias en la frontera común, ponen en marcha un dinámico proceso que se traduce en la Declaración Presidencial de 1991.

Se habían identificado 24 puntos pendientes y a través de conversaciones directas se logra solución para 22 de ellos. Los aspectos más complejos –Laguna del Desierto y el Campo de Hielo Sur– son objeto de soluciones especiales.

Para la Laguna del Desierto se opta por recurrir a los mecanismos de arbitraje reglamentados en el Tratado de Paz y Amistad, entregando el caso a una corte arbitral de cinco miembros, de los cuales dos eran nacionales de una y otra parte. Se llega a un entendimiento, que fue muy criticado en algunos círculos nacionales, constituyendo un tribunal integrado por jueces latinoamericanos: un colombiano, un venezolano y un salvadoreño, además de un chileno y un argentino.

Para el Campo de Hielo Sur, se optó por acordar una línea poligonal de 19 vértices, que correría entre el Monte Fitz Roy y el Cerro Daudet, dividiendo casi salomónicamente el área que existía entre las pretensiones de uno y otro país.

Las satisfacciones derivadas de los acuerdos de 1990 y 1991 se fueron diluyendo considerablemente, en el caso de Chile, por el hecho de que el fallo del Tribunal latinoamericano sobre Laguna del Desierto fue absolutamente desfavorable para nuestros intereses. Argentina obtuvo que se le adjudicara la totalidad de los 530 kms. cuadrados que estaban en disputa. Al difundirse el fallo se produjeron en Santiago situaciones sorprendentes y desconcertantes, tales como su plena aceptación por el gobierno prácticamente antes de conocerlo. Hubo sectores que propusieron un rechazo en los términos más enérgicos. Sin perjuicio de ello, en importantes sectores se reconoció el esfuerzo, dedicación y patriotismo con que se defendieron los intereses de Chile en este juicio, por un equipo de especialistas encabezado por el embajador Javier Illanes. Pienso que uno de los análisis más interesantes sobre este proceso es el contenido en un extenso artículo firmado por el embajador José Miguel Barros, titulado "Laguna del Desierto. Reflexiones íntimas frente a un triste laudo", aparecido en "La Segunda" de 4 de noviembre de 1994.

Por otro lado, los Congresos de Chile y Argentina no dieron su respaldo al Acuerdo sobre Campo de Hielo Sur, desarrollándose durante varios años importantes esfuerzos encaminados a encontrar alguna fórmula de entendimiento. Estos esfuerzos incluyeron la firma de un Protocolo Complementario, en diciembre de 1996, que no logró aprobación parlamentaria y, en definitiva, lejos de ayudar al clima existente en los Congresos, pareció agregar un nuevo elemento de discordia.



A fines de 1997 se reanudaron las conversaciones, en forma muy secreta, y ellas culminaron el 16 de diciembre de 1998 con la firma, en Buenos Aires y en un ambiente de gran satisfacción de ambos gobiernos, de un nuevo acuerdo para definir el límite chileno-argentino entre el Monte Fitz Roy y el Cerro Daudet. Dicho instrumento, que fue negociado con gran dedicación por un pequeño equipo encabezado por la embajadora María Teresa Infante, contó con la aprobación de ambos Parlamentos y es así como podemos decir con satisfacción que se dio solución a la última cuestión bilateral que estaba pendiente entre Chile y Argentina en materia de límites. Ello, sin perjuicio de que existen algunos aspectos técnicos por cumplir, entregados en el Acuerdo a la Comisión Mixta creada en el Protocolo de 1941.

La superación de estos problemas ha venido a facilitar aun más un intenso trabajo entre Chile y Argentina en materia de integración física y complementación económica. El campo que se ha abierto para la cooperación bilateral en este orden de cosas es enorme. A los esfuerzos canalizados desde 1984 por la Comisión Binacional de Cooperación Económica e Integración Física se han ido agregando otros en distintos niveles y foros.

La facilitación fronteriza se ha mostrado como un ingrediente muy valioso en esta área llena de elementos positivos y prometedores. Se han hecho esfuerzos encaminados a solucionar aspectos vinculados con el transporte transfronterizo, así como a la homologación de procedimientos y documentación. Se han abierto las posibilidades de entendimiento en importantes temas tales como los llamados corredores bioceánicos, en el ámbito de la transferencia energética, en la explotación de los recursos naturales, con énfasis en los hídricos, la facilitación del turismo vecinal, la habilitación y mejoramiento de pasos fronterizos, etc.

Los comités de fronteras ya en funcionamiento, unidos a la idea aún sujeta a la consideración de los Parlamentos de constituir complejos fronterizos integrados, abren nuevas e importantes posibilidades de complementación.

Especial mención merece el Tratado sobre Integración y Complementación Minera, pese a que algunos sectores han planteado algunas reservas con respecto a sus beneficios para el país.

En síntesis, existe un campo muy amplio para avanzar en esquemas de entendimiento y cooperación con Argentina. La Dirección Nacional de Fronteras y Límites del Estado ha desempeñado y sigue desempeñando un rol fundamental en este esfuerzo. Chile y Argentina están moviéndose decididamente en el terreno del entendimiento fructífero y fraterno, lo que obviamente se ha visto facilitado porque el fantasma de los problemas

límites se ha alejado de la preocupación de ambos gobiernos y de ambos pueblos.

Pareciera que resuenan con especial vigor en los actuales momentos y en el positivo clima que preside las relaciones con la hermana República Argentina, las palabras del entonces canciller chileno, D. Raimundo Silva Cruz, pronunciadas en mayo de 1904 al inaugurarse el Monumento del Cristo Redentor de los Andes: "Símbolo de amistad, colocado en el límite de dos pueblos hermanos, la imagen del Cristo de la Paz se alzará entre el cielo y la tierra en el éter purísimo de las alturas, para decir a las generaciones venideras de argentinos y chilenos: mantened altos la mirada y el pensamiento; no los bajéis a lo que divide; fijadlos siempre en el bien común".

El sistema jurídico chileno de organización de los usuarios de aguas

Gustavo Manríquez Lobos

Profesor de Derecho de Aguas
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DE CHILE

Introducción

En forma lenta pero sin retrocesos se abre paso en nuestra sociedad la percepción de la importancia del agua, como recurso natural y como insumo para incontables actividades del hombre, productivas y de recreación.

De esta visión diferente al pasado, en que simplemente se estimaba un don de la naturaleza, surgen además otros enfoques, como por ejemplo su consideración desde un punto de vista social o por sus aspectos económicos.

Sin embargo esta nueva consideración del agua no ha ido unida a un estudio serio y profundo sobre las fórmulas jurídicas que aseguren al país y a sus habitantes una utilización racional y eficiente de nuestros recursos hídricos, y por el contrario se escuchan a menudo opiniones tajantes sobre fórmulas que traerían soluciones casi mágicas a los problemas latentes de Chile, la escasez creciente, la contaminación y los perjuicios o efectos nocivos de los excesos. La gran mayoría de tales opiniones contienen errores gravísimos originados por el desconocimiento de materias técnicas o bien de nuestro derecho.

La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo nos ha invitado gentilmente a escribir un artículo sobre Derecho de Aguas para su nueva Revista Jurídica, y nos ha parecido adecuado entregar algunas explicaciones sobre una materia que a primera vista puede parecer carente de interés, pero que nuestros largos años de contacto con este derecho especializado nos han enseñado que es una temática y función primordial de la utilización del agua en Chile: las organizaciones de usuarios.

Sepamos que en nuestro país menos del 15% del uso de las aguas se hace en forma individual independiente, por canales propios o mediante pozos; y a lo menos el 85% de los usuarios lo hace mediante obras de propiedad y uso común de dos o más titulares de derechos.

Para la mejor comprensión de este tema por los lectores, nos ha parecido necesario hacer una breve reseña respecto a los sistemas jurídicos de administración de las aguas y de los cauces artificiales existentes (ahora y en el pasado) tanto en el mundo como en Chile, lo que nos llevará a concluir que nuestras organizaciones tienen características que las hacen especiales y diferentes.

Señalemos que en la organización chilena, desde el pasado más remoto, la administración y conservación de las obras hidráulicas y la distribución de las aguas son funciones que por definición legal se encuentran entregadas a los usuarios con exclusión completa del Estado en ellas.

Solamente en situaciones muy excepcionales la actual legislación permite que el Estado, a través de sus órganos técnicos competentes, proceda a efectuar funciones relacionadas con las obras o con la distribución del agua.

Esta concepción no es producto de decisiones políticas o técnicas, sino que es el resultado de una práctica que se enraíza incluso en la época prehispánica, como veremos enseguida.

I. Desarrollo histórico de la administración del agua

1.1. El sistema aborigen

A su llegada a nuestro país los conquistadores españoles se encontraron con un territorio habitado por una población indígena relativamente pequeña en cantidad, unas 100.000 almas,¹ dirigida y culturizada por el Imperio Incásico, que gobernaba a través de curacas, quienes se preocuparon de transmitir sus conocimientos a sus súbditos, particularmente en cuanto a sistemas de caminos, agricultura y obras hidráulicas.

Esto significó que en los valles de los ríos en que había agricultura, en esa época desde el Copiapó hasta el Mataquito, había canales o acequias mediante los cuales se llevaba el agua hacia los sectores en que se regaba y se

¹ El Chile dominado por los incas comenzaba en Copiapó y llegaba hasta la frontera con los mapuches, que en sus luchas con los incas los habían hecho retroceder desde el río Bío-Bío hasta el Maule. Su población, a la llegada de los conquistadores, se estima no superaba los 100.000 habitantes, y al sur del río Maule hasta el Bío-Bío se contabilizaban unos 200.000 indígenas promaucaes, y unos 350.000 mapuches entre el Bío-Bío y el Toltén. Al sur del río Toltén había unos 430.000 habitantes, denominados huilliches. Para mayor información, véase *Chile y su Historia*, de Sergio Villalobos; *Historia de Copiapó*, de Carlos María Sayago; *Nuñohue*, de René León Echaiz; *Historia General de Chile*, Tomo I, de Diego Barros Arana; e *Historia de Chile*, Tomo I, de Francisco Antonio Encina.

producía en forma comunitaria (recordemos el ayllu incásico), canales que eran utilizados por muchos usuarios.

Desde el Norte, especialmente del Perú, se había exportado y aplicado para estos sistemas de multiplicidad de usuarios en un canal, el sistema de la mita o turno como modo de reparto de aguas, método desconocido para los europeos, que posteriormente fue llevado a España y Europa.

1.2. El aporte del colonizador

La conquista y colonización de nuestro país, que carecía de mayores atractivos y riquezas que ofrecer, fue hecha en general por gente de escasos recursos, muchos de ellos aventureros que venían a hacer fortuna, de modo que a Chile no llegaron personas adineradas ni tampoco técnicos capaces de emprender obras de magnitud.

En ese escenario los colonizadores, para sus afanes agrícolas simplemente aprovecharon las obras existentes y la mano de obra indígena, que no tenía costo para ellos, y agrandaron los canales existentes para introducirles más aguas y expandir los terrenos cultivados, o bien alargaron los cauces existentes para llegar a lugares más distantes donde había tierra agrícola disponible.

La proliferación de canales en todos nuestros ríos, como por ejemplo el Elqui, el Aconcagua, el Mapocho, el Maipo, es el resultado de una explotación efectuada con escasos recursos económicos y una técnica mínima, cuando no inexistente.²

Se desarrollaron, por consiguiente, canales pequeños, que en general fueron los mismos entregados a los colonizadores junto con las mercedes de tierras, que permitían parcialmente el riego de la superficie de terreno comprendida la respectiva merced.

1.3. La división de la tierra y su efecto en la administración del agua

Las subdivisiones de la tierra se producen sucesivamente en el período republicano, primero como consecuencia de la abolición de los mayorazgos, que permitió la división de la tierra en las herencias, lo que antes era imposible; luego, como resultado de las crisis económicas del país

² Para el lector no conocedor, le aclaramos que la existencia de muchos canales en un río es una condición técnica deficiente de explotación del agua, pues se aumentan las superficies de infiltración y evaporación, con pérdidas de agua importantes.

que obligaron a vender parcialmente los fundos o haciendas a los agricultores endeudados; y finalmente, en el siglo pasado, por la reforma agraria de 1967, que dividió drásticamente la propiedad de la tierra.

Como consecuencia de estas divisiones prediales, los canales, que originalmente eran de propiedad de unos pocos usuarios, pasaron a ser de dominio de comunidades muy grandes, en cuanto a número de usuarios, creándose serios problemas de administración y de financiamiento en casi la totalidad de ellos.

II. Los sistemas legales chilenos de administración en el tiempo

2.1. Sistema primitivo civilista

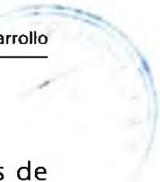
Mientras en nuestra sociedad se producían los hechos que hemos reseñado apretadamente en los párrafos anteriores, en el intertanto y en lo jurídico, se habían creado sistemas de administración para los ríos, canales, y las aguas fundamentados en el derecho civil, sobre la base de experiencias desarrolladas en el país.

La primera "sociedad administradora" de un canal se creó en el año 1827, para el Canal de Maipo o San Carlos, cuando éste es traspasado en propiedad a los usuarios luego de la dictación de un Senado Consulto (ley) en 1819 por el Director Supremo don Bernardo O'Higgins, que estableció la posibilidad de enajenar los regadores del Canal de Maipo.

Dos decretos, uno del Presidente Ramón Freire, de 2 de mayo de 1827, y otro del Presidente Francisco A. Pinto, de junio de ese mismo año, entregaron la propiedad del Canal de Maipo (o Canal San Carlos) a sus usuarios, quienes se organizaron en "compañía" (sociedad, en nuestro lenguaje jurídico actual) el 5 de junio de 1827.

Con posterioridad a la dictación del Código Civil, en 1865, se comenzó a crear "comunidades de aguas" para repartir aguas y conservar canales de uso común, las que se ciñeron al comienzo únicamente a las disposiciones de ese cuerpo legal.

Más tarde, al modificarse el Código de Procedimiento Civil el año 1902, se consultaron expresamente los "juicios sobre distribución de aguas", que correspondían a lo que es el actual procedimiento judicial de organización de comunidades de aguas y juntas de vigilancia.



Es decir, en este primer período del desarrollo de las organizaciones de usuarios de aguas había “compañías” (o sociedades) y comunidades.

2.2. La primera Ley de Asociaciones de Canalistas

Casi un siglo después, en 1908, sobre la base de la experiencia adquirida por la Sociedad del Canal de Maipo y de otras comunidades sobre canales, se dicta la primera Ley sobre Asociaciones de Canalistas, la Ley N° 2.139, de 9 de noviembre de ese año, que tuvo como objetivo crear un sistema de administración al que se incorporaran muchos miembros, para hacer aplicable a estas organizaciones la economía de escala.

Por ello, sin una absoluta claridad conceptual y probablemente porque no había necesidad de centrar la administración de las aguas en cauces individuales, en estas Asociaciones de Canalistas, creadas por la Ley de 1908, podían incorporarse usuarios de canales diversos y aun mezclados con ellos, usuarios directos de los ríos.

La ley les otorgó personalidad jurídica, y las asimiló por primera vez a las corporaciones regladas en el Código Civil.

2.3. Sistema corporativo

El sistema jurídico civilista rige hasta el año 1951, cuando se dicta el primer Código de Aguas, en el cual se consideran por primera vez tres tipos de organizaciones, dos para los cauces artificiales, las comunidades de aguas y las asociaciones de canalistas; y uno para los cauces naturales, las juntas de vigilancia.

2.3.1. Las asociaciones de canalistas y las juntas de vigilancia son dotadas de personalidad jurídica, y se organizan en forma corporativa, siéndoles aplicables, al igual que en la Ley de 1908, las normas de las corporaciones de derecho privado sin fines de lucro del Código Civil.

Su organización, por tanto, cuenta con una junta o asamblea decisoria en la que reside la voluntad del organismo, la “sala” de las corporaciones; un directorio, encargado de cumplir los acuerdos de aquélla más las funciones que le encomiende expresamente la ley; y un presidente, que es la cabeza del directorio y de la organización, a la que representa legalmente.

2.3.2. Las comunidades de aguas son descritas en el Código de Aguas de 1951 con un sistema muy similar a las asociaciones, pero carentes de

personalidad jurídica y con menos atribuciones, lo que las hace de menor operatividad y eficiencia jurídica que las anteriores.

2.3.4. El Código de Aguas de 1981 mantiene el sistema corporativo indicado, pero aumenta las atribuciones de las comunidades de aguas, hasta hacerlas idénticas a las asociaciones de canalistas, con lo que la diferencia entre ellas desaparece, salvo la inexistencia de personalidad jurídica, que no produce dificultades debido a que la ley en forma expresa les da a las comunidades todas las atribuciones legales necesarias para su actuar. Tal asimilación se hizo en el Código de Aguas de 1981, por cuanto se había constatado que en Chile el 80% de las organizaciones de usuarios eran (y son) comunidades de aguas, y como se estableció un sistema engorroso para la formación de asociaciones de canalistas, se las equiparó por completo.

III. Otros sistemas de administración en el mundo

3.1. Sistemas estatistas

Si se analizan las economías de los países en el mundo, se puede concluir con bastante rapidez y certeza, que salvo los países desarrollados, y no necesariamente en todos ellos, la agricultura, no obstante su importancia para la alimentación mundial, es una actividad esencialmente practicada por campesinos de escasos recursos.

Las zonas agrícolas destacables y de importancia en el mundo son Europa, América y Asia. En el siglo XIX se incorporó a la agricultura Australia, especialmente con plantaciones de trigo y frutas, y posteriormente, en el siglo XX, África comenzó a desarrollar esta actividad en forma importante, especialmente en Sudáfrica.

¿Cómo se administran las obras de captación y conducción de aguas en esos continentes?

Prácticamente en su totalidad, hasta principios del pasado siglo XX, la administración y costos de la captación, conducción y distribución de las aguas fue asumida por el Estado.

Incluso, tengamos presente que en Estados Unidos de Norteamérica, hasta la aparición de los Distritos de Riego, que corresponden a organismos mixtos, el Estado era el principal responsable de esta actividad.

En nuestras cercanías, Perú, Ecuador, Colombia, Paraguay, Venezuela, Argentina, en la mayor parte de sus provincias federales con riego artificial,

todos los países de Centroamérica y México, tienen sistemas de administración aún concentrados en el Estado, con escasa o nula participación de los particulares.

Los países del Asia, con enormes extensiones de riego, como India, Pakistan, China, Rusia, las demás repúblicas que formaron la Unión Soviética, y la generalidad de las naciones de ese continente, descansan igualmente en sistemas estatales.

En Europa, la casi totalidad de los sistemas de administración de cauces y aguas se encuentra en manos de organizaciones públicas financiadas o con alguna participación del Estado.

España, que muchas veces es citada como modelo a seguir en nuestros países –especialmente con las llamadas Confederaciones Hidrográficas, contempladas en el artículo 20 de la Ley de Aguas española de 1985–, tiene un sistema legal en que estos organismos están integrados a la administración pública (“adscritos al Ministerio de Obras Públicas” se expresa en esa legislación).

3.2. Sistemas mixtos

Se trata de sistemas en que la administración de las aguas y de los cauces se comparte entre entes públicos y los usuarios privados.

3.2.1. El ejemplo más claro lo constituye el sistema en uso en la provincia de Mendoza, en que se distingue entre obras primarias o principales, obras secundarias y obras terciarias.

La provincia, es decir el Estado, es responsable de la administración de las obras principales y en algunos casos de obras secundarias, a través de un servicio dependiente del Ministerio de Obras Públicas Provincial, la Superintendencia de Irrigación, que exige el pago de sus actividades en cuotas anuales.

Los usuarios, por su parte, se encargan de la administración de algunos ramales secundarios y del sistema terciario o de distribución a predios; con insatisfacción por los costos de la administración estatal de las obras principales, considerados muy altos.

3.2.2. En España los sistemas de porteo y distribución de aguas secundario y terciario, con entes que se denominan comunidades de usuarios (Artículo 73 de la Ley de Aguas española), son en alguna medida igualmente mixtos, pero con mayor preeminencia estatal que en la provincia argentina de Mendoza.

IV. Las organizaciones chilenas actuales

El sistema chileno de administración de las aguas se ha organizado sobre la base de distinguir entre cauces naturales y cauces artificiales.

4.1. Organizaciones de cauces naturales, juntas de vigilancia

4.1.1. Descripción

En los cauces naturales se han creado las juntas de vigilancia, cuyas atribuciones principales están referidas a la distribución de las aguas de la cuenca o del curso natural respectivo, con arreglo a los derechos existentes.

La ley señala en el primer inciso del artículo 263 del Código de Aguas que "las personas naturales o jurídicas y las organizaciones de usuarios que en cualquier forma aprovechen aguas de una misma cuenca u hoyo hidrográfica, podrán organizarse como junta de vigilancia que se constituirá y regirá por las disposiciones de este párrafo (Párrafo 4 del Título III del Libro II del Código de Aguas)".

4.1.2. Funciones.

El artículo 266 inciso primero define sus funciones al disponer que "las juntas de vigilancia tienen por objeto administrar y distribuir las aguas a que tienen derecho sus miembros en los cauces naturales, explotar y conservar las obras de aprovechamiento común y realizar los demás fines que les encomiende la ley".

4.1.3. Constitución

Las juntas de vigilancia se constituyen en un comparendo ante el juez, al que se cita mediante avisos que se publican en diarios, en cuatro oportunidades; o bien, por escritura pública, que debe ser firmada por todos sus integrantes.

4.1.4. Organos de administración

Como se mencionó, la estructura básica de las juntas de vigilancia es la misma de una corporación de derecho privado sin fines de lucro, y sus órganos internos de administración son los que se describen.

a) La asamblea general

Es la reunión de los miembros de la junta de vigilancia, previa citación legal, que una vez reunido el quórum exigido en la ley, constituye la vo-



luntad de la organización. Pueden ser ordinarias, que se celebran una vez al año en la oportunidad que los estatutos establecen, o extraordinarias, que se citan en cualquier momento en que se requiera.

Sus acuerdos adoptados una vez cumplidos los requisitos legales, obligan a todos sus miembros, hayan o no asistido a la reunión.

Los acuerdos se adoptan mediante votación en que cada miembro tiene tantos votos como acciones o derechos en el cauce natural represente.

La concurrencia a las asambleas se hace mediante representantes de cada uno de los canales con bocatomas en el río y por tanto miembros de la junta de vigilancia. Normalmente comparecerán los presidentes de las comunidades o asociaciones de canalistas, pero pueden designar un representante distinto, en forma temporal o permanente.

Es interesante destacar que los derechos permanentes y los derechos eventuales tienen el mismo valor para los efectos de las votaciones, pero con una limitación: los derechos eventuales no pueden exceder de un tercio del total de los permanentes, y si los sobrepasan, se reducen porcentualmente hasta quedar en un tercio. Es decir, cada derecho eventual se reduce en la forma indicada.

b) El directorio

El directorio es el órgano intermedio encargado de hacer cumplir los acuerdos de la asamblea general, y además de ejercitar las atribuciones y cumplir con las funciones y obligaciones que la ley y los estatutos le atribuyen.

Debe reunirse periódicamente y velar por la marcha de la organización, resolviendo las materias que trate mediante acuerdos que se adoptan por mayoría de votos.

En sus sesiones cada director representa un voto y no los votos del o los canales que lo eligieron.

Una de las atribuciones de máxima importancia es la declaración de escasez del río, en que se producen los "rateos" o disminución prorrateada o porcentual del agua; y en casos críticos, el establecimiento de turnos.

La declaración de escasez lleva consigo la desaparición de los derechos de aprovechamiento eventuales, que a partir de ese momento cesan, hasta que las condiciones de disponibilidad de aguas mejoren, lo que usualmente no ocurrirá sino hasta una temporada posterior.

c) El presidente

Los directores, por votación, eligen un presidente, el que está encargado de cumplir los acuerdos de la asamblea general y también los que adopte el directorio.

Representa judicial y extrajudicialmente a la junta de vigilancia.

d) El repartidor general de las aguas

Las juntas de vigilancia, por mandato legal, deben contar con un funcionario técnico, que, salvo acuerdo unánime del directorio, debe ser ingeniero civil titulado.

Este repartidor general, denominado comúnmente "juez del río", es el responsable de llevar la estadística de los caudales, de efectuar el reparto de las aguas del curso natural entre los distintos usuarios con bocatomas, y de establecer y preparar técnicamente la declaración de escasez.

Los repartidores o jueces de río se apoyan en los "celadores", que son empleados de menor categoría, encargados de la vigilancia del respeto a las medidas de distribución, y que deben recorrer permanentemente el río, para comprobar que cada bocatoma está extrayendo las aguas que corresponden a los derechos de los usuarios del canal.

4.1.5. Jurisdicción especial del directorio

El directorio de una organización de usuarios tiene una atribución legal curiosa e importante, pues puede constituirse como juez árbitro arbitrador en caso de conflictos entre los usuarios miembros de la organización, o conflictos entre los usuarios y la propia organización, si alguno de los interesados lo solicita. Así se expresa en el artículo 244 del Código de Aguas, aplicable a las juntas de vigilancia y a las asociaciones de canalistas.

Estimamos que esta función jurisdiccional es voluntaria, pues no existe ninguna norma legal que ordene que los conflictos internos de las organizaciones de usuarios sean materias de arbitraje obligatorio.

4.2. Organizaciones de obras artificiales, comunidades de aguas y asociaciones de canalistas

4.2.1. Descripción

En los cauces artificiales, particularmente en los canales, aunque también

pueden haber organizaciones sobre pozos o sistemas de drenaje, se ha considerado la existencia de comunidades de aguas y asociaciones de canalistas, que corresponden a entidades que se preocuparán de la operación y conservación de las obras de captación, conducción y distribución de aguas, e igualmente de la repartición de las aguas entre los usuarios comunes, de acuerdo a sus derechos.

Se trata de organismos idénticos, con una sola diferencia fundamental, las asociaciones de canalistas tienen personalidad jurídica y las comunidades de aguas carecen de ella.

Por lo mismo en este análisis se las revisará conjuntamente, señalando únicamente cuando existan las diferencias correspondientes.

El Código de Aguas al describirlas se refiere primero a las comunidades de aguas, para luego hacer aplicables todas las normas de aquellas a las asociaciones de canalistas.

La descripción de estos organismos se encuentra en el artículo 186 del Código de Aguas, que expresa que "si dos o mas personas tienen derechos de aprovechamiento en las aguas de un mismo canal o embalse, o usan en común la misma obra de captación de aguas subterráneas, podrán reglamentar la comunidad que existe como consecuencia de este hecho...".

4.2.2. Funciones

Las funciones principales de estas organizaciones difieren de las juntas de vigilancia, ya que a estos organismos se les exige, como se señaló anteriormente, además de preocuparse de la distribución de las aguas de sus integrantes dentro del canal, de la operación y conservación de las obras de captación, conducción y distribución de las aguas.

El mismo artículo 186 antes citado describe las funciones principales, al señalar que el objeto de estas organizaciones será "tomar las aguas del canal matriz, repartirlas entre los titulares de derechos, construir, explotar, conservar y mejorar las obras de captación, acueductos y otras que sean necesarias para su aprovechamiento".

4.2.3. Constitución

En materia de constitución se dan posibilidades diferentes para las asociaciones de canalistas que para las comunidades de aguas.

En efecto, por tener personalidad jurídica, la ley exige en las asociaciones para su constitución la suscripción de una escritura pública a la que deben concurrir todos sus integrantes, sin excepción.

La razón de esta exigencia se encuentra en un concepto, erróneo a nuestro juicio, emitido al momento de la aprobación del Código de Aguas. Hubo personas que estimaron que establecer un sistema obligatorio de formación de una asociación de canalistas sería inconstitucional, pues atentaría contra la garantía constitucional de libertad de asociación, contemplada en el Artículo 19 N° 15 de la Carta Fundamental, que en su inciso tercero prescribe que "nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación".

Sin embargo, estas "asociaciones" son entidades jurídicas diferentes a las reguladas en la norma constitucional, pues se trata de entes que surgen de un hecho, el uso en común de una misma obra, origen muy distinto al de las agrupaciones voluntarias contempladas en la Constitución.

Tan carente de sentido es esta prohibición, que en mérito a ella no se puede constituir una asociación, pero sí una comunidad de aguas, que es idéntica a la anterior, salvo por su carencia de personalidad jurídica.

En el caso de las comunidades de aguas, éstas se pueden constituir por escritura pública, que debe suscribirse por todos los comuneros interesados, sin excepción; o bien en un procedimiento judicial no contencioso contemplado en los artículos 188 y siguientes del Código de Aguas, que no requiere de la participación de todos los usuarios, sino que puede iniciarse y concluirse con la sola intervención de un interesado.

4.2.4. Organos de administración

Tanto en las comunidades de aguas como en las asociaciones de canalistas encontramos prácticamente los mismos órganos descritos para las juntas de vigilancia, pero no obstante ser repetitivos, se enuncian a continuación.

a) La junta general de comuneros o accionistas

Es la reunión de los miembros de la comunidad de aguas o asociación de canalistas que se celebra previa citación legal mediante un aviso publicado en un diario.

Se pueden reunir en primera o segunda citación, para lo cual deben completar el quórum exigido en la ley, que una vez alcanzado, convierte a la junta en la voluntad de la organización. Pueden ser ordinarias, que se cele-

bran una vez al año en la oportunidad que los estatutos establecen, en que se puede tratar cualquier asunto que interese a los presentes, o extraordinarias, que se citan en cualquier momento en que se requiera, pero en ellas sólo se pueden tratar los asuntos determinados en la convocatoria.

Sus acuerdos adoptados, una vez cumplidos los requisitos legales, obligan a todos sus miembros, hayan o no asistido a la reunión, y se adoptan mediante votación pública en que cada miembro tiene tantos votos como acciones o derechos en el cauce natural represente.

La concurrencia a las juntas generales se hace personalmente por el accionista o comunero o a través de representantes, que deben acreditar su representación. Al respecto cabe consignar que un poder otorgado a otro accionista no requiere sino una carta poder simple, pero si es otorgado a un extraño, debe firmarse ante notario público.

b) El directorio

El directorio es el órgano colegiado intermedio de administración, encargado de hacer cumplir los acuerdos de la junta general, y además de ejercitar las atribuciones y cumplir con las funciones y obligaciones que la ley y los estatutos le atribuyen.

Debe reunirse periódicamente, usualmente una vez al mes, y velar por la marcha de la organización, resolviendo las materias que trate mediante acuerdos que se adoptan por mayoría de votos, en sesiones en que cada director representa un voto.

c) El presidente

Los directores, por votación eligen un presidente, el que está encargado de cumplir los acuerdos de la asamblea general y también los acuerdos o decisiones que adopte el directorio.

Representa judicial y extrajudicialmente a la junta de vigilancia.

4.2.5. Jurisdicción arbitral

El directorio de una organización de usuarios puede constituirse como juez árbitro arbitrador en caso de conflictos entre los usuarios miembros de la organización, o conflictos entre los usuarios y la propia organización, si alguno de los interesados lo solicita. Así se expresa en el artículo 244 del Código de Aguas, aplicable no sólo a las comunidades de aguas, sino también a las asociaciones de canalistas.

Como se dijo, en nuestra opinión esta función jurisdiccional es voluntaria, pues no existe norma legal que ordene que los conflictos internos de las organizaciones de usuarios sean materias de arbitraje obligatorio.

4.3. Otras organizaciones

El artículo 186 del Código de Aguas deja abierta la posibilidad de constituirse a los usuarios, a su arbitrio, en cualquier otro tipo de sociedad de las consideradas en nuestra legislación.

Esta posibilidad ha sido poco utilizada hasta la fecha, pero en la medida que se aprecie la necesidad de modificar algunos conceptos básicos sobre las organizaciones de usuarios, será mejor comprendida y aplicada.

Existen algunos casos en que se han constituido sociedades en lugar de comunidades o asociaciones de canalistas, y es así como hay algunas sociedades de responsabilidad limitada, e incluso una sociedad anónima, administradoras de canales y derechos de aprovechamiento.

V. Derechos de los usuarios

La pertenencia a una organización de usuarios puede encontrar su origen en distintas causas. Así, puede ser simplemente el resultado de un hecho, por adquirir un predio cuyas aguas ya son parte de una organización de usuarios, por acto entre vivos o como resultado de una herencia; o bien de un acto deliberado de voluntad, como es la introducción de aguas en un canal preexistente, incluso imponiendo una servidumbre.

No debe olvidarse, y más adelante se hace mayor énfasis en ello, que las organizaciones de usuarios tienen como misión básica la conducción de las aguas a través de obras comunes hasta los puntos en que serán utilizadas.

Cualquiera que sea la causa que motiva la incorporación de un usuario a participar de una organización, su pertenencia a ella le hace titular de derechos, los que se pueden clasificar en derechos en la organización, derechos en las obras y derechos en la distribución.

5.1. Derechos en la organización

a) Derecho a participar en las deliberaciones

El derecho a participar en las deliberaciones que se producen en las reuniones legales, que pueden ser juntas generales o asambleas generales,

lo tienen todos los miembros de las organizaciones. Para ejercer este derecho, como se verá más adelante, se requiere que el usuario se encuentre al día en el pago de sus cuotas sociales.

b) En dichas reuniones se participa con derecho a voz, es decir, a exponer sus ideas sobre los temas en discusión, y con derecho a voto.

El ejercicio del derecho a voz se realiza sin tomar en consideración la magnitud de los derechos del usuario, quien dispondrá el mismo tiempo que los otros, sin que en esta participación se establezca una relación entre tiempo de exposición o participación y derechos que detente.

El ejercicio del derecho a voto se efectúa en proporción a los derechos de que disponga, siendo el principio legal una acción o un derecho igual a un voto.

c) Derecho a elegir y ser elegido en los directorios. Solamente los accionistas, o sus mandatarios, tienen derecho a elegir a los miembros del directorio de la organización, o a ser elegidos como tales.

d) Derecho a reclamar ante las instancias administrativas o judiciales de las actuaciones arbitrarias o ilegales de los directorios, que constituyan faltas o abusos relacionados con la distribución de las aguas o con la gestión económica.

La reclamación administrativa se efectúa ante la Dirección General de Aguas, de acuerdo al artículo 283 del Código.

La reclamación judicial, según el procedimiento adoptado, se ajustará a lo señalado en el artículo 177 del Código de Aguas, procedimiento sumario; artículo 181, amparo judicial; e incluso de acuerdo al artículo 20 de la Constitución Política, si se interpone, dentro de plazo, un recurso de protección.

5.2. Derechos en las obras

El usuario partícipe de una organización de usuarios en que existen obras artificiales, es comunero en la propiedad de ellas, en proporción a sus derechos.

Esta situación raramente se producirá en una junta de vigilancia, puesto que esta organización solamente distribuye aguas dentro de los cauces naturales, y sólo por excepción, como por ejemplo en el caso de contar con un embalse para regular las aguas de la cuenca o del río, habrá titula-

ridad de dominio sobre ella y en tal caso los accionistas serán comuneros en su dominio en proporción a sus derechos.

La propiedad sobre las obras comunes tiene aspectos positivos y aspectos negativos, y por ahora, como estamos refiriéndonos a los derechos de los usuarios, sólo veremos los aspectos favorables.

En el caso de los miembros de una comunidad de aguas o de una asociación de canalistas, los integrantes de ella tienen derecho a introducir nuevas aguas, de conformidad a lo establecido en el artículo 85 del Código de Aguas, debiendo pagar los costos de ampliar el canal. Si el canal tiene capacidad para contener las nuevas aguas, sólo tendrá que pagar el valor de las obras a prorrata de su nuevo derecho. Este pago o indemnización se pacta con la directiva de la organización, y si no hay acuerdo, se establece por el juez.

5.3. Derechos respecto a la distribución de las aguas

En esta materia se debe siempre tener en cuenta que toda la organización tiene como objetivo primordial conducir aguas desde una fuente natural hasta el punto en que ellas son utilizadas.

Todas las demás acciones que realizan la organización y sus miembros son meros anexos de esta actividad fundamental.

a) Derecho a recibir los derechos de aprovechamiento en su totalidad. Para cumplir con esta obligación que la organización tiene con todos y cada uno de los integrantes, y satisfacer los derechos de aquéllos, se deben mantener en forma óptima las obras de captación, las obras de conducción y las obras de distribución o partición.

b) Derecho a la defensa de los intereses comunes en el río o fuente natural, de extracciones de terceros sin derecho a ello.

c) Derecho a la mantención adecuada de los cauces matrices o troncos para que cumplan debidamente con sus fines, para lo cual deben contribuir todos los usuarios de la organización, a prorrata de sus derechos de aprovechamiento.

d) Derecho a trasladar sus aguas internamente a cualquiera de los canales administrados por la organización, a su costa y en las épocas que fije el directorio.

e) Derecho a reclamar al directorio si estima que los dispositivos de parti-

ción o distribución no están debidamente diseñados para recibir sus aguas en forma exacta, para su reparación o corrección.

f) Derecho a organizarse como comunidad dentro de los ramales de la organización mayor, para una mejor distribución y recepción de sus derechos.

VI. Deberes de los usuarios

En nuestro sistema jurídico, salvo muy contadas excepciones, la existencia de derechos lleva aparejada la existencia de obligaciones correlativas, pues lo normal será la bilateralidad de las relaciones.

A veces no es simple determinar las obligaciones correlativas a un derecho radicado en una persona, natural o jurídica, pues ellas quedan encubiertas bajo el tejido de los deberes sociales.

No es el caso de las obligaciones o deberes de los usuarios de las organizaciones de aguas, puesto que la totalidad de sus deberes están expresamente señalados en la ley, el Código de Aguas, y en algunos casos además en sus correspondientes estatutos, como veremos a continuación.

6.1. Deberes respecto a la organización

a) Asistir a las juntas o asambleas generales, bajo sanción de multa si no se alcanza el quórum para formar sala.

b) Concurrir a los gastos de mantención de la organización, a prorrata de sus derechos.

c) Pagar las cuotas sociales, en época oportuna y en forma completa, y aceptar las multas, corta de agua y cobro ejecutivo en caso de morosidad. El usuario moroso en el pago de sus cuotas pierde su derecho a participar con voz y voto y a ser elegido para los directorios en las juntas o asambleas generales, ordinarias o extraordinarias.

d) Nombrar un representante común, a pedido del directorio, cuando haya varios usuarios que usen sus aguas por un mismo ramal.

6.2. Deberes respecto a las obras

a) Extraer sus aguas mediante dispositivos que permitan medirlas con certeza y que deben ser aprobados por el directorio.

b) Costear la construcción y reparación de las obras de toma y de los cauces designados como troncos o matrices.

c) Costear la construcción y reparación de los dispositivos de partición mediante los cuales extraen sus aguas de los cauces troncos o matrices.

6.3. Deberes respecto a los demás usuarios

a) Aceptar dentro del respectivo canal la introducción de nuevas aguas, sea por traslado interno de derechos dentro de la organización, o por nuevas aguas aportadas al canal común.

b) No alterar los dispositivos de extracción de aguas de terceros ni los propios para beneficiarse de ello.

c) Integrar el directorio cuando sea elegido por los demás comuneros o usuarios.

VII. Conclusiones del análisis

7.1. El sistema nacional chileno de administración de las aguas se fundamenta, históricamente, en la responsabilidad jurídica y económica de los particulares usuarios de ellas, quienes deben preocuparse de la construcción, mantención y reparación de las bocatomas, canales y demás obras hidráulicas necesarias para su aprovechamiento, y también de la distribución de las aguas que se cursan por ellos.

7.2. La afirmación complementaria al juicio anterior es la mínima participación del Estado en esta actividad, en una manifiesta aplicación del principio económico y jurídico de la subsidiariedad.

7.3. El sistema chileno es un sistema legalista, en tanto que para su buen funcionamiento exige que los derechos de aprovechamiento estén debidamente legalizados, lo que se consigue con su inscripción en el Registro pertinente del Conservador de Bienes Raíces, y en cuanto determina a través de la ley con absoluta claridad las funciones y atribuciones de las organizaciones de usuarios.

7.4. En lo relacionado con las vinculaciones entre los usuarios y entre éstos y la respectiva organización, la ley señala en forma detallada las obligaciones y derechos que les ligan, y señala con precisión los procedimientos para obtener su respeto en caso de controversias o contravenciones.

La fundamentación del acto administrativo y el vicio por inexistencia de los hechos. Un recuento jurisprudencial.

Eduardo Soto Kloss

Profesor de Derecho Administrativo

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Decano Facultad de Derecho

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

Valga señalar que el más típico de los vicios en los motivos o fundamentos del acto administrativo es la *ausencia de los hechos* que habilitan al autor de él para dictarlo, esto es, la inexistencia de ellos.

Es sabido que para la validez jurídica de un acto administrativo –y muy en especial de un acto-sanción, dados los principios de legalidad y tipicidad que intrínsecamente lo rigen– se requiere, entre otros requisitos, la existencia del hecho/motivo que la ley configura como “habilitante” para que el órgano competente actúe, satisfaciendo la necesidad pública que tal hecho comporta; de allí que tal hecho sea el “motivo”, fundamento, o razón, que induce a obrar, que mueve a actuar al órgano público. Sin ese hecho, no se estimula jurídicamente la potestad que ha sido atribuida a dicho órgano, porque éste existe y actúa para resolver o satisfacer “necesidades públicas”, esto es, aquellas que el legislador estima necesario o conveniente que sean resueltas o satisfechas por un órgano estatal (v. gr. impedir tumultos en la vía pública, prevenir epidemias, resolver emergencias de sequía o de contaminación o telúricas, declarar vedas, etc.).¹

Ese hecho (motivo o fundamento) es lo que mueve a obrar a la Administración, y su satisfacción o resolución –ya que es una necesidad pública– es el fin por el cual y para el cual ella actúa, y es la razón o justificación por la cual le han sido atribuidas determinadas potestades públicas.²

¹ Ciertamente que en la medida que no sea una materia de “reserva” de las personas, por corresponderles a éstas de suyo el resolverlas. Recuérdese el principio básico de nuestra Constitución que es la “primacía de la persona” (arts. 1° y 5° inc. 2°), y de la iniciativa privada en materia económica (art. 19 N° 21); sobre ello puede ser de interés nuestro *La actividad económica en la Constitución*, en *Ius Publicum* 2 (1999) 119-128.

² Sobre *potestades públicas*, su noción, características, elementos que la configuran y finalidad, véase nuestro *Derecho Administrativo. Bases fundamentales* (2 vols.). Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1996, t. 2°, 47-63. Sobre la noción de acto administrativo en el derecho chileno vid. nuestro artículo homónimo en *Revista de Derecho Público* 60 (1996) 85-97. Sobre la *fundamentación* (o motivación, como suele también decirse) del acto administrativo vid. nuestro *Los elementos del acto administrativo*, en Informe Constitucional N° 894/13.10.1994 (también en nuestros *Apuntes de Derecho Administrativo*. Facultad de Derecho Universidad Católica de Chile (1999) - “Acto Administrativo”.

Siempre que se otorga competencia a un órgano administrativo estatal, el legislador precisa los hechos frente a los cuales debe actuar, ejerciendo los poderes jurídicos atribuidos para satisfacer una determinada y precisa necesidad pública.

De allí que la existencia de los hechos, y de los hechos que el legislador ha precisado, es un requisito fundamental, indispensable e ineludible para que un acto administrativo adquiera validez jurídica en nuestro ordenamiento.

1. La jurisprudencia, tanto contralora como especialmente judicial, ha sido muy homogénea y constante en afirmar que el acto administrativo debe bastarse a sí mismo, por lo cual, además de otras exigencias, debe contener la *consideración de los hechos que permiten dictar la medida adoptada*, hechos que deben existir al momento de adoptar el decreto o resolución correspondiente, y que le dan el sustento fáctico para que sea dictado aquél o ésta. En la jurisprudencia contralora particularmente claro es el dictamen N° 33.006, de 1984, de la Contraloría General de la República, que es el pronunciamiento clave de esta jurisprudencia, repetido sin variaciones de modo frecuente.

Muy gráficamente se comprende este planteamiento: carece de fundamentación fáctica –y por ende es contrario a Derecho– por ejemplo, un decreto o resolución que acepta la renuncia a un funcionario público que jamás la ha presentado;³ del mismo modo, es ilegal un decreto o resolución del Servicio Agrícola Ganadero que adopta una medida frente a un hecho que se prueba que es inexistente (epidemia animal, plaga vegetal, etc.); igualmente, vulnera el Derecho una sanción disciplinaria que se pretende aplicar por hechos que no se encuentran probados en el expediente sumarial, o sea, son inexistentes; o un cobro de derechos aduaneros por no pago de ellos en circunstancias que se encuentran debidamente cancelados, según boletines de pago de autoridad competente, etc.

2. En esto la jurisprudencia judicial es bien abundante, frecuente y reiterada, si se revisan los últimos veinte años y, particularmente, en materia de protección.

2.1 Ya en *inaplicabilidad*, la Corte Suprema declaraba, en 1977, que un acto administrativo para que sea válido es necesario, entre otras exigencias, “que tenga motivos”, vale decir, que esté fundamentado en los

³ Tampoco procedería tal “aceptación de renuncia” en el caso de un funcionario de confianza exclusiva si no la presentare cuando le fue pedida, ya que en tal caso procede la “declaración de vacancia” (arts. 7° y 142, Ley 18.834).

hechos (*Empresa Nacional de Electricidad*, 07.04.1977, en Fallos del Mes N° 221, 59-64).

2.2 Pero es, sobre todo, en *protección* en donde se ha establecido una jurisprudencia muy firme y constante en orden a afirmar que requisito de validez ineludible de los actos administrativos es que deben fundarse, basarse o sustentarse en hechos concretos, existentes al momento de dictarse y que son precisamente los que la ley ha previsto para tal dictación.

- Es ilegal una resolución que carece de fundamentos y en que ni siquiera se indica cuál infracción tributaria se investiga, ni la disposición legal que le sería aplicable (*Chiofalo Santini*, Corte Suprema, 19.06.1980, en RDJ, t. 77 (1980) 2.1, 41-46, consid. 6°).
- Es ilegal un acto administrativo, en cuanto a su causa o motivo, ya que "fue librado sin existir el hecho o antecedente que le sirve de necesario fundamento", como es que los tributos que se cobran aparezcan no pagados, en circunstancias que han sido pagados, según lo atestiguan los propios comprobantes de pago que obran en autos (*Cobre Cerrillos*, Corte Suprema 14.01.1981, que confirma sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, en RDJ, t. 78 (1981) 2.5, 52-58, consid. 14°; en igual sentido *Mitsui Chilena Comercial Ltda.*, en ídem 83-90, consid. 15°).
- Es contraria a Derecho una resolución que revoca una anterior sin que existan hechos que fundamenten tal decisión, ya que el acto revocatorio en tal caso "aparece desprovisto de la adecuada fundamentación" (*Unidad Vecinal N° 13/Comuna de San José de Maipo*, Corte Suprema, 26.12.1983, en RDJ, t. 80 (1983) 2.5, 175-179, consid. 7°).
- No sólo es ilegal, sino, además, arbitraria una resolución de una autoridad administrativa que sanciona a determinadas personas por aplicación de preceptos legales que no les son aplicables, por no encontrarse en los casos que prevé la ley; tal actuación es arbitraria "puesto que el funcionario recurrido hizo una aplicación caprichosa de la ley al no considerar para nada si las circunstancias fácticas correspondían a las regladas por la ley", es decir "se ignoran los hechos o circunstancias que se tuvo en cuenta" para dictar el acto (*Weber Castillo*, Corte Suprema, 05.05.1986, en Fallos del Mes N° 330, 194-199, consid. 7° y 8°).
- Es improcedente pretender fundamentar una decisión administrativa en la instancia judicial, puesto que el acto que dicta la autoridad debe

tener su fundamentación en la resolución misma que lo contiene, y que es la que se ha aplicado y ha producido el agravio en el recurrente que la impugna; jamás puede esgrimirse ella a posteriori, ni puede fundamentarse con hechos producidos tiempo después de su dictación (Acevedo de Alarcón, Corte de Apelaciones de Santiago, 17.05.84, en Gaceta Jurídica N° 47, 50-53, consid. 6°; también *Fantuzzi Alliende*, Corte Suprema, 30.12.1985, en RDJ, t. 82 (1985) 2.5, 283-288, consid. 5°).

- Es ilegal y arbitraria una decisión administrativa revocatoria de un acto anterior que carece de fundamentación fáctica, ya que los fundamentos de ella “deben contenerse en la resolución dictada al efecto y no esgrimirse a posteriori” (*Fantuzzi* cit. consid. 5°).

Con posterioridad es numerosa la cantidad de fallos en que se reitera este planteamiento, pudiéndose mencionar a título ejemplar, entre otros, *Meza Allende* (RDJ, t. 81 (1984) 2.5, 112-120), en donde se afirma muy certeramente que la omisión de fundamentos revela la inexistencia de razones que justifiquen la decisión adoptada; *Sociedad Colegio Inglés Mackay S.A.* (RDJ, t. 83 (1986) 2.5, 164-168, consid. 10°), resulta ilegal una decisión de la Superintendencia de Valores y Seguros que apoyándose en una hipótesis falsa y errónea, hace aplicación de determinado precepto legal a una situación no prevista en él, y, además, arbitraria “por ejercerse por dicho organismo una potestad ajena a los reales antecedentes” del expediente administrativo; *Salmones Aucar Ltda.* (RDJ, t. 85 (1988) 2.5, 314-321, consid. 8° y reseña de doctrina), el acto administrativo que deniega un beneficio otorgado por la ley, por un error al apreciar los hechos, además de ilegal por desconocer un texto expreso de ley que lo establece, es arbitrario, “pues carece del indispensable fundamento racional que debe tener todo acto de la autoridad pública”; *Rosas Díaz* (RDJ, t. 88 (1991) 2.5, 123-131, consid. 7°, con comentario nuestro en pp. 131-134), fallo relevante en que se afirma con rotunda precisión que “lo no motivado es ya, por este solo hecho, arbitrario”, y es “que, a falta de motivación que sostenga la decisión administrativa, su único apoyo radicaría exclusivamente en la sola voluntad del funcionario que adopta dicha decisión, apoyo que, como es obvio, resulta insuficiente en un Estado de Derecho, en el que no hay margen –por principio– para el poder puramente personal”.

Incurrir en una conducta ilegal y arbitraria una autoridad administrativa que “dicta una resolución carente de fundamentación por inexistencia de los hechos jurídicamente habilitantes para actuar”, desde que “no se está en presencia de ninguna de las situaciones fácticas a que hace referencia la ley” (*Ochagavía Larraín*, en RDJ, t. 92 (1995) 2.5, 8-11, consid. 3° y reseña de doctrina); si no existen los hechos que configuran una

causal de destitución de un funcionario público, conforme al estatuto legal que lo regula, resulta ilegal y arbitraria la medida de destitución que se le pretende aplicar, la cual sólo procede en el caso y según las causales expresamente previstas (*Méndez Mancilla*, RDJ, t. 93 (1996) 2.5, 213-217, consid. 4°, 5° y reseña); en igual sentido respecto de un acto-sanción impuesto a un vendedor de AFP, no existiendo debidamente probados los hechos imputados como ilícitos por la ley: tal sanción es ilegal y arbitraria, dada la inexistencia de los hechos que habilitan a la autoridad a disponerla (*Tapia Soto*, ídem 199-203, con comentario nuestro, en 203-204, en el cual se explica el vicio en que se incurre cuando se dicta un acto administrativo sin que exista el hecho (motivo o fundamento) que habilita a su autor a dictarlo); también *Cañas Almonacid*, en RDJ, t. 94 (1997) 2.5, 74-76, caso en el cual se suspende por una Isapre la atención de salud a una beneficiaria de un convenio legalmente celebrado por cuanto habría incurrido en conductas ilícitas sin que dicha institución probara la existencia de esas conductas: "una decisión carente de justificación en los hechos resulta ilegal y arbitraria".

Del mismo modo, pueden señalarse, en el mismo sentido, entre otros, *Faune Mena*, t. 86 (1989) 2.5, 196-199; *Baeza Carrasco*, ídem 8-12; *Méndez Cofré*, ídem 165-169 y *Pesquera Loa Sur*, ídem 236-241; *Díaz Maliqueo*, t. 88 (1991) 2.5, 189-193, con comentario nuestro); *Cortés Gormaz*, t. 90 (1993) 2.5, 174-177, y *González Cabezas*, ídem 247-250; *Yunis Manzur*, t. 92 (1995) 2.5, 68-72; *Agrícola Forestal Reñihue*, ídem 78-83; *Forestal del Sur*, t. 93 (1996) 2.5, 170-175; *Denham y Cía.*, ídem 187-199; *Casagrande Ltda.*, t. 95 (1998) 2.5, 59-65; *Soc. Comercial Agropecuaria Ltda.*, ídem 65-69; *Gamín Bórquez*, t. 97 (N° 3/2000), en prensa; *Superintendencia de Valores y Seguros*, ídem; *Inmobiliaria Los Alerces S.A.*, ídem; *Peralta García*, ídem; *Medina Cartes*, ídem (con comentario nuestro), etc.

Es ya particularmente claro para la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia que "al carecer de toda fundamentación un acto administrativo... ello hace concluir al tribunal que el decreto impugnado constituye un acto arbitrario, desde que prescinde de expresar los razonamientos de hecho que llevaron a la decisión adoptada", y es que "los motivos que justifican la adopción de determinados actos administrativos no pueden ser formulados en términos vagos y generales, sino precisos, única manera de dar validez jurídica a la decisión adoptada por la autoridad" (*Empresa Magallánica Industrial y Comercial S.A.*, en RDJ, t. 93 (1996) 2.5, 226-232, consid. 3°, 4°, 7°, 8° y 9°).

En el derecho chileno el acto administrativo debe bastarse a sí mismo, debiendo contener en sí todos los elementos que la Constitución y la ley

exigen para su validez jurídica, ya que entra al ordenamiento jurídico como tal acto sólo y únicamente en la medida en que ha cumplido todas esas exigencias, pues en caso contrario tiene aplicación ipso jure el mandato de la Constitución que declara nulo “todo acto en contravención” a ella (art. 7° inc. 3°), nulidad que es insanable e imprescriptible, como lo afirma la doctrina, y la jurisprudencia lo reitera de modo permanente.⁴

⁴ Vid. nuestro *Derecho Administrativo* cit., tomo 2°, 163-228; *La nulidad de derecho público, su actualidad*, en *Revista de Derecho* (Universidad Católica de Valparaíso), XVIII (1997), 347-355, y recientemente *La nulidad de derecho público de los actos estatales y su imprescriptibilidad en el derecho chileno*, en *Ius Publicum* 4 (2000), 55-62. Vid. para la jurisprudencia reciente, entre otros, *Barría Torres* (Corte Suprema, 17.05.2000, Rol 2.665-99); *Cuevas Corvalán* (Corte Suprema, 21.06.2000, Rol 4.429-98); *Molina Martínez* (ídem, Rol 3.010-99); *Brian de Diego* (Corte Suprema, 19.04.2000, en RD), t. 97 (2000) 2.5, en prensas); *Cantero Prado*, t. 96 (1999), 2.5, 69-73 y nota de p. 70 con indicación de más casos análogos, etc.

El protector de naturales y el derecho a la defensa

Angela Cattán Atala

Profesora Titular de Derecho Romano

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El debido proceso se centra en dos ideas fundamentales, que son la legalidad del juez y la legalidad de la audiencia, esta última se divide a su vez en dos principios fundamentales: el de la bilateralidad de la audiencia o derecho de la defensa o principio del contradictorio, y el de la legalidad de la forma, como exigencia instrumental de las formas estructurales del proceso, es decir, de esas que le permiten constituirse como el instrumento o la herramienta adecuada para crear el derecho.¹

El principio de la bilateralidad de la audiencia es el que voy a tratar en este trabajo, circunscrito a un momento en la historia, el período indiano, y a un grupo de personas de la América indiana, los naturales.

El principio de la bilateralidad de la audiencia significa que un juez no puede decidir una pretensión si aquel en contra de quien ha sido propuesta no ha tenido la oportunidad de ser oído, *audiatur altera para*, (nadie puede ser condenado sin haber sido oído).

Partiendo de estos supuestos fundamentales, nos trasladamos a la época indiana, con el objeto de poder llegar a determinar si este principio es acogido por el derecho indiano.

A partir del descubrimiento de América, las disposiciones que se dictaron para las Indias se basaron en el derecho castellano. El derecho indiano no presentó mayores diferencias con el derecho castellano, puesto que los juristas indianos se formaron bajo la escuela del derecho común.

Los juristas indianos partieron de su propia realidad, para sacar los modelos adecuados que debían aplicarse a la realidad indiana, de acuerdo a diversos factores, como son el territorial y sobre todo la persona de los indios.

¹ Quintero de Prieto, Beatriz. "El Debido Proceso". Temas procesales N° 21, octubre 1997, Revista de Centro de Estudios de Derecho Procesal, Medellín, Colombia

Es así como los juristas indianos para regular la condición jurídica del indígena se basaron en modelos romanos, recepcionados por la legislación castellana.

Juan de Solorzano y Pereira, al igual que otros juristas indianos, encuentra el modelo adecuado para regular la condición jurídica de los indígenas en las miserables personas, dice: "Se reputan y llaman todas aquellas de quienes naturalmente nos compadecemos, por su estado, condición y trabajo. Determinar si en una persona concurren o no estas características, corresponde al arbitrio del juez resolver. Pero cualquiera que se atienda y requiera en los indios concurren estas características".

En conformidad con el texto transcrito, los indios son considerados miserables personas y gozan de los beneficios y privilegios que les corresponden a ellos al igual que los menores.

Con esta categorización se dotó a los indios de los medios legales eficaces para hacer valer sus derechos. Pero de nada servirían si no hubiesen sabido utilizarlos, de ahí que resulta de especial importancia la figura del protector de naturales.

Respecto de la comparecencia de los indígenas ante los tribunales indianos, estaba asegurada por real cédula de Felipe II, de 10 de agosto de 1562: "Si los indios de señorío recibieren algún agravio del Alcalde Mayor, justicia y otra cualquier persona, puedan ir libremente a la Real Audiencia del distrito a dar requisas, pedir satisfacción del agravio que se les haga justicia y no se les ponga impedimento...".

Además, aquellas causas donde una de las partes era un indio eran consideradas casos de corte y conocía directamente de ellas la Real Audiencia.

El protector de naturales

Su creación se debe a la petición que hizo fray Bartolomé de las Casas, en la que manifestaba: "Mande poner en aquellas islas, en cada una de ellas una persona religiosa, celosa del servicio de Dios y de S. A. y de la población de la tierra... que procure la utilidad y conservación de los indios con mucha vigilancia e cuidado, la cual tenga en justicia a los indios, porque no les hecha ninguna sin razón y sin justicia que castigue a los malhechores y delincuentes".

Esta solicitud de De las Casas se resolvió en lo inmediato nombrando una misión encargada de supervisar, en el terreno, el gobierno de las Indias y sobre todo para que hiciera las recomendaciones, sugerencias necesarias para mejorar la condición de los naturales, y es en el propio De las Casas

en quien recae este nombramiento el 17 de septiembre de 1516, es así que es nombrado "Protector Universal de todos los indios de las Indias", con carácter personalísimo. Pero dada su trascendencia, es posteriormente creado este cargo con carácter permanente, encomendado a laicos, y recayendo en una primera época en los fiscales de las Reales Audiencias.

El fiscal en cada Audiencia era el protector y defensor de todos los indios del distrito, teniendo como misión principal de su cargo "ayuda a favorecerles en todos los casos y cosas en que conforme a derecho les convenga para alcanzar justicia, abogados de oficio por los indios, demandando o defendiendo en todos los pleitos o causas que tuvieran, civiles y criminales, así entre ellos como con españoles. Y debían hacérselo saber a los indios, con el fin de que éstos estuvieren siempre informados de que no se hallaban desprovistos de defensa en los negocios y causas que sostuviesen."²

En la medida que se fueron descubriendo nuevos territorios, el cargo de protector de naturales se fue multiplicando para impedir abusos. La creación del protector significó para los naturales disponer de un funcionario que los asesoraba en las causas y actos en los cuales intervenían. En los casos de que los indios litigaran entre sí, el fiscal defendería a una parte y el protector a la otra; si contendieren con el fisco, el protector abogaría por los indios y el fiscal, como defensor nato de aquél, por el Estado. Cuando no existiere protector, la audiencia nombraría un abogado de partes y satisfacción para que defendiese a los naturales

Atribuciones del protector de naturales

Su misión fundamental fue velar por la conservación y buen tratamiento de los naturales. Conforme la regulación de las Leyes de Indias, constituía un patronato jurídico y social sobre los indios, encargado de velar por su libertad, ejercer la defensa y guía en juicio en todos sus pleitos y causas.

Del origen y condiciones que deben adornar al protector de naturales

Este tópico es tratado en memoriales, que eran géneros literarios jurídicos cultivados en Indias, consistentes en un escrito en el que se realizaba una petición, estableciéndose las circunstancias de hecho y de derecho en que se apoyaban para solicitar dicha gracia.³

² Ley XXX IV, tít. XVIII, lib. II, Recopilación de Leyes de Indias

³ Dognac, Antonio, "Culteranismo, criollismo y derecho común en un memorialista del siglo XVII, Nicolás Matías del Campo" en *Homenaje al profesor Alfaro García Gallo*, Tomo III, Madrid, 1996.

Uno de ellos nos habla del “Origen del oficio de protector general de los indios del Perú, su gentilidad, causas y utilidades de su continuación por nuestros gloriosos Reyes de Castilla nuevo lustre y autoridad que le comunicaron haciéndole uno de sus magistrados con toga y motivos que persuaden su conservación”. Este memorial fue impreso en Madrid en el año de 1671 y su autor es Matías del Campo y la Rynaga, caballero de la orden de Santiago.

Del Campo escribe este memorial teniendo como antecedente otro anterior y del cual es autor don Juan de la Rynaga Salazar, de 1622 y 1626, que culminó cuando el rey despachó título de protectores fiscales de India por el año de 1643, en personas de letra y togado no solo para Lima, sino también para las Audiencias de la Plata, Quito, Chile y Santa Fe de Bogotá. Desgraciadamente este sistema no perduró, puesto que al quedar vacantes los cargos no fueron renovados y se volvió al antiguo sistema de los protectores no letrados

Con lo anterior, la situación de los indios retrocedió, pues empezaron a contar con un solo abogado, ocupado la mayor parte del tiempo en otros negocios. Esto motivó a don Matías del Campo a realizar una petición siguiendo los esquemas de su tío don Juan de la Rynaga en sus memoriales de 1622 y 1626, e igual que su antecesor utilizó el derecho romano junto a autores del derecho común para fundamentar su petición.

De los atributos y condiciones que deben ornar al protector de naturales, contenidos en el Memorial de Don Matías del Campo y la Rynaga

Este manuscrito comienza primero con una comparación entre la tutela de los impúberes en el derecho romano y el protector de naturales, así cita a Paulo D.26.1.1.

Tutela est, ut servius definit, ac protestas in parite libero adtuendeum eum, qui propter aetatemsua soponte se defendere negurt, une unile data ac permussa.

Tutela es una potestad que se ejerce sobre los indios al igual que la potestad que el tutor ejerce sobre los impúberes.

Después de narrar lo acontecido con los memoriales anteriores, describe las cualidades que debe tener la persona que desempeña el cargo de protector de naturales, y manifiesta:

1. Debe ser letrado de mucha satisfacción y experiencia, con el mismo hábito, preeminencia y salario de los fiscales de la Real Audiencia.



2. Se debe considerar también su nobleza y pureza de costumbres, limpieza de sus acciones, dotes y actitudes que comúnmente requieren en los magistrados y que Justiniano hace referencia en la Constitución N° 8 de las Novelas.

Ut iudices sine quoquo suffragio fiant

De que sin sufragio alguno sean nombrados los jueces.

3. La pureza de la costumbre debe ser considerada, puesto que Justiniano la consideraba una joya muy apreciada (C. 81 de las Novelas, Folio 16 del Manuscrito).

De quaestore

Semper cum dei auxilio omnem facimus procidentiam, ut subiecti, ab eius clementia traditi nobis, illaesi serventur itaque et leges ponimus omnem eis curantes iustitiam, et quod paulatim labitur reparare festinamus, in super etiam administratio nes invenimus, quae castigantes, quod in honoratum est, mediocra faciente delicta...

Siempre ponemos con el auxilio de Dios todo cuidado para que se conserven ilesos los súbditos confiados a nosotros por su clemencia. Y así establecemos leyes, procurándoles justicia nos apresuramos a reparar lo que paulatinamente cae en desuso, y creamos además magistraturas, que castigando lo que es indecoroso hacen que sean menos los delitos...

4. Como medida de control se acostumbró entre los romanos a tener magistrados inferiores y superiores, práctica que echó raíces y se afianzó con las ordenanzas del Real y Supremo Consejo de Indias (Constitución 82 de las Novelas).

5. La limpieza de acciones y de manos, manifiesta Del Campo y la Rynaga, debe ser otra cualidad necesaria para el protector y por ende ello es necesario que reciba un salario conveniente, pues no es acertado fiar a la justicia a los pobres por temor a que se corrompan (folio 17) Novelas 17. 5.2.

Festinabis etiam consiliarum et quicumque fuerit circa te assumere virum optimum, et purum undique, et contenteum iis quae fisco dantur, et si quid praeter spem accesserit, et non inneneris eum custodientem tibi fidem iustam, illum quidem expelles, alio nero uteris consiliario, legem et iustitiam cum puris servatae manibus

Procurarás también que el asesor que tomes, y que cualquiera que hubiere de estar cerca de ti, sean hombres excelentes y enteramente puros, y que se

contenten con lo que por el fisco se da; y si contra lo que era de esperar aconteciere alguna cosa, y hallares que aquel no te guarda justa fidelidad, lo expulsarás, y te servirás de otro consejero, que con manos limpias guarde la ley y la justicia.

6. Ha de preferirse a un natural de las Indias, puesto que así con la natural afición y dulce amor a la patria atenderán a su aumento, utilidad y conservación, como bien lo manifestaron los emperadores Valentiniano y Marciano a Taciano, prefecto del pretorio (folio 17 vta.) C.1.39.2

Impm. Valentinnianus Et Marcianus AA: Tatiano P.P. Tres tantummodo praetores electae opinionis in hac urbe per singulos annos iudicio senatus preaecepimus ordinari, qui competentes causas et debitos actus integre disceptare atque tractare debebunt, ut hi tamen tres ex his, qui proprium larem in hac alma urbe habeant, non ex provinciis eligantur. Nec si quis forte propter alias causas ad hanc urbem de provinciis venerit, ad praeturae munus vocetur, sed hi tantummodo, ut dictum est, qui hic domicilium foveant ita tamen, ut. nec ipsi sumtus quosdam inferre cogantur inviti, sed habeant spontaneum liberalitatis arbitrium...

Mandamos que en esta ciudad se nombren, a juicio del senado, únicamente tres pretores de buena opinión para cada año, los cuales deberán conocer plenamente y examinar las causas competentes y los actos debidos, pero de suerte que los tres sean elegidos de los que tengan su propio domicilio en esta augusta ciudad y no en las provincias, y si acaso alguno hubiere venido de las provincias a esta ciudad, no sea llamado al cargo de premura, sino que lo sean obligados, como se ha dicho, únicamente los que tienen aquí su domicilio, de suerte que no sean obligados contra su voluntad de hacer ciertos gastos, sino que tengan el espontáneo arbitrio de su liberalidad.

Dada en Constantinopla a 15 de las Calendas de Enero, bajo el sétimo consulado de Valentiniano, Augusto y el de Avieno

Se puede decir que en general los resultados de este memorial fueron positivos, pues mediante resolución de 14 de febrero de 1683, un quiteño, Ignacio de Aybar, obtuvo para la Audiencia de Quito, la protectoría de naturales con título de fiscal, uso de garnacha y un emolumento de 2000 ducados.

Conclusiones

De acuerdo a lo analizado anteriormente, podemos establecer que por un lado se dotó a los indígenas de una categoría especial, que permitió que pudieran utilizar una serie de privilegios que sólo correspondían a ellos en su condición de "miserables personas". En segundo lugar, se creó un funcionario especial que debía asesorarlos en las causas en que intervinieran

y así poder utilizar los recurso que la corona otorgó para ellos, con lo cual se aseguraba el derecho a que en los procesos fueran debidamente defendidos y asegurado su derecho a la defensa.

Es importante ahora poder determinar lo que sucedió en Chile y en la práctica jurídica indiana.

El protector de naturales en Chile

Este cargo fue desempeñado en Chile por personas altamente calificadas y algunos de ellos fueron destacados juristas que cumplieron con gran celo su misión. Merecen especial mención don Juan del Corral Calvo de la Torre (1639), don Francisco Ruiz de Bercedo (1707) y don Tomás de Azúa e Iturgoyen (1746), quien, además, ocupó el cargo de Rector de la Universidad de San Felipe.

Son excepcionales los casos en que el protector cometió abusos o se excedió en sus funciones, como ocurrió con don Antonio Ramírez de Laguna, pero la mayor de las veces se ha podido constatar que fueron personas dedicadas a sus labores, que sentían un profundo sentimiento indigenista y algunos de ellos murieron en la extrema pobreza y enterrados de limosna, como sucedió con don Joaquín Pérez de Uriondo, a quien en atención a sus méritos se le concedió a su viuda, doña Inés Méndez Valdés, una pensión vitalicia de \$ 200 anuales.

El protector de naturales en la práctica jurídica indiana

Respecto de la actuación del protector en las causas estudiadas podemos manifestar que eran escasas las disposiciones legales citadas, y en cambio el recurso romano de la *restitutio in integrum* aparece constantemente como una herramienta procesal del protector para la eficaz defensa de los derechos de los naturales, tanto en las causas de libertad como criminales y en relación a otras materias.

Analizaré a continuación la actuación del protector en algunos procesos:

- Ubicación: Archivo Nacional. Fondo Real Audiencia. Volumen 2744, pieza 6, año de 1703.
Materia: Causa de libertad. Autos contra Blas de los Reyes por la libertad de Domingo Guzmán.

Comparece Domingo Guzmán, hijo legítimo de Marcos Guzmán y de Nicolasa Rosas, quien demanda la nulidad de la encomienda que se hizo a

Blas de los Reyes y afirma que estando en el pueblo de Malloa su abuela, natural de ese pueblo, tuvo amistad ilícita con el español Diego de Guzmán, quien posteriormente la llevó a la chacra de Huechuraba, donde contrajeron matrimonio y de esa unión nació su padre Marcos Guzmán, quien a su vez se casó con Nicolasa de Chichigue, su madre.

De acuerdo a lo expuesto, el demandante no es encomendable, de conformidad a la Ley 1ª, Título 1º, libro VI de las Recopilaciones de Indias, que señalan que los indios siguen la naturaleza de sus padres. Solicita que se ordene al encomendero Blas Reyes que en atención a lo expuesto, no perturbe más su libertad. Concluye su presentación solicitando que se nombre como su procurador al protector de naturales don José de Lepe.

El tribunal resuelve traslado y accede a las demás peticiones formuladas por la parte demandante.

El demandado don Blas Reyes, encomendero demandado, vecino de Aculeo y representado por don Miguel Salvatierra, solicita que no se dé lugar a lo solicitado por la parte demandante, pues tanto Domingo Guzmán como sus ascendientes son indios, fundamenta esto expresando que el señor Diego de Guzmán, abuelo de la contraparte, era indio, natural del pueblo de Malloa y que también sus padres eran indios, agrega que el padre del demandante ejercía el oficio de curtidor y fue siempre encomendado de don Francisco Briceño, quien haciendo uso de su encomienda llevó a los indios a su chacra de Huechuraba para que le trabajaren y tributaren.

Después de presentar los escritos de rigor el tribunal resuelve:

“Recíbese la causa a prueba a la parte en ella contenidas y de lo por ellas deducido y alegado y de aquello que probado les podía o puede aprovechar, con término de nueve días comunes a las partes dentro de los cuales prueben y aleguen lo que les convenga”.

El protector de naturales tacha los testigos de la parte demandada. Se abre término probatorio para las tachas y no se presentan pruebas, el protector interpone el recurso de la *restitutio in integrum* para presentar prueba de las tachas, haciendo presente que su parte no había comparecido por estar enferma. El tribunal accede.

El protector manifiesta en un escrito que los testigos presentados por el demandado son indios encomendados al servicio de la parte que los presenta e incluso uno de ellos es su esclavo .

Se dicta posteriormente sentencia definitiva que declara a Domingo Guzmán

indio tributario, originario del pueblo de Malloa, perteneciendo en consecuencia a este repartimiento y a la encomienda de don Blas de los Reyes.

De acuerdo a lo que consta en el expediente, la participación del protector de naturales fue diligente, las pruebas presentadas fueron mucho más contundentes que las del demandado. El recurso de la *restitutio in integrum* permitió en definitiva sustentar con mayor fuerza los argumentos de la parte demandante, no obstante el fallo de la Real Audiencia es adverso al protector de naturales.

- Ubicación: Volumen 2813, pieza 10, año 1754, del archivo de la Real Audiencia, corresponde a causa criminal por azotes indebidos y otros excesos cometidos contra el indio Colibichun Pascual.

Esta causa comienza con la presentación que hace el protector de naturales don Carlos de Lagos, quien representa al cacique Colibichun Pascual, a quién se ató, azotó y cortó el cabello por orden del padre mercenario Fray José Gatica, en atención a que fue acusado por Pablo Huerta y otros de un supuesto hurto de una esclava negra, que huyó.

El protector manifiesta que el sacerdote y los laicos se arrogaron autoridad que no correspondía. Los argumentos que hace valer el protector, en resumen, son los siguientes:

1. Que sólo existe la suposición de un delito y que nada justifica una pena tan denigrante entre los indios como es cortarles el cabello.
2. Que ningún hombre puede arrogarse autoridad alguna, pues para ellos y los hombre libres, existe la autoridad pública.
3. Que por Ley 6, título 13, libro I de las Leyes de Indias, está prohibido cortar el cabello a los indios.
4. Que si quedara impune y no debidamente castigado el exceso cometido, cualquiera se tomaría la facultad de castigar a su arbitrio a los indios y después bastaría fundamentar con pruebas parciales, para justificar lo ocurrido, como sucedió en este caso.

Se constataron las lesiones a la víctima.

En definitiva, y ante la diligente y eficiente defensa del protector de naturales, son condenados los demandados al pago de una indemnización, con embargo de bienes, y se exhorta a la respectiva orden para que el sacerdote sea sancionado.

- Ubicación: Volumen 2392, año 1710, pieza 4, del Archivo de la Real Audiencia. Aquí se encuentra la causa por amparo y defensa de Diego Algarrobo y su familia, quienes comparecen representados por el coadyutor general de los indios, don Juan de Alvarado. Lo demandados son doña Thomasa Palacios y don Pedro Palacios, su sobrino, quienes pretenden someter a encomienda al demandante y su familia.

En este expediente también es importante y eficiente la defensa del indígena, pues gracias a ello la sentencia declara libre de tributo y encomienda a don Diego y su familia.

Conclusión

Como se puede deducir de los expedientes analizados y que se han seleccionado y resumido, por vía de ejemplo, en este trabajo, y sin perjuicio de los más de doscientos expedientes estudiados, cuya tónica es similar a los transcritos, podemos concluir lo siguiente:

1. que los indios fueron categorizados como miserables personas con el objeto de dotarlos de un régimen jurídico especial, más adecuado a su condición;
2. que en su calidad de miserables personas pudieron utilizar recursos y medios que la Corona les otorgó especialmente a ellos por su condición;
3. que el funcionario encargado de la defensa de los indios, en Chile, operó eficazmente;
4. que la defensa del protector de naturales en las causas analizadas es encomiable por su diligencia y eficiencia, cumpliendo así fielmente la misión que la Corona le encomendó;
5. que las cualidades que deben ornar al protector de naturales señaladas en el memorial de don Matías del Campo y la Rynaga, fundamentadas en las Novelas de Justiniano, corresponden a la de las personas que en Chile desempeñaron el cargo de protector de naturales;
6. que podemos afirmar que en Chile en la época de la América indiana se cumplió con respecto a los indígenas el principio del derecho a la defensa.

La figura del protector de naturales se yergue entre la dureza de la conquista como una luz que mitigó el sometimiento de los indios.

Comentarios respecto de la norma consagrada en el art. 8° bis de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado

Jorge Reyes Riveros

Sub Contralor General

Profesor de Derecho Administrativo

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Origen del precepto

Esta norma nace de una indicación en el Senado respecto del proyecto de Ley de Probidad Administrativa que, en definitiva, se aprobó a través de la Ley N° 19.653 y por la cual se modificaron e incorporaron preceptos en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18.575. La indicación fue formulada por los senadores Sres. Fernández, Hamilton, Otero y Sule en la instancia respectiva.

De acuerdo con los antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento del precepto en análisis, queda del todo claro, y según las intervenciones del Sr. Rolando Pantoja, representante del Gobierno y de los senadores Hamilton, Diez, Viera Gallo, Fernández y Horvath, entre otros, que el fundamento de la nueva disposición legal se encuentra en una especie de concreción de los principios de probidad administrativa y de transparencia en la celebración de los contratos administrativos y aun en el resguardo del patrimonio fiscal compuesto por bienes que pertenecen a todos los chilenos (Diario de Sesiones del Senado, Sesión N° 5, de 14 de octubre de 1997, págs. 267 y 269, y Sesión N° 10, de 1° de julio de 1998, págs. 849 a 853).

Junto a lo anterior se hace necesario dar a conocer que en el criterio de la mayoría de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado y que se manifiesta a través de las sesiones antes mencionadas, se hace especial hincapié en la necesidad de que la Administración en la celebración de las convenciones antes aludidas cuente con atribuciones suficientes que permitan un actuar eficiente en esta materia y por ello

se propone establecer las excepciones de la propuesta privada y del trato directo, cuando respecto de la primera se emita una resolución fundada, o cuando en relación a la segunda la naturaleza de la negociación así lo determine.

Resulta curioso que entre los fundamentos para consignar la formalidad de la licitación en los contratos del Estado se haya olvidado una razón que generalmente se hace presente, cual es el que la Administración a través del procedimiento indicado, obtenga mayores y mejores opciones de contratación, vale decir, consiga una mayor eficiencia operativa en el empleo de sus recursos al elegir entre varios oferentes que, se supone, compiten en pro de que se les adjudique el contrato proponiendo mejores opciones y condiciones para la Administración.

No obstante que las razones esgrimidas anteriormente constituyen valederos fundamentos para justificar la nueva preceptiva, en el juicio de quien formula los comentarios se deben conjugar también disposiciones constitucionales que reconocen derechos fundamentales de las personas y deberes del Estado que aconsejan la observancia del procedimiento de licitación pública, como regla general en los contratos de la Administración, y que otras formas, como la propuesta privada y el trato directo, sólo sea posible aplicarlas en las situaciones determinadas por la ley y no por los órganos administrativos.

II. Principios y derechos constitucionales que inciden en este análisis

En el estudio de tal normativa, como ya se expresó, debe incorporarse primeramente la consideración de ciertos preceptos y principios que establece la Constitución Política de 1980.

La Ley Suprema, en su primera disposición, reconoce a las personas que ellas **nacen libres e iguales en dignidad y derechos**. Lo anterior importa que existe un derecho de todos los hombres a la igualdad en sus relaciones como personas individuales y en su consideración societaria, es decir, a través de la familia y de las sociedades intermedias. La misma igualdad también es preciso reconocer frente al tratamiento y relaciones con el Estado y con sus órganos.

Se trata, por consiguiente, de un derecho que emana de la naturaleza humana, por cuanto las personas nacen con él y es, por lo tanto, anterior al Estado y al orden jurídico, los cuales no tienen otra alternativa que reconocerlo, respetarlo, ampararlo e incentivarlo.



La propia Ley Fundamental confirma y desarrolla particularmente este derecho en diversas normas. Es así como el mismo art. 1º, en su inciso 5º, consagra como deber del Estado “asegurar el derecho de las personas a participar con **igualdad de oportunidades en la vida nacional**”, lo que en buen romance significa que las personas tienen derecho a que el Estado satisfaga tal deber. En el art. 19 N° 2 continúa concretando este derecho general al asegurar a todas las personas la igualdad ante la ley al prescribir categóricamente que ni la ley ni autoridad alguna podrán afectar tal derecho estableciendo diferencias arbitrarias. Aclara también el texto constitucional en el numerando 17 de dicho art. 19 y concretando una vez más dicho derecho de igualdad al señalar que la Constitución asegura a todas las personas la admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes. Todavía, y para lo que interesa, en los numerados 21 y 22 del art. 19, se destaca, en primer término, que la Constitución garantiza a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen (además señala una cierta primacía del individuo sobre el Estado, o bien, dicho de otra manera una subsidiariedad de éste en cuanto a las actividades empresariales); en segundo término establece que la Constitución asegura la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica.

En opinión de quien redacta este trabajo, resulta claro que en el aspecto de contrataciones del Estado, los principios y normas antes enunciados juegan un papel preponderante en cuanto a que para su cabal aplicación, el Estado y sus organismos deben reconocer y respetar ese derecho fundamental que tienen todos los habitantes de la Nación a un trato igualitario, sin discriminaciones arbitrarias, aplicando el principio de subsidiariedad, para lo cual el Estado debe consagrar procedimientos de adjudicación de los contratos correspondientes, ateniéndose a tales normas y principios fundamentales.

También es preciso considerar, de acuerdo con lo previsto en los arts. 5º inciso 2º, 19 N° 21 inciso 1º parte final, y 19 N° 26, que el ejercicio de todo derecho fundamental puede ser limitado, aunque ello sólo puede serlo por disposición legal y nunca por normas de inferior jerarquía y siempre que no se afecte la esencia del derecho respectivo.

Con todos estos elementos de juicio puede concluirse que en materia de contratación estatal con particulares, la regla de oro ha de ser que dichas convenciones deben ser adjudicadas mediante un procedimiento que asegure la igualdad en general, la igualdad de participación en la vida nacional (deber del Estado y correlativo derecho de todos), la no discriminación

en materia económica, lo que naturalmente se ha de conseguir de acuerdo con los procedimientos administrativos que se conocen, es decir, a través del sistema de licitación pública, sea éste el de la propuesta pública o el de la subasta pública, que son los más recurridos y sabidos.

Sin embargo, no se puede dejar de ponderar la necesidad de flexibilidad de que la Administración del Estado debe estar dotada para conseguir el bien común, aun tratándose de la celebración de contratos. Para ello hay que armonizar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y su ejercicio con la necesidad de la eficiencia de la Administración. De lo que se colige que las limitaciones que por la vía de la regulación deban contemplarse para que la Administración pueda atender el bien común en forma ágil, oportuna y dinámica, es decir, de manera eficaz y eficiente, deben ser determinadas por la ley y no a través del ejercicio de la potestad reglamentaria.

Lo que no procedería consignar sería que el legislador delegara en autoridades administrativas el establecimiento de las excepciones, como señalar que en casos justificados o por resolución fundada podrá omitirse la propuesta pública.

Ejemplo muy claro de esta concepción constitucional se presenta en las normas de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas 15.840 (texto refundido aprobado por Decreto N° 850, de 1977, del Ministerio de Obras Públicas), que en su art. 86 prescribe que el contrato de obra pública se adjudicará por **propuesta pública** y que, **por excepción**, es posible que tal contrato se lleve a efecto por propuesta privada, por trato directo o por administración delegada o aun se ejecute la obra pública por administración directa en las situaciones específicas que ese precepto legal establece determinadamente.

III. Jurisprudencia administrativa de la Contraloría General a partir de la década de 1960 y antes de la vigencia del art. 8° bis de la Ley 18.575

Concepto de propuesta pública y principios que le son aplicables (Dictámenes N°s 83.809, de 1963; 20.165, de 1969; 16.439, de 1969; 6.183, de 1981; 8.491 y 22.142, de 2000, entre muchos otros).

El Dictamen N° 20.165, de 1969, define lo que es propuesta pública y los elementos que la inspiran. Dicho informe expresa: "Nuestra legislación positiva no define lo que es la propuesta pública, pero de acuerdo con lo que prevé el artículo 21 del Código Civil, las palabras técnicas de una ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma

ciencia o arte. Para quienes profesan la ciencia del derecho, propuesta pública es "todo procedimiento relativo al modo de celebrarse determinados contratos, cuya finalidad es la determinación de la persona que ofrece a la Administración condiciones más ventajosas, y consiste en una invitación a los interesados para que, sujetándose a las bases preparadas (pliego de condiciones), formulen propuestas, de las cuales la Administración selecciona y acepta la más ventajosa (adjudicación), con lo que el contrato queda perfeccionado y todo el procedimiento se inspira, para alcanzar la finalidad buscada, en estos dos principios: igualdad de todos los licitantes ante la Administración y cumplimiento estricto de las cláusulas del pliego de condiciones" (Sayagués Laso, *La Licitación Pública*, Montevideo, 1940, pág. 53).

Como puede advertirse, hay dos principios fundamentales que rigen este procedimiento: a) los proponentes deben observar estrictamente las bases que rigen el respectivo contrato, y b) todos ellos deben estar en un pie de igualdad ante la Administración.

Respecto del primero, es preciso señalar que las cláusulas de las bases administrativas son la fuente principal de los derechos y obligaciones tanto de la Administración como de los oponentes, de manera que sus reglas deben cumplirse estrictamente, pues en caso contrario todo el procedimiento se desnaturalizaría.

Siendo la igualdad de los participantes otro de los principios básicos de la licitación, las bases deben establecer requisitos generales e impersonales que la garanticen".

IV. Consideraciones en torno al art. 8° bis de la Ley N° 18.575, que fue introducido en esta preceptiva por la Ley N° 19.653

Tal norma expresa:

"Los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley.

El procedimiento concursal se regirá por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato.

La licitación privada procederá, en su caso, previa resolución fundada que así lo disponga, salvo que por la naturaleza de la negociación corresponda acudir al trato directo" (Agrega artículo 8° bis, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1°, N° 6, de la Ley N° 19.653).

A. Análisis del inciso primero.

Tres puntos surgen en el estudio de tal precepto.

1. Qué se entiende para los efectos de dicha norma por “contratos administrativos”.

Doctrinariamente y en general hay contrato administrativo siempre que concurren ciertos supuestos.

a) La existencia de una convención entre partes, esto es, un acto jurídico bilateral que origina efectos jurídicos subjetivos.

b) Una de las partes, a lo menos, tendría que ser la Administración del Estado.

c) En cuanto a los órganos del Estado que celebran tal convención, se persigue la atención de un interés público determinado, y

d) La concurrencia en favor de la Administración de potestades de Derecho Público que colocan al Estado en una situación de privilegio respecto del particular, sin perjuicio del derecho de éste a que se mantenga el equilibrio de la ecuación financiera del contrato.¹

Los poderes exorbitantes consisten, entre otros, en la facultad de interpretación unilateral del contrato; en la fiscalización de él; en la dirección de la ejecución de la convención; en el *ius variandi* o poder de modificación; en la potestad de sanción (generalmente multas, suspensión y eliminación del registro de contratistas o proveedores), y finalmente en el poder de terminación (caducidad, decaimiento, invalidación).

Sin embargo, en lo que toca a la disposición en comento, concurren otras razones que determinarían un sentido diferente del concepto doctrinario.

En efecto, tanto la historia fidedigna del establecimiento de la norma señalada como la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General

¹ Luis Cosculluela Montaner. *Manual de Derecho Administrativo*. Madrid, 1991, Editorial Civitas S.A., págs. 293 y siguientes.

Fernando Garrido Falla. *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. II. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1992, págs. 89 y siguientes.

Ramón Parada. *Derecho Administrativo*. Vol. I. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A. Madrid, 1995, págs. 342 y siguientes.

Eduardo Barrachina Juan. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Vol. II, págs. 596 y siguientes.

Luis Morell Ocaña. *Curso de Derecho Administrativo*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996, Tomo II, págs. 295 y 296.

José Roberto Dromi. *Derecho Administrativo*. Editorial Astoreca, Buenos Aires, 1992, T. I, págs. 330 y siguientes.

determinan un distinto alcance de tal expresión. Así queda de manifiesto en dictámenes N°s 14.540 y 45.278, de 2000. En ellos se dice: “La expresión contrato administrativo se entiende con un alcance amplio, en el sentido de que abarca los diversos tipos de contratos que celebren los entes de la Administración. Ahora bien, el criterio expresado en la aludida jurisprudencia es aplicable al artículo 8° bis, citado, ya que, teniendo por finalidad dicho precepto resguardar la probidad administrativa, por la vía de asegurar en esta materia la transparencia que debe presidir los procesos de contratación que realicen los organismos de la Administración del Estado –aspecto que aparece del contexto normativo dado por la referida ley N° 19.653–, debe estimarse que la expresión “contratos administrativos”, que en él se consigna, comprende todos los convenios que celebre la Administración. Lo anteriormente señalado, a mayor abundamiento, guarda plena correspondencia con la historia fidedigna del establecimiento de la norma, particularmente con lo señalado en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, en tercer trámite constitucional (Cámara de Diputados, Sesión 26a., en jueves 10 de diciembre de 1998)”.

La constancia que deja dicha Comisión fue motivada por el comentario que sobre el particular expresó el profesor Pedro Pierry en el seno de dicha Comisión, quien opinó, al requerir una precisión de la expresión contratos administrativos, lo siguiente: “Alguien podría decir que son los contratos que hace la Administración del Estado, pero no es así, porque ésta celebra muchos contratos que no tienen el carácter de contratos administrativos. El único contrato realmente administrativo es el contrato de obra pública. Es un asunto que debiera ser precisado, o, tal vez, se podría utilizar otra nomenclatura”.

“Dado que la Administración del Estado suele recurrir a contratos regidos por el derecho privado, de mantenerse la norma en los términos propuestos, quedarían excluidos la inmensa mayoría de los contratos celebrados por Organos de la Administración que no se denominan como contratos administrativos”.

Sugirió cambiar la expresión contratos administrativos por contratos de la Administración del Estado.

El Sr. Pantoja expresó no estar de acuerdo en que se rechazara el artículo sólo por una precisión.

Finalmente se concluyó: “Vuestra Comisión, por mayoría de votos, propone aprobar la disposición del honorable Senado, dejando constancia que, a su juicio, la expresión “contrato administrativo” debe ser entendida en sentido amplio, de manera de considerar todos los contratos de la Administración del Estado”.

De lo anterior se colige, entonces, que el propósito del informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, mencionado, tuvo el propósito de acoger lo expresado por el profesor Pierry y sin reemplazar los términos empleados, es decir, de dar a los vocablos "contratos administrativos", para esta norma, el entendimiento de contratos de la Administración en general.

No obstante lo anterior, válido sería reflexionar acerca de otros aspectos:

a) ¿Constituye dicho informe de la Comisión aludida un elemento determinante de la historia fidedigna de la expresión contratos administrativos?

El solo antecedente del informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, que deja constancia del alcance de la expresión contratos administrativos, y aunque haya sido aprobado por la Cámara Baja, puede hacer dudar que constituya la historia fidedigna del establecimiento de la norma en el aspecto en análisis, puesto que no se sabe a ciencia cierta si el Senado, órgano en el que nació la iniciativa de este precepto, ha compartido el juicio de la Comisión aludida, al incorporar la expresión contratos administrativos

b) La propiedad del lenguaje jurídico.

Justamente lo indicado en la letra a) anterior pone de relieve la imperiosa necesidad de emplear los vocablos y expresiones con la propiedad que merecen, por cuanto, como queda de manifiesto, tal impropiedad lleva a plantear las inquietudes que hizo presente el profesor Pedro Pierry. Todo lo anterior se habría evitado en lo que concierne a la disposición en estudio si se hubiere usado la expresión contrato de la Administración del Estado en lugar de contratos administrativos.

Aunque se considera aclarada la cuestión en el sentido que le reconoce la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General en cuanto a la aplicación de la expresión contratos administrativos, vale decir, que ella es comprensiva de toda clase de contratos que celebre la Administración, planteo la inquietud en relación a la casuística que se da en numerosos contratos de la Administración y respecto de los cuales más de alguna duda ha de presentarse para la aplicación de este precepto del art. 8° bis.

Así, por ejemplo, entre los variados casos que pueden darse podrían destacarse dos:

El primero se refiere a la situación de los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles del Estado a particulares y que son regulados por los arts. 66 y siguientes del DL N° 1.939, de 1977. Me pregunto si en estos

casos habrá que llamar a licitación pública como regla general. Otro tanto ocurre con las ventas a título oneroso o gratuito de dichos bienes y que actualmente regulan los arts. 83 y siguientes y 87 y siguientes de la normativa antes señalada.

El segundo concierne a los llamados contratos sobre la base de honorarios, que están previstos en el art. 10 del Estatuto Administrativo, el cual no contiene ninguna exigencia de concurso público para adjudicar tal contrato. ¿Será en este contrato el procedimiento de propuesta o concurso público la regla general?

Ha de ser, a falta de una precisión tanto en el texto del art. 8° bis, cuanto de la historia fidedigna de su establecimiento, la jurisprudencia administrativa y judicial la que venga a determinar en definitiva el alcance que corresponde dar, en la casuística, a la expresión contratos administrativos que emplea la norma en comento.

Por último, no puedo dejar de consignar una reflexión en lo que concierne a las contrataciones a honorarios y que apunta a llenar el vacío que la política legislativa ha dejado al respecto. Mi punto de vista consiste en que por una parte la Administración, y tal como se expresó anteriormente, en cualquier contratación debe considerar el principio de la eficiencia, esto es, que la inversión de los recursos que importe la contratación respectiva le origine el mayor beneficio posible, y por lo tanto, al contratar a honorarios a profesionales, técnicos o expertos en determinadas materias y aún en caso de cometidos específicos, no podría dejar de considerar este principio a que la obliga por otro lado el art. 5° de la Ley de Bases; por otra parte, concurre también otro elemento que, en mi opinión, constituye un derecho que la propia Constitución reconoce, cual es el derecho de igualdad con que toda persona nace (art. 1° inciso 1° de la Constitución Política), que desarrolla el inciso 5° de esa misma norma al prescribir que es deber del Estado "asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional", y que se termina de concretar en la materia que interesa en el art. 19 N° 17 de la Carta Política, al decir que "la Constitución asegura a todas las personas la admisión a todas las **funciones** y empleos públicos, sin otro requisito que los que impongan la Constitución y las leyes. Finalmente también se conjugan en este análisis los principios de probidad y transparencia que también deben estar presentes en el reclutamiento del personal de la Administración del Estado, incluido por cierto el que se desempeña a honorarios.

De todo lo anterior resulta claro, en el juicio de quien expone, la obligación del legislador de dar aplicación a todos estos principios en las contrataciones a honorarios de los funcionarios, teniendo, por tanto, que esta-

blecer procedimientos de concurso para acceder a contrataciones a honorarios por regla general y sin perjuicio de las excepciones que el propio legislador tendrá que ponderar, en las situaciones especiales que así lo ameriten.

2. Qué se entiende por propuesta pública.

Dos aspectos conviene analizar:

El primero concierne a la concepción doctrinaria de las expresiones que sobre la materia suelen emplearse.²

Desde tal punto de vista y no obstante que los términos se emplean en distintas acepciones, podría decirse que, en general, se distingue entre licitación o concurso, que son conceptos genéricos, y propuesta y subasta, que denotan especies de aquéllos.

El concurso o licitación consiste en un procedimiento administrativo cuyo objeto es invitar a personas interesadas a formular ofertas relativas a obtener una determinada negociación con el invitante y sobre la base de ciertos principios; además, pueden ser públicos o privados, según la invitación a participar sea genérica, o bien sea restringida a determinadas personas o entidades.

Las especies de licitación o concurso más conocidas son la propuesta y la subasta.

La característica de la primera consiste en que los oferentes tienen una cierta libertad para formular ofertas en relación a la negociación de que se trata.

En cambio, en la subasta las ofertas se limitan a la proposición económica de la negociación y muy especialmente concernientes al precio del contrato, como puede ocurrir en las adquisiciones y enajenaciones de bienes.

El segundo aspecto por examinar es el relativo a la determinación de la expresión propuesta pública que emplea la norma en comento.

² Fernando Garrido Falla. Ob cit. Volumen II. Pág. 75.

Enrique Sayagués Lazo. *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo, 1953. Págs. 552 y siguientes.

Ramón Parada. Ob. cit. Volumen I. Págs. 302 y siguientes.

Sabino Cassese. *Las Bases del Derecho Administrativo*. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 1994. Págs. 257 y siguientes.

Ismael Farrando y Patricia R. Martínez. *Manual de Derecho Administrativo*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1996. Págs. 300 y siguientes.

José Roberto Dromi. *La Licitación Pública*. Buenos Aires, 1999. Págs. 76 y siguientes.

Al parecer habría que concluir en que tales vocablos se identifican con el concepto genérico, es decir, de licitación o concurso y no con el de propuesta propiamente. La razón que fundamenta este juicio se halla en que –y como ya se ha dicho con anterioridad– el procedimiento concursal es para todos los contratos de la Administración y una interpretación restringida, doctrinal, de tal expresión, marginaría aquellos convenios en que sólo se quiere recibir ofertas acerca de la situación económica del pacto (precio).

3. Alcance de la expresión “en conformidad a la ley”.

La discusión del proyecto respectivo en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado revela en síntesis que hubo una proposición de enmienda del precepto inicialmente propuesto en el sentido de establecer en él la idea de que la propuesta pública deberá ser el procedimiento que deberá operar como regla general en las contrataciones de la Administración del Estado y sólo por excepción se aplicará la propuesta privada y el trato directo. Tal modificación fue rechazada por la mayoría de tal Comisión sobre la base de reconocer a la autoridad administrativa una especie de discrecionalidad para optar entre propuesta pública, propuesta privada y trato directo.³

Sin embargo, estos antecedentes, en opinión del autor de este trabajo, debieron no ser considerados, por que son confusos y hasta contradictorios.

³ Diario de Sesiones del Senado, Sesión 3 (anexo de documentos págs. 333 a 336). Allí se expresa lo siguiente:

“Las indicaciones plantean, con diferentes redacciones, restringir los casos en que los contratos administrativos pueden celebrarse previa propuesta privada o mediante trato directo.

La indicación número 11 propone que ello sólo sea posible excepcionalmente, en situaciones de emergencia calificadas como tales por decreto supremo y en aquellos casos en que la ley lo permita atendida su naturaleza o cuantía.

La indicación número 12, a su vez, sugiere que se utilicen esas modalidades de contratación sólo en los casos en que la ley las autorice expresamente, o en circunstancias excepcionales o de emergencia. Agrega que deberá enviarse a la Cámara de Diputados una copia del referido decreto supremo.

La H. Senadora señora Feliú sostuvo que el artículo 8° debía consagrar con absoluta claridad a la licitación pública como la regla general en cuanto a los procedimientos de contratación administrativa. Recordó que, tradicionalmente, los contratos de mayor importancia, por los recursos involucrados, eran los relativos a la construcción de obras públicas y los de adquisiciones realizadas por la Dirección de Aprovisionamiento del Estado, y ambos estaban regulados en la ley, especialmente en lo relativo a la selección del adjudicatario.

En la actualidad, la Administración suscribe con particulares una gran gama de contratos, muchos de los cuales implican cargos del Estado por cifras muy superiores a las que significa la construcción de una obra pública y, sin embargo, estos contratos no tienen una regulación legal en el aspecto que interesa. Es necesario llenar este vacío, pero en su parecer la solución que da el proyecto no es satisfactoria, pues las excepciones de su inciso tercero son demasiado amplias y discrecionales.

En este sentido, continuó, la indicación tiene por objeto establecer en el inciso primero la regla general por la cual se rigen los contratos administrativos –la propuesta pública–, y, consiguientemente, señalar en el inciso tercero los casos de excepción, en que ellos podrán realizarse por propuesta privada o trato directo. En el seno de la Comisión se discrepó respecto del alcance del artículo 8° bis, que se incorporó en el

En efecto, si el propósito fuera como la mayoría de la Comisión aludida señaló, es decir, que la propuesta pública sólo se emplearía cuando una ley reguladora del contrato específico de que se tratara así lo exigiera y que en los demás casos se determinara discrecionalmente el procedimiento por usar, se da lo siguiente: como la propuesta privada, según el inciso 3° de la norma en examen, opera exclusivamente cuando se dicta una resolución fundada en la situación de la propuesta privada o cuando la naturaleza de la negociación así requiriera la contratación directa, quiere decir que no hay tal discrecionalidad de la Administración, ya que ella deberá, en el primer caso, señalar los motivos que persigue su decisión de acudir a la propuesta privada; o bien tendrá que señalar los hechos que configurarían que la naturaleza de la negociación aconseja el sistema del trato directo. No hay, en consecuencia, una facultad discrecional, sino re-

primer informe con el único propósito de incluir en la Ley N° 18.575 algunas reglas básicas para la celebración de contratos administrativos.

El representante del Ejecutivo, profesor señor Pantoja, explicó que este artículo 8° bis tiene como gran virtud, incorporar en nuestra legislación una disposición que permitirá dar debida transparencia en la celebración de los contratos administrativos, porque se limita a recoger la situación que existe en la práctica, en que una gran cantidad de contratos que celebra la Administración se efectúa mediante el mecanismo de la propuesta privada o del trato directo. En ese sentido, precisó, no puede olvidarse que existen variadas obras y cometidos que no justifican la celebración de propuestas públicas. Por lo mismo, las exigencias que plantea la indicación podrían dificultar el normal desenvolvimiento de la Administración, al restringir de manera importante la posibilidad de ponderación de los hechos que lleva a optar entre la licitación pública, la privada o el trato directo.

Desde este punto de vista –añadió–, la exigencia que hace el inciso primero de este artículo, en orden a que los contratos administrativos se celebran previa propuesta pública “en conformidad a la ley”, cubre, precisamente, las situaciones de aquellos servicios públicos cuyas normativas determinan los casos en los cuales se exige la propuesta pública, esto es, solamente persigue salvar aquellas situaciones en las cuales esta modalidad de contratación se encuentra ordenada expresamente por un precepto legal. Por consiguiente, no constituye la regla general, sino que la excepción, porque la autoridad recurre normalmente a la licitación privada y no sólo en situaciones de emergencia. Destacó, además, que cuanto así lo dispone, lo hace sin que medie resolución fundada, obligación esta última que se incorpora por primera vez a la legislación nacional, en virtud de este proyecto de ley.

Los HH. Senadores señores Bitar y Hamilton compartieron esta explicación, juzgando que el artículo 8° bis constituye un gran avance respecto de la situación actual, en la idea de acrecentar la transparencia en la actuación de la Administración. Enfatizaron que la regulación en este orden de materias debe ser de tal manera que se logre un equilibrio que permita, por una parte, que la Administración pueda actuar, y por otra, que exista un control de su actividad.

Ello, a su juicio, se obtiene en el texto aprobado en el primer informe, que sujeta la licitación pública a los dos principios básicos elaborados por la jurisprudencia de la Contraloría General; obliga a fundar la resolución o decreto que llama a licitación privada, y faculta para acudir al trato directo sólo cuando proceda por la naturaleza de la negociación.

Al ser sometidas a votación ambas indicaciones, resultaron rechazadas por cuatro votos contra uno. Lo hicieron por el rechazo los HH. Senadores señores Bitar, Hamilton, Larre y Otero, en tanto lo hizo por la aprobación la H. Senadora señora Feliú.

Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión evaluó la conveniencia de reemplazar en el inciso tercero del artículo 8° bis, la expresión “en su caso” por el adjetivo “excepcionalmente”, que podría conciliar las diferentes formas en las cuales pueden celebrarse los contratos administrativos, en la idea de precisar que la propuesta privada procederá en todos aquellos casos que la autoridad, ponderando las circunstancias de hecho, que deberá expresar en las motivaciones de su resolución, así lo decida.

En principio, así se acordó por los HH. Senadores Bitar, Hamilton, Larre y Otero, con la abstención de la H. Senadora señora Feliú.

Posteriormente, a solicitud del H. Senador señor Hamilton, se revisó la incorporación de ese vocablo. Sostuvo el H. señor Senador, en lo que fue respaldado por los señores representantes del Ejecutivo, que

glada. Pero más aún, ¿qué sucede si no concurren los motivos para que proceda la licitación privada o el trato directo? No queda otra alternativa, según una interpretación de contexto entre el inciso 1° y 3° de la norma y aplicando el principio de racionalidad, que recurrir a la propuesta pública. Ello revela, entonces, que aunque se haya rechazado que este último sistema sea la regla general, sí opera como tal, según lo ya visto.

En estas condiciones, podría estimarse que la cuestión sería la siguientes en cuanto a la precisión de la frase “en conformidad a la ley”:

a) Primero hay que observar la regulación especial de la ley dictada para especies de contratos de la Administración, como ocurre en las situaciones mencionadas del art. 86 de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públi-

la estructura del artículo 8° bis respeta la realidad legislativa, en virtud de la cual los contratos administrativos se celebran previa propuesta pública cuando así es exigido por la ley, aplicándose a los demás casos la propuesta privada o simplemente el trato directo, de forma tal que la autoridad administrativa sólo debe efectuar el llamado a propuesta pública cuando se encuentra obligada en virtud de algún cuerpo legal, lo que ocurre en ciertas materias.

Por tanto, la introducción del vocablo “excepcionalmente” alteraría la referida situación, ya que la licitación privada pasaría a ser una situación de absoluta excepción y de difícil concreción, convirtiéndose la licitación pública en la regla general para la celebración de los contratos de la Administración, lo cual generaría importantes problemas de aplicación jurídica. Ellos se agravarían por la tipificación de la omisión de la propuesta pública como falta administrativa en el nuevo artículo 64 N° 8 –que pasa a ser N° 7 del texto que proponemos más adelante–, de la Ley N° 18.575, que se agrega en este mismo proyecto de ley e, incluso, como delito, en el artículo 272 bis del Código Penal, de acuerdo al primer informe de esta Comisión recaído en el proyecto de ley que modifica disposiciones del Código Penal que sancionan casos de corrupción (Boletín N° 1177-07).

Consideró el H. Senador señor Hamilton, en ese orden de argumentaciones, que, en materia de contratación administrativa, no es posible establecer la existencia de una regla general, sino que, simplemente, constatar que en la práctica existen tres formas de contratar: propuesta pública, licitación privada, trato directo, y que será la voluntad de la autoridad llamada a celebrar dichos contratos la que determine cuál de esas formas utiliza, salvo que medie una obligación legal o reglamentaria. En ese sentido, puntualizó, resulta suficiente la sola exigencia de la resolución fundada de la autoridad para contratar mediante el mecanismo de la propuesta privada.

En esa misma línea de pensamiento, el H. Senador señor Aburto precisó que es innecesaria la introducción del adverbio “excepcionalmente”, toda vez que la licitación privada para la celebración de contratos administrativos es procedente sólo cuando exista una resolución fundada de la autoridad que así lo determine, lo que, de por sí, da a tal procedimiento una aplicación excepcional.

En sentido contrario se manifestó el H. Senador señor Diez, quien entendió que la redacción del artículo 8° bis contempla la licitación privada como una forma excepcional para la celebración de contratos administrativos y creyó que es importante mantenerlo así. Agregó que es indispensable acrecentar la transparencia en la actuación de la Administración, por lo que incluso podría resultar conveniente, como propuso en la indicación número 12, que una copia de la resolución que autoriza la licitación privada sea remitida a la Cámara de Diputados para los efectos de fiscalización.

Por su parte el H. Senador señor Larraín también se declaró partidario de tal criterio, ya que, si la determinación de la procedencia de la licitación privada queda entregada al criterio de la autoridad, ésta debe actuar en términos restrictivos, por lo cual conviene utilizar el adverbio “excepcionalmente”. El H. Senador señor Viera-Gallo, en cambio, se opuso al empleo de ese concepto, haciendo presente que, en materia de fiscalización, existe un control estricto de la Contraloría General de la República sobre los contratos que celebra la Administración.

Consiguientemente, en definitiva, se resolvió no incluir en el inciso tercero del artículo 8° bis el adverbio “excepcionalmente” por tres votos contra dos, de forma de mantener el precepto como figura en el primer informe. Los de mayoría correspondieron a los HH. Senadores señores Aburto, Hamilton y Viera-Gallo, y los de minoría a los HH. Senadores señores Diez y Larraín”.

cas, o del art. 8° de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades.

b) A falta de esta normativa especial, se debe acudir al art. 8° bis de la Ley N° 18.575. En tal caso, será procedente la propuesta pública si así lo estima conveniente la autoridad administrativa competente en la materia, o bien en la situación en que no existan motivos que se expresan en una resolución fundada, o si la naturaleza de la negociación así lo aconseja.

c) Cuando se den las situaciones de estas últimas alternativas, se podrá aplicar la propuesta privada o el trato directo.

B. Examen del inciso segundo.

La disposición se refiere a dos asuntos:

1) Si hay concurso o licitación (y como no se distingue, lo será en caso de propuesta pública o privada), se reconoce o más bien se confirma el derecho a la libre concurrencia o participación en el procedimiento.⁴

Este es un derecho cuyo fundamento se encuentra en la Constitución Política de la República de Chile en los ya mencionados arts. 1° incisos 1° y 5°; 19 N° 2 inciso 2° y 19 N°s 21 y 22.

En relación a lo anterior, no puede dejar de mencionarse que el ejercicio de este derecho puede tener restricciones y exclusiones. En todo caso, ellas tendrán que ser establecidas por ley, al menos en sus aspectos básicos, de tal manera que los llamados registros de contratistas y de provee-

⁴ Algunos autores califican de derecho subjetivo este derecho de libre concurrencia a las contrataciones del Estado. Ramón Parada. Ob. cit. T. I. Pág. 290, quien dice:

"Todas las personas físicas y jurídicas son aptas, en principio, para contratar con la Administración, siempre que tengan plena capacidad jurídica y de obrar. Esta regla encuentra un apoyo cierto en el principio constitucional de igualdad de todos los ciudadanos (art. 14 CE), que les hace iguales a la hora de la adjudicación de los contratos públicos, y, apurando el argumento, en el derecho de acceso de todos los españoles en condiciones de igualdad al ejercicio de funciones públicas (art. 23.2 CE). Ambos principios deben inspirar esta materia, porque los contratistas de la Administración, sobre todo los que gestionen un servicio público, se consideran verdaderos colaboradores de aquélla. Sólo, pues, en virtud de ley y por causa justificada podrá limitarse el derecho de los ciudadanos a concurrir en un procedimiento de selección de contratistas y a convertirse, si su oferta es la más ventajosa, en los adjudicatarios de un contrato de la Administración. Por encima incluso de nuestro ordenamiento, los principios de libre circulación de trabajo y mercancías y de libre competencia, que inspiran las Directivas comunitarias antes mencionadas, han obligado a mantener el respeto a la regla de la no discriminación, acomodando a ésta nuestros procedimientos de selección de contratistas".

En el mismo sentido, Eduardo Barrachina Juan. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Págs. 576 y 577, manifiesta que el derecho o libertad de concurrencia se encuentra expresamente reconocido en la ley española, el que sólo puede ser limitado por ley; cuya finalidad es proteger los intereses económicos de la Administración mediante la competencia máxima posible y garantizar la igualdad de acceso a la contratación administrativa (cita a García de Enterría).

dores u otros, deben tener previsto en la ley su establecimiento con criterios básicos de su operatoria.⁵

En nuestro país, la materia en estudio no posee un desarrollo suficiente. Solamente diría –por excepción– se da normativa concerniente a registro de contratistas, como es en la situación de las obras públicas a cargo del Ministerio del ramo.

2) Se confirma el derecho a la igualdad de tratamiento frente al pliego de condiciones del contrato.

El reconocimiento del derecho a la igualdad, como ya se ha visto, es de origen constitucional, y no puede estar limitado en materia de contrataciones del Estado sólo respecto de las bases del contrato, pues ello importaría una restricción que afecta el derecho en su esencia. A este respecto, no es feliz el precepto en análisis, pues el derecho a la igualdad lo es ante la Administración en todos los aspectos de la contratación y no sólo respecto del pliego de condiciones del mismo.⁶

⁵ Dromi, Roberto. Ob. cit., pág. 316, quien dice: “Exclusión.

Concepto. Conforme a la etapa procesal, los interesados tienen en la licitación derecho subjetivo a la participación, interés legítimo a la adjudicación y, en caso de resultar uno de los oferentes el adjudicatario, su situación jurídica es de derecho subjetivo a la contratación. Vemos entonces que el derecho de participar en los procedimientos de selección, conforma una situación jurídica especial en favor de cada uno de los licitadores.

No obstante lo expuesto, las disposiciones legales, reglamentarias o las cláusulas particulares del pliego de condiciones pueden disponer restricciones, que se expresan, como hemos visto, en la exigencia de una específica capacidad técnica o económica, pero que también pueden fundarse en los antecedentes del licitador. En tal caso se trata de la exclusión de ciertos licitadores; v.gr., quienes hayan resultado culpables ante la Administración por faltas en el cumplimiento de anteriores contrataciones, por incapacidad formalmente demostrada, por falta grave respecto de las condiciones de trabajo, por ejecución habitualmente defectuosa, por retardos reiterados, por fraude o tentativa de fraude, etcétera. **Causas.** Estas restricciones a la participación deben fundarse, en todos los casos, en causas expresamente previstas por el ordenamiento jurídico. En otros términos, no le está autorizado a la Administración excluir a sus oferentes del procedimiento licitatorio por otras motivaciones que no sean las previstas por la normativa legal o reglamentaria, de ahí que deba ajustarse a las pautas generales de los procedimientos administrativos, respetando sus principios a efectos de no incurrir en razones fútiles, antojadizas o ajenas al servicio público (Sayagués Laso, Enrique, *La licitación pública*, p. 117). Por tanto, la resolución que disponga la exclusión deberá ser motivada y fundada (art. 7º, incisos e y b, LNPA9º).

⁶ Roberto Dromi. Ob. cit., pág. 83, dice:

“Igualdad jurídica: La Administración no puede conceder prerrogativas o privilegios a unos y negar arbitrariamente derechos a otros. Cuando existen intereses contrapuestos de los administrados en un procedimiento (p. ej. concursos, licitaciones públicas, franquicias, exenciones, etc.), éste adquiere carácter contradictorio y la Administración está obligada a dar una participación igualitaria a los interesados, so pena de ilegitimidad de la decisión por afectar la imparcialidad que debe guardar en el trámite.

En ese sentido la Corte Suprema de Justicia ha reiterado el carácter no absoluto de igualdad ante la ley. ‘Se trata de una igualdad de tratamiento en razonable igualdad de circunstancias, eliminado excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se acuerde a otros en las mismas circunstancias mediante distinciones arbitrarias, injustas u hostiles, contra determinadas personas o categorías de personas’ (Fallos, 199:268).

El principio de igualdad supone un tratamiento igual para situaciones iguales”.

Finalmente nada se agrega en el inciso 2° referente al principio de estricta sujeción a la normativa del contrato, esto es, el pliego de condiciones o bases del mismo. Tal omisión no tiene mayor trascendencia si se tiene en cuenta que el principio de juridicidad es obligatorio tanto para gobernantes como para gobernados (art. 6° de la Carta Política) y por lo tanto, debe seguir aplicándose.

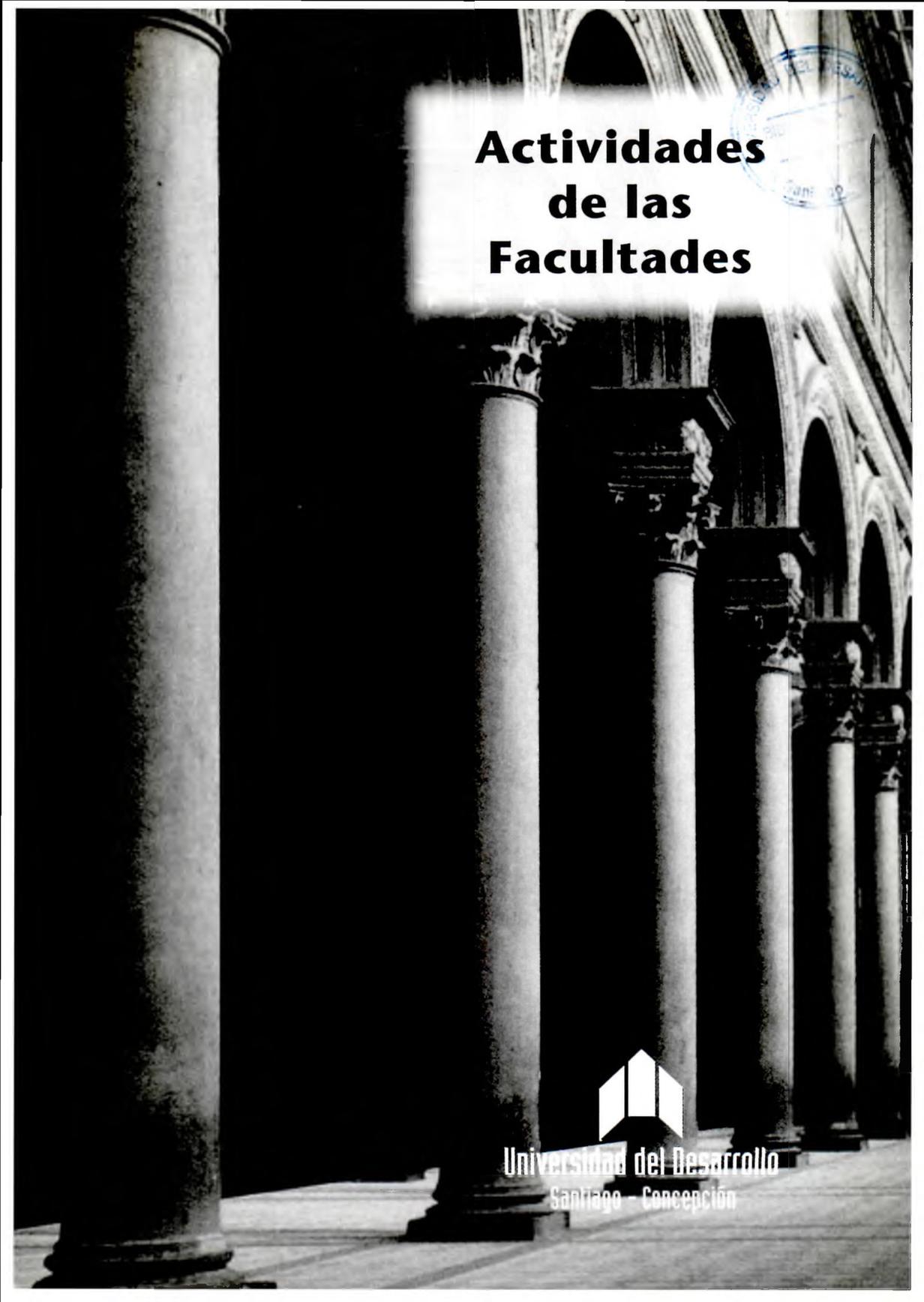
C. Inciso 3°.

En lo que concierne a lo prescrito en esta disposición, es preciso recordar todo lo que se ha mencionado a lo largo del estudio, esto es, que si de acuerdo con lo que previene la Ley Fundamental y lo que reconoce la doctrina, existe un derecho de toda persona a concurrir con los otros interesados, en igualdad de condiciones, ante la Administración del Estado para contratar, tal derecho se concreta en el procedimiento de concurso o licitación pública, pudiendo limitarse o prohibirse esa concurrencia por razones de eficiencia funcional y operacional de la Administración por la vía legal y no por la vía reglamentaria.

En este procedimiento, la disposición en análisis no condice con esos principios, pues, al conferirse a la Administración una facultad, al parecer discrecional, para recurrir a la propuesta privada, con la sola limitación de fundar el motivo, se estaría delegando en la Administración una tarea propia del legislador que es indelegable por referirse a un derecho fundamental y no tener plazo (art. 61 Constitución Política).

En lo que toca al trato directo, tampoco la preceptiva del art. 8° bis es la adecuada, puesto que, por una parte, al emplear un concepto jurídico indeterminado, como es "salvo que **por la naturaleza de la negociación** corresponda acudir al trato directo", deja establecido un campo indefinido que puede interpretarse o aplicarse sin suficiente precisión; y por otra parte, con ello se vuelve a establecer una limitación a un derecho de todos sobre la base de la simple apreciación discrecional de la Administración.

Se hace necesario repetir un paradigma en esta materia, cual es la norma del art. 86 de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas, que recoge absolutamente la preocupación que se plantea en este análisis.



**Actividades
de las
Facultades**



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción

Actividades de la Facultad de Derecho (Santiago)

Rafael Cruz Fabres

Profesor Titular de Derecho Económico

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

y UNIVERSIDAD DE CHILE

En el segundo semestre del año 2000, la Facultad de Derecho, sede Santiago, ha continuado con el normal desarrollo de sus actividades encaminadas a acrecentar su calidad académica y el mejor posicionamiento en el ámbito de las Facultades de Derecho existentes en Santiago.

1. Actividades de desarrollo docente

Tal como se informó en esta misma sección del N° 2 de la Revista, fue seleccionado el proyecto presentado por la profesora de Derecho Romano Sra. Angela Cattán A., sobre "El Principio de la Libertad en el Derecho Romano", proyecto que se llevó a cabo mediante talleres de investigación, con las siguientes unidades temáticas:

- a) La libertad y la esclavitud.
- b) La libertad y la condición jurídica de la mujer.
- c) La libertad y los hijos de familia.
- d) La libertad y la condición de ciudadano romano.

Durante el desarrollo de los talleres de investigación, los objetivos generales que se lograron cumplir fueron los siguientes:

- a) Los alumnos fueron capaces de formular presupuestos de trabajos científicos (hipótesis), los cuales fueron posteriormente sometidos a un sistema de comprobación de los mismos.
- b) Los alumnos desarrollaron una capacidad reflexiva y crítica en torno a las instituciones jurídicas.
- c) En los alumnos se generó una motivación especial, en relación al estudio y conocimiento del derecho.

Estos últimos objetivos se reflejan, entre otras cosas, en visitas a las principales bibliotecas de la capital, archivos, institutos, etc., además de las inquietudes intelectuales que se manifestaron en otros ramos de la carrera.

a) Se estimuló la capacidad creativa de los alumnos, objetivo que se vio materializado, entre otras cosas, en la presentación final de los trabajos.

b) Los alumnos fueron capaces de identificar las principales instituciones que integran el derecho romano. Objetivo que se reflejó, entre otras cosas, en los resultados obtenidos en los certámenes, pruebas y controles durante el año académico.

Los alumnos lograron una familiaridad en la utilización de las fuentes del derecho romano, Digesto, Institutas, etc., además desarrollaron habilidades en el manejo del material bibliográfico, lo que se refleja en el apartado de bibliografía y citas en cada una de las monografías.

c) Los alumnos fueron capaces de sistematizar por escrito el resultado de sus investigaciones, además de presentar y defender en público ese resultado.

El día 20 de octubre del año 2000 se realizó la presentación final de los trabajos de investigación, en el aula magna de nuestra casa de estudios. Dicha presentación se realizó con el sistema computacional de "Power Point", fotografías, audio digital y breves actuaciones explicativas de los integrantes de los distintos grupos de trabajo.

2. Docentes del plantel académico

Alvear Téllez, Julio
 Arab Nessrallah, Juan
 Aróstica Maldonado, Iván
 Arthur Errázuriz, Guillermo
 Barceló Vial, Georgeanne
 Bates Hidalgo, Luis
 Cárcamo Olmos, Juan Carlos
 Cattán Atala, Angela
 Cea Cienfuegos, Sergio
 Célis Rodríguez, Rubén
 Corvalán Vásquez, Oscar
 Cruchaga Gandarillas, Angel
 Cruz-Coke Ossa, Carlos
 Cruz Fabres, Rafael
 Cuevas Farren, Gustavo

Cuevas Manríquez, Gustavo
 Dávila Campusano, Oscar
 Dougnac Rodríguez, Antonio
 Figueroa Valdés, Juan Eduardo
 Figueroa Velasco, Patricio
 Gamboa Serazzi, Fernando
 García Escobar, Jaime
 Gómez Balmaceda, Rafael
 González Ranzanz, Osvaldo
 González Zúñiga, Juan
 Halpern Montecino, Cecily
 Herrera Valdivia, Oscar
 Lara Berríos, Bernardo
 Marchant Bustamante, Helga
 Mendoza Zúñiga, Ramiro

Monsálvez Müller, Aldo
Montt Dubournais, Luis
Montt Dubournais, Manuel
Ortiz Sepúlveda, Eleodoro
Ortúzar Meza, Pedro
Pacheco Navarrete, José Francisco
Paiva Hantke, Gabriela
Pecchi Croce, Carlos
Pino Villegas, Fernando
Rabat Celis, Fernando
Recabarren Cisterna, Mario
Reyes Riveros, Jorge

Rivera Villalobos, Hugo
Rocha Pérez, Raúl
Rojas Sepúlveda, Mario
Rodríguez Grez, Pablo
Rodríguez Quirós, Ambrosio
Rosende Alvarez, Hugo
Tapia Witting, Enrique
Valenzuela Vargas, Juan Guillermo
Vergara Varas, Pedro Pablo
Vidal Duarte, Germán
Williams Benavente, Jaime
Yáñez Pérez, Sergio

3. Tutorías con alumnos

La Facultad ha continuado apoyando a los alumnos que lo soliciten, con un régimen de tutorías de profesores que apunta a orientar y ayudar a aquellos estudiantes que tienen dificultades en su desempeño estudiantil.

4. Taller de teatro

Tal como se había anunciado en la revista Actualidad Jurídica N° 2, los alumnos, después de un arduo trabajo, creación del guión, investigación de la época, costumbres, etc., presentaron con gran éxito la obra de teatro "NERON" el día 13 de octubre a las 19:00 hrs., en el Aula Magna de la Universidad, con gran asistencia de público, que completó el recinto. A la presentación asistieron el Rector y autoridades de la Universidad.

Los aplausos del público, el entusiasmo de los alumnos junto a su profesora Angela Cattán A., fueron la muestra indubitable del gran éxito de la presentación.

En general se cumplieron los objetivos del taller de teatro, que son similares a los talleres de investigación, pero enfocados desde otra perspectiva.

5. Cursos de licenciatura

Para auxiliar a los alumnos en la preparación de su Examen de Grado se implementará en el primer semestre de este año un curso de licenciatura que comprenda los principios e instituciones fundamentales del Derecho Civil y Derecho Procesal.

El curso estará a cargo de los profesores Sres. Rubén Celis y Carlos Pecchi.

6. Taller sobre Metodología de la Investigación Jurídica

Durante el 2º semestre del año pasado se llevó a cabo el Taller de Investigación, a cargo de los profesores Sres. Edmundo Fuenzalida y Aldo Monsalvez, con buena asistencia y participación de los estudiantes o egresados, los cuales han recibido la preparación necesaria para elaborar sus Memorias de Prueba.

7. Clínica Jurídica

Durante el año 2000, la Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho patrocinó más de 150 causas judiciales, además de otorgar asesoría jurídica constantemente a las personas que residen en la comuna de Renca. La labor desarrollada fue exitosa; los alumnos aprendieron a tramitar causas de diversa naturaleza en tribunales y se acercaron a una realidad social diferente, enfrentándose a numerosos problemas que se derivan de la pobreza y falta de acceso oportuno a la justicia.

En este sentido, la experiencia más interesante fue asumir el patrocinio de 30 causas criminales de personas perjudicadas por la financiera Eurolatina, a quienes en muchos casos ya se les había rematado su inmueble. Nuestra defensa ha sido enfática y se lograron medidas precautorias de suspensión de lanzamiento y suspensión de remates. Con esto, se evitaron perjuicios mayores y actualmente se visualiza una posible solución a estas causas.

La Clínica Jurídica es un aporte fundamental para la comunidad de Renca y nuestros alumnos han sabido poner en práctica los conocimientos teóricos que aprenden en los cursos sustantivos de la carrera.

8. Cine foro para los alumnos

Con el objeto de destacar temas jurídicos importantes para la formación de los estudiantes de la carrera de Derecho, tales como la ética y la pena de muerte, en los meses de agosto y septiembre del año 2000, respectivamente, se proyectaron las películas "Hombre Muerto Caminando" y "El Hombre de Dos Reinos", las que fueron comentadas por el decano Pablo Rodríguez y los profesores Sres. Hugo Rivera y Jaime Williams.

9. Visita de catedráticos extranjeros

El 31 de agosto de 2000 nos visitó el profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Barcelona Sr. Joaquín Alsina, y ofreció una conferencia a los alumnos de los primeros años de la carrera: "Reflexiones sobre el Fin de Siglo".

En el mes de septiembre el decano ofreció un almuerzo a un grupo de destacados profesores especialistas en Historia del Derecho, Derecho Romano, Derecho Civil y Constitucional, provenientes de México, Perú y Puerto Rico.

10. Visitas de diputados

Para explicar las funciones específicas que cada uno de ellos ha asumido prioritariamente en el Parlamento, los diputados Maximiano Errázuriz, Joaquín Orpis y Víctor Pérez, dieron a conocer sus planteamientos ante los alumnos de los primeros años de la carrera.

11. Labor de extensión

El 27 de julio de 2000, se desarrolló en el aula magna de nuestra Universidad, el seminario sobre "La Responsabilidad Médica", en el que participaron como expositores distinguidos académicos de la Facultad de Medicina de la Pontificia Universidad Católica, del Colegio Médico, abogados de esta Universidad y el juez titular del 24° Juzgado de Letras Civil de Santiago, el temario incluyó:

- a) Aspectos conceptuales y éticos de la responsabilidad médica.
- b) Ética, organización profesional y responsabilidad médica.
- c) Responsabilidad civil individual del médico.
- d) Responsabilidad civil de los establecimientos de salud.
- e) Aspectos penales y judiciales de la responsabilidad médica.
- f) La jurisprudencia en materia de responsabilidad médica.

En la sección Actualización en Derecho de este mismo número, se publican algunos de los trabajos presentados en este seminario de extensión, que, con gran asistencia de público y numerosas preguntas a los expositores, concluyó exitosamente.

12. Simposio sobre Cultura de Revistas Jurídicas

La Pontificia Universidad Católica de Chile organizó el 2° Simposio sobre Cultura de Revistas Jurídicas, que se celebró el 28 de agosto de 2000. Por encargo especial del Sr. Decano, concurrió el editor de la Revista Sr. Rafael Cruz Fabres, quien dio a conocer nuestra experiencia y presentó los dos primeros números de "Actualidad Jurídica".

13. Postítulo “El Abogado Frente a la Administración”

En el mes de diciembre de 2000 finalizó el programa de Postítulo, que fue aprobado por los siguientes alumnos en la especialidad de “Fiscalización del Estado”:

Beytía Moure, Jorge Andrés
Bellolio Pasini, Alberto
Flores Morales, Víctor Andrés
Fuentealba Quezada, Paula Eliana
González Zlatar, María Paz
Lapostol Amo, María Eliana
Lieberman Yaconi, Ignacio
Mahaluf Pinto, Luis Felipe
Poblete Saavedra, Pablo Roberto
Schultz Zambrano, Guillermo Gabriel
Urrutia Aray, José Ignacio
Venegas Lara, Sonia del Carmen

Y en la especialidad de “Urbanismo y Construcción”:

Araya Vargas, Emilia Yolanda
Cortés Mejido, Diego José Fernando
Echeverría Maroto, Francisco
Galarza Ossa, Luisa Inés
Gillmore Landon, Robert James
Guerrero Ponce, Pablo Arturo
Iturra Muñoz, Bernardo Mauricio
Justiniano Ramírez, Julio Alberto
Letelier González, Rodolfo Valentino
Peralta Henríquez, Luis Cristián
Quinlan Carey, María Rosario del Carmen
Sierra Herrero, Alfredo
Urrutia Quezada, Maximiliano

El día 10 de enero de 2001 se llevó a cabo la ceremonia de Titulación, que contó con la presencia del Rector, el Decano, el Coordinador del Postítulo, y el Director de la Carrera de Derecho; en ella se procedió a entregar los diplomas a los alumnos que aprobaron el Postítulo. En esta ceremonia intervinieron el Rector, el Decano y dos alumnos en representación del curso. Se publican a continuación las palabras pronunciadas por nuestro Decano:

“La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, por mi intermedio, desea manifestar a los alumnos de este primer postítulo, impartido durante el año académico 2.000, nuestras felicitaciones por haber concluido esta tarea en tan óptimas condiciones. La responsabilidad, dedicación y estudio con que ustedes enfrentaron este desafío, nos llena de satisfacción, convencidos de que nuestro esfuerzo ha caído en tierra fértil y que él dará frutos valiosos a muy corto plazo. Ustedes han profundizado materias cada día más recurrentes, todas las cuales tocan aspectos de enorme importancia en lo que constituye “el derecho vivo”, vale decir, aquel que efectivamente nos afecta y condiciona nuestros actos, y que con frecuencia es preterido en función de especulaciones académicas, ciertamente valiosas y necesarias para el desarrollo de la ciencia jurídica, pero no siempre útiles en una perspectiva práctica.

“El abogado frente a la administración”, título de nuestro programa, se funda en la visión de lo que actualmente conmueve al derecho. No cabe duda que la mayor parte de los países occidentales ha escogido un determinado modelo económico que se ha ido imponiendo paulatinamente en el resto del mundo. Esta realidad insoslayable se ha visto fortalecida por el desarrollo prodigioso de la tecnología, que está cambiando todos los aspectos de nuestras vidas, provocando un efecto de “globalización”, gracias al cual desaparecen las fronteras económicas, culturales, científicas, ideológicas, geográficas, etc. En pocos años la vida sobre el planeta se ha transformado. Hoy día los horizontes tradicionales, que subsistieron durante siglos, ya no son los mismos. Vivimos una etapa de cambios profundos, absolutamente ajenos a los anárquicos anhelos revolucionarios que dominaban en la primera parte de la segunda mitad del siglo recién pasado. Ellos se fundan en la universalización, impulsada por los avances tecnológicos; en la consolidación de nuevos valores que miran los derechos esenciales del hombre; en la preocupación por la suerte natural del planeta; y en el perfeccionamiento de los mecanismos políticos de convivencia pacífica. Nunca el mundo ha avanzado tan aceleradamente y con un rumbo tan certero, no obstante los prejuicios y la fuerza paralizante de trasnochadas consignas. Yo los invito a reflexionar y a valorizar esta etapa en la historia del hombre.

La libertad económica, llave maestra tanto para el crecimiento como para la derrota de la marginalidad y el subdesarrollo, exige cuidadosos controles que, junto con garantizar su buen ejercicio, no coarten y limiten su eficiencia. Es aquí en donde se inserta vuestro curso. Hay que perfeccionar los organismos a través de los cuales el Estado supervigila el legítimo ejercicio de la libertad, hay que evitar un recargo excesivo de restricciones que ahogue la iniciativa privada, hay que dar a la función pública un espíritu distinto que en lugar de entorpecer sirva de estímulo a la actividad productiva. Muchas de estas exigencias pueden alcanzarse con una correcta aplicación del derecho, y es aquí en donde reside nuestra colaboración más importante y lo que aspiramos de

todos ustedes. Por polémica que resulte esta afirmación, estamos convencidos que el desarrollo económico desata el progreso social y que éste sólo puede sustentarse firmemente en aquél.

Para nuestra Universidad la enseñanza de postgrado es tan primordial como la de pregrado. Queremos formar profesionales capaces de encarar los grandes desafíos del siglo que comienza, pero, además, aspiramos a ofrecer a los abogados y profesionales en general, otras opciones destinadas al perfeccionamiento y actualización de sus conocimientos. De lo contrario, cada uno de nosotros será cada vez menos abogado o, lo que es lo mismo, seremos abogados en el marco de un pasado irremediabilmente agotado.

Quiero agradecer a todos y cada uno de ustedes por el hecho de haber confiado en nosotros, y esperamos, sinceramente, haber dado una respuesta adecuada a vuestras inquietudes. Finalmente, quiero felicitarlos por este esfuerzo en la convicción que a través de ustedes cumple esta Universidad la misión que se ha impuesto de servicio a Chile”.

14. Postítulo “Derecho de Daños”

Entre los meses de mayo y septiembre de 2001 se impartirá un curso de Postítulo sobre “Responsabilidad en Derecho Público y en Derecho Privado”, que tendrá por objeto, permitir a los abogados la ampliación y profundización de sus conocimientos para asesorar exitosamente en el campo de la responsabilidad patrimonial, tanto en el ámbito del Derecho Privado como en el Derecho Público.

15. Actividades estudiantiles

Con mucho interés fueron llevadas a cabo durante los meses de agosto y septiembre las charlas de la Academia de Derecho, donde profesores ayudantes, egresados y alumnos de quinto año pudieron presentar en los distintos niveles de nuestra facultad, distintas y completas exposiciones fruto de investigaciones personales promovidas por la Academia de Derecho, en temas fundamentales y de ciencia jurídica aplicada, cuyos títulos fueron: *Análisis Acerca de las Donaciones Revocables e Irrevocables en el Derecho Civil Chileno; Derecho de Marcas en el Sistema Jurídico Chileno y Comparado; Doctrina y Jurisprudencia Acerca de la Recepción de los Tratados Internacionales en el Derecho Chileno; Globalización y Realidad Constitucional; Globalización y Bioética; Aspectos Sociológicos de la Conciliación Intrajudicial; y Breve Panorama Acerca de la Eficacia de los Equivalentes Jurisdiccionales en el Derecho Procesal Chileno.*

Cabe agregar que dichas exposiciones fueron presentadas ante numeroso público del estudiantado y que en cada exposición participaron profesores invitados que aportaron valiosos comentarios que enriquecieron los debates, que tuvieron un propósito mixto: fomentar en forma libre la investigación en temas de especialización jurídica y acentuar (en el caso de los profesores ayudantes) la vocación por la docencia. Sin lugar a dudas, esta experiencia se repetirá el próximo año académico con el mismo entusiasmo.

Alumnos de todos los niveles invitados por el señor Decano, se reunieron con el cuerpo directivo de la Facultad, para intercambiar opiniones y consejos útiles en cálidos desayunos ofrecidos por la Universidad que tuvieron lugar durante los meses de agosto y septiembre en la pérgola del casino. Fruto de esas conversaciones, surgieron novedosas ideas que fueron recogidas tanto por la Facultad como por los estudiantes, que prontamente se pusieron en práctica para mantener esa estrecha relación alumno-profesor, tan propia de la intermediación que se vive día a día en nuestra casa de estudios.

Asimismo y con mucho afán se preparan las jornadas de verano de los *Trabajos Voluntarios* de la Universidad, los que se planifican conjuntamente con la Dirección de Asuntos Estudiantiles, donde destacados y no pocos estudiantes de la Facultad de Derecho participan de actividades de beneficencia en distintos lugares de nuestro país. De esta forma y junto a la desinteresada labor de alumnos de 3º, 4º y 5º año que durante los meses de noviembre y diciembre participaron en las *Jornadas de la Beneficencia* para ayudar a los más desposeídos, los estudiantes se comprometen con los valores de la solidaridad.

Destacada participación tuvieron los alumnos de nuestra Facultad en las distintas pruebas y competencias en el marco de la celebración de la *Semana de la Universidad*, que se realizó en dependencias de la Universidad, realizadas en octubre último. Mucho entusiasmo y camaradería con todos los otros estudiantes de las distintas carreras hicieron de ese período una fecha inolvidable, sobre todo para los alumnos de primer y segundo año, quienes prometen liderar (al igual que este año) los primeros lugares interalianzas.

A petición del señor Decano, se desarrolló en las salas de computación de la Universidad, el curso de capacitación en *Página Web*, dirigido a los profesores ayudantes de todas las asignaturas de nuestra Facultad, donde durante los meses de septiembre y octubre se logró pormenorizar temas prácticos y necesarios relativos al diseño, publicación y mantención de materias y consultas en Internet. Sin duda, actividades como ésta demuestran el espíritu innovador que producto del esfuerzo personal y la clara distinción de nuestra Universidad, orienta al abogado del presente milenio.

Actividades de la Facultad de Derecho (Sede Concepción)

Bruno Caprile Biermann

Profesor de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Este año la Universidad del Desarrollo ha celebrado con legítimo orgullo el primer decenio desde su fundación. Conviene recordar que durante su primer año de existencia, a saber, 1990, la Universidad contemplaba únicamente la Facultad de Economía y Negocios. Fue en 1991 cuando se creó la Facultad de Derecho, siendo su primer decano don Eduardo Fernández Florez. Desde entonces ya son numerosas las generaciones que han pasado por sus aulas y los profesionales formados en ellas se desempeñan en los más variados ámbitos del quehacer jurídico. Una visión retrospectiva permite observar con satisfacción el camino recorrido, lo que constituye a su vez un aliciente más para que sus profesores y alumnos sigan desplegando todos sus esfuerzos para entregar y obtener cada día una mejor formación.

Debemos advertir que en esta sección no se pretende efectuar una reseña de los diez años de existencia de la Facultad de Derecho. Aun más, al igual que en el número precedente, tampoco se pretende exponer aquello que constituye la actividad normal de la Facultad en su sede de Concepción, sino tan sólo aquellos hitos del segundo semestre del presente año que, por ser ocasionales o por constituir una innovación, merecen ser destacados. En ese contexto, se abordarán primero las actividades de extensión (I), para referirse luego a los convenios internacionales suscritos por la Universidad (II), al concurso de ensayos jurídicos (III) y a la vida estudiantil (IV); en seguida se ilustrará la malla curricular (V) y la nómina de profesores (VI), para terminar efectuando una breve reseña de los cursos de postgrado que imparte la facultad (VII), a saber, el Magíster en Derecho de la Empresa y el Postítulo en Asesoría Jurídica de la Empresa.

I. Actividades de extensión del segundo semestre del año 2000

Las actividades de extensión del segundo semestre se iniciaron con la charla **“Una Visión de la Transición Española 25 Años Después”**, a cargo del profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Europea de Madrid, Dr. José Díaz Nieva.

La legislación ambiental ha experimentado, sin lugar a dudas, un desarrollo notable y constituye una preocupación constante de los abogados. Consciente de esa realidad, la Facultad desarrolló durante el mes de agosto del presente año un **Seminario sobre Legislación Ambiental**, a cargo del profesor Julio Lavín Valdés. En esa oportunidad el expositor abordó fundamentalmente los aspectos teóricos y prácticos del procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

A diferencia del tema anterior, la responsabilidad médica constituye un tema clásico del derecho, no obstante lo cual su evolución constante obliga a una permanente revisión. Es por ello que durante el mes de octubre del presente año tuvo lugar un **Seminario sobre la Responsabilidad Médica**. El tema fue abordado desde una perspectiva multidisciplinaria, contribuyendo al análisis tanto profesionales del área de la salud como del ámbito jurídico, quienes analizaron los aspectos éticos, médico-legales, y la responsabilidad civil y penal que envuelve la praxis médica. Participaron como expositores el Dr. Fernando Heredia Jiménez, el Director Nacional del Servicio Médico Legal, Dr. Jorge Rodríguez Díaz, y el Presidente de las Empresas Más Vida, Dr. Claudio Santander Kelly. El análisis jurídico estuvo a cargo de los profesores Ramón Domínguez Aguila, Pedro Zelaya Etchegaray y Marcelo Torres Duffau.

No cabe duda que el proyecto de modificación a nuestra legislación impositiva ha suscitado una preocupación importante por las consecuencias económicas y jurídicas que traerá aparejadas de convertirse en ley. Ambos aspectos se analizaron en el Seminario **“El Impacto de la Reforma Tributaria”**. El investigador del Instituto Libertad y Desarrollo, Sr. Axel Buchheister Rosas, desarrolló el efecto de la reforma en las personas y en las empresas, y el profesor Sr. Rodrigo Ugalde Prieto expuso acerca del efecto de la reforma en la aplicación del Código Tributario y su impacto en la defensa de los contribuyentes.

Las actividades de extensión del segundo semestre culminaron con el **Seminario “El Debido Proceso”**, a cargo del Decano de la Facultad de Derecho de Santiago, profesor Pablo Rodríguez Grez. El profesor Rodríguez expuso desde una perspectiva académica la importancia de la garantía constitucional del debido proceso y la forma como ésta condiciona el ejercicio de la jurisdicción.



II. Convenios internacionales

Consciente de los desafíos que impone la globalización, la Universidad del Desarrollo ha suscrito diversos convenios con importantes universidades extranjeras, acuerdos que benefician ya sea a todas las Facultades de nuestra Universidad, ya sea sólo a algunas de ellas, según los intereses y especialidades de ambos signatarios. Los convenios permiten diferentes niveles de intercambio, pero se ha procurado especialmente que ellos permitan a los académicos y alumnos de nuestra universidad desarrollar investigaciones y pasantías en el extranjero. Entre las universidades con las cuales se han suscrito convenios, la mayoría de los cuales incluyen el área jurídica, podemos mencionar las siguientes:

- Universidad Autónoma de Barcelona (Barcelona, España),
- Universidad Internacional de Cataluña (Barcelona, España),
- Universidad de Santiago de Compostela (Santiago de Compostela, España),
- Universidad Europea de Madrid (Madrid, España),
- Universidad Politécnica de Madrid (Madrid, España),
- Universidad de Extremadura (Cáceres y Badajoz, España),
- California State University (Long Beach, EE.UU.),
- Wright State University (Dayton, Ohio, EE.UU.),
- Richmond, The American University in London (Londres, Inglaterra),
- The Mackintosh School of Architecture, University of Glasgow (Glasgow, Escocia),
- Universidad de Anáhuac (Méjico),
- Universidad de San Andrés (Buenos Aires, Argentina),
- Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires, Argentina).

III. Concurso de Ensayos Jurídicos

Los alumnos de pregrado demostraron durante el curso de este año un especial interés por participar en el ya tradicional Concurso de Ensayos Jurídicos, que viene desarrollándose desde el año 1995. Se recibieron 53 trabajos, que deben ser evaluados por las comisiones constituidas al efecto, a saber, las comisiones de Derecho Romano e Historia del Derecho; de Derecho Político y Derecho Constitucional; de Derecho Público; de Derecho Civil y Comercial; de Derecho Procesal; de Derecho Penal y de Derecho Laboral, Económico y Tributario. Cada comisión debe seleccionar el mejor trabajo de su especialidad y entre éstos se escoge el mejor ensayo jurídico del concurso. La premiación tendrá lugar durante la ceremonia de inauguración del año académico 2001.

IV. Vida estudiantil

Las alumnas de la Facultad de Derecho Marypilar Pinto Jaen y Diana Sepúlveda Moreno, tuvieron la oportunidad de participar en el **Encuentro de los Jóvenes con su Santidad el Papa Juan Pablo II**, que tuvo lugar en Roma desde el 7 al 14 de agosto del 2000. Las alumnas nombradas, con el apoyo del Pbro. José Luis Correa Lira, compartieron esta vivencia con sus compañeros en una reunión que tuvo lugar en el mes de septiembre de este año.

Durante la primera semana de octubre se desarrolló la **Semana de la Facultad de Derecho**, organizada por el Centro de Alumnos. Las actividades comenzaron con una misa para luego dar lugar a las tradicionales competencias deportivas, en que se destacó la generación 1996; no podemos dejar de mencionar la visita que realizaron los alumnos a la sede del Movimiento Anónimo por la Vida, ocasión en la que se interiorizaron de la labor que desarrolla ese organismo y de la problemática que intenta combatir.

Los alumnos Elvis Hernández, Jaime González y Francisco Ugarte representaron a la Facultad en el **Segundo Encuentro de Alumnos Ayudantes Facultades de Derecho**, que tuvo lugar el 21 y 22 de octubre en el Campus Guayacán de la Universidad Católica del Norte. Los delegados de la Facultad expusieron su ponencia, titulada "La misión del ayudante de Derecho".

V. Nómina de profesores de la Facultad durante el segundo semestre del año 2000

Amaya Alvez Marín
Eduardo Andrades Rivas
Alberto Arévalo Romero
Francisco Capponi Galletti
Bruno Caprile Biermann
Sergio Carrasco Delgado
Eduardo Darritchon Pool
Ana María Díaz Muñoz
Jaime Dinamarca Gárate
Ramón Domínguez Aguila
Elisabeth Emilfork Soto
Alejandro Enríquez Yévenes
Federico Espinosa Muñoz
Osvaldo González Ransanz

Sandra Hidalgo Pastorini
Claudia Hurtado Espinoza
Fernando Jiménez Larraín
Andrés Kuncar Oneto
Hugo Larraín Prat
Enrique López Bourasseau
Carmen Manniello Huarcaya
Carlos Maturana Toledo
Javier Molina Gómez
Jorge Montecinos Araya
Baltazar Morales Espinoza
Héctor Oberg Yañez
Jorge Ogalde Muñoz
Waldo Ortega Jarpa

Eleodoro Ortiz Jiménez
Jaime Pacheco Quezada
Gabriel Rioseco Enríquez
Gonzalo Rioseco Martínez
Paula Riquelme Aguilar
Eduardo Rojas Sepúlveda
Fernando Rojas Sepúlveda
Mario Rojas Sepúlveda
Eduardo Salas Cárcamo
Julio Salas Vivaldi
Gina Samith Vega
Gerardo Sandoval Gouet

Ricardo Sandoval López
Marcelo San Martín Cerruti
Mary Slight Alonso
Eduardo Tapia Elorza
Hugo Tapia Elorza
Enrique Tapia Rivera
Marcelo Torres Duffeau
Carolina Unzueta Oviedo
Federico Valdés Lafontaine
María Ignacia Vial Undurraga
Javier Zehnder Gillibrand

VI. Magíster en Derecho de la Empresa y Postítulo en Asesoría Jurídica de la Empresa

En el año 1997, la sede Concepción de la Facultad de Derecho comenzó a impartir un Postítulo en Asesoría Jurídica de la Empresa, programa que sirvió de fundamento para la dictación, a partir del año 2000, del Magíster en Derecho de la Empresa.

Ambos programas se dictan en forma simultánea; así, el alumno que apruebe las seis asignaturas contempladas en el primer año del curso, cuya malla curricular se transcribe más adelante, obtiene el "Postítulo en Asesoría Jurídica de la Empresa". Por su parte, el grado de Magíster en Derecho se otorga al alumno que haya aprobado la totalidad de las asignaturas del programa de estudios de cinco trimestres de duración (ver malla curricular) y que, además, haya cumplido una de las dos siguientes exigencias de titulación: a) un trabajo de investigación sobre materias especializadas, de interés profesional o doctrinario; o b) un examen escrito, multidisciplinario, en el que se evaluará la capacidad de análisis y resolución de problemas jurídicos que se plantean en el área del Derecho Societario, Civil y Tributario.

Los programas de postítulo y de magister habilitan a los abogados que ejercen o aspiran a ejercer sus labores profesionales en el ámbito de la asesoría a empresas públicas o privadas, para entregar una sólida asesoría jurídica, que integre tanto estudios profundizados en el área del derecho más vinculada a los negocios, como también los conocimientos provenientes de otras disciplinas, fundamentalmente económicas, necesarios para abordar exitosamente el desafío profesional que plantea la realidad jurídica empresarial.

El objetivo así descrito se satisface mediante la estructura otorgada a la malla curricular y con el concurso de un cuerpo académico formado por profesores de reconocido prestigio y una sólida preparación en cada una de las disciplinas que cultivan, obtenida en la mayor parte de los casos, a través de estudios de postgrado (doctorados y magíster) o de una trayectoria profesional relevante. Para el año académico 2001, el programa se ha enriquecido con la incorporación de nuevas materias, tales como Derecho del Consumo, Libre Competencia, Legislación Ambiental, de Aguas y Derecho Pesquero, sin dejar por ello de lado la preparación en materias contables, financieras y económicas, que serán abordadas a través de seminarios y talleres.

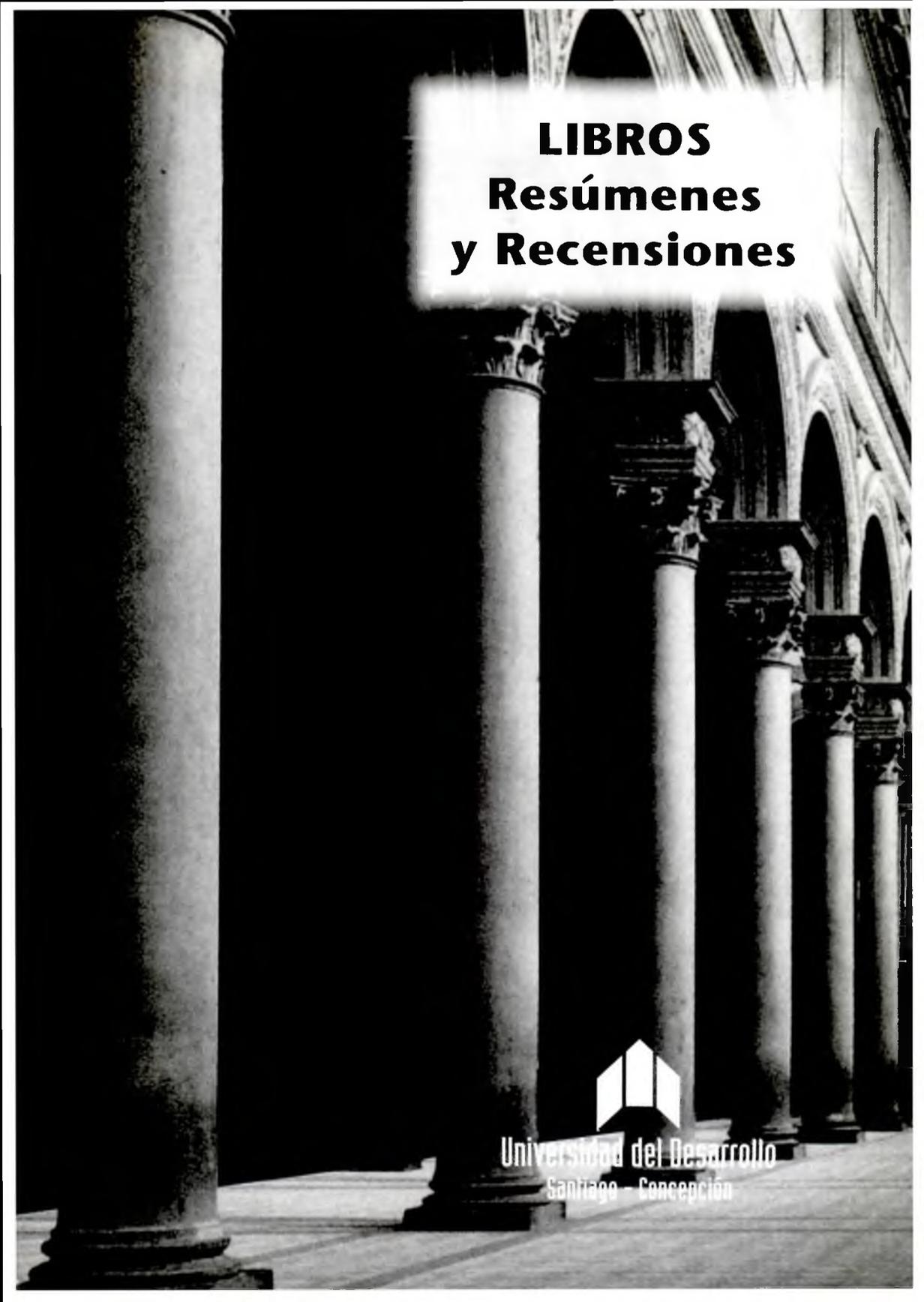
Actualmente el magíster cuenta con 46 alumnos, distribuidos en sus dos años de duración. La malla curricular es la siguiente:

	PRIMER AÑO	SEGUNDO AÑO
PRIMER TRIMESTRE	Créditos, Garantías y Responsabilidad Civil	Aspectos Contemporáneos de la Teoría General del Contrato
	Libre Competencia y Derecho del Consumo	Legislación Ambiental y Sectorial
SEGUNDO TRIMESTRE	Derecho Societario	Aspectos Jurídicos de la Concentración y Colaboración de Empresas
	La Tributación en el Ordenamiento Jurídico Chileno	La Fiscalización Tributaria y la Aplicación Práctica del IVA
TERCER TRIMESTRE	Derecho Penal Económico	TITULACION: Tesis o Examen Multidisciplinario
	Aspectos de la Contratación Laboral, Individual y Colectiva	
	Postítulo en Asesoría Jurídica de la Empresa	Grado Académico Magíster en Derecho

La dirección del programa está a cargo del profesor Dr. Ramón Domínguez Aguila y la coordinación académica a cargo de la profesora Sra. Amaya Alvez Marín.

El cuerpo docente está conformado por los siguientes profesores:

Eduardo Aldunate Lizana
Rodrigo Alvarez Zenteno (conferencista)
Raúl Campusano Droguett
Bruno Caprile Biermann
Jorge Caro Ruiz
Nicolás Cubillos Sigall (conferencista)
Ana María Díaz Muñoz
Ramón Domínguez Aguila
Carmen Domínguez Hidalgo
Elisabeth Emilfork Soto
Héctor Hernández Basualto
Luis Herrera Larraín
Arcadio Inostroza Díaz
Rony Jara Amigo
Luis Lizama Portal
Jorge Ogalde Muñoz
Daniel Peñailillo Arévalo (conferencista)
Gabriel Rioseco Enríquez
Pablo Rodríguez Grez
Bolívar Ruiz Adaros
Exequiel Sagredo Wildner
Ricardo Sandoval López
Marcelo Torres Duffau
Rodrigo Ugalde Prieto
Alejandro Vergara Blanco (conferencista)
Sergio Villalobos Ríos
Arturo Yrarrázaval Covarrubias
Raúl Zárate Marisio
Pedro Zelaya Etchegaray



LIBROS
Resúmenes
y Recensiones



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción



***Ius Publicum* N° 3/1999**

Siguiendo su curso regular de publicación, se encuentra en circulación el volumen 3 correspondiente al segundo semestre de 1999 de esta Revista de la Universidad Santo Tomás, que dirige su decano de Derecho el profesor Eduardo Soto Kloss.

De su sección *Estudios* (9) destacamos "La aportación de Tomás de Aquino a la filosofía de la justicia" (Massini), "La relación Persona-Estado y el nuevo orden mundial" (Penna), "Ley y reglamento en el derecho chileno: sus relaciones" (Soto Kloss), "La Constitución en riesgo: la inconstitucionalidad indirecta de los actos de Administración, su ausencia de control" (Aróstica) y "La responsabilidad del Estado en materia ambiental: nociones fundamentales" (Alarcón).

La sección *Crónica* contiene varios estudios relacionados con el caso Pinochet: "Transferencia de soberanía a organismos internacionales" (Bertelsen), "La juridización de la política y la ortodoxia pública" (Garay Vera), "La detención del Embajador Pinochet a la luz del derecho natural internacional expuesto por Andrés Bello" (Fiamma), "El convenio europeo de extradición y los principios de derecho internacional que hace aplicables" (Monsálvez), "El derecho internacional humanitario" (Nuño Luco), y "La organización de la OTAN en el derecho internacional" (Salazar-Raap).

La sección *Jurisprudencia* incluye las sentencias recaídas en el amparo económico deducido en contra del llamado "Correo híbrido" (comentario Prof. Aróstica), los fallos dictados en materia de "lucro cesante en la expropiación" (comentario Prof. Mendoza Zúñiga), y el dictamen de la Contraloría General de la República sobre "turnos horarios impuestos a las farmacias" (Prof. Aróstica).

En *Documentos* se incluyen textos publicados en la prensa chilena sobre los bombardeos de Kosovo, y sobre el caso Pinochet. Una reseña bibliográfica cierra el volumen.

Un variado material y con temas de gran actualidad, tratados con rigurosidad.

Indice *Ius Publicum* N° 4/2000**ESTUDIOS**

Mauricio Echeverría Gálvez. Dominio o acogida. El dilema del hombre ante el tercer milenio.

Joaquín García-Huidobro Correa. Un principio fundamental en la filosofía práctica de Aristóteles: "lo que hay que hacer sabiendo, lo aprendemos haciéndolo" (EN 1103A32).

Javier Barrientos Grandón. Notas históricas sobre la noción de dominio eminente.

Eduardo Soto Kloss. La nulidad de derecho público de los actos estatales y su imprescriptibilidad en el derecho chileno.

Arturo Fernandois Vöhringer. El orden público económico bajo la Constitución de 1980.

José Miguel Lecaros Sánchez. Simulación y contraescrituras en la justificación de inversiones.

Eugenio Pérez de Francisco. El asunto Lockerbie: ¿es éste el concepto de globalización del derecho internacional del Consejo de Seguridad?

Luis V. Pérez Gil. Socavando el principio de no injerencia en los asuntos internos de los Estados: la intervención de la Alianza Atlántica en el conflicto de Kosovo.

CRONICA

Jesús Ginés Ortega. Tres hábitos diabólicos.

Fernando Orrego Vicuña. Un crimen nefando.

Iván Aróstica Maldonado. El horario de funcionamiento de los establecimientos de expendio de bebidas alcohólicas: otra tenaza contra la libertad de comercio.

Bernardino Bravo Lira. Constitución y reconstitución. Milenio de Hungría.

JURISPRUDENCIA

Corte de Apelaciones de Santiago 31.7.1998 - La honra de los muertos (E. Soto Kloss).

Corte de Apelaciones de Concepción 31.7.1999 - Responsabilidad de las Municipalidades por omisión (E. Soto Kloss).

Corte Suprema 31.1.2000 - Actividades periodísticas de una empresa estatal: el caso del Metro S.A. (E. Soto Kloss).

Corte Suprema 9.12.1999 - Autorizaciones de publicidad caminera (L. Aróstica).

DOCUMENTOS

G.K. Chesterton. El abad fugitivo.

Incompetencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer de la impugnación de la sentencia de la Corte Suprema (17.6.1997) que rechazara recurso de protección (caso del filme "La última tentación de Cristo").

Teoría del gobierno, derecho chileno y comparado

de **José Luis Cea Egaña**

Editorial de la Pontificia
Universidad Católica de Chile.
Santiago, 2000

Jaime Williams Benavente

Profesor Titular Filosofía del Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
UNIVERSIDAD DE CHILE

La obra del profesor José Luis Cea titulada *"Teoría del Gobierno, Derecho Chileno y Comparado"* constituye una sugerente aproximación a la teoría democrática desde la perspectiva de las más recientes elaboraciones doctrinarias nacionales y extranjeras. Con abundante apoyo bibliográfico, el autor pasa revista a las nociones fundamentales de lo que bien podríamos denominar el modelo democrático liberal, que tanta aquiescencia alcanza en los centros intelectuales europeos, y que en mayor o menor grado corresponde a nuestros hábitos políticos.

El autor adopta en su libro una postura valórica que yo no dudaría en llamar de "radicalismo democrático". Es en el ámbito de ese "radicalismo" que va desarrollando y precisando las ideas e instituciones democráticas, desde las más elementales hasta las más cargadas de complejidad especulativa.

En lo que cabe a este último punto, esto es, al del análisis doctrinario de las diferentes nociones técnico-políticas que nos permiten comprender el sistema de gobierno contemporáneo, a un nivel de ciencia política y jurídica, debe decirse que la exposición del profesor Cea es impecable, especialmente por su capacidad de sintetizar los aspectos fundamentales de los distintos tópicos sin caer en la vulgarización o la superficialidad.

En la primera parte de su obra, el autor se detiene, en cuatro capítulos, en los *"Conceptos Fundamentales"*.

En el Capítulo I define las distintas realidades que acostumbramos a rotular con los términos de *"Estado, Gobierno, o Derecho"*, incorporando no sólo el tema de la globalización por la vía del Derecho Constitucional supranacional, sino también la discusión sobre la aporía "gobierno personalizado-institucionalizado", o el modelo personalista o estatista de gestión política, sin entrar desgraciadamente en un análisis más detallado de

ello, que por cierto no se puede tratar como mero avance de la evolución política de la humanidad, sin indicar las razones de fondo por las que se considera a tal proceso como evolución.

En el Capítulo II aborda la *"Teoría del Organo"* que, quizás, hubiera sido más apropiado denominar *"Doctrina de los Medios Políticos"*, para así abarcar en un solo lugar los medios de distinta naturaleza –y no sólo el de las instituciones estatales, vistas desde la visión organicista– que permiten el buen manejo de la cosa pública.

En el Capítulo III el autor analiza brevemente el gran problema que preocupó a los clásicos: el de la finalidad. Distingue entre finalidad, cometido y función, dentro de una bien lograda sistematización.

El Capítulo IV está dedicado a una remembranza de la doctrina de la *"separación de poderes"*, sus antecedentes históricos y doctrinarios, su formulación contemporánea, y un interesante acápite dedicado a un balance general de este principio gubernativo, haciéndose cargo tanto de sus ventajas como de sus puntos más criticables.

La Segunda Parte del libro del profesor Cea, denominada *"Funciones Estatales"*, contiene ocho capítulos.

En el Capítulo V (*"Generalidades"*) se justifica criteriológicamente lo que ha de entenderse por *"función estatal"* a partir del principio de división de funciones, sentando que *"el sentido completo –podría llamarse perfecto– de cada función estatal consiste en reunir simultáneamente las exigencias orgánicas, procesales y sustantivas"*, lo que permite arribar a una visión técnico-jurídica completa, cabal y estricta de tal función (pp. 77, 79).

En el Capítulo VI se analiza la *"Función Constituyente"*, en donde destaca el tratamiento de lo que constituye su *"forma"* y su *"sustancia"*, así como los *"límites"* que acotan su ejercicio, y sus problemas de legitimidad. Dedicada, asimismo, una notable transcripción del pensamiento de Conrad Hesse acerca de las tareas de la Constitución, desde su naturaleza de síntesis normativa en el espacio temporal de una nación.

El Capítulo VII (*"La Función Legislativa"*) es, a mi juicio, uno de los más logrados de la obra. La transición del principio de soberanía legal al de supremacía constitucional, en el esquema histórico-político del dominio de la ley y del Estado como exclusivo productor del derecho, es de lectura indispensable, sobre todo en nuestro medio, tan acostumbrado a pensar que el Derecho es algo que ya viene absolutamente prefijado por el Poder Legislativo cual dogma impoluto de razón universal. Los acápites posteriorio-

res estatuyen una versión actualizada de los conceptos ya comunes respecto de la formación de la leyes, sus características esenciales como fuente formal del Derecho, sus valores, y sus clases, así como el órgano que detenta la titularidad en la creación de la ley.

El Capítulo VIII, dedicado a la "*Función Gubernativa*", es una síntesis de lo que en los días actuales se piensa desde la ciencia jurídica acerca de las subfunciones ejecutiva, administrativa, municipal y política, en el sentido de actos de gobierno. La mención a la gestión municipal es especialmente importante en cuanto el autor parece indicar en ella que el proceso de socialización y descentralización de la política ha irrumpido a través de ese ámbito, lo que hace 20 años era impensable.

En el capítulo IX se analiza la "*Función Jurisdiccional*" desde una particular perspectiva en donde, sin dejar de revisar las nociones clásicas relativas al ejercicio de esta función, su actividad queda vinculada a la democracia, como base del Derecho.

El Capítulo X expone la misión de la "*Función Contralora*", ampliando esta noción, hasta hoy restringida en la mentalidad de nuestros abogados a los actos de la administración pública, a todo acto de autoridad que potencialmente pueda desviarse hacia un abuso de funciones.

En el capítulo XI se abordan los problemas implicados en la "*Función Electoral y la Participación Ciudadana*", que exigen a la teoría política contemporánea modelar paradigmas de verificación democrática cuando los hiatos entre la teoría y la práctica son insalvables. Finalmente el Capítulo XII reseña brevemente la institución de la "delegación" de funciones.

La obra del profesor Cea es de fácil y amena lectura, mérito que proviene tanto de la apropiada sistematización de las materias tratadas, como de la claridad con que van brotando las distintas ideas, en un orden lógico, siempre conclusivo.

El libro tiene, sí, a mi juicio, un gran fallo teórico, cual es el de la identificación entre democracia y legitimidad, sin una previa fundamentación filosófico-política. Ello desgraciadamente permeabiliza algunas consideraciones, sobre todo en lo relativo a la relación Derecho-Democracia y Fin Gubernativo-Participación Popular, que, en mi parecer, son absolutamente separables de un determinado modelo de gobierno.

La obra del profesor Cea versa, según propia declaración, "*sobre el Gobierno democrático. Consecuentemente, se hallan excluidas de él la dictadura y el autoritarismo, salvo en cuanto fuere necesario referirse a esos regímenes políticos*

para aclarar y apreciar los valores de la democracia. Es el **Gobierno Legítimo** en su origen y ejercicio, en consecuencia, el que nos preocupa arraigar o institucionalizar en Chile. Este objetivo implica comprender el ethos de la democracia, como modo de vida y como forma de gobierno, comprometiéndose responsablemente en la realización de los esfuerzos y sacrificios que ella demanda”.

A este propósito se me viene a la memoria un trabajo de Alvaro D’Ors en el que discurre acerca de la legitimidad,¹ noción esta que ha sido abusivamente utilizada en la polémica democrática de nuestros días. Sostiene él que la idea de legitimidad no es identificable con el ideal político y social de la democracia liberal burguesa: “*la Democracia consecuente* (se refiere al sistema político que tiene por cuna la Revolución Francesa) *no puede menos de prescindir de la legitimidad; le basta la legalidad, la de la ley que determine en cada momento la voluntad popular, del “pueblo soberano”. Y por este camino llegamos... a descubrir la incompatibilidad de la soberanía popular con el Derecho Natural*”. Los atentados contra la ley natural por parte de los más altos modelos contemporáneos de democracia, como el aborto, por ejemplo, pueden ser legalizados por ella, pero no legitimados, pues la legitimidad es un padrón al que se debe someter el propio modelo democrático si, valga la redundancia, quiere ser “legítimo”.

La legitimidad, según D’Ors, es una auténtica *normatividad* que mide la adecuación de un régimen político con la ley natural. En consecuencia, todo sistema que en su sustancia o en sus accidentes atente contra la ley natural es ilegítimo, aun cuando hipotéticamente pudiese contar con el asentimiento popular.

Y no se soluciona este punto afirmando que para que la voluntad del pueblo sea “válida” en una democracia, ella debe respetar los derechos humanos, porque no es éste un problema de validez, sino de legitimidad. Además, si son los derechos humanos los que sostienen la legitimidad de un régimen político, ya no puede identificarse “democracia” con legitimidad, sino “derechos humanos” con ésta.

El tópico “derechos humanos” es el sustituto contemporáneo del “derecho natural”. Pero no son términos intercambiables. De hecho, no hay consenso universal sobre la naturaleza, significado y alcance de los derechos humanos. Unos sostienen los “derechos reproductivos” y en la otra trinchera otros defienden los “derechos de la familia”. Y gana quien tiene más votos en los organismos internacionales..., con lo que el problema de la legitimidad, como también observa D’Ors, se nos vuelve a deshacer en el ámbito “democrático”.

¹ Alvaro D’Ors: “Legitimidad”, en *Ensayos de Teoría Política*, Eunsa, Pamplona, 1979, pp. 135 ss.



De todos modos, sostengo que un régimen democrático para ser legítimo debe respetar la ley natural. Y debe respetarla no sólo en su forma, sino también en los fines concretos que mediante ella se impongan en el gobierno. De nada sirve una democracia que en su forma o en sus fines violente aquella ley.

No se puede hipotecar tampoco a toda la humanidad, para siempre, a un sistema determinado de gobierno. Menos a un sistema de vida. Y me parece que hacerlo es de algún modo un cierto atentado contra la ley natural. Porque los pueblos son libres políticamente, y no se los trata como tales cuando se les adscribe a la particular forma política que hoy denominamos "democracia", y que, convengamos, propiamente hablando no es tal, porque no es el pueblo quien hoy gobierna en el mundo en el sentido radical que el término exigiría. Ello es una especie de autoritarismo "democrático" encubierto, y una muy mal pensada complacencia política autorreferente. Que el pueblo participe en el gobierno, nada más natural. Que se le obligue a hacerlo a través de las instituciones de la democracia representativa actual, nada más restrictivo.

Porque, por lo demás, me imagino que los sistemas políticos occidentales aún tendrán que pasar ante la historia futura por el "test" de legitimidad, cuyo resultado no lo tienen asegurado. De qué modo, con su institucionalidad, se ha manejado el bien político de los pueblos, y si han hecho o no transparentes sus deseos, son preguntas que la autocomplacencia teórica no debe acallar, a pretexto de invocar la legitimidad de la democracia. Es que a la propia democracia, hoy por hoy, se le ha de pedir que, al menos, trate de ser democrática. Mal que mal la democracia fue hecha para el pueblo, y no el pueblo para la democracia.

Precisando algo más la idea de legitimidad, suscribo las palabras de D'Ors en cuanto a que *"en la medida en que la potestad se constituye por la mera voluntad de los que integran el grupo social... se rige exclusivamente por reglas convencionales y mudables, es decir, por el principio de legalidad. La potestad democrática es siempre de simple legalidad, pues supone una simple sociedad de individuos. En la medida en que la potestad deriva de una exigencia natural tradicionalmente impuesta, que no depende de la convención actual del grupo, se manifiesta éste como una comunidad, y se rige fundamentalmente por el principio de legitimidad"*.² Es decir, la legitimidad incluye una adecuación de la "naturalidad" al orden humano histórico capaz de originar y atesorar valores en el tiempo.

² Alvaro D'Ors: "Doce Propositiones sobre el Poder", en *Ensayos de Teoría Política*, p. 112.

De cualquier manera, el postulado sostenido por Cea acerca de la democracia es inadmisibles por exceso de generalización. En efecto:

Primero, "Democracia" es un término demasiado genérico para contener en él aquello que se quiere significar en torno a un núcleo suficientemente adecuado de modelo de gobierno. Histórica y léxicamente hay muchos significados de democracia, desde las escuelas liberales hasta las socialistas de todos los signos, sin perder de vista incluso el Magisterio de la Iglesia. "Democracia" es como la palabra "amor" o "libertad", todos captan un cierto significado común de ella, pero a la vez cada cual la comprende según sus hábitos intelectuales, sus deseos, o imágenes.

Segundo, "Democracia" como "forma de vida" es aun más genérico, una frase fatal, aunque "políticamente correcta", pero que seriamente analizada puede ser incluso cuna de mesianismos populistas. Desde un punto de vista conceptual, definir democracia como "forma de vida" viene a ser lo mismo que definir un vaso como "sólido", sin precisar los elementos especificantes para su razonable comprensión. ¿En qué se traduce, en el orden concreto de la vida individual y social, esta proyección totalizadora y excluyente de una "Democracia" que se excede de su ámbito de forma de gobierno? ¿Qué forma de vida es ésta? ¿Qué ámbitos abarca y cuáles excluye? ¿Democratizar es igualar? ¿La fortuna, los predios, los gustos, los talentos artísticos, qué es lo que hay que igualar? ¿Cómo es la culinaria en un régimen de democracia como "forma de vida", como hace 50 años hacía notar Ortega, en su artículo sobre la "Democracia Morbosa"?

El profesor Cea habla de "Democracia" como *ethos*. Los clásicos hablaban de democracia en términos de "medio", que como tal está hecho para servir al pueblo, y no para que sea servido por él. En palabras concisas, la democracia es una excelente forma de gobierno cuando el pueblo consigue a través de mecanismos cada vez más transparentes que su voluntad se exprese, para determinar qué bienes busca conseguir. Pero el acierto de esa voluntad de suyo no está garantizado con su sola expresión, por lo que lo que legitima la voluntad popular no es el mero acto de expresarla, sino la nobleza del bien con el que ama y sueña. El *ethos* democrático está al servicio de ese sueño político, no al revés; es un medio, no un fin. Afirmar lo contrario constituye una amenaza de insospechadas consecuencias en el ámbito antropológico y moral.

Reconocimiento y Ejecución en Chile de Sentencias Extranjeras

de **Aldo Monsálvez Müller**

Segunda edición actualizada.

Editorial Jurídica Conosur,

Santiago, 2000.

Hugo Fábrega Vega

Diplomado en Derecho Internacional Comunitario

Profesor Ayudante Derecho Internacional Privado

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El libro del profesor de nuestra Facultad de Derecho Aldo Monsálvez Müller corresponde a la segunda edición, que actualiza su anterior libro "*Cumplimiento de Sentencias Extranjeras (Exequátur)*", publicado el año 1996.

En esta obra, el autor esquematiza y desarrolla temas claves en Derecho Internacional Privado, empleando un método investigativo que le es propio, mejorando la edición anterior, pues abarca una mayor cantidad de tópicos que son necesarios para entender el propósito ilustrativo de su investigación.

El libro está dividido en tres partes. La primera de ellas consta de diez capítulos, que versan acerca de temas relativos al conflicto de leyes, el conflicto de jurisdicción y su enfoque jurídico, la sentencia extranjera y su naturaleza jurídica procesal e internacional, los fundamentos y obstáculos para la ejecución de fallos extranjeros, un breve análisis de los tratados multilaterales suscritos por Chile sobre la materia, los principales sistemas de ejecución de fallos dictados por tribunales extranjeros, la eficacia probatoria de la sentencia extranjera, el sistema chileno de cumplimiento, el impacto dentro de nuestra legislación y jurisprudencia acerca de acciones y resoluciones extranjeras, condiciones de regularidad internacional para que las sentencias extranjeras tengan efecto en Chile, y la eficacia extraterritorial de las sentencias penales extranjeras.

Dentro de esta primera parte hay que subrayar el marcado propósito del autor de actualizar el contenido de su obra con profusa jurisprudencia y citas doctrinarias tanto nacionales como internacionales, logrando un buen paralelo entre los sistemas imperantes dentro del derecho internacional privado y, en general, con el derecho internacional. Al respecto, no hay

que olvidar que gran parte de los sistemas de solución de conflictos que hoy en día operan, basan su conocimiento práctico en el sistema de enjuiciamiento y, muy particularmente, en las condicionantes internas que los Estados poseen para calificar la norma y hacerla suya, con pleno respeto a los principios de supremacía constitucional de cada Estado y a los derechos de las personas; doctrina mayoritaria que salvo escasas, confusas y antiguas excepciones, hoy en día desechadas tanto por los tribunales chilenos como extranjeros (que han sido unánimes en rechazar la imposición de términos en contrario), se han impuesto con gran vigor, incluso en tribunales supraestatales.¹

De esta manera, el profesor Monsálvez orienta su análisis comparativo dando muchos puntos de vista propios, siguiendo muy de cerca, naturalmente, a clásicos tratadistas en la materia, como Fiore, Weiss, Santís Melendo o al mismo Sánchez de Bustamante, etc., sin perder de vista que en materia de sentencia extranjera, los principios de los procesalistas como Chiovenda, Carnelutti o Couture no hay que perderlos de vista y tenerlos presentes al momento de analizar la realidad de las instituciones en comento, para una acertada aplicación y consiguiente interpretación en las Cortes.

La segunda parte del libro trata acerca del exequátur o juicio de reconocimiento, y está compuesta por cuatro capítulos, que versan acerca del exequátur como proceso y la acción de exequátur, su tramitación de acuerdo a las normas del Código de Procedimiento Civil en materia contenciosa y voluntaria y la tramitación del exequátur de acuerdo al Código de Bustamante en materia contenciosa.

En esta segunda parte, el autor expone en forma completa lo relativo a la naturaleza jurídica y finalidades del exequátur, materia entregada al conocimiento de los tribunales superiores de justicia en el ámbito mundial, singularizando que nuestra Corte Suprema, en razón de su misión de resguardo de la soberanía nacional y el orden público, es la llamada en nuestra legislación a conocer de este tipo de procedimiento, que se desarrolla y expone normativamente en forma muy clara. Es la razón de ser de esta institución, que la facultad de conocer en todos los ámbitos

¹ Es quizás la aplicación desde hace tiempo de una clara línea jurisprudencial en las distintas Cortes alrededor del mundo la que le ha dado un "espaldarazo" a la evaluación normativa dentro de cada Estado al momento de aplicarla. En un claro y reciente ejemplo de lo anterior podemos citar Asunto C-91/92 Faccini - Srl del 14 de Julio de 1994, fallado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea; Asunto C-129/96 *Inter Environnement Wallonie ASBL - Región Wallone* del 18 de noviembre de 1997, fallado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea; y entre nosotros Causa Rol N° 3642-98, donde la Corte Suprema desecha un exhorto del juez español José María Castellón por oponerse, derechamente, a la legislación chilena; Causa Rol N° 700-99, donde la Corte Suprema estima que la carta rogatoria del juez español Baltasar Garzón excede el marco de los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile sobre la materia; etc.

posibles de numerosos procedimientos sea de este tipo de tribunales superiores de justicia, los cuales han procedido a calificar los casos de una forma interpretativa y restringida en forma clara y favorable. Incluso, la llamada "globalización", que ha pretendido aislar legislaciones con un sustento que pone en peligro las realidades socio-jurídicas de los Estados, ha sido ponderada por estos tribunales con un recelo propio que ha impedido dejar en una posición de inferioridad a las personas, actores fundamentales dentro de esta relación.²

La tercera parte contiene anexos, donde se reproduce el Libro IV del Código de Derecho Internacional Privado, además de algunas convenciones suscritas y algunas ratificadas por nuestro país que son de importancia para la interpretación y estudio de la obra, aparte de ser, en muchos casos, aportes de originalidad exclusiva chilena al Derecho Internacional Privado.

No podemos dejar pasar el hecho que la Corte Suprema conociendo de una sentencia arbitral extranjera, haya citado la obra en comentario del profesor Monsálvez, constituyendo un referente obligado en la materia.³

² Resulta de mucha utilidad comentar que la jerarquía de ciertos tratados al ajustarse a la legalidad vigente en un país determinado, debe necesariamente adecuarse al sentido y coherencia del ordenamiento jurídico de ese país. De esta forma, temas y discusiones jurídicos incipientes producto de esta "globalización" deben apuntar siempre a que el intérprete nunca pierda de vista su propósito como orientador de casos semejantes, que de otro modo sería burdo y peligroso aplicar. Puede verse en la especie que los hechos hablan más que las palabras, sobre todo en la nuestra realidad legislativa y doctrinaria nacional actual. En tal sentido, Pablo Rodríguez Grez, "El tratado internacional frente a la Constitución y la Ley", Actualidad Jurídica N° 1, pp. 47 y sgtes., Editorial Ograma, 2000.

³ Causa Rol N° 3832-98.



Los incidentes y en especial el de nulidad procesal en el proceso civil, penal y laboral

de **Julio Salas Vivaldi**

Segunda edición actualizada.

Editorial Jurídica de Chile,

Santiago, 2000.

Héctor Oberg Y.

Profesor de Derecho Procesal

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

El profesor de Derecho Procesal de esta Facultad, don Julio Salas Vivaldi, ha realizado la actualización de su obra *Los incidentes y en especial el de Nulidad Procesal en el Proceso Civil, Penal y Laboral* que va ya en su séptima edición,* lo que demuestra el interés y favor con que ha sido acogida en el Foro y la Magistratura. Una obra de esta índole no sólo tiene un interés doctrinario, sino que también un aspecto esencialmente pragmático y empírico, que es lo que busca particularmente tanto aquel que ejerce liberalmente la abogacía, como el llamado a dar a cada cual lo suyo.

En todo proceso cabe distinguir las cuestiones principales, que son objeto de pleito, de aquellas que se producen durante su curso sobre hechos de menor entidad, pero que generalmente tienen estrecha relación con el asunto de fondo. A las primeras se les denomina cuestiones de mérito o de fondo, y a las segundas, incidentes. Estos últimos, al decir del profesor Salas, son "toda cuestión distinta y accesoria del asunto principal de un juicio, que, presentándose durante el curso de éste, puede en ciertos casos suspenderlo y sobre el cual debe recaer una resolución especial del tribunal". En la obra en comento su autor examina los diferentes tipos de incidentes, o artículos, como también se les llama, que se presentan en el C.P.C. y que pueden suscitarse en los diversos juicios, ya sea en aquellos comprendidos en aquel texto o en otras leyes particulares, de tanto o igual significación que la normativa procesal común, incluso la penal y laboral.

Empero, con todo lo interesante que puedan ser aquellas otras materias, nos parece que lo más trascendente en esta obra es aquella etapa que presenta la denominada nulidad procesal, que puede llegar a constituir

* Editada en septiembre de 2000.

un incidente. En el capítulo que se le dedica se presentan sus fundamentos y la finalidad que se persigue con ella, así como también aquellos principios rectores o básicos que la regulan, creados y sistematizados por la doctrina, que llevan por denominación principio de la especificidad, de la trascendencia, de la extensión y de la convalidación del acto nulo, y cuál es el ámbito de aplicación de los mismos en nuestra normativa vigente.

El C.P.C. no sistematiza la nulidad procesal, “no tiene una reglamentación acabada en la ley”, y es por eso que esta falta se traduce en una ausencia de orientación filosófica de la institución, pese a la reforma de la Ley N° 18.705, aun cuando, “es honesto reconocerlo, se observa una mayor preocupación por ella y en precisar sus perfiles más notorios” (Julio Salas). Tampoco dicha ley le asignó a este incidente una tramitación especial, y por ende se sujetará a la de un incidente ordinario, pero sí cuidó de sancionar al incidentista temerario. Asimismo, la ley en cuestión modificó la estructura del Título IX del Libro I del C.P.C. en lo relativo a este incidente, y le destinó un artículo exclusivamente para él, sin perjuicio de que se mantengan en el Código de Enjuiciamiento aquellas disposiciones aisladas y dispersas que reconocen también la existencia de la nulidad procesal; a ellas se agrega ahora el art. 83. Mayor preocupación por la institución presta el Código de Procedimiento Penal después de su reforma por la Ley N° 18.857, plenamente analizada por el profesor Salas.

Se deja, además, establecido en esta obra procesal –y no podía ser de otra manera– que esta nulidad no sólo puede ser alegada por las partes, sino que también puede provenir del otro sujeto del proceso, el juez. Naturalmente que la intervención del órgano jurisdiccional tiene sus limitaciones. Es un poder discrecional del juez, pero siempre de carácter complementario. No cabe suplir con su ejercicio abusivo la inactividad de las partes, ni corregir o enmendar lo traído y admitido por ellas, ni igualar la situación procesal de ambas o remediar el descuido o impericia en que hayan podido incurrir. El oficio del juez tiene su razón de ser en la objetividad y en la impresión que produce esa objetividad.

Es misión del Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, evitar que los particulares invoquen la justicia para hacerla servir a fines opuestos a ella, y este respeto debe defenderse cuando aparecen éstos en el proceso. Una de las formas justamente de llevar a cabo esa defensa es la nulidad procesal, que vela por la probidad procesal, por la buena fe que deben guardarse los sujetos de la relación procesal, por la inmaculación del proceso. Así, entonces, le restará “valor a la actuación viciada, la destruirá, la tendrá como no sucedida, ya que no constituye el medio idóneo destinado a cumplir el fin para el cual fue prevista por el legislador”.

Empero, y como lo decíamos precedentemente, si la nulidad que se invoca está destinada a lograr fines contrarios a la justicia, ella no prosperará. No hay nulidad por la nulidad. Habrá lugar a decretar esta sanción de ineficacia, en la medida que se dé un perjuicio para los contendores o esté afectado un interés manifestado en actos esenciales que se refieren a la relación procesal. El pensamiento central que rige en esta materia lo señala expresamente el legislador, al sostener que la nulidad procesal podrá ser declarada en todos aquellos casos "en que exista un vicio que irroque a alguna de las partes un perjuicio...". Como lo señalamos en este comentario, que resume la obra del profesor Sr. Salas Vivaldi, no hay nulidad sin daño.

ACTUALIDAD JURIDICA

Revista de Facultad de Derecho
Universidad del Desarrollo

Normas para la presentación de trabajos

Los trabajos deberán enviarse en triplicado e incluir también una versión en diskette en formato Word para Office 97 u Office 2000, y una foto del autor en tamaño carnet.

Los autores que presenten artículos cuyos contenidos sean de algún modo similares a los trabajos ya publicados o que se han sometido a otros editores como parte de un trabajo más extenso, deben hacer presente esta situación en una carta adjunta.

Se deberá anteponer, en la primera hoja, un resumen de no más de 120 palabras (10 líneas).

Los trabajos deberán enviarse a:

Consejo Editorial,
Revista Actualidad Jurídica
de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo,
Avda Las Condes 12584, Santiago, Chile.

No se devuelven originales.

ACTUALIDAD JURIDICA pretende poner de relieve las temáticas de la actualidad, cumpliendo así una tarea universitaria que debería acentuarse en el futuro, y realzar algunas concepciones jurídicas modernas, particularmente aquella que ve en el hombre de derecho un "creador" encargado de actualizar el mandato normativo y darle el sentido que mejor sirva a la justicia, la paz, el orden, la seguridad y el desarrollo equilibrado de la sociedad.

Esta revista procurará transformarse en un vehículo del pensamiento jurídico de las Facultades de Derecho de la Universidad del Desarrollo, tanto de Santiago como de Concepción.



Universidad del Desarrollo
Santiago - Concepción