



ASOCIACION NAC. DE MAGISTRADOS  
DEL PODER JUDICIAL DE CHILE



# INSTITUTO DE ESTUDIOS JUDICIALES

## DOCUMENTOS

### DERECHO CIVIL

- La adopción y el derecho del niño a tener una familia  
Mónica Maldonado Croquevielle.
- La adopción internacional de menores  
Irma Bavestrello Bontá.
- Hacia un nuevo Código Civil bajo la inspiración de Bello  
Fernando Fueyo Laneri.

*Humberto Espejo Zúñiga extracta capítulo del libro  
"Instituciones de Derecho Civil Moderno"  
del Profesor Fueyo.*

Colabora:

CORPORACION  
DE PROMOCION  
UNIVERSITARIA



## "LA ADOPCION Y EL DERECHO DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA" (\*)

MONICA MALDONADO  
CROQUEVIELLE.

*Fiscal Corte Apelaciones de Santiago.*

En la Declaración de los Derechos de la Familia, pronunciada por la Asamblea General de la O.E.A., se establece en su artículo 1º: "Toda persona y especialmente todo niño tiene derecho a una familia y a la estabilidad de la institución familiar".

Tan categórica disposición es letra que lleva consigo espíritu y vida.

Y es este espíritu y esta vida lo que de alguna manera pretendo reconocer en estas reflexiones de mi exposición.

La familia, el núcleo familiar es para nosotros, los aquí reunidos, una necesidad probablemente satisfecha y lo es a tal punto que no nos damos cuenta que es parte de la tierra en que se asientan nuestras raíces.

Al llegar a este Seminario con el nerviosismo y la alegría que produce el inicio de una tarea apasionante, me encuentro con muchos de Uds. ya conocidos, tal vez de aquellos años del 74 al 77 en que me desempeñaba como Jueza de Menores o tal vez en una jornada o convención vivida en este Poder Judicial al que por años hemos entregado nuestro esfuerzo laboral y parte importante de noso-

tros mismos... y en este encuentro deseado se produce el diálogo que inicia la comunicación. ¿Cómo estás?... ¿Cómo están tus chiquillos?. ¿Tienes uno estudiando leyes?, yo también, ¡qué alegría! ¡siguen los malos pasos nuestros, o tal vez, los buenos ejemplos se transmiten!... ¿se recupera tu marido? y ¿cómo ha sobrellevado tu mamá la ausencia del papá?...

La familia... la tuya... la mía... la que casi no valoramos porque la tenemos. "La familia", la que todo hombre y especialmente cada niño tiene derecho a tenerla.

La dignidad nuestra tiene su fundamento en el ser persona. Persona capaz de abrirse a los demás y entregarse a ellos, pero también persona necesitada de ser valorada, amada, perteneciente a otro.

La dignidad nos viene por ser sujeto, no objeto, no cosa susceptible de ser poseída y usada.

Nuestra sociedad tiene suficientes brazos seductores para hacernos "objetos": la droga, el alcoholismo, la marginación, el sexo; y los grandes avances en la producción, la investigación, la biología, la técnica, no son precisamente los elementos que impiden este hacernos "objetos".

Como personas ¿dónde logramos serlo?, ¿dónde aprendemos a serlo?

Lo más vital, lo más íntimo, lo más grande que el hombre posee es la vida y el amor y, sin duda, el lugar donde esos do-

(\*) Intervención en el Seminario sobre Adopción de Menores. Sábado 25 de agosto de 1990.

nes se nos dan, es en la más humana de las Sociedades que los hombres nos hemos dado. La familia.

Es el lugar donde respetamos al otro por lo que es. Por ser él.

Es verdad, ser familia significa un nosotros y ello involucra un compromiso personal.

A veces, tenemos problemas. Nos cuestan los demás. Nos cuesta la forma de ser de nuestros hijos... pero los amamos, los educamos, los apoyamos, les tendemos la mano. Nos importan por lo que son, no por lo que hacen, no por lo que conquistan ni por lo que alcanzan. Los amamos, débiles o fuertes, inteligentes o limitados, cariñosos o distantes.

Pero también es mi familia mi esposo , con él decidimos ir más allá de ser pareja y tuvimos hijos. Formamos nuestra familia. Si con él mi relación es buena estoy contenta. El día parece más lindo. La carga es más liviana y las alegrías son más profundas. Si nuestra relación es mediocre, nos afecta, nos duele. La necesidad que todo hombre tiene de ser querido o valorado se resiente, pero a medida que transcurre el tiempo vamos realizando lo que don Andrés Bello definía tan hermosamente en el Art. 102 del Código Civil como el Matrimonio.

La familia continúa... Leía en el último "Exhorto", páginas noticiosas escritas y editadas por el Relator de Puerto Montt, en su edición invernal "los católicos creemos que a través de la madre se puede llegar al hijo, pero muchos han comprobado que a través de la hija se puede llegar al padre".

Se refería a aquella Fiscal cuyo padre es el Presidente de la Corte Suprema. No es del caso discutir si es tan cierto lo que dice el "Exhorto", pero sí es efectivo que

los lazos familiares nos permiten suponer que ello es posible. Es la relación padre-hijo.

Es natural afirmar que por el hijo puedes llegar al padre, como también por la madre puedes llegar al hijo, como lo afirma el editor. Son como vasos comunicantes.

Y volvemos al inicio. La familia es el núcleo de la sociedad. Es la sociedad más pequeña, a veces sólo de tres personas, pero es la única en que nos reunimos por lo que somos.

En todos los grupos sociales lo que une a los hombres es lo que desean o necesitan hacer en común y sus actividades económicas, deportivas, políticas, artísticas o empresariales, y la familia perderá su sentido cuando lo que anime y ata a sus miembros no son ya los lazos de un amor personal, sino la satisfacción de las necesidades solamente materiales. Entonces vemos hogares transformados en pensión. Los padres distorsionando su misión se transforman únicamente en proveedores de lo necesario para la alimentación, educación alojamiento y vestuario. Pierden entonces, el ser de la familia, la comunidad de corazones.

Penetremos dentro de una familia. De la nuestra. La nuestra de pequeños. El papá, la mamá, los hermanos, nosotros... y por un momento veamos lo que el transcurso del tiempo nos permite apreciar más nítidamente, y es el que vivimos en una Comunidad de corazones.

Nos es fácil recordar el cuidado de la mamá en una enfermedad, la alegría de todos por el ascenso del papá, la Navidad en que me regalaron una bici, el primer uniforme de colegio. La visita del abuelo que vino de lejos. El dolor por la partida de la abuela, el primer auto, las clases de piano, el traslado de ciudad y la despedida

en el andén. Tal vez los 15 años, o la Primera Comunión. "El alma de la familia". Los sentimientos que compartimos y que nos unieron. Los temores, las alegrías, las penas, los logros que nos vincularon.

Vocación humana. Vocación de hombre, la comunión familiar.

Y este ser familia no nace solo. Es el esfuerzo que hacemos por enraizarnos hondamente en el otro, con esfuerzo y con dolor somos capaces de hacer un nosotros. Los vínculos que podemos hacer en el seno de la familia, son los que nos permiten, confiar en el otro, servir al otro, escuchar, entregar, dar, recibir.

A la luz de estos valores, es donde naturalmente se da el crecimiento y el desarrollo de los vínculos más fuertes del hombre: la paternidad, la filialidad, el amor nupcial y la fraternidad.

A través de esta pincelada hemos esbozado una familia... la que cada niño tendría derecho a tener.

Pero, las circunstancias adversas de la vida pueden llevar a una joven adolescente o a una mujer madura a desprenderse de su hijo.

Es posible que una grave situación económica, un rechazo de su familia, el abandono de su pareja o un vacío afectivo, pueda producir la dolorosa decisión de abandonar al hijo.

El niño, criatura indefensa que no ha pedido vivir es llamado a la vida y dejado solo.

Y este niño abandonado, queda así sin vínculos, sin comunidad de corazones, sin familia.

Por vocación, por misión, por mandato legal, el Juez con competencia en Me-

noros puede intervenir decidiendo sobre el destino de este niño, y tiene la facultad de entregarlo en adopción a uno de los matrimonios que, reconociendo su esterilidad biológica, haya decidido ser fecundo, postulando a tenerlo como hijo.

**¡Qué tarea! Elegir los padres para este "niño".**

**¿Con qué criterio lo hago?**

Si me atreviera a pensar en que fuera mi hijo al que tuviera que buscarle padres ¿qué padres querría para él?

Unos papás que lo recibieran como es. Que lo acogieran como persona y no como objeto. Que como tal no les importara que tenga la cabecita grande y una dificultad motora.

Unos papás que le reconocieran el derecho a ser único, con su propia personalidad, y no procurando que llegara a ser la fotocopia del papá o que respondiera al proyecto o sueño de la mamá.

Unos papás que le dieran la seguridad material necesaria para asegurarle su desarrollo y una protección contra los peligros externos.

Buscaría unos padres que le dieran una seguridad afectiva. Una pareja con un amor estable, sólido, porque ciertamente la dislocación de esta pareja produciría un desgarramiento en mi niño y comprometería profundamente su crecimiento personal.

Y también de alguna manera, quisiera que mi niño tuviera el derecho de ser tratado según la etapa de su desarrollo, ello le permitiría un crecimiento armónico. Unos papás que no le empujaran a crecer, ni lo mantuvieran en un estadio anterior al de su desarrollo.

Y en este elegir los papás, estoy cierta, que preferiría que mi niño creciera en nuestra tierra. Que conociera y admirara el mar y la cordillera, la Plaza de Armas y el Santa Lucía, que aprendiera de O'Higgins y Carrera; de Frei, Allende y Pinochet; de Teresita de Los Andes y el Padre Hurtado. De volantines y ramadas, de Neruda y la Mistral. Que se indentificara con sus papás adoptivos, con sus abuelos y sus primos. Que se sintiera del mismo origen que el compañero de banco o del equipo de fútbol.

Me gustaría que fuera católico, que reconociera a la Virgen del Carmen y celebrara la Navidad y la Pascua de Resurrección.

Si estoy soñando mucho, discúlpeme. ¿Cómo podríamos vivir sin desear lo mejor?

Las presentaciones siguientes, sin lugar a dudas, darán las herramientas para que Uds. puedan, de la forma más informada y con los antecedentes más serios, elegir los padres para María, Nelson, Luis, Rodrigo, Rosa, Valeska, Jorge, Rosario, Carmen, Fernando y tantos más que han sido abandonados por su mamá o sus progenitores, y que deberían tener la oportunidad que la O.E.A. y nuestro propio ser reclama: **El derecho a tener una familia.**

## LA ADOPCION INTERNACIONAL DE MENORES

IRMA BAVESTRELLO B.

*Juez 1er. Juzgado Menores - Concepción*

Hace un siglo, don Andrés Bello no consideró que la adopción fuese lo suficientemente importante para incluirla en el Código Civil y ahora no sólo nadie se atrevería a afirmar algo semejante, sino que ordenamientos jurídicos, como el reciente Código del Menor de Colombia (1989), establecen que la mejor medida de protección para el menor abandonado es la adopción, que le permite desarrollarse en un ambiente familiar, cálido y protegido.

En 1924, el IV Congreso Panamericano del Niño reunido en Santiago de Chile, invitaba a los gobiernos americanos "a establecer en su legislación civil, pero sólo en favor de menores, la adopción familiar, siempre que se compruebe en forma fehaciente ante la justicia, que de ella resulta un beneficio positivo para el adoptado".

Solamente en 1943 se dictó la Ley 7.613 que estableció la adopción contractual —al igual que muchos países de la época— la que otorga al adoptado una calidad jurídica semejante a la del hijo natural. Es interesante destacar que ella no beneficia exclusivamente a los menores, ya que atendido el límite de edad que se impone al adoptante y la diferencia de edad que debe guardar con el adoptado, puede adoptarse hasta una persona de 55 años.

En un momento dado, esta normativa

fue insuficiente para satisfacer a quienes deseaban que sus hijos adoptivos tuviesen iguales derechos que los legítimos y a semejanza de Uruguay, se publica en 1965 la Ley 16.346 que establece la legitimación adoptiva de menores por sentencia judicial, lográndose a través de una ficción legal, transformar a los niños abandonados en hijos legítimos de los adoptantes.

Poco antes de esa fecha, la Segunda Guerra Mundial había dejado en Europa un sinnúmero de niños huérfanos, tragedia repetida en las guerras de Corea y Vietnam, lo que despertó la solidaridad internacional. Fueron muchas las personas que se interesaron entonces por acoger a esos menores en sus hogares como un hijo más. Comenzaba la adopción internacional para favorecer a niños abandonados residentes en el extranjero...

En los últimos quince años se empieza a trabajar en América Latina con la adopción de niños de extrema pobreza por parte de extranjeros y ante esta realidad, las normas del Código de Bustamante para solucionar conflictos de leyes, fueron insuficientes. Recordemos que se acepta en este ordenamiento una fórmula distributiva en cuanto a la capacidad y estado de las personas que intervienen en la adopción y sólo se regulan algunos de sus efectos, como: sucesión; nombre; derechos y obligaciones del adoptado respecto a su familia biológica, y, se omiten otros, como patria potestad; impedimentos para contraer matrimonio, etc. Lógicamente, atendida la época de su aprobación, no

pudo ser considerada la adopción internacional.

Existe gran preocupación en los gobiernos y en las autoridades judiciales y administrativas de protección de menores, por los problemas que se presentan en la práctica relacionados con la adopción internacional, que desbordan las previsiones legales existentes, siendo necesaria una actualización de la legislación, especialmente a nivel internacional. Por ello, la organización de Estados Americanos, a través de su Comité Jurídico Interamericano; de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General y de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (C.I.D.I.P.), toma cartas en la materia y apoya la Reunión de Expertos de Quito (1983) y la CIDIP III en La Paz (1984).

Quizás valga la pena destacar la labor desarrollada por Argentina, Uruguay y Paraguay, que con anterioridad (1930-1940) habían celebrado los Tratados de Montevideo. En ellos se incluía el tema de la adopción, favoreciendo la aplicación acumulativa de las leyes de adoptante y adoptado.

En mayo de 1983 se celebra la citada Reunión de Expertos y se propicia en ella la actualización de las legislaciones nacionales y del Derecho Internacional, en relación a la adopción. Se estudian las dos grandes soluciones: normas jurídicas uniformes y reglas para solucionar los conflictos de leyes.

De acuerdo con lo anterior, se aprobó un conjunto de bases para reglar la adopción de menores. Entre ellas, cabe señalar: edad mínima de 25 años para adoptar; derecho del menor adoptado a conocer su origen; irrevocabilidad de la adopción; establecer como delito la mediación con fines de lucro y la preferencia para adoptar de las personas domiciliadas en el país de origen del adoptado, etc.

También se aprobó en Quito un proyecto de Convención sobre adopción cuando el o los adoptantes y el adoptado tengan residencia habitual en Estados partes diferentes, describiéndose así su internacionalidad. Al respecto, se estimó más razonable que ésta se constituya en el país del adoptante, a cuya familia habrá de integrarse el menor definitivamente, como si fuese un hijo legítimo. Por ello, se señala que la ley constitutiva es la de la residencia del adoptante, en lo que dice relación a formas, solemnidades y procedimientos, debiendo cumplirse la ley del adoptado en cuanto a las condiciones que dicen relación con el menor, por lo que pasa a ser un acto decisivo la autorización de su salida del país.

En 1983 el Comité Jurídico Interamericano elaboró un proyecto presentado al año siguiente a la CIDIP III, el que no se aparta fundamentalmente del Proyecto de Quito. Establece una combinación de leyes de adoptantes y adoptados e innova al expresar la competencia de ambos Estados para constituir la adopción, señalando que las formas, solemnidades y procedimientos se regirán indistintamente por la ley que crea el vínculo e igualmente que la adopción internacional será revocable de acuerdo a dicha ley.

Mayor difusión ha recibido sí, la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP III) que tuvo lugar en La Paz el año 1984.

En la Convención aprobada en ella, se establece que la adopción internacional tiene lugar cuando el adoptante tiene domicilio en un país diverso al de la residencia habitual del adoptado. (Esto último para neutralizar el domicilio del representante legal).

Para controlar en forma más adecuada la salida de niños del país de origen, pro-

pone que primero se constituya la adopción y luego se autorice la salida del menor al exterior. Al establecer que la adopción plena del menor o su legitimación adoptiva por extranjeros sean autorizadas por las autoridades del país de origen del menor, se acepta que la ley del adoptado rige en cuanto al fondo, forma y procedimiento. Sólo interesa la ley del adoptante en cuanto a sus requisitos (capacidad, edad, estado civil) y al consentimiento del cónyuge si fuese necesario. En resumen, se acepta una solución distributiva.

En relación a los efectos de la adopción internacional, se asimila al menor a un hijo legítimo, especialmente en lo relativo a sus derechos a alimentos y sucesorios.

A diferencia de Quito, se establece en la Convención, la irrevocabilidad de la adopción y la ruptura del vínculo sanguíneo.

La inscripción de los actos de estado civil, se rige por la ley territorial.

Aun cuando el ámbito de la Convención se reduce a los países del sistema americano, está abierta a la adhesión de cualquier Estado.

Se deduce de las actas, que el criterio imperante ha sido de que mientras exista adopción internacional, es mucho mejor contar con normas que le den regularidad jurídica y en Quito y en La Paz se persiguió poner las leyes de los Estados Americanos en armonía, a través de reglas de Derecho Internacional Privado.

Volviendo a Chile ¿qué posición adopta nuestro país? No se ha ratificado la Convención de La Paz y se dicta en cambio la Ley 18.703 que establece normas para la salida de menores al extranjero a objeto de que sean adoptados en el país del domicilio del o de los adoptantes. Ello

significa que se ha seguido la posición de la Reunión de Expertos de Quito, que fuera brillantemente defendida en La Paz por la delegación uruguaya.

Pero no podemos olvidar que el Derecho es una disciplina viva, ágil, que está íntimamente relacionada con la realidad del país en que rige. Por tanto, necesita constantemente renovarse y a dicha regla no escapa el Derecho de Menores. Es así como la actual ley de adopción plena deberá ser modificada a corto plazo si se ratifica por Chile la Convención de los Derechos del Niño, aprobada el año pasado por Naciones Unidas. Ratificación que le otorgaría a dicha Convención rango constitucional, de acuerdo al Art. 5 de la Constitución Política del Estado.

Hablamos de necesidad de reformas por cuanto en la Convención —al igual que en el acuerdo de la Asamblea General de Naciones Unidas de diciembre de 1986 y en la Reunión de Expertos de Quito— se señala que la adopción internacional sólo procederá cuando el menor no pueda ser entregado a una familia adoptiva o ser atendido de manera adecuada en su país de origen (Art. 21).

¿Qué ha sucedido en Chile? En 1989 salieron 1.020 niños fuera del país, de los cuales el 50 por ciento era menor de dos años y aun cuando los matrimonios extranjeros puedan reunir una serie de atributos, es indiscutible que actuando en esta forma se están frustrando muchas aspiraciones de matrimonios chilenos interesados en adoptar, especialmente niños de corta edad.

Se requieren pues, normas jurídicas que protejan los derechos de los chilenos interesados en adoptar, ante el número cada vez creciente de extranjeros que llegan a Chile en busca de niños, recurriendo muchas veces a intermediarios que se lucran con ello.

## HACIA UN NUEVO CODIGO CIVIL BAJO LA INSPIRACION DE BELLO

Extracto del capítulo contenido  
en el Apéndice del libro del profesor  
Fernando Fueyo Laneri:  
"Instituciones de Derecho Civil Moderno"

HUMBERTO ESPEJO ZUÑIGA.  
*Presidente Corte Apelaciones San Miguel.*

### Preliminares.

Una vieja inquietud en torno a un nuevo Código Civil que recoja y proyecte las hondas transformaciones experimentadas por la sociedad chilena me mueve a volver sobre esta idea que formulé hace un cuarto de siglo. Numerosas han sido las reformas sufridas por nuestro Código Civil en 1925, 1934, 1943, 1952 y 1989; algunas abarcaron instituciones completas y otras se limitaron a agregar, suprimir o modificar cosas puntuales de mayor o menor envergadura, pero jamás hubo cambios de la estructura general del Código o de considerable volumen con alteración del plan de exposición. No obstante, recordando el pasado, don Andrés Bello merece el título de gran reformador. En el mensaje del Código Civil, expresa: "El Derecho de una nación, semejante a su lengua, no está nunca fijo; su existencia es una serie continua de alteraciones y mudanzas. De aquí la necesidad de refundir de tiempo en tiempo la legislación escrita". Si Bello viviera en nuestros días ya habría redactado un proyecto de Código Civil nuevo, que duda cabe.

Cualquiera que sea el nivel de lo que se haya propuesto como cambio cabe destacar un fuerte sentimiento de resistencia, particularmente en el seno de las Facultades de Derecho. Existe un verdadero "feti-

chismo" por el Código y una gran resistencia a su sustitución por otro nuevo, aunque éste rescate lo bueno y aprovechable del vigente. Esta tendencia ha sido manifestada por dos distinguidos profesores como don Manuel Somarriva Undurraga y don Avelino León.

### Sobre las diferentes posiciones frente a la reforma.

Los juristas han adoptado diversas posiciones frente a la reforma que van desde el extremo de conservar el Código intacto hasta sustituirlo por uno nuevo. Existen los siguientes criterios:

a) El Código es una obra excelsa de duración indefinida. A lo más se podría hacerle algunos retoques por la vía de la interpretación legislativa.

b) En una época de tantos cambios es mejor esperar que venga un período de estabilidad social y económica para sistematizar y elaborar nuevos textos.

c) Es una construcción unitaria y sistemática tan bien realizada que sólo admite "reformas de parche", agregar y suprimir algunas materias.

ch) Es tan grande la evolución científica del derecho privado que falta todo el derecho nuevo, con estructuras y concepciones nuevas, faltan alrededor de cuarenta contratos "innominados" que se usan

habitualmente. Es indispensable confeccionar un nuevo catálogo de materias, resistematizarlo, aprovechando partes de lo actualmente vigente.

d) El Código Civil está obsoleto, hay que suprimirlo y sustituirlo, en lo que sea menester, por leyes especiales. Es época de la descodificación, y de la minimización del concepto de Código.

La posición del autor es la señalada en cuarto lugar, esto es elaborar una nueva estructura aprovechando mucho de lo que nos rige actualmente, mayor de lo que parece a simple vista; y que comprende material legislativo y disposiciones completas; y sobre todo el criterio jurídico de Bello en lo perenne. Es imprescindible señalar que además de las dificultades generales para emprender una obra de esta envergadura aparece como un inconveniente la mediocridad de nuestra cultura jurídica y la falta de trabajos preparatorios.

#### **La necesidad de un plan de exposición.**

El primer paso en el camino de una reforma es fijar un plan de exposición del nuevo código. Existe a este respecto una técnica jurídica ya conocida, a la cual es consustancial el sujetarse; máxime si se trata de un Código que se ajusta a una nueva realidad económica social. El plan de exposición empieza por fijar las grandes divisiones o partes del Código y prosigue con las demás subdivisiones. Así se obtiene un catálogo o inventario general, a la vez que su ordenamiento y correlación.

Primeramente habrá que fijar la filosofía jurídica, social o económica en que estarán inspiradas las instituciones del Código. Luego la confección del plan plantea varias interrogantes ¿volverán al nuevo Código materias que fueron desmembra-

das de él para volver a un verdadero Código de Derecho Privado? ¿Tendrá un acento social, como el Código Mexicano de 1928? Cuáles y cuántas serán las grandes divisiones o Libros? ¿Irá o no precedidos de una Parte General o un Título Preliminar? El Código Civil alemán de 1900 y el de Brasil de 1916 tienen una Parte General; el de Mexico, un Título Preliminar y el de Venezuela, Disposiciones Preliminares. En cuanto a los Libros, un proyecto de Código Civil francés de 1945 contemplaba siete libros, y un proyecto de Derecho Privado alemán, contemplaba un título de Reglas Fundamentales y ocho libros. El Código suizo de 1907 contempla cinco libros: persona, familia, sucesiones, derechos reales y obligaciones. Hace unos veinticinco años atrás apareció una tendencia a configurar el Código como un conjunto de principios básicos o generales que comprenden lo sustancial de la legislación civil, quedando para desarrollarse en cuerpos legales independientes las materias más específicas. Es una tendencia a la descodificación. En esta tendencia encuentran los Principios de la Legislación Civil de la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas de 1961. Como puede observarse es un conflicto que hay que resolver desde la partida.

#### **La Modalidad de la Ley de Bases.**

El plan de exposición puede contenerse en un trabajo preliminar de la Comisión encargada de redactar el nuevo Código Civil; o bien puede complementarse y respaldarse con un instrumento legal llamado Ley de Bases, orientada a fijar el plan de exposición y conteniendo las directrices que ha de seguir el Código y las instituciones más importantes. Esta ley es una delegación de facultades del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo, atendido el tecnicismo de la materia para dictar un Código.

El contenido de una ley de esta naturaleza puede ser variado pero cabría citar

la Ley de Bases del Código Civil de 1888 que sirvió para la dictación del Código Civil español. La delegación está en el artículo primero: "Se autoriza al Gobierno para publicar un Código Civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en esta ley". Desde el artículo 2º al 7º inclusive, se fija el sistema de trabajo de la Comisión redactora. El artículo 8º enumera veintisiete bases sobre las cuales deberá afincarse el proyecto de Código. Cabe destacar que esta Ley de Bases no se dictó para ser aplicada por los Tribunales, no obstante se advierte con frecuencia una notable influencia en la jurisprudencia para resolver problemas de interpretación, por formar parte de la historia del Código.

Manteniendo el plan de exposición, con la delegación de facultades y las bases contenidas en la ley, se obtiene un método general notablemente eficaz en la empresa de elaborar un nuevo Código.

#### **Reestructuración de la Normativa Global:**

#### **Unificación del Derecho Civil y el Derecho Comercial.**

Las instituciones de derecho privado están diseminadas en la legislación chilena, pero principalmente en los Código Civil y de Comercio. Hay numerosas materias que se repiten en uno y otro, por lo que resulta aconsejable unificar el derecho privado en un solo Código.

#### **Instituciones nuevas que reclaman su incorporación al Código.**

Llamo instituciones "nuevas" no sólo a las que literalmente tienen este carácter sino también a aquéllas que existiendo en la doctrina no están incorporadas al código. Se enumeran doce temas, pero hay alrededor de cuarenta contratos "innomina-

dos" que se celebran habitualmente y no figuran en la legislación.

#### **Temas "nuevos":**

- 1) La persona y los bienes y derechos de la personalidad.
  - a) Noción moderna de persona.
  - b) Derechos y atributos de la persona.
  - c) Los bienes y derechos de la personalidad.
  - d) El efecto sancionatorio amplio por la agresión a estos bienes y derechos.
  - e) El efecto de protección o amparo a estos bienes y derechos.
- 2) El daño extrapatrimonial o moral.
- 3) El principio general de la buena fe.
- 4) El ejercicio abusivo de los derechos.
- 5) La doctrina de los actos propios.
- 6) El fraude a la ley.
- 7) El enriquecimiento sin causa a expensas de otro.
- 8) Las astreintes y penas conminatorias.
- 9) La simulación.
- 10) El estado de necesidad.
- 11) La multipropiedad.
- 12) El género del bioderecho.
- 13) Teoría de la imprevisión.
- 14) Los contratos innominados.

**Regulación innecesaria, excesiva o intrincada de materias, obligando a una corrección.**

Hay materias exageradamente pormenorizadas en nuestro Código Civil, repeticiones, tratamientos excesivos, y planteamientos intrincados. Basta ver la ocupación, la accesión, la posesión, servidumbres, asignaciones testamentarias, etc. Hay contratos con más de 100 artículos, como la compraventa, en que se repiten reglas de carácter general. Hay que reestructurar la sucesión por causa de muerte y la porción conyugal. Y hay que excluir instituciones históricas que no encajan a nuestros días.

**Materias que requieren mejor o más completo tratamiento.**

Hay instituciones que están muy pobremente tratadas en el Código Civil, tal vez porque en su época no eran importantes. Así tenemos el comodato precario y el precario, requieren más detalle y claridad. La aparcería que está en otros cuerpos legales. La responsabilidad civil por daños que ha sufrido cambios en profundidad y extensión. La hermenéutica legal debe ser reformulada por completo; baste lo dicho en mi libro "Interpretación y Juez". El régimen patrimonial del matrimonio después de las últimas reformas exige una resistemización total y la reunión de todas sus disposiciones dispersas. Lo mismo puede decirse del derecho inmobiliario registral, de la división en cosas muebles e inmuebles y las clases de obligaciones.

**La conveniencia preferente de redactar un nuevo Código.**

Las razones fluyen directamente del cambio cualitativo y cuantitativo que se desprende del ligero daño de lo que se proyectaría. La experiencia de no menos

de 10 Códigos Civiles de los últimos años, aconseja redactar un Código nuevo. Atendidos el considerable volumen y profundidad de los cambios es más fácil redactar uno nuevo que "parchar" el Código existente. El método de las reformas parciales, suprimiendo, agregando o intercalando, resulta inevitablemente erróneo. Por desgracia el resultado es un desajuste en el todo, creándose dudas y desinteligencias que antes no existían. Una experiencia fácil de comprobar es la que se ha producido con la reforma de la Ley 18.802 de reciente data.

**Ideas o criterios de Bello que han de aprovecharse en el evento de una reforma profunda del Código Civil.**

a) Su sentido universal del derecho, propio del más refinado de los comparatistas.

b) Su atención prevalente al medio nacional.

c) Su innegable americanismo.

d) Su posición acentuadamente de reforma, frente a la masa legislativa vigente. Propició la dictación de un Código Civil.

e) Su independencia de criterio por encima de partidismos políticos y religiosos.

f) Su espíritu moderador. El Código Civil, junto con captar los avances de la ciencia jurídica y de la evolución social, es a la vez discreto, macizo, sereno, ajeno a estridencias o demagogias.

g) El lenguaje empleado debe señalar-nos el estilo que deberá reflejarse en las disposiciones nuevas y servirá para aprovechar, reproduciendo literalmente, las disposiciones que necesariamente deberán conservarse.

h) Mirando a Bello debemos hacernos la idea del tiempo necesario para tan magna obra. Pensemos en veinte años. ¿Po-

drán reducirse? Depende de las circunstancias en juego.



**ASOCIACION NAC. DE MAGISTRADOS  
DEL PODER JUDICIAL DE CHILE**

---



# **INSTITUTO DE ESTUDIOS JUDICIALES**

---

## **DOCUMENTOS**

### **DERECHO PENAL**

- Delitos patrimoniales en conexión con sistemas informáticos y de telecomunicaciones  
Rafael Huerta Bustos.
- Fenomenología de la conducta agresiva en el hombre  
Dr. Otto Dörr Zegers.

**Colabora:**

**CORPORACION  
DE PROMOCION  
UNIVERSITARIA**

## DELITOS PATRIMONIALES EN CONEXION CON SISTEMAS INFORMATICOS Y DE TELECOMUNICACIONES

RAFAEL HUERTA BUSTOS

*Ministro de la Corte de Apelaciones de  
San Miguel.*

Este tema fue desarrollado por el catedrático de Derecho Penal de la Universidad de La Laguna (Tenerife) don Carlos María Romeo Casabona.

Comienza el expositor por señalar que la incorporación de la tecnología informática al mundo empresarial y económico ha abierto un nuevo campo a la delincuencia de índole patrimonial, de innegable trascendencia para el normal desenvolvimiento del tráfico económico. Presenta diversos problemas este nuevo tipo de delincuencia, ya respecto de su difícil detección por ampararse sus autores en las mismas características tecnológicas de los medios informáticos, ya por la dificultad de encontrar dichas conductas en los delitos tradicionales contra el patrimonio, si no se quieren vulnerar las garantías que se derivan de la vigencia del principio de legalidad en el sistema jurídico.

### CLASIFICACION DE LAS CONDUCTAS DELICTIVAS EN ESTUDIO.

Romeo Casabona nos indica - a continuación - cuales son las conductas delictivas más significativas y que agrupa en las siguientes modalidades: a) manipulaciones de datos y/o programas, o "fraude informático"; b) copia ilegal de programas; c) obtención y utilización ilícita de datos, o "espionaje informático"; d) des-

trucción o inutilización de datos y o programas, o "sabotaje informático", e) agresiones en el hardware o soporte material informático, principalmente "hurto de tiempo del ordenador".

El expositor señala que esta clasificación donde sigue el criterio del tratadista alemán Sieber, responde no sólo a un principio sistematizador vinculado a las características del procesamiento automático de datos, sino al mismo tiempo a una separación de diversos tipos criminológicos de conducta.

### CUESTION PREVIA AL TEMA EN ESTUDIO

Como una cuestión previa al tema el participante hace presente que se plantea la importante interrogante de si los tipos penales que van a ser objeto de estudio permiten una interpretación extensiva, fundada en una visión evolutiva o progresiva de los mismos que permita encuadrar las conductas en estudio dentro de esos tipos delictivos, o, si por el contrario, se incurre en una analogía perjudicial para el reo, la que es contraria a uno de los irrenunciabiles basamentos del Derecho penal español, cual es el principio de la legalidad de los delitos.

### ESTUDIO PARTICULAR DE LAS CONDUCTAS DELICTIVAS

a) Manipulación de Datos Informatizados.  
Concepto y Descripción de Conductas.

Constituye la forma más frecuente de

aparición del llamado delito informático en las sociedades de alto desarrollo tecnológico y forma también el núcleo del mismo desde un punto de vista criminológico.

**Concepto.** La manipulación consiste en la incorrecta modificación del resultado de un procesamiento automatizado de datos, mediante la alteración de los datos que se introducen o están ya contenidos en el ordenador en cualquiera de las fases de su procesamiento o tratamiento informático, siempre que sea con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero. Es lo que se conoce como "fraude informático".

**Modalidades.** Las manipulaciones consisten en modificaciones de la contabilidad de la empresa, en las facturaciones de bienes, en las relaciones de pago de salarios, pensiones o ayudas sociales y retenciones, estado y movimiento de cuentas de clientes bancarios, intereses de los mismos, balances, etc. Estas alteraciones se pueden producir en las distintas fases del manejo de datos, ya sea en la entrada o introducción de los datos en el programa correspondiente, o input; ya en el programa mismo; o en la salida de los datos o output, una vez procesados convenientemente por el ordenador. Destaca también el expositor otro tipo de manipulaciones como son las alteraciones a distancia con la ayuda de la telemática y las efectuadas en cajeros bancarios automáticos, valiéndose para ello de las llamadas tarjetas de crédito cuando están provistas de una banda magnética.

#### ENCUADRE DE ESTA CONDUCTA EN LOS TIPOS DELICTIVOS PATRIMONIALES DEL CODIGO PENAL VIGENTE.

Romeo Casabona señala que la peculiaridad del medio empleado en las manipulaciones de datos informatizados, la circunstancia de que en realidad la acción recae sobre elementos incorpóreos o intangibles, vgrs., transferencia electrónica

de fondos, y de que no se actúa sobre personas sino sobre máquinas, plantea el difícil problema de encuadrar o adecuar estas conductas en los tipos delictivos contra el patrimonio.

A continuación, el participante analiza dogmáticamente los diversos tipos penales patrimoniales de enriquecimientos reconocidos en el Código Penal vigente español, comparándolos con las modalidades más problemáticas de manipulaciones de datos informatizados.

**El Delito de Hurto.** El objeto en el que recae la acción en el delito de hurto ha de ser una cosa mueble ajena, lo que implica analizar el concepto de cosa. Se trata de cosas corporales, en las que sea posible su aprehensión material, excluyéndose las cosas incorpóreas o inmateriales. Si estos conceptos se trasladan a las manipulaciones del llamado dinero contable, escritural o documental, por medio de ordenadores, la conclusión lógica es que no caben estos delitos aplicados a los mismos porque se está actuando sobre cosas inmateriales, no se trata de una cosa material (dinero en metálico) sino de un derecho de crédito en favor de su titular. A igual conclusión se llega cuando lo sustraído por este procedimiento son bienes que se facturan a un cliente ficticio, siempre que no exista una aprehensión material de los mismos por el autor. Por estas razones concluye el expositor en que el delito de hurto no ofrece de lege lata los medios adecuados para la represión penal de estas manipulaciones realizadas con ánimo de lucro.

**El Delito de Estafa.** El bien jurídico protegido en este hecho punible es el patrimonio en su totalidad, lo que comprende en Derecho todo tipo de cosas, sean muebles o inmuebles o derechos. Con esta observación - dice Romeo Casabona - quedan solventadas las dificultades que se han indicado respecto del delito de hurto

y el dinero contable, créditos y otros derechos de contenido patrimonial que son objeto de protección a través del delito de estafa y a los cuales se suelen dirigir aquellas manipulaciones.

Analizado, seguidamente el elemento típico del engaño y el subiguiente error que caracterizan al delito de estafa, los cuales han de recaer y originarse sucesiva y exclusivamente en un individuo, mediante el nexo psicológico que se crea entre el engañado y el autor concluye que estos elementos del tipo faltarán casi siempre en las manipulaciones informáticas, sobre todo cuando se realizan en la fase de la programación o procesamiento de los datos, ya que aquéllas recaen sobre el ordenador sin la intervención de persona alguna a la que realmente se engañe y se induzca a error.

De esta manera, indica, tal requisito no se dará normalmente en el responsable del departamento de informática de una empresa o banco, al igual que sucede con el operador u otros empleados que tienen un acceso meramente mecánico a los datos y programas, sin alcanzar a ver su contenido ni comprender el sentido exacto de los mismos ni tener capacidad de ejecución o revisión de las operaciones del ordenador. Estas personas pueden ser engañadas en tales condiciones.

De todas formas, agrega, no siempre está excluida la posibilidad de percibir el objeto del engaño pero ello depende en gran medida del sistema de trabajo y toma de decisiones de la empresa o institución en la que se utiliza el instrumental informático, su supervisión así como otros medios de control de cuentas y auditorías y del propio tratamiento y procesamiento de datos. En estos casos podría concurrir este elemento del tipo pero choca con el inconveniente de que un control sistemático de todos y cada uno de los procesos en los que son manejados los datos sería

materialmente imposible e implicaría un costo desmesurado y desproporcionado con los objetivos de racionalidad en la gestión propuestos.

Por su parte - agrega el participante - el error ha de recaer sobre otra persona y ha de ser originado por el engaño, engaño que de acuerdo con el Código Penal hispano ha de ser "bastante para producir error en otro", es decir, que no todo engaño ha de considerarse idóneo para el mismo, sino que ha de ser suficiente, adecuado para producirlo, lo cual ha de medirse de acuerdo con las circunstancias del caso. Se trata aquí de la relación de causalidad entre error y engaño.

Concluye que este elemento del tipo del delito de estafa frecuentemente estará ausente en las manipulaciones de datos informatizados, ya sea por faltar el engaño, ya porque éste no recae en la formación de la voluntad de una persona como requiere el error sino en las operaciones automatizadas del ordenador.

Analiza, por último, el otro elemento que debe concurrir en el delito de estafa que es el acto de disposición patrimonial. E indica que sólo podrá darse si participa en la gestión de datos resultantes un empleado responsable antes de que las transferencias dinerarias sean realizadas por el propio ordenador como consecuencia de las órdenes dadas por el autor de las manipulaciones; o, también, si un empleado es el que tiene que cargar los abonos ficticios, a la vista de los datos transmitidos por el ordenador una vez tratados informáticamente (output). En consecuencia, es necesario que el disponente haya tenido acceso al contenido de los datos informatizados mediante su lectura para que el engaño hayase podido materializar, o lo que es lo mismo, que coincida la condición de disponente y engañado, circunstancia ésta que no siempre se produce.

Por todo lo expuesto, termina expresando que el delito de estafa tampoco reúne las características típicas necesarias para un adecuado castigo de las manipulaciones de datos informatizados.

**El Delito de Apropiación Indevida.** El delito de apropiación indebida presenta algunos elementos comunes con el hurto y la estafa y en dicha medida tropieza con las dificultades expuestas. Por otra parte el expositor señala que esta forma de trabajo a través del ordenador exclusivamente, plantea una seria duda con otro elemento típico peculiar de la apropiación indebida como es "haber recibido en depósito, comisión o administración o por otro título", etc. Esto no ocurre respecto de los programadores, analistas, alimentadores de datos, etc, que no ejercen la custodia o administración del dinero u otros bienes, ni adoptan decisiones sobre los mismos y son, sin embargo, los que tienen de una u otra forma acceso a los datos informatizados como consecuencia de su actividad profesional.

**Los Delitos de Falsificación de Documentos.** Dice el catedrático de la Universidad de La Laguna que la obtención de un enriquecimiento patrimonial con perjuicio de tercero mediante el ordenador supone igualmente una alteración de la realidad contable de la entidad afectada y que por ello se plantea también la posibilidad de que dicha alteración de la verdad constituya un delito de falsificación de documentos.

Para ello, lo primero que interesa averiguar es si los datos contenidos en el ordenador invisten la naturaleza de un documento, ya que desde esa perspectiva penal se ha venido considerando tradicionalmente como documento únicamente el escrito, o sea, cuando el pensamiento humano se ha recogido en un soporte material por signos escritos legibles.

Pues bien, señala el expositor, si tales observaciones se trasladan a la manipulación de datos informatizados, se presentan no pocas dificultades, ya que, en primer término, un programa no encarna en sí mismo un pensamiento o una declaración de voluntad **concretos de una persona determinada** sino que constituye un **instrumento** de trabajo para tratar informáticamente el pensamiento humano. Por tanto, lo excluye de entrada de la noción de documento y concluye que no sería susceptible de encuadrar en este delito la manipulación de datos mediante la del programa.

No obstante lo dicho, reflejan un pensamiento humano los datos introducidos en la llamada fase "input" en cuanto suministran información de una realidad concreta. Lo mismo puede decirse de la fase del "output", o salida de datos pues no importa que éstos hayan sido tratados o procesados por el ordenador mediante un programa, ya que el pensamiento humano existe con independencia de su manera y origen de formación.

Anota igualmente que los signos eléctricos recogidos en una cinta o disco magnéticos no constituyen en sí mismos un documento en sentido penal, ni reúnen las características del escrito que sea legible o visualizable, ni de esa idea implícita en el concepto de documento de ser un objeto dotado de cierta materialidad. Sin embargo, esa visualización o percepción es posible desde el momento en que se utiliza el ordenador puesto que aparecen reflejados en la pantalla del mismo en forma escrita. De todas maneras, hasta ahí tampoco puede considerarse documento al no contar todavía con un soporte duradero susceptible de traslación.

En consecuencia, determina el participante que sólo cuando los datos informáticos son reproducidos por la impresora del ordenador se hallará ante un docu-

mento falso en sentido jurídico-penal. A pesar de esta interpretación funcional, en muchos casos no será suficiente para el evento en el cual las operaciones que originan la inexactitud contable que dará lugar al perjuicio patrimonial, si éstas se realizan completamente "dentro del mismo ordenador" sin que exista un reflejo externo de las mismas.

Siendo condición del documento en su sentido jurídico-penal su **atribuibilidad a una persona** por cualquier procedimiento, así como la identificación de su autor. En tales supuestos el que ha manejado el ordenador, o introducido los datos o, simplemente, ha dictado las órdenes para el procesamiento de los mismos, se concluye que asume el resultado obtenido y se convierte de este modo en una declaración de voluntad suya, en su propio pensamiento, pero esa persona no siempre coincide con el manipulador.

#### CONCLUSIONES.

Dice entonces Romeo Casabona que la comparación de la adecuación de los tipos penales patrimoniales con las conductas de manipulación de datos informatizados ha querido mostrar la situación insatisfactoria de **lege lata** en que se encuentra el Derecho Penal español para incriminar tales conductas debido a la falta de alguno de los elementos del tipo, lo que trae consigo una clara desprotección del bien jurídico del patrimonio. Señala que en una hipótesis más optimista una adecuación típica dependería de la concurrencia de determinadas circunstancias contingentes o del azar, lo que descarta una incriminación con carácter general. Otra conclusión de **lege lata** llevaría a una interpretación forzada de los tipos penales que podría abocarse en la analogía prohibida y la rigidez que muestran los tipos penales impide una interpretación teleológica de los mismos que atendiera al bien jurídico agredido - protegido o una interpretación

evolutiva o progresiva de algunos elementos del tipo.

#### PROPUESTA DE REFORMA.

Ante las dificultades recién indicadas, el expositor estima que el único camino practicable es el de acudir a propuestas de reformas legislativas, a una adaptación de la legislación penal vigente a estas nuevas formas de criminalidad con el fin de despejar las dudas sobre su tipicidad, sin desdeñar tampoco los beneficiosos efectos de prevención general que se derivarían de una adecuada incriminación de estas conductas de enriquecimiento injusto, valiéndose de un ordenador. Esto debe realizarse insertando en el Código Penal una nueva figura delictiva, próxima a la de la actual estafa, introduciendo en el nuevo tipo los elementos necesarios que suplan los fallos de cobertura de aquélla, verbigracia, elementos como engaño, error y acto de disposición patrimonial.

#### b) La Piratería o Copia Ilegal de Programas

Señala el expositor que la importancia que ha ido adquiriendo en España el tratamiento de la información y de los datos de todo género ha favorecido igual importancia del soporte lógico (software) de los ordenadores, lo que plantea también la necesidad de una adecuada protección jurídica del mismo. Tal necesidad ha permitido comprobar que con frecuencia los instrumentos jurídicos de protección de las obras de creación humana son insuficientes, por la difícil entre ellas de estos nuevos productos y de ahí que los legisladores de diversos países han debido establecer un nuevo marco jurídico que ampare a todas las nuevas manifestaciones del pensamiento y creatividad humanos.

#### PROTECCION JURIDICA DE LOS PROGRAMAS.

Descarta desde ya la vía de protección

jurídica prevista para la propiedad industrial, ya que ni la Ley sobre Propiedad Industrial de 16-5-1902 ni la de Patentes de 1986 parecen adecuarse a las características de un programa o su utilización y el segundo texto legal excluye expresamente la patentabilidad de programas de ordenadores, siguiendo de este modo las pautas marcadas por el Convenio para la Patente Europea, firmado en Munich el 5 de octubre de 1973 (4).

El derecho español tradicional antes de la reforma - dice el expositor - no parecía adecuado de lege lata para incluir todas las manifestaciones complejas y variadas que requiere la protección de los programas del ordenador, lo que condicionaba a su vez la intervención del Derecho Penal (5).

#### PROTECCION A TRAVES DE LA LEGISLACION CIVIL.

Esta nueva Ley de Propiedad Intelectual de 1987 (Ley 22-1987, de 11 de noviembre, B. O. E., de 17 de noviembre) dice el exponente, supone un cambio cualitativo en lo concerniente a la protección de los programas de ordenador y a otras obras de creación y su reconocimiento expresado como objetos de derechos sustantivos de autor. Por otro lado, introduce unos mecanismos de protección más ambiciosos, entre los que incluye una revisión paralela del Código Penal relativa a los delitos contra los derechos de autor.

El nuevo cuerpo legal, sensible a los adelantos tecnológicos, prevé la protección específica de los derechos de autor que afectan a los programas de ordenador y, en su artículo 10.1 dice: "Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, científicas y artísticas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro,

comprendiéndose entre ellos: 1) Los programas de ordenador".

De la definición de objeto de propiedad intelectual se pueden sacar los rasgos que tienen especial importancia para los programas de ordenador: ha de tratarse de una obra científica, expresada en cualquier medio o soporte, tangible o intangible y que sea original. En efecto, aunque el soporte del programa es **tangible** (el disco donde se encuentra registrado) el medio de expresión consiste en unos impulsos (instrucciones) eléctricos **intangibles** que son mencionados por la ley, incluyendo en esa relación, a título de ejemplo, los "programas de ordenador". Señala el participante que a su entender no ha quedado plenamente delimitado por la ley cuándo se entiende que es **original** un programa, dado el extraordinario dinamismo de este sector y las constantes derivaciones y actualizaciones a que puede dar lugar.

Se asimilan al programa para los efectos de su tutela la documentación técnica y los manuales de uso de un programa así como las versiones sucesivas del programa y los programas derivados.

Existen también limitaciones o diferencias establecidas para los programas en relación con el régimen general de los derechos de autor referentes: a) la **duración de los derechos de explotaciones** de cincuenta años desde su publicación o creación (art. 97) mientras que en el régimen general se extiende a toda la vida del autor de la obra y a sesenta años después de su muerte o la declaración del fallecimiento (art. 26); b) el autor, salvo pacto en contrario, no puede oponerse a que el cesionario del derecho de explotación realice o autorice la realización de versiones sucesivas de su programa ni de programas derivados del mismo (art. 98); c) por cesión de derecho de uso se entiende la autorización a utilizar el programa con

carácter no exclusivo e intransferible y para satisfacer únicamente las necesidades del usuario, mientras que el cedente conserva la propiedad del programa (art. 99.1 y 2); d) sólo es posible la reproducción del programa por parte del usuario para confeccionar la copia de seguridad, pues en otro caso, es necesaria la autorización del titular de los derechos de explotación (art. 99.3).

En síntesis, puede decirse que la protección otorgada a los programas de ordenador se efectúa dando prioridad a los intereses de los titulares de los derechos de explotación de los programas en detrimento de los autores materiales de los mismos y de los usuarios.

#### PROTECCION PENAL.

La nueva Ley de Propiedad Intelectual ha modificado también el Código Penal, en relación con la protección penal de los derechos de autor, mediante la introducción de diversos artículos: 534 bis a), 534 bis b), 534 bis c) y 534 ter. El primer artículo recoge el tipo básico de este tipo; el segundo, contiene unos tipos agravados o cualificados; el tercero y cuarto se ocupan de diversos aspectos de la responsabilidad civil del delito así como la extensión de la vía procesal penal de ciertas medidas cautelares.

#### ENUMERACION DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO BASICO.

a) La acción que consiste en "reproducir", "plagiar", "distribuir", "comunicar públicamente" (total o parcialmente) o "transformar una obra literaria", artística o científica, etc., o su "importación", "exportación" o "almacenamiento".

b) Cómo afecta el plagio a los programas de ordenador. No constituye plagio la realización de versiones sucesivas de un programa ni de programas derivados

del mismo por parte del cesionario titular de los derechos de explotación, salvo que hubiera mediado pacto en contrario con el autor (art. 98 de la LPI). Advierte el expositor que el derecho moral del autor del programa está muy limitado legalmente.

c) En cuanto a la reproducción se entiende como la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de todo o parte de ella (art. 18 de la LPI). Respecto del programa de ordenador este concepto es más limitado pues no se considera como tal la introducción del programa en memoria interna para los efectos de su utilización por el usuario (art. 99.3 de la LPI) o la copia de seguridad (art. 99.2 de la LPI). En los demás casos, la reproducción del programa, exigirá la autorización del titular del derecho de explotación.

d) La distribución y la comunicación pública no ofrece especiales particularidades en relación con los programas, salvo - como dice el participante - recordar que es posible distribuirlos y comunicarlos a otros usuarios por medio del mismo ordenador a otro ordenador, si están conectados entre sí (a través de un modem) pues el destino natural del programa es un ordenador. Se indica - además - que la utilización de este mismo procedimiento rebasando las fronteras nacionales (lo que sabemos es relativamente fácil) dará lugar a las conductas típicas de importar y exportar aludidas en el párrafo 2º del art. 534 bis a.

e) La transformación de una obra hay que entenderla, según la LPI, como su traducción, adaptación y cualquiera otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente (art. 21). No obstante, para los programas no constituye transformación la adaptación de un programa realizado por el usuario para la utilización exclusiva del mismo (art. 99.4

de la LPI) ni la realización o autorización de versiones sucesivas del programa o de programas derivados del mismo por parte del cesionario titular de los derechos de explotación.

#### TIPOS AGRAVADOS DE RESPONSABILIDAD PENAL.

Prosiguiendo su análisis de la responsabilidad penal, el participante indica que en el artículo 534 bis b del Código Penal se indican varios tipos agravados, los que responden sobre todo a una más estricta protección de los derechos morales, aunque también se refuerce en ciertos casos, cuando existe el ánimo de lucro, la protección penal de los derechos de explotación. Para el examen de estos tipos agravados conviene separar - sugiere el expositor - los atentados que se dan contra los derechos morales de los que conculcan los derechos de explotación.

#### INFRACCIONES CONTRA LOS DERECHOS MORALES DEL AUTOR .

Están tratados en las letras b), c) y d) del art. 534 bis b. Debe reseñarse que la vulneración de tales derechos va en conexión con las conductas prevenidas en el artículo anterior (art. 534 bis a), de manera que por lo general se habrán infringido ya los derechos de explotación allí indicados, lo que dará por resultado una ulterior vulneración de los derechos morales contemplados en el art. 534 bis b.

Seguidamente el exponente analiza las diversas modalidades de estas infracciones, indicando, en primer término, que la **infracción del derecho de divulgación del autor** significa no respetar la decisión del autor sobre si la obra ha de ser divulgada y en qué forma (art. 14, 1º de la LPI), así como si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo o anónimamente (art. 14, 2º de la LPI). Respecto del programa de ordenador debe

tenerse en cuenta lo dicho en cada una de las conductas del tipo básico.

Respecto a **usurpar la condición de autor** sobre una obra o parte de ella (o el nombre del artista en una interpretación o ejecución) señala haberse ocupado de ello al referirse al plagio, precisando que esta conducta no ofrece ninguna particularidad destacable cuando afecta a un programa de ordenador.

Al referirse, a la **modificación sustancial de la integridad de la obra** dice que se infringe el derecho exclusivo del autor de exigir el respeto de su integridad e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación (art. 14, 4º de la LPI); dicha facultad de modificación corresponde exclusivamente al autor (art. 14, 5º de la LPI). Pero advierte que - salvo pacto en contrario - es muy limitado el poder de control sobre dicha integridad que se reconoce al autor del programa.

A continuación pondera las infracciones contra los **derechos de explotación del autor**. Para que existan estos tipos agravados es preciso que se actué con ánimo de lucro, independientemente de que se haya producido un efectivo perjuicio económico a los titulares o cesionarios de los derechos de propiedad intelectual. Añade que el elemento subjetivo de lo injusto constituye el único punto de conexión de estos delitos con los delitos contra el patrimonio (Título XIII) pues en las demás conductas no se precisa este ánimo ni la causación de un perjuicio económico.

Agrega que, si además del ánimo de lucro, la cantidad o el valor de las copias ilícitas poseen especial trascendencia económica o el daño causado reviste especial gravedad, nos encontraremos ante un tipo "superagravado" que importa, aparte de una elevación de las penas de privación de

libertad y pecuniaria, la de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido y la facultad del cierre temporal o definitivo de la industria o establecimiento condenado, que actúa como medida de seguridad más que como pena accesoria. Este fenómeno es el que con más frecuencia se dará en la infracción de los derechos de autor de programas de ordenador (al igual que la de cassettes y películas de videos) donde se persigue por lo general la obtención de un beneficio económico a costa de sus creadores o de los titulares de los derechos de explotación.

El exponente destaca el especial interés que reviste la **responsabilidad civil** prevista en los artículos 534 bis c y 534 bis ter., ya que el primero contempla una especie de reparación moral para el autor, sin perjuicio de otras reparaciones o indemnizaciones por el daño moral sufrido. El segundo precepto se remite directamente a la LPI (arts. 123 a 128) respecto de la indemnización de los daños y perjuicios, sin que sea necesario acudir para los supuestos más específicos a la vía civil paralela o posterior. Existe la reserva de las acciones civiles en el proceso penal en el caso del cese de la actividad ilícita (art. 124 de la LPI) y respecto de la solicitud de las medidas cautelares de protección urgente como establece expresamente la mencionada Ley (art. 128).

#### c) Espionaje Informático.;

**Concepto y descripción de conductas.** El autor lo define como la obtención sin autorización de datos almacenados en un fichero informatizado. Tiene - al igual que el fraude informático - unos efectos económicos de gran magnitud, favorecidos por la notable desprotección material y logística de las bases de datos informatizados, a pesar de la existencia de restricciones de acceso, vgr., *password* y de la lectura de los datos (encriptamiento o co-

dificación de los datos), lo que se explica por el hecho de hallarse la información gracias a este sistema concentrada en un espacio muy reducido y es susceptible de copia por esta razón en un soporte pequeño y en un lapso insignificante. Dice que en el ámbito comercial afecta a las contabilidades de las empresas, balances, cartera de clientes, en tanto que en puramente tecnológico o datos de investigación y desarrollo de tecnología; igualmente al **know how** o conocimiento de procedimientos económicos y tecnológicos de carácter, en principio, reservado. Igualmente es importante este tipo de espionaje respecto de los secretos de los Estados o de las organizaciones supranacionales de cooperación militar, particularmente en lo relativo a la defensa y la seguridad. Aunque de índole anecdótico - el expositor - señala que no dejan de ser significativas de peligro real respecto de la vulnerabilidad de los ficheros informáticos, las incursiones de los llamados hackers, jóvenes que acceden a bases de datos de los más variados (bancos, grandes comercios, hospitales, centros de seguridad de los gobiernos, etc.) con el fin de vencer el reto que supone para ellos el acceso a los mismos, valiéndose de un microordenador y de la conexión a través de la línea telefónica.

#### PROTECCION PENAL.

Los problemas que plantea el espionaje informático - señala Romeo Casabona - son más complejos que los que encierra el fraude informático, desde el punto de vista penal cuanto desde el Derecho Privado. En su trabajo indica que sólo podrá aspirar a una inicial aproximación al entramado jurídico-penal.

Concerniente a la protección penal de los datos de un fichero informático, frente al acceso no autorizado o la copia de los mismos, se plantea el problema de la adecuación de la conducta con algunos de los tipos delictivos que protegen el patri-

monio o los secretos. Indica que no sería aplicable el delito de hurto por las mismas razones señaladas respecto del fraude informático: no se trata de cosa mueble, la acción recae sobre elementos intangibles o incorporeales no susceptibles de apoderamiento; además, el propietario no es privado en realidad del fichero informático, el cual permanece en su poder sino que es únicamente copiado.

La reconducción de esta conducta dentro de la protección de la propiedad intelectual encuentra la dificultad de su consideración como obra científica, de creación y original, así como estos ficheros mantienen su virtualidad mientras son secretos, lo que no sucede con los derechos de autor, aparte de que por lo general no se incurre en una reproducción pública del fichero, ya que éste es utilizado por el propio autor (sin necesidad de copiar el fichero); ahora si lo vende a un tercero (a una empresa) podría entenderse realizado ya su reproducción o su distribución en el sentido de las conductas prohibidas por el art. 534 bis a del CP. Por otro lado, la Ley de Propiedad de 1987 considera un acto de comunicación pública el acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas por dicha Ley (art. 202 h). En consecuencia, ésta sería una de las conductas integradas en los derechos de explotación, penalmente protegidos por el art. 534 bis a. Empero el expositor hace presente que su interpretación no proporciona un apoyo jurídico suficiente como para poder deducir que la LPI considere las bases de datos siempre incluidas en cuanto tales dentro de su ámbito de protección.

Añade que, a pesar de todo, también podría plantearse su castigo como competencia ilícita, al tenor de lo previsto por la Ley de Propiedad Industrial (art. 131 y 132) en conexión con el art. 534 del CP

pero siempre que esa base de datos posea un contenido susceptible de protección industrial, lo que no será tan frecuente, si tenemos presente el catálogo de conductas que incluye la referida ley.

Expresa, por último, que tampoco parece viable una incriminación satisfactoria dentro de los delitos de descubrimiento o revelación de secretos, o sea, los supuestos del artículo 497 pues se exige el apoderamiento de papeles o cartas de otro que no es el caso ni en cuanto a las conductas ni respecto de los objetos, al igual que ocurre con la protección de los datos que afectan a la intimidad de las personas. Agrega que sólo los tipos de los arts. 498 (referente al administrador, dependiente o criado que en tal concepto supiere los secretos de su principal y los divulgare...) y 499 (relativo al encargado, empleado u obrero de una fábrica u otro establecimiento industrial que en perjuicio del dueño descubriere los secretos de su industria...) ofrecen la posibilidad de cierta cobertura, pero en cualquier caso limitada, puesto que únicamente alcanza a empleados de la empresa y no, por consiguiente, cuando se realiza por personas ajenas a ella (vgr., por conducción telefónica) ha de tratarse de descubrir datos secretos y, en el caso del art. 499, tienen que ser secretos industriales, lo que no impide entenderlos en sentido amplio, incluyendo también los de carácter comercial. Finalmente, si la obtención de datos se logra por una persona ajena interfiriendo en la comunicación entre dos ordenadores (o un ordenador y un terminal) como ésta se efectúa valiéndose de la línea telefónica, entraría en juego el delito del art. 497 bis (interceptación de comunicaciones telefónicas).

#### PERSPECTIVA DE REFORMA.

Sobre este punto, el catedrático de la Universidad de La Laguna, termina indicando que las reflexiones que ha planteado dejan en claro que existe una despro-

tección en el ordenamiento jurídico español frente al espionaje informático, aunque ello quede parcialmente cubierto por el delito de revelación de secretos industriales y excepcionalmente por el de infracción de los derechos de autor; y no sólo frente a estas conductas abusivas sino también al mero acceso a los datos. De ahí arriba a la conclusión que debe promoverse una adecuada y más amplia protección penal y no solamente penal.

Corroborando sus asertos, indica que la LPI nada dice sobre la naturaleza de los datos de un fichero informático y su posible objeto de propiedad intelectual aunque, dado que el nuevo cuerpo legal no pretende ser exhaustivo en cuanto a la enumeración de creaciones originales literarias, científicas y artísticas susceptibles de propiedad intelectual, cabría la inclusión de los datos... siempre que puedan ser calificados de "creación literaria, científica o artística" lo cual queda en entredicho. Aunque se aceptara su naturaleza de científico, no parece ser ésta la vía más adecuada para los supuestos referidos, pues la nota más característica es la del carácter reservado de estos datos y el espionaje informático afectará entonces a la capacidad competitiva de la empresa. Acota que en atención a estas dos peculiaridades es donde debe centrarse la reforma penal o la de la legislación específica con el fin de conseguir que actúe en ambas formas complementarias (creación intelectual y secreto). No debe olvidarse tampoco la protección frente a los accesos no autorizados a bases de datos, siempre que fueran intencionados o siendo accidentales, si el intruso se mantuviera voluntariamente en ellos.

#### d) Sabotaje Informático.

#### CONCEPTO Y DESCRIPCIÓN DE CONDUCTAS.

Consiste en la destrucción o inutiliza-

ción del soporte lógico, esto es, de datos y o programas contenidos en un ordenador (en sus bandas magnéticas). También se puede destruir o inutilizar el soporte físico del sistema informático (hardware) que es una agresión que no ofrece en principio, mayor dificultad. Hay diversos procedimientos, muchos de ellos difíciles de detectar, de sabotaje informático como aquel que se sirve de la propia tecnología del ordenador y conduce al borrado total y parcial de los datos o del programa, a su inoperatividad o a la imposibilidad de acceso a los mismos (procedimientos conocidos como "caballo de troya", "bombas lógicas", "virus informático", etc.). También aquí se incluyen la introducción de datos nuevos erróneos o la alteración de los ya procesados, siempre con ánimo de enriquecimiento, lo que nos traslada al fraude informático o alterar la llamada identidad informática, que nos movería dentro de los ataques a la intimidad individual, pues la finalidad es la misma: la que el fichero manipulado pierda la función a la que estaba destinado.

La perpetración de estos actos de sabotaje suele ir dirigida a causar un perjuicio patrimonial en el titular o usuario del ordenador (empresas, entidades bancarias, o de ahorro) el que suele alcanzar cifras muy elevadas por cuanto, como explica el expositor, se le priva de todo su sistema de gestión (contabilidad, administración, cartera de clientes) o de la planificación y organización del trabajo, así como la actividad empresarial misma (diseño industriales, las fuentes de las agencias dedicadas a proveer información a clientes, etc.). Existen -asimismo- los daños que se pueden causar con finalidad política, contra la seguridad y defensa de los Estados, p.e. sobre armamento y organización operativa de las fuerzas armadas, ficheros de la policía, etc.

#### INCRIMINACION DE ESTAS CONDUCTAS.

Dice el expositor que el delito de daños (art. 557 y ss. del Código Penal español) parece el más adecuado para reconducir penalmente los hechos mencionados, dado su evidente paralelismo.

Dice que la principal dificultad para la incriminación de estos actos de sabotaje radica en que el daño se efectúa en el soporte lógico (elemento no físico, incorporal) del sistema informático, esta es la cualidad de los datos y programas que son meros impulsos eléctricos plasmados normalmente en un soporte material (la banda o discos magnéticos). Frente a ellos tenemos el criterio de la doctrina española para la cual el objeto material sobre el que debe recaer el delito de daños habrá de ser una "cosa ajena o propia, mueble o inmueble, material y económicamente valorable, susceptible de deterioro o destrucción y de ejercicio de la propiedad". Añade que estas condiciones las reúnen los datos o programas de un ordenador, dado el valor económico que éstos poseen pero les falta la calidad de ser una cosa material. Así, concluye, que la materialidad de la cosa que tiene sentido en los delitos de apoderamiento, puesto que requieren la aprehensión de la misma, no tiene base en estos delitos. Aceptado lo anterior, procede a analizar si el daño en la cosa (el fichero de datos) ha de afectar el valor de su sustancia o al uso a que originariamente estaba destinada. Sólo si se admite la segunda interpretación podría acogerse dentro del delito de daños no sólo la destrucción, sino también la inutilización del soporte lógico del ordenador pues éstas afectan a su operatividad.

Dice que la importancia de tal distinción se explica porque el Código Penal español castiga el delito de daños con pena mayor o menor, atendiendo, entre otros criterios, al valor del daño causado.

#### PROPUESTAS DE REFORMA.

El participante señala que pese a las conclusiones de punibilidad de los actos de sabotaje en el delito de daños, no debe descartarse que el legislador intervenga para una mejor cobertura penal de estas conductas, aunque sólo fuera para lograr unas penas más adecuadas al desvalor de estos hechos, aunque postula la limitación en la incriminación a las conductas intencionales, con el fin de evitar un castigo no deseable de conductas negligentes o de errores técnicos.

##### e) Agresiones en el Soporte Material Informático.

Al respecto Romeo Casabona comienza por señalar que el único comportamiento agresivo en el soporte material informático que presenta ciertas novedades, vinculados a estas tecnologías se reduce en la práctica al hurto de uso del tiempo del ordenador, es decir, la utilización sin autorización de un ordenador por un tercero durante un tiempo determinado sin que implique la traslación física del aparato.

La importancia económica de estas incursiones es menor pero tampoco desdeñable, verbigracia, cuando se valen gratuitamente y sin autorización de una alta tecnología en sus prestaciones más sofisticadas.

Añade que este tipo de modalidad de agresión informática no es susceptible de incriminación en el Derecho Penal vigente, pues el hurto de uso con ánimo de lucro no constituye un ilícito penal como regla general y no existe ninguna otra figura delictiva de enriquecimiento del CP español donde integrar estos hechos.

Finalmente termina indicando que no parece oportuno desde una perspectiva político-criminal, la incriminación de estos hechos en el momento actual, dada su probable escasa incidencia en el país (Es-

paña) como porque el Derecho Penal, según lo ha señalado en más de una ocasión, sólo debe intervenir cuando fracasen otros sectores del ordenamiento jurídico”.

#### GLOSARIO DE VOCABLOS TECNICOS

**SOPORTE:** Apoyo profesional para resolver problemas de ordenador (computador) o sus usos.

**VIDEOTEX:** Medio magnético que almacena imágenes.

**TELEFAX:** Aparato electrónico destinado a enviar documentos escritos a través de una línea telefónica.

**MAGNETOFONICA:** Medio de almacenamiento masivo de información.

**HARDWARE:** Literalmente: quincallería, ferretería. Dícese de la parte material de ordenador o computador. Consta de tres partes: Unidad Central, Canales y Unidades Periféricas.

**SOFTWARE:** Es algo inmaterial que hace que el ordenador funciones.

**ORDENADOR (COMPUTADOR):** Herramienta o aparato utilizado para el proceso automático de la información.

**DISKETTE:** Dispositivo de almacenamiento constituido por un disco flexible con soporte para la información.

**LASER:** Rayo que sirve para leer en los medios magnéticos u otros usos.

**BANCO DE DATOS:** Programa que organiza, extrae, añade y actualiza la información que entra o sale del ordenador (computador).

**INPUT:** Entrada.

**OUTPUT:** Salida.

**OPERADOR:** El que maneja físicamente la información que entra o sale del ordenador.

**DISCO MAGNETOFONICO:** Disco que almacena sonidos.

**MODEM:** Aparato que permite comunicar dos ordenadores (computadores) a través de una línea telefónica.

**PASSWORD:** Clave secreta que permite acceder al ordenador.

**KNOW HOW:** Dominio sobre la materia.

#### NOTAS.

- 1) En el Seminario Internacional sobre Derecho de Autor para Jueces y Magistrados de los países de la América del Sur celebrado en nuestra capital, entre el 28 de noviembre al 1º de diciembre del año 1989, el profesor don Santiago Larraguibel indica en su conferencia que la Ley 18.443 de 1985, introdujo dos importantes mejoras sobre la Propiedad Intelectual, pues en primer término autoriza a registrar como tal “los programas y soportes lógicos de ordenador” y, segundo, tipifica los delitos de utilización indebida de obras de dominio ajeno, utilización indebida de producciones de los titulares de derechos conexos; falsificación de obras protegidas por la ley; e indebida reproducción, distribución, internación al país con fines de lucro de fonogramas; y su tenencia con ánimo de venta.
- 2) Señala el citado conferencista señor Larraguibel que resulta muy difícil dar opinión concreta acerca de si la reproducción ilícita de un programa y soporte lógico de ordena-

dor pueda sumirse en el tipo descrito en la letra a) del artículo 79 de la Ley de Propiedad Intelectual, el cual se refiere a la utilización indebida de obras de dominio ajeno, por cualquiera de las formas determinadas en el artículo 18 del citado texto legal.

De contrario, sostiene que el titular de un programa de computación dispone de una acción civil para impedir por un tercero su utilización, impidiendo o evitando molestias o violaciones a su derecho, fundada precisamente en el derecho de dominio que tiene el titular de un programa de computación registrado a su nombre. Esta acción se denomina “la acción negatoria” y es la que entabla contra todo acto que constituya negación del derecho legítimo titular del registro. Incluso el expositor señaló en esa oportunidad que tal acción de dominio aparece perfilada en una sentencia dictada en el Sexto Juzgado Civil de Santiago, el 4 de octubre pasado (1989), al conocer de un juicio sobre uso indebido de una marca comercial, sin consentimiento de su titular.

## FENOMENOLOGIA DE LA CONDUCTA AGRESIVA EN EL HOMBRE

OTTO DORR ZEGERS.

*Profesor de Psiquiatría de la Universidad de Chile. Médico del Hospital Psiquiátrico de Santiago.*

### INTRODUCCION.

La polémica de si el hombre es un ser naturalmente agresivo está lejos de resolverse. Antropólogos como Robert Ardrey (1), Raymond Dart (8) y Anthony Storr (27), así como los etólogos Konrad Lorenz (17) y Niko Tinbergen (29) se muestran en mayor o menor grado partidarios de la posición "agresionista". Aparte de algunas evidencias empíricas que han sido discutidas por otros autores (2, 7, 25) y sobre todo por Montagu (19), éstos se apoyan también en dos figuras trascendentales para las ciencias del hombre, como son Darwin y Freud. Para Darwin la "lucha por la vida" es uno de los pilares de la evolución y un seguidor suyo, Thomas Huxley (14), elevó este fenómeno a una categoría universal al afirmar que: "Desde el punto de vista del moralista el mundo animal se encuentra en un nivel aproximadamente idéntico al espectáculo de los gladiadores... los más fuertes, los más ágiles y los más astutos viven para luchar un día más". Por su parte Freud, al afirmar, primero el carácter forzoso de las pulsiones en el hombre y reconocer luego la existencia de un instinto tanático, estaba preparando el terreno para que los investigadores del comportamiento animal que vinieron después pudieran trasladar al hombre lo observado en el animal.

Con respecto a los argumentos empíri-

cos que esgrimen los agresionistas en favor de su tesis y sin pretender erigirnos en jueces en esta polémica, debemos reconocer que las críticas hechas por los partidarios de la posición contraria son fundadas y razonables. Los trabajos de C. K. Brain (7) y de A. Schultz (25) cuestionan seriamente la hipótesis de que los australopithecidos se destruían unos a otros; la supuesta existencia de un "instinto agresivo" también ha sido cuestionada entre otros por Montagu (19), quien discute la legitimidad de trasladar al hombre experiencias acumuladas en peces, así la como la interpretación que hace Lorenz (17) de la "reacción de entusiasmo militante". Montagu recurre a Merleau-Ponty (18) para demostrar que en el hombre no existiría tal "emisión de señales innatas", por cuanto la mímica está transida de significaciones culturales. Tampoco la serie de guerras y matanzas que caracterizan a la historia del hombre parece ser un argumento suficiente para fundamentar su naturaleza destructiva, cuanto más que las guerras son relativamente recientes. Una posición semejante adopta el investigador Richard G. Barnett (2) cuando afirma: "La naturaleza humana hace posible las guerras, pero no es su causa..." El conocido biólogo francés Jean Rostand (23) también cuestiona el argumento de las guerras como demostración de la existencia de un instinto agresivo, en un texto que dice: "En la guerra el hombre se parece mucho más a una oveja que a un lobo... Sigue y obedece. La guerra es servidumbre, cierto fanatismo y credulidad, pero no agresividad".

Pero aunque no exista tal instinto

agresivo, el hombre posee conductas violentas, que se manifiestan en circunstancias más o menos específicas y, lo que es más misterioso, estas conductas las muestra de preferencia hacia los seres de su misma especie. Es a Konrad Lorenz (ob. cit. pág. 49 y ss.) a quien le debemos la demostración definitiva de **la existencia en el reino animal de reflejos automáticos que inhiben la agresividad intra-específica**. Es sabido que la conducta agresiva más generalizada en los animales es aquella vinculada a la defensa del territorio y como ésta aumenta desde la periferia hacia el centro del territorio, el cual podría identificarse con el nido. Lorenz se preguntó entonces, cómo era posible que las aves - que no son seres inteligentes - no atacaran a sus polluelos al aparecer de pronto en medio de su territorio. Después de largas observaciones y experimentos, tuvo la intuición de que las crías de alguna forma inhibían la agresividad territorial de su progenitora. Cortó entonces ambos nervios auditivos a una pava que empollaba y se encontró con la sorpresa que no bien salían los polluelos del cascarón eran asesinados por ésta. Vale decir, era el piar de las crías lo que, vía nervio auditivo, inhibía los centros basales desde donde surgía la agresividad territorial de la pava. Existe una cantidad de otros ejemplos de inhibición de la conducta agresiva intra-específica, como el gesto de sumisión del contendor, que en el ciervo consiste en inclinar la cabeza, en el lobo ofrecer la parte posterior del cuello al rival más poderoso, o simplemente, como ocurre en la mayoría de los carnívoros, el dar vuelta las espaldas y retirarse de la lucha. Basta uno de estos actos para que al animal agresor se le inhiba su conducta agresiva. Ahora bien, a lo anterior habría que agregar el hecho de que estas luchas intraespecíficas tienen mayoritariamente un carácter lúdico y ritual, lo que ha hecho decir al investigador Van Sommers (26) que: "El carácter ritual de la agresión dentro de la especie... hace suponer que dentro de las funciones

de la agresividad no está implicada la destrucción del animal atacado". Incluso en aquellos casos en que los animales libran un verdadero combate físico, como ocurre en la confrontación entre ciervos machos, la conducta agresiva está sumamente restringida: los animales chocan repetidas veces sus cornamentas en colisiones frontales no dañinas, pero basta que uno de ellos se zafe y quede en posición vulnerable para que el otro ciervo deje de atacar.

#### AGRESIVIDAD Y LIBERTAD.

A diferencia de lo que ocurre en los animales, en el ser humano **no existirían estos mecanismos de inhibición de la conducta intra-específica** y de ahí los episodios de violencia, guerras y asesinatos que se observan - al principio aislados y a partir del neolítico en forma sistemática - desde el comienzo de los tiempos. El relato mítico de Caín y Abel es una demostración de cuán temprano aparece en la historia del hombre la agresión dentro de la especie, fenómeno todavía presente en los peces, como lo ha demostrado Lorenz, pero que fuera superado en el resto del reino animal. La explicación que da Lorenz a este hecho es probablemente exacta, pero insuficiente: él sostiene que en el hombre no habría sido necesaria la inhibición refleja del "instinto agresivo" porque el hombre natural, vale decir, antes de su desarrollo tecnológico, no habría sido capaz de hacer daño mortal a su hermano, puesto que no tiene ni garras ni mandíbulas apropiadas. Nosotros pensamos que la razón para ello es más profunda y tiene que ver con una particularidad esencial de la condición humana: su libertad. Sólo podemos decidirnos por el bien cuando existe la alternativa del mal, alternativa que los animales no poseen, razón por la cual se les ha atribuido desde el Génesis la condición de inocentes. En las palabras de la serpiente a Eva vemos aparecer la condición humana como capaz de conocer tanto el bien como el mal:

"... (Si coméis) no moriréis en modo alguno; es que Dios sabe que el día que comáis (de ese árbol) se abrirán vuestros ojos y veréis como Dios, conocedores del bien y del mal" (Génesis, 3, 4).

Un breve análisis del relato bíblico sobre el primer crimen de la humanidad nos permitirá entender algunas de las características de la agresividad humana. El relato dice:

"... Fue Abel pastor de rebaños y Caín labrador. Al cabo de algún tiempo, presentó Caín una ofrenda a Yahvé con los frutos del campo. Y también Abel ofreció de los primogénitos de su rebaño y de su grasa. Yahvé miró con agrado a Abel y su ofrenda mas no a Caín con su presente. Irritóse Caín sobremanera y se abatió su semblante. Dijo entonces Yahvé a Caín: Por qué te has irritado y por qué ha decaído tu semblante? Acaso si obras bien no habrá recompensa y si mal obras, no acercaré a la puerta el pecado que tenderá hacia ti aún cuando puedas dominarlo? Y dijo Caín a Abel, su hermano: 'Vamos al campo'. Y cuando estaban en el campo acometió contra él y lo mató" (Gen., 4, 2-8).

Sólo tres elementos quisiera destacar en este relato y que dicen relación con nuestra hipótesis de que la agresividad intra-especie que nos caracteriza (aunque no sea endógena, sino sólo una conducta posible como respuesta a una situación determinada) es la condición de posibilidad de nuestra libertad:

1º. La situación de la cual surge el acto criminal es una situación por una libre y en cierto modo arbitraria decisión divina: la de mirar con buenos ojos la ofrenda de Abel y no así la de Caín. Con esta preferencia arbitraria (por qué habían de ser mejores los corderos

que los frutos del campo?) rompe Yahvé las leyes que rigen el mundo natural, tanto en lo que se refiere al carácter absoluto y lineal de las leyes del mundo físico, como a esa perentoria y certeza de los instintos que sólo abren del mundo aquellas partes convenientes para el individuo y su especie respectiva, sin dar lugar nunca al error, al desvarío o ni siquiera a la alternativa.

2º La reacción de Caín ante el capricho divino es de ira, hasta el punto de perder la compostura ("y se abatió su semblante"). Caín persiste en su ánimo encolerizado más allá del breve enfrentamiento con Yahvé y desde ese ánimo de irritación procede a dar muerte a su hermano. Vimos antes como la mayor parte de las observaciones, experimentos y teorías modernas tienden a negar la existencia de algo así como una pulsión o un instinto agresivo. El mismo Lerch (16) en su profundo estudio sobre las distintas capas del psiquismo ni siquiera menciona a la agresividad en ninguno de los niveles del sector interno de la vivencia: ni entre las pulsiones, ni entre las emociones, ni entre los sentimientos. Lo que existiría es una conducta agresiva motivada por situaciones interpersonales o sociales determinados y favorecida por emociones como el resentimiento, el amor propio herido, en suma, lo que algunos psicoanalistas han llamado la herida o frustración narcisista (ver: Van Rillaer, 21). Es lo que se ha descubierto detrás de muchos de los crímenes sexuales, que no es la violencia espontánea lo que conduce al asesino a cometer su crimen, sino la impotencia, la hipogenitalidad, el haber sido despreciado por las mujeres, etc. (ob. cit., pág. 149). En la historia de Caín y Abel vemos ejemplificada la trascendencia del narcisismo o exagerado amor a sí mismo en la

génesis del comportamiento agresivo.

- 30 Entre el surgimiento de la ira y el acto criminal se interpone un enfrentamiento entre Caín y Yahvé, en el cual éste lo imprecá por su irritación y lo pone ante la alternativa de elegir el bien o el mal ("Acaso si obras bien no habrá recompensa y si obras mal no acechará a la puerta el pecado...?"), informándole al mismo tiempo que el elegir el bien implica una recompensa, mientras la elección del mal lleva al pecado, vale decir, a la culpa. Caín elige el mal con pleno conocimiento tanto de que está poseído por un estado de irritación como de que el hecho de matar a Abel es un acto que merece castigo. Se trata de un crimen que cumple con todas las condiciones legales que lo hacen imputable y, por ende, castigable: lucidez, intención, motivo, pleno conocimiento de las consecuencias, etc. Pero lo más importante que, a mi modo de ver, nos transmite el mito, es que el acto de violencia humana - y a diferencia de la conducta agresiva animal de tipo depredadora, territorial, maternal o cualquiera otra - se da en un marco de libertad, entre la libertad del otro para ofenderme y la mía para responder a su ofensa, y en la historia de Caín, entre la libertad divina para preferir arbitrariamente la ofrenda de Abel y la de Caín para decidir vengarse de Dios en su hermano, a pesar de las advertencia de Yahvé.

En **resumen**, la revisión de los actuales conocimientos sobre la agresividad animal y humana y el análisis del mito del asesinato de Abel a manos de su hermano Caín, nos permiten afirmar que el ser humano no posee ni una pulsión ni un instinto agresivo, pero conserva los mecanismos anatómicos y fisiológicos que en el resto de los mamíferos permiten la manifestación de la conducta agresiva, la que en ellos se encuentra siempre al servicio de

un instinto superior, como es el de la conservación de la vida individual o de la especie, el instinto maternal, etc.; vale decir, el hombre no es agresivo, pero puede conducirse agresivamente en determinadas circunstancias. Ahora bien, a diferencia de los animales, en los que la agresividad intra-específica está inhibida en forma refleja, el hombre es potencialmente agresor de sus congéneres porque carece de estos mecanismos inhibitorios. Esta aparente contradicción - **el de no ser agresivos por naturaleza, pero el de poder serlo de la peor forma**, a saber, en contra de nuestros propios hermanos - tendría que ver con rasgo quizás más específico de la condición humana, cual es la **libertad**, como nos lo enseña el relato bíblico de Caín y Abel. Así como el acceso al conocimiento nos costó la salida del Paraíso, así la posibilidad de la virtud y de la santidad nos costó saber lo que era la violencia y el crimen y tener que descartarlos una y otra vez.

Al no ser la agresividad un instinto natural queda descartada cualquier justificación de la violencia sobre la base de recurrir a fatalismos biológicos. El hombre no necesita ser agresivo, pero como de hecho lo es en variadas circunstancias, es una tarea insoslayable para antropólogos, psicólogos y médicos al determinar cuáles son las circunstancias que favorecen la puesta en marcha de estos mecanismos atávicos. Los especialistas mencionados y otros más, como los sociólogos o científicos políticos, deberían contribuir desde sus respectivos puntos de vista a denunciar todo aquello que favorezca la manifestación de la agresividad intra-específica, cuanto más que, debido al alto desarrollo de la tecnología, un desenfreno agresivo hoy en día puede significar la destrucción de toda la humanidad. Yo quisiera hacer ahora una contribución desde el punto de vista de la fenomenología, analizando algunos rasgos esenciales de la conducta agresiva en lo que dice relación con su espacialidad, su temporalidad y su interpersonalidad.

## ASPECTOS FENOMENOLOGICOS.

### La espacialidad de la conducta agresiva.

En un trabajo anterior sobre "Fenomenología del Amor" (9) intentamos describir los rasgos esenciales del espacio amoroso en oposición al modo habitual de darse las relaciones espaciales entre los hombres, las que en mayor o menor medida se encuentran determinadas por el principio del "espacio vital". Con respecto a éste describe el filósofo Otto F. Bollnow (5):

"Y porque los hombres, en la estrechez (cada vez mayor) de la vida gregaria tienen que compartir el espacio vital es que surge entre ellos la relación de rivalidad. Si uno se expande en forma desconsiderada, lo hace a costa del otro. Uno puede ganar espacio sólo quitándosele al del lado... Esta lucha por el espacio vital atraviesa la vida entera, desde las zonas más trascendentales hasta los aspectos más modestos. En la vida profesional se destaca aquel que desplaza a los otros, el comerciante impone su producto a costa de la competencia, etc. Pero también los pueblos se mueven por el principio del espacio vital, lo que ha conducido a innumerables guerras entre países vecinos".

Expresiones similares tiene Karl Jaspers (15):

"Mi existencia empírica, como tal, no cuida de los otros, los desplaza, como los otros a mí. Toda posición que yo conquisto excluye a otro al reivindicar para sí una parte del espacio limitado disponible. Todo éxito mío empuja a otro...".

El principio del espacio vital es la versión humana de un principio mucho más universal que es el del territorio, vigente

en todas las especies animales. El espacio amoroso sería la única excepción a esta ley territorial, por cuanto en él no se defiende ningún espacio propio ni se busca el desplazar al otro con el objeto de acrecentar el propio espacio vital, sino por el contrario, el espacio de la amada y del amante se funde en un solo espacio, cuya expresión concreta es el abrazo. Nadie ha expresado mejor esta característica del espacio amoroso que Rilke en su traducción libre de uno de los Sonetos de la Portuguesa de Elizabeth Barret-Browning (3):

"Sólo donde tú estás nace un lugar (para mí)"

En el amor se crea un nuevo espacio (el nuestro), de dimensiones infinitas y en el que, al decir del mismo Rilke, los amantes se regalan permanentemente "amplitud y libertad" (21), pero también "vastedad, caza y patria" (4a. Elegía del Duino). Esta "patria eterna" (Biswanger, 4) tiene su correlato terrenal en ese espacio tan particular que es la morada, el hogar, el cual una vez creado se constituye en el centro del mundo.

Frente a esa fusión de los respectivos espacio de la pareja que se ama, fusión que en lugar de significar una pérdida de espacio, va a permitir el acceso de los amantes a esa dimensión supra-espacial y angélica que caracteriza al amor, nos encontramos en la conducta agresiva con el fenómeno diametralmente opuesto, con la versión más extrema posible del principio territorial y del espacio vital. En los animales, mientras más se aproxima el otro al centro del territorio - centro que en el amor se constituye justamente como hogar, sinónimo de calor y fecundidad - mayor es la intensidad de la respuesta agresiva. Algo análogo sucede con las guerras humanas: no hay batallas más encarnizadas que aquellas en las cuales un partido defiende una fortaleza o una ciudad que el otro partido desea conquistar, previo sitia-

miento. Mientras en el amor los amantes crecen y su fecundidad llega hasta el nacimiento de hijos, que como espejos van a multiplicar a los padres hasta el infinito, en la agresión el otro es destruido o a lo menos disminuido en su condición física y espiritual: la tortura enferma y envejece, la humillación quita fuerza vital y posibilidad de desarrollo.

La única condición en la que algunos animales pueden llegar a ser agresivos entre ellos es la del hacinamiento impuesto, una situación por lo demás experimental. Lorenz (ob. cit.), relata como al faltarles espacio vital, las ratas se matan unas a otras hasta quedar sólo una pareja viva al final. Frente a esa permanente carencia de espacio, a esa inagotable lucha por un espacio propio que rodea al acto agresivo, nos encontramos en el amor con esa paradoja expresada por el teólogo Swedenborg (28): "cuanto más ángeles, tanto más espacio". Es lo que podría decirse que ocurrió en las catacumbas romanas, en la época de la persecución de los cristianos. Nadie que las haya visitado deja de plantearse la pregunta: ¿Cómo es posible que aquí, en estas verdaderas ratoneras hayan vivido tantas personas y a lo largo de tanto tiempo? Se olvida el observador perplejo que la única ley que regía la vida de los primitivos cristianos era el amor, y el espacio del amor es infinito. Paradiando a Swedenborg, habría que haber dicho entonces, "cuantos más cristianos, tanto más espacio". Pero la ambición de espacio que acompaña a la conducta agresiva puede llegar a ser tan insaciable que se transforme en una conquista territorial sin fin, la que sólo puede terminar con un desastre total y, de paso, con la propia destrucción. Es lo que le ha ocurrido en la historia a grandes conductores de masas, como Atila, Napoleón o Hitler, quienes si de algo carecieron fue justamente de amor hacia sus semejantes.

Lucha cuerpo a cuerpo versus abrazo,

violenta defensa del centro del territorio versus hogar, aniquilación del enemigo versus engrandecimiento recíproco, devastamiento de campos y ciudades en la conquista territorial versus el Reino de Dios en las catacumbas, espacio agresivo versus espacio amoroso.

#### La temporalidad de la conducta agresiva.

Heidegger (13) dice que el tiempo (humano) se constituye desde la finitud (la muerte) y que su carácter central es la **transitoriedad**. En cada "dirigirnos - a - algo", en cada interés por algo que nos hace frente en el mundo, estamos anticipando e interpretando el futuro desde un "estar" (Befinden) de una determinada manera en nuestro pasado (ánimo, experiencias, memoria) y consumado el acto de encontrarme con los otros y de manejar las cosas en el presente. Este articularse pasado, presente y futuro en la vida humana sólo tiene sentido desde una asunción en plenitud de mi propia muerte. Es ese carácter efímero de mi existencia lo que paradójicamente le otorga su sentido. Si fuera inmortal (como lo ha demostrado Borges, 6), sería indiferente si hago algo hoy o en diez mil años más y como al mismo tiempo las posibilidades serían infinitas, yo podría ser todos los seres alguna vez y, por lo tanto, no sería nadie. Y sin embargo, el tiempo del amor contradice este principio universal de la transitoriedad. La misma Elizabeth Barret-Browning contrapone "el amor que dura y la vida que desaparece" (3), mientras Schiller en una carta a Lotte le dice (23):

"El sólo pensar que antes nos importábamos menos me atormenta, porque el amor ha de ver eternidad hacia atrás y hacia adelante"

Este mismo carácter eterno del amor humano lo encontramos en Goethe (12):

"Ay!, pero si en tiempos pasado

tienes que haber sido mi hermana o mi mujer”.

Este carácter intemporal del amor se ve corroborado tanto por la forma como los amantes vivencian (subjetivamente) el tiempo (“las horas se me hicieron minutos”) como por el hecho de no necesitar para permanecer ni gran repertorio de palabras ni de acciones. Al amor pertenece en cierto modo el silencio y la inmovilidad. Es conocida la escasez del lenguaje amoroso, así como esa capacidad de los amantes de prescindir de “entretenciones” o distracciones, porque, en rigor, se bastan el uno al otro y el tiempo puede transcurrir o girar o detenerse, mientras ellos se encuentran en otra dimensión, sin importarles lo que vaya sucediendo a su alrededor. Lo mismo vale para las largas esperas de una madre, mientras cuida a un hijo enfermo, noches de insomnio e inactividad que serían totalmente insoportables para alguien que no esté cogido por el amor, sea este Eros o Agape.

Al amor pertenece la duración, nadie puede estar amando con la sensación de que su sentimiento terminará mañana. Se ama “para siempre”. El que la realidad demuestre que los amores concretos pasan no afecta en absoluto al hecho que en su esencia misma el amor es eterno, se mueve al margen de la transitoriedad. La vida, en cambio, es efímera, sólo puede funcionar sobre la base del tiempo, de ese maravilloso engranaje de pasado-presente-futuro; pero aún así posee una cierta consistencia y durabilidad. Hay momentos tan intensos, que es como si el presente se estirara hacia adelante y hacia atrás, anticipando mucho futuro y reteniendo más del pasado lo que habitualmente se retiene. Es como si el tiempo se coagulara en un largo presente. Estos momentos especiales pueden tener una tonalidad positiva, como en una experiencia estética e incluso amorosa inicial, o negativa, como es el caso de la espera: cuán eternos son los

minutos de la espera, y más si lo esperado es al mismo tiempo temido. Pero en general, esa transitoriedad de la vida - que es una verdad incuestionable - es percibida sólo de tanto en tanto, cuando vemos una fotografía antigua, nos encontramos con un amigo que estuvo enfermo durante el largo intervalo y lo notamos muy envejecido, o cuando sentimos los límites que nos empieza a poner el cuerpo; también se nos presenta esa transitoriedad de todo lo que dice relación con la vida cuando constatamos cómo nos va invadiendo el olvido, después de una pérdida que en un comienzo nos pareció insuperable, o en esos momentos críticos de nuestra existencia, esos “kairos” que nos obligan a reflexionar sobre lo pasado y dirigir la mirada hacia adelante, hacia el límite de la muerte, para desde ahí reordenar los valores. Y entonces podemos comprobar cuánto hemos cambiado nosotros o los otros, cuántos seres que quisimos ya no están, esa perra que tanto nos alegraba al volver a casa en las tardes, comprendiéndonos con una sola mirada, o aquella profesora de música que nos enseñó la magia de las armonías, los sonidos de los instrumentos, el carácter sagrado del contrapunto!

¿Qué sucede en cambio con la conducta agresiva, con el tiempo que sustenta a la violencia y a la destrucción? La primera nota que distingue su temporalidad es su carácter **puntiforme**, su absoluta falta de durabilidad. Esto caracteriza tanto a los movimientos ligados al acto agresivo: bruscos, rápidos, imprevistos, irrepetibles - si los comparamos con esa cadenciosidad y lentitud de los movimientos amorosos, que ya en su misma circularidad preludian lo eterno - como a la vivencia subjetiva tanto del agresor como del agredido. Cuán difícil es recordar los detalles de aquel acto de violencia en el que me vi involucrado sin quererlo, cuando fui atacado y me defendí o huí. ¿Golpeé? O ¿me golpearon? ¿Cómo era el rostro de mi agresor?

En cambio, cómo podré olvidar el rostro de la mujer amada. El acto de violencia y destrucción lleva en sí mismo una dinámica de autoeliminación, de desaparecimiento. Es breve, brusco, interruptor del tiempo vivido y efímero como las tempestades tropicales, como los temblores, cuyo contrapunto sería el lento florecer de la primavera o la maduración de los frutos a finales del verano y comienzos del otoño. Las ejecuciones poseen también ese carácter mecánico, rápido y no por ello menos siniestro. La velocidad de la bala, el súbito desplomarse del herido, el cohete que llega a su destino a cumplir su misión de muerte antes que alcancemos a contar los segundos; pero también la flecha prehistórica, el mazazo del indio o la espada del conquistador español comparten con los ejemplos anteriores esa subitaneidad y extrema transitoriedad que acompañan al acto agresivo. En el acto violento se **suspende** la vida en todo el sentido de la palabra, de que se la arranca de su tiempo propio que es la maduración y la periodicidad y de que al hacerle éso, ella (la vida) por lo general se termina. Lo mismo puede observar al hacer la comparación entre la muerte natural y la muerte por accidente, donde, aunque no haya una intención de hacer daño al otro (que es lo que define a la agresividad) hay violencia y destrucción, como en el acto agresivo. En la muerte natural asistimos, en cierto modo, a un abrazo entre inmanencia y trascendencia, entre la vida y la muerte. El cuerpo se va transfigurando, haciendo más y más celestial y el cielo más y más terreno. La muerte por accidente, en cambio, posee una maquinabilidad y brusquedad que impide toda apertura hacia la dimensión trascendente, haciendo muy difícil a los deudos la tarea de encontrarle un sentido a lo ocurrido.

El segundo rasgo de la temporalidad de la agresión es su **fácil olvido**. Los amores no se olvidan jamás; ellos pueden perder actualidad, pero nunca desaparecen

del recuerdo. Un impresionante ejemplo de lo afirmado es la última novela de García Marquez "El amor en los tiempos del cólera" (11). Otros actos de amor como las fundaciones religiosas perduran de tal manera que su siempre renovada actualidad (pensemos en el sacrificio de la Misa) rompe con todas las leyes del tiempo del reloj. Nadie rememora ni ha ritualizado jamás un acto de pura violencia y destrucción. Aún en las conmemoraciones de batallas, se recuerda al "héroe", su vida, uno que otro acto legendario, pero jamás el hecho de haber dado muerte a tantas personas y menos aún los actos de violencia misma (flechazos, golpes de espada, disparos, etc.) que significaron la muerte del enemigo. Ya decíamos más arriba cómo en el acto violento se olvidaban los detalles, los rostros perdían su perfil hasta diluirse en lo anónimo. Esta tendencia a desaparecer, esta **infertilidad** fundamental de la violencia, se aprecia también en la forma cómo los sentimientos de odio tienen que ser alimentados siempre de nuevo, para que subsistan de alguna manera, mientrasa con el amor ocurre más bien lo contrario: cuánto cuesta olvidarlo, cuando la otra persona nos ha dejado por alguna razón ajena a nosotros, cuán poco necesita para subsistir en el recuerdo, en la nostalgia! "Un amor pleno, que haya nacido en la raíz de la persona, no puede verosímilmente morir; él va inserto por siempre en el alma sensible" (Ortega y Gasset, 20). En suma, a diferencia de la temporalidad del amor que es la eternidad y de la temporalidad de la vida en general que es un lento y rítmico tránsito desde el pasado hacia el futuro, en la agresión nos encontramos con una brusca interrupción del tiempo inmanente a la vida. El tiempo se hace puntiforme y tan efímero que la memoria no es capaz de retenerlo. Su extrema transitoriedad hace aún más dramática su falta de fecundidad total.

La **interpersonalidad** en el acto agresivo.

¿Cómo es la relación uno - con - otro

en la agresión?; ¿cómo es el vínculo entre víctima y victimario?; ¿entre agresor y agredido?; ¿entre torturador y torturado?; ¿entre el soldado invasor y el invadido? Ortega y Gasset (20) sostiene que el amor y el odio tienen varios momentos en común: ambos son centrífugos, son un ir virtual hacia el objeto amado u odiado y son ambos, a su vez, continuos; sólo que la intención con respecto al otro es distinta. "Amar es vivificación perenne, creación y conservación intencional de lo amado" (ob. cit., pág. 559), mientras odiar "es estar asesinando sin descanso, borrando de la existencia al ser que odiamos" (ob. cit. pág. 559). Esta observación de Ortega acerca de la intención respectiva del odio y el amor nos da una primera luz acerca de la interpersonalidad que caracteriza a las relaciones agresivas. En el amor el otro está siendo recreado, mientras en el odio está siendo destruido. Pero no siempre el amor es tan fecundo ni el odio tan destructor. Hay un rasgo aún más general del amor, que sí vale para todos los casos y que nos permite diferenciarlo de la conducta agresiva, que por lo demás no es idéntica al odio. El amor personaliza al ser amado, lo hace ser más sí mismo, más él, más persona. Yo sólo puedo estar enamorado de una persona concreta, a quien necesito y echo de menos, que me hace sufrir hasta el dolor cuando la pierdo, a ella, a Fulana de Tal y no a la amiga o a la vecina, porque el ser amado no es reemplazable ni intercambiable. La agresión, en cambio, despersonaliza, quita el carácter de persona única e irremplazable, pero al mismo tiempo anonimiza, colectiviza. Yo sólo puedo amar a María o a Rosa, pero sí puedo odiar y agredir a un grupo: a los comunistas, a los terroristas, a los judíos o a los alemanes. En ese impresionante enfrentamiento agresivo ocurrido en el año 1985 en Bélgica durante un partido de fútbol entre Italia e Inglaterra, en el cual resultaron varias personas muertas, se pudo ver en TV cómo los partidarios de un equipo agredían

a cualquiera de los partidarios del otro. Si uno escapaba o caía, venía el otro y a éste se le golpeaba con más ahinco aún, sin importar para nada quien fuera. La identidad del agredido tiende a ser anónima y mientras más anónima es, mayor es la cuantía de la agresión. Este fenómeno ha alcanzado dimensiones extremas en los dos lanzamientos de la Bomba Atómica, donde el piloto ni siquiera atacó a un regimiento o a un ejército japonés, sino al pueblo japonés en su totalidad y esto sin todavía acercarse a las respectivas ciudades que destruyera con la bomba. Podría establecerse, incluso, una regla semejante a la que rige para la agresividad territorial. Así como ésta aumenta en intensidad, cuanto más cerca del centro del territorio se produzca el encuentro entre invasor e invadido, así sucede con la agresividad humana que aumenta en intensidad (y por tanto en consecuencias fatales) mientras más anónimo, mientras más despersonalizado esté el enemigo, mientras la distancia o el adjetivo descalificador hagan más difícil aún la puesta en marcha de esos residuos que conservamos todavía de los mecanismos inhibitorios de la agresividad propios de los animales, como el ver directamente a la víctima en actitud de sumisión o el encontrarse con ella en cuanto Fulano de Tal y no en cuanto representante de un grupo, al que se le ha enseñado (al agresor) a odiar.

Ahora bien, la despersonalización que acompaña a la conducta agresiva humana, no sólo afecta a la víctima, al agredido, sino también al agresor, cuanto más que ambos roles se intercambian con facilidad, sobre todo en las acciones bélicas, donde combate un ejército contra otro. La progresiva uniformización de los soldados a lo largo de la historia es otro signo de esta anonimización del que adopta el rol de agresor. De los hermosos, variados y coloridos uniformes medioevales, que valían sólo para pequeños grupos, llegamos con toda una reglamentación por países en la

guerras napoleónicas, para terminar con la actual universalidad del uniforme, a lo que se han agregado las más diversas formas del camuflaje, la más grave de las cuales es la de pintarse el rostro, con el objeto de perder el último resto de identidad personal que iba quedando en estas instituciones, proclives a eludir la libertad personal, para poner al acento en la obediencia ciega, la piramidalidad del mando y la acción agresiva cada vez más impersonal. La capucha del verdugo, el disfraz del torturador o el pasamontañas del voyeur que termina en el crimen sexual, no son sino otras señales de esta pérdida de identidad personal que acompaña esencialmente al acto agresivo. Y con la despersonalización del victimario ocurre como con la de la víctima. A mayor anonimidad del agresor, mayor es su capacidad de crueldad y de destrucción.

No cabe otra explicación de la existencia todavía, en el actual nivel de desarrollo del hombre sobre la tierra, de prácticas tan abominables como la tortura, donde la víctima es todavía una persona individual, aunque le coloquen un uniforme con un número. Mucha gente se pregunta si los torturadores son enfermos mentales. Aunque no me ha tocado personalmente conocer a ninguno, podría afirmar con certeza que no lo son. Lo que sucede es que son educados para ello, a través de un proceso en el cual se les enseña a privar al presunto enemigo de la condición de par: el otro deja de ser una persona, un tú, para transformarse en un apelativo como "terrorista", "subversivo", "comunista", vale decir, un ser anónimo y peligroso, a quien se puede tratar atropellando el viejo y casi atávico principio de "no hacer al otro lo que no se quiere que hagan con uno". Y para ello ayuda mucho el ocultar la propia identidad: tú eres un número de una especie abominable, que nada tiene que ver conmigo y yo no soy Fulano de Tal, sino Zutano (nombre falso), miembro del comando tanto, donde no conozco la ver-

dadera identidad de nadie, y llevo un disfraz y vivo en otro lugar y tengo otra cédula de identidad, etc., etc. Círculos progresivos de pérdida de la identidad que van creando las condiciones necesarias para que surja esta conducta agresiva con toda su secuela de dolor e inhumanidad, conducta a la que **no tendemos por naturaleza**, pero que **sí tenemos como posibilidad**, como tributo de nuestra condición de seres libres. Somos el único animal que en condiciones naturales es capaz de hacer sufrir y aun de matar a sus congéneres, **pero no es necesario** que lo hagamos, como el animal depredador necesita matar a su presa para poder alimentarse y sobrevivir. Evitar, entonces, y por todos los medios, que surjan las condiciones que favorecen la presentación de la conducta agresiva en el hombre parece ser un imperativo moral universal, pero de particular importancia entre nosotros.

Caín, aprisionado entre la libertad del otro (en este caso de Dios) y la libertad personal, acostumbrado todavía a la naturalidad y espontaneidad de la vida instintiva, no supo elegir y mató a su hermano Abel, en lugar de haberse santificado con un acto de humildad hacia el Creador. Nuestra condición humana no ha cambiado en lo esencial desde entonces, pero el millón de años transcurridos desde el Homo Erectus hasta el actual estadio evolutivo del Homo Sapiens, debería servirnos al menos para saber que ni la ira ni la descalificación son buenos consejeros en la relación con el prójimo, porque favorecen la aparición de esa conducta destructiva innecesaria que es la agresividad. Y contra ella, la única receta es el amor, porque allí se supera la estrechez del espacio, la transitoriedad del tiempo y cada ser humano alcanza en su forma más acabada su condición de Tú, de persona y sólo entonces puede tener acceso a la verdadera libertad, a la misma que Caín ejerció tan erradamente, pero no por malo sino por ignorante, porque quizás nunca supo que

el presupuesto de la libertad propia es la libertad del otro y que si quería elegir, vale decir ser hombre y no animal, tenía que aceptar como legítimo el capricho divino de haber preferido a Abel.

#### RESUMEN.

Tanto etólogos como antropólogos discuten si la conducta agresiva en el hombre es instintiva, vale decir, necesaria y en cierto modo inevitable o es socialmente aprendida, la que se desencadena, no por desequilibrios internos, como los instintos, sino como respuesta a una situación determinada. Se resumen los argumentos de ambas posiciones, inclinándose el autor más bien por la segunda. Sin embargo, el hecho que la agresión no sea un instinto no resuelve el problema de la violencia entre los hombres. Esta contrasta notablemente con lo que sucede en el reino animal, donde la agresividad intraspecífica está inhibida en forma refleja. Ante esta aparente contradicción el autor se plantea: a) ¿cómo se explica la desaparición en el hombre de los mecanismos de inhibición refleja de la agresividad intraspecífica? y, b) ¿cuáles son los elementos o condiciones que favorecen la aparición de esta conducta en el hombre? La

primera pregunta cree el autor poder resolverla a través del análisis del relato mítico de Caín y Abel. En él aparece el primer crimen de la humanidad vinculado claramente a un acto de libertad divina (el de preferir a Abel) que rompe el carácter necesario y neutral de las leyes naturales, incluidos los instintos. La segunda pregunta se intenta responder a través de un análisis fenomenológico de la conducta agresiva humana. Así, descubrimos que su espacialidad corresponde a una versión extrema de la "lucha por el espacio vital", vale decir, justamente lo contrario que sucede en el amor; que su temporalidad es puntiforme e interruptora del movimiento madurativo de la existencia y sobre todo, efímera, contrastando con el carácter eterno del fenómeno amoroso. Por último, descubrimos que, mientras el amor personaliza y está creando permanentemente al otro, la violencia necesita despersonalizarlo para manifestarse, y así, el quitarle al otro la condición de par a través del adjetivo descalificador, del prejuicio, o más concretamente de la uniformización de su atuendo (la ropa del preso, el capuchón del condenado a muerte) parece ser un elemento determinante en el desencadenamiento de la violencia.

#### REFERENCIAS.

1. Ardrey, R. *The territorial imperative*, New York, Atheneum, 1966.
2. Barnett, R. G. *The roots of war*, Baltimore, Penguin Books, 1973.
3. Barret - Browning, E. Traducción libre de R. M. Rilke del soneto 41 del libro *Sonets of the Portuguese*, Frankfurt am Main, Editorial Insel (Colección Insel-Bücherei, núm. 253).
4. Binswanger, L. *Grundformen und Erkenntnis menschlichen Dasein*. München - Basel, Ernst Reinhardt Verlag, 1964.
5. Bollnow, O. F. *Mensch und Raum*, Stuttgart - Berlín - Köln - Mainz, Kohlhammer Verlag, 4, Auflage, 1980.
6. Borges, J. L. *El Aleph*, Buenos Aires, Emecé, 16a. Edición, 1972.
7. Brain, C. K. "An attempt to reconstruct the behaviour of Australopithecines", *Zoologica Africana*, 7, 379-401, 1972.
8. Dart, R. *Adventures with the missing link*, New York, Harper and Row, 1959.

9. Freud, S. **El malestar de la cultura**, Madrid, Alianza, 1973.
10. García Marquez, G. **El amor en los tiempos del cólera**, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1985.
11. Heidegger, M. **Sein und Zeit**, Tübingen, Max Niemeyer Verlag, 10a. Ed., 1963.
12. Jaspers, K. **Filosofía**, Madrid, Revista de Occidente. Traducción del alemán por Fernando Vela, 1958.
13. Lersch, Ph. **Estructura de la personalidad**, Barcelona, Scientia, 1966.
14. Lorenz, K. **Das sogenannte Böse**, Viena, Dr. G. Borotah-Schoeler Verlag, 1963.
15. Merleau - Ponty, M. **Phénoménologie de la perception**, París, Gallimard, 1945.
16. Montagu, A. **La agresividad humana**, Madrid, Alianza, 1976.
17. Ortega y Gasset, J. **Obras Completas**, Madrid, Revista de Occidente, 1964.
18. Rilke, R.M. **Obras**, Barcelona - Buenos Aires - México - Bogotá, Plaza y Janés Editores, 1967.
19. Rillaer, H. van, **La agresividad humana**, Barcelona, Herder, 1978, pág. 164 y ss.
20. Rostand, J. **El hombre**, Madrid, Alianza, 1966.
21. Schultz, A. "Comments on Mrs. Roper's Infrahuman killing", **Current Anthropology** 10, pág. 454, 1969.
22. Sommers, P. van, **Biología de la conducta**, México, Limusa, 1976, pág. 145.
23. Storr, A. **Human aggression**, New York, Atheneum, 1968.
24. Sewdenborg, Citado por Bollnow, O. F., en **Mensch und Raum**, Stuttgart - Berlín - Köln - Mainz, Kohlhammer Verlag, 4, Auflage, 1980.
25. Tinbergen, N. "War and peace in animals and men", **Science** 160, 1411-18, 1968.
26. Weizsaecker, V. von, **Des Gestaltkreis**, Stuttgart, Thieme, 1960.



**ASOCIACION NAC. DE MAGISTRADOS  
DEL PODER JUDICIAL DE CHILE**

---



# INSTITUTO DE ESTUDIOS JUDICIALES

---

## **DOCUMENTOS**

### **PROCEDIMIENTOS**

- La nulidad procesal en el juicio penal  
Julio E. Salas Vivaldi.
  
- Modificaciones introducidas por la Ley 18.857,  
en materia de prueba al Código de Procedimiento Penal  
Enrique Tapia Witting.

Colabora:

**CORPORACION  
DE PROMOCION  
UNIVERSITARIA**

## LA NULIDAD PROCESAL EN EL JUICIO PENAL(\*)

### ANALOGIAS Y DIFERENCIAS CON LA NULIDAD PROCESAL CIVIL

JULIO E. SALAS VIVALDI  
*PROF. DERECHO PROCESAL*  
*UNIVERSIDAD DE CONCEPCION*

**Introducción.**- El día 6 de diciembre de 1989 fue publicada en el Diario Oficial la Ley N° 18,857 que introdujo importantes modificaciones al Código de Procedimiento Penal. Entre ellas sobresale la normatividad que regula la nulidad procesal, que se contiene en el nuevo párrafo 4° del Título III del Libro I del referido cuerpo legal, artículos 68 a 73, ambos inclusive, bajo el epígrafe de "Nulidades Procesales".

Recordemos que con anterioridad a la Ley en referencia la institución que nos preocupa, tanto en el campo procesal civil como en el criminal, estaba sometida a reglamentación común fundamentalmente la del Título IX del Libro Primero del Código de Procedimiento Civil, dedicada a los incidentes aplicable al juicio penal por mandato del artículo 43 del de Procedimiento Penal.

El criterio unitario indicado ha sufrido, entonces, una notoria innovación con la dictación de la Ley N° 18.857 ya anotada. Ella se debe, creemos, a las diferencias que presentan el proceso penal y el civil, los que, si bien persiguen un propósito superior común, esto es permitir

el ejercicio por parte de los órganos pertinentes del Estado -los tribunales- de la función jurisdiccional, destinada, según el decir del constituyente, a conocer las causas civiles y criminales, resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado, están regidos por particulares normas de procedimiento que les dan una propia individualidad.

Basta tener en consideración solamente para justificar la afirmación que precede que mientras el proceso civil está inspirado en el interés particular que tiene su origen en una relación jurídica de Derecho Privado, en el proceso penal prima el interés público y afecta a una relación de igual carácter. Ello determina que en el primero el impulso de su progresivo y correcto curso depende de manera primordial de los litigantes, mientras que en el segundo del juez, manifestaciones elocuentes de sistemas de enjuiciamiento distintos: el dispositivo y el inquisitivo.

No obstante lo dicho, nadie desconoce que ambos tipos de procesos que, como se advirtió, coinciden en sus propósitos superiores de permitir la sustanciación de los litigios frente al Estado, se desarrollan a través de un conjunto de actos sucesivos que descansan unos en otros, a través de los cuales las partes plantean y demuestran sus pretensiones y el juez decide respecto de la legitimidad de las mismas.

Este conjunto de actos y actuaciones, sea que las ejecuten las partes o el juez, están regulados por la ley y resulta eviden-

(\*) Trabajo publicado en el N° 186 de la Revista de Derecho de la Universidad de Concepción y en separata de la misma Revista.

te que para que el proceso que los cobija sea el adecuado medio para pedir y otorgar justicia, deben realizarse de la manera como aquella lo dispone. Si así no sucede el proceso pierde la condición de instrumento propicio para una justa y legal sentencia.

Los actos irregularmente realizados, en general, no podrán producir de manera idónea los efectos que la ley asigna a los que han sido ejecutados en forma correcta, por lo que habrá que restarles valor dentro del proceso, destruirlos o corregirlos, lo que se obtiene mediante la nulidad procesal.

Podemos definir la nulidad procesal, tanto en el campo civil como penal, como la sanción mediante la cual se priva a un acto o actuación del proceso o a todo él de sus efectos normales previstos por la ley, cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescritas por aquélla.

Su finalidad, entonces, es restarle valor a la actuación viciada, destruirla, tenerla como no sucedida, en atención a que ha dejado de constituir el medio idóneo para cumplir la finalidad que dentro del proceso le ha asignado el legislador.

Su fundamento radica en proteger el ordenamiento jurídico que rige el proceso -sea civil o penal- lo que no sólo interesa a los litigantes, sino también a la sociedad que descansa y está estructurada por ese ordenamiento jurídico que ella misma se ha dado.

Aún más, a través de la sanción de anular las actuaciones del proceso realizadas con desviación de las normas legales pertinentes, castigo que puede llevar a la ineficacia de todo él, se está protegiendo la garantía constitucional llamada del debido proceso, sancionada en el numerando tercero del artículo 19 de la Carta

Fundamental, que a la letra promete que: "Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado". Derecho éste que reitera el nuevo artículo 42 del Código de Procedimiento Penal, específicamente respecto de la declaración de culpabilidad criminal de las personas.<sup>1</sup>

**Normas aplicables a la Nulidad Procesal en el juicio penal.**- Hemos expresado que la Ley Nº 18.857 ha introducido un nuevo párrafo -el cuarto- al Título III del Libro Primero del Código de Procedimiento Penal, destinado precisamente a reglamentar la institución materia de estas explicaciones. Este párrafo comprende desde el artículo 68 al 73, inclusive.

Sin embargo, no son las señaladas las únicas normas destinadas a regir la nulidad procesal en el campo penal, aunque sí las primarias. En efecto, el artículo 68 - que sirve de portada al nuevo párrafo- se encarga de señalar textualmente que: "Regirán las disposiciones relativas a nulidades procesales contenidas en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto puedan aplicarse al juicio penal y no fueren contrarias a las que se prescriben en este párrafo".

Conforme a lo anterior, entonces, y como se dijo, deberá primero aplicarse en materia de ineficacia de actos irregulares del proceso penal las reglas que específicamente se prescriben en el mencionado Párrafo 4º, las que serán materia de las explicaciones que siguen.

Además de tales reglas y en carácter de supletoria, tendrá vigencia la normatividad relativa a la nulidad procesal contenida en el Código de Procedimiento Civil,

(1) Sobre la nulidad procesal puede verse nuestra obra: "Los Incidentes y en especial el de Nulidad Procesal", 4a. edición. Editorial Jurídica de Chile, 1989.

específicamente las del Título IX de su Libro Primero, a la que ya nos llevaba el artículo 43 del de Procedimiento Penal desde antes de la Ley N° 18.857. Pero, además, regirán cualquiera otra disposición relativa a la nulidad, como, por ejemplo, los artículos 79, 80, 46, 50, etc., siempre que reúnan las condiciones que se indicarán.

La aplicación secundaria de los preceptos procesales civiles sólo es posible, según el artículo 68, si se reúnen estos dos requisitos:

a) que no sean contrarios a lo que prescriban las reglas especiales del Código de Procedimiento Penal ya mencionadas. Esta contradicción existe, por ejemplo, entre el artículo 55 del Código de Procedimiento Civil y la situación prevista para el reo preso en el artículo 73 del de Procedimiento Penal. Y b) que por su naturaleza puedan aplicarse al juicio penal.

Creemos que ambas exigencias son copulativas. Así, aunque una norma procesal civil no contradiga expresamente las particulares del Código de Procedimiento Penal sobre nulidad, no tendrá vigencia en el proceso de ese tipo si de alguna manera aparece estar fuera del contexto de las características esenciales de éste, determinadas por sus fines inmediatos.

Otro ejemplo nos aclarará la aseveración formulada. En materia civil expresamente es causal de nulidad -en cualquiera circunstancia- la incompetencia absoluta del tribunal que realiza el acto o conoce del proceso. Lo dice así de manera categórica el inciso segundo del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, después de la reforma de la Ley N° 18.705. A su vez, el Párrafo 4° del Título III del Libro Primero del de Procedimiento Penal no lo desmiente ni dice lo contrario, por lo que se daría la condición de vigencia que hemos señalado en la letra a).

Pero, si nos adentramos en este último Código nos encontraremos con el artículo 6° que permite realizar gestiones válidas en el proceso cuyo conocimiento corresponde a un juez de letras en lo criminal, a uno de la Justicia Militar o de Policía Local, esto es de índole especial, cuyas competencias se circunscribe a otras materias. El artículo 48 refuerza lo dicho y con mayor razón el artículo 481 en relación con la actuación tan trascendente como lo es la confesión del inculcado. Por supuesto que si el fenómeno descrito ocurre respecto de un juez de letras en lo civil rige en plenitud la norma del artículo 83.

Podemos dar otros ejemplos que confirman nuestro juicio en orden al carácter copulativo de las exigencias comentadas, las que omitiremos en consideración a la paciencia del lector.

Lo dicho respecto de las normas que rigen la nulidad en el proceso penal vale también, en general, para los aspectos civiles en él involucrados, como sucede con lo relativo a las prestaciones pecuniarias originadas en los hechos delictuales. En efecto, el artículo 10 en su inciso segundo se encarga de precisar que: "En el proceso penal podrán deducirse también, con arreglo a las prescripciones de este Código, las acciones civiles..." quedando incluidas en esas prescripciones, naturalmente, las relativas a la nulidad de los actos propios de esas acciones.

Además, cuando el legislador ha querido regir por reglas de carácter civil estas cuestiones, excluyéndolas de las inherentes al proceso penal, lo ha dicho expresamente. Así ocurre en los artículos 399, 428, 488 bis, 527 bis, 541, inciso final, 546, etc.

**ACTOS PROCESALES ANULABLES POR INICIATIVA DE PARTE.**- La Ley N° 18.857 adopta un criterio más restric-

tivo que el Código de Procedimiento Civil - antes y después de su reforma por la Ley N° 18.705 - para señalar en qué condiciones un acto del proceso penal es susceptible de ser invalidado por defectos en su ejecución, a petición de parte. Más adelante nos referiremos a la actividad oficiosa del tribunal en igual sentido.

En efecto, recordemos que el artículo 84 del Código mencionado, junto con advertir que la nulidad procesal podrá ser declarada de oficio o a petición de parte en los casos en que la ley expresamente lo disponga, agrega que, además, ello podrá suceder en "todos aquellos en que exista un vicio que irroque a alguna de las partes en perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad".

Como puede notarse, el legislador procesal civil adopta primero el llamado principio de la "especificidad" de la nulidad procesal al prescribir que ella sólo recaerá respecto de aquellas actuaciones que se encuentren en las situaciones que él taxativamente contempla. Dicho de otra manera, en los casos que de manera específica lo ordena.

Pero, luego de tan tajante y estricta declaración, el mismo precepto deja abierta liberalmente la posibilidad de que la sanción de nulidad -no obstante su carácter punitivo - pueda aplicarse a cualquier acto del proceso civil que se vea afectado por alguna irregularidad, sin mencionar a aquél ni a ésta, con la sola limitación de la concurrencia de un perjuicio sólo reparable con la nulidad. Es decir, da ahora a la institución un carácter genérico, puesto que basta un apartamiento y desviación graves de las normas legales que rigen un acto judicial para que se haga merecedor de la sanción, sin que requiera de una expresa manifestación legislativa que la contemple ante una determinada irregularidad y actuación.

Hecha la aclaración anterior, examinaremos la situación de la nulidad en el curso del proceso penal. Prevenimos que en este caso el legislador adopta un criterio más estricto. Trataremos de demostrarlo.

Empecemos diciendo que el artículo 69 del Código de Procedimiento Penal parte advirtiendo que "sólo pueden anularse los actos procesales cuando la violación de las normas que los establecen esté sancionada con la nulidad...". Sigue, entonces, una orientación rígida similar a la del Código de Procedimiento Civil manifestada en la primera parte de su artículo 83 ya analizada. En otras palabras, hade suyo el principio de la especificidad de la nulidad procesal la que, constituyendo una sanción, es de derecho estricto, por lo que sólo la habrá en las situaciones taxativamente señaladas por la ley, las que para contarlas -forzoso resulta decirlo- sobran los dedos de una mano. Un caso lo contempla en artículo 442 del Código respectivo, que en el curso de estas explicaciones se detallará.

Sin embargo, el legislador hace más flexible el criterio anotado en el inciso segundo del mencionado artículo 69 al prescribir de una manera mucho más general que se entiende siempre establecido bajo sanción implícita de nulidad el cumplimiento de las disposiciones concernientes a dos tipos de actuaciones, a saber:

- a) la intervención del Ministerio Público en los actos en que ella es obligatoria; y
- b) la intervención, patrocinio y representación del reo, en los casos y formas establecidas por la ley.

Puede advertirse que ahora el legislador utiliza, aunque relativamente, el principio de la generalidad de la nulidad a que aludíamos cuando nos referíamos a su tratamiento en el Código de Procedimien-

to Civil. Ya no exige que la ley imponga expresamente el castigo de la ineficacia a un acto determinado, bastándole que la irregularidad que le afecte incida en algunos de los aspectos señalados: las intervenciones ya referidas del Ministerio Público y del reo, su patrocinio y representación. Los derechos en este sentido de las demás partes del juicio, al parecer, no merecen igual protección. Examinaremos un caso tomado entre varios.

El artículo 112 obliga al juez en los casos en que el delito haya dejado rastros o señales a practicar inspección personal con el fin que allí se señala. A su vez, el artículo 120 también obliga -salvo que el éxito de la investigación aconsejare omitirlo- citar a su práctica al querellante y al reo. Si así fue dispuesto y por error no se notifica a este último, la diligencia efectuada sin su presencia podría ser anulable, puesto que estaríamos ante una situación de incumplimiento de las disposiciones concernientes "a la intervención del reo, en los casos y formas establecidos por la ley", empleando la misma terminología del inciso final del artículo 69. En cambio, si lo dicho sucede respecto del querellante, la misma diligencia no sería susceptible de sancionársele con su ineficacia, puesto que no está mencionado en esa disposición.

Lo dicho da lugar, evidentemente, a una desigualdad que podría vulnerar la garantía pertinente del N° 2 del art. 19 de la Carta Fundamental. Imaginémoslo que, infringiendo los artículos 425 y 432 bis del Código de Procedimiento Penal, se da traslado de manera anormal, por defectos en la respectiva notificación, de la acusación del juez al querellante y no adhiriéndose a ella ni formulando una propia por la razón indicada, se tiene por abandonada su acción. Si aplicamos lo dicho anteriormente, no cabría anular la notificación defectuosa porque tal sanción no está establecida en la ley y no se refiere

al reo y al Ministerio Público ni se trata de un trámite calificado por ella de esencial, como se verá. No quedaría otra solución que recurrir más tarde a la casación en la forma, con el consiguiente tiempo perdido.

Naturalmente que lo dicho repugna la más elemental idea de justicia. ¿Cómo evitarlo? Creemos que podría recurrirse a la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil, especialmente su art. 83 que habilita sin limitaciones invalidar aquellos actos afectados por "un vicio que irroque a alguna de las partes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad". A dicha disposición nos puede llevar la remisión permitida en el art. 68.

Otra solución podría ser -sin salir del Código de Procedimiento Penal- la de atribuir a las situaciones descritas como causales del recurso de casación en la forma en los numerandos 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de su artículo 541 la condición de casos en que la ley establece la sanción de nulidad, de manera que ésta podría también hacerse valer incidentalmente durante el curso del proceso. Justifica esta tesis la circunstancia de que en el artículo 544 se les califica de "causales de nulidad" y en el 545 como motivos que causan "la nulidad". En sentido contrario podría argumentarse que las indicadas situaciones sólo constituyen motivos de casación de la sentencia, recurso que se hará valer en las oportunidades señaladas en la ley. Además, en el numerando 12º del artículo 541 se distingue entre las causales de ese medio de impugnación y los casos de declaración expresa de nulidad de otros actos del proceso.

Pero no hemos agotado el estudio del artículo 69. Continúa prescribiendo que, fuera de los casos anteriores, es decir, cuando la ley lo prescribe y se trata de la intervención del reo, su patrocinante o su mandatario y del Ministerio Público,

podrá anularse también una actuación viciada si se trata de "un acto o trámite declarado esencial por la ley". Dicho de otra manera, es menester que la irregularidad incida en una diligencia elevada a la indicada categoría de esencial.

Surge de inmediato la interrogante: ¿cuáles son estos actos tan relevantes durante la sustanciación del proceso penal? ¿Lo son, como se dice en el campo procesal civil, aquellos indispensables en todo proceso, esto es los llamados presupuestos procesales, o sólo a los que la propia ley les da ese carácter?

El criterio restrictivo del legislador, manifestado en la redacción del precepto motivo de este comentario, nos hace concluir que tienen esa categoría sólo los así declarados por el mismo. Es decir, para tener tal calidad debe mediar un explícito mandato de la ley. No otro alcance puede atribuirse a la expresión "acto o trámite declarado esencial por la ley". Y, aunque escasos, los hay, como lo demuestra el nuevo inciso agregado al artículo 448 que da tal carácter a la contestación de la acusación formulada al reo. Así, si se le notifica defectuosamente ésta, cabría la consecuente nulidad sin necesidad que la ley la prescribiera expresamente.

Reiteremos, con el peligro de cansar al lector, según el criterio que hemos denominado restrictivo, no basta que un acto sea importante para la vida del proceso, como lo son los llamados presupuestos procesales, es menester, además, la expresa declaración en ese sentido por el legislador. Sólo así la irregularidad que les afecte dará lugar a su nulidad. No debe olvidarse que el artículo 69 nos habla de acto o trámite "declarado esencial por la ley", como ya se recordó.

La afirmación precedente nos ocasiona una inquietud que traspasamos al lector. ¿Podría atribuirse el carácter de esen-

cial a alguno de los actos mencionados en el artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, cuya omisión o ejecución defectuosa constituye -según se dijo- causal de casación en la forma, como lo son, por ejemplo, el emplazamiento de alguna de las partes, no sólo del reo, la recepción de la causa a prueba, etc.?

La respuesta es trascendente. En efecto, si se los estima esenciales podría imputarse la respectiva nulidad incidentalmente una vez producida la correspondiente irregularidad. En caso contrario, sólo podrá utilizarse la casación una vez, naturalmente, dictada la sentencia definitiva.

En apoyo a la tesis que los trámites mencionados deben considerarse esenciales estaría la circunstancia de dar lugar, si se omiten o realizan imperfectamente, a invalidación -léase nulidad- de lo obrado por la vía de la casación, lo que demuestra lo imprescindible de su presencia en el proceso.

La opinión contraria, a su vez, podría sustentarse en el hecho que el Código en el artículo 541 no le atribuye a tales trámites la naturaleza expresa de esenciales como lo exige perentoriamente el artículo 69. Ello demuestra un criterio diferente al del Código de Procedimiento Civil que en el artículo 795 sí le asigna tal calidad a los actos que allí indica y que son similares a los anteriores, disparidad que movería a sostener que los respectivos legisladores no le otorgan igual gravitación para la substanciación del juicio.

Podría replicarse recurriéndose a una argumentación quizás un tanto rebuscada, diciendo que, si bien el artículo 795 del Código de Procedimiento Civil no tiene aplicación en materia de casación penal ante la reglamentación especial que a ella da, en cuanto a sus causales, el artículo 541 del de Procedimiento Penal, sí

tendría vigencia respecto de la nulidad en general que se invoca incidentalmente, en virtud de la remisión que a las normas procesales civiles hace el artículo 68 del último cuerpo legal, según ya se vio.

Lo dicho lo es para la única y primera instancia, puesto que respecto de la segunda sí tiene ingerencia en el campo penal el artículo 800 del Código de Procedimiento Civil, por disponerlo el artículo 535 que da aplicación al párrafo 4º del título XIX de ese cuerpo legal, en el que se ubica aquel precepto. Y él sí atribuye la condición de esencial en el segundo grado jurisdiccional a los trámites que allí se señalan, que, en consecuencia, también lo serán en el proceso criminal.

Volviendo al artículo 69 del Código de Procedimiento Penal, su tenor literal resulta tan restringido respecto de los casos en que es posible anular un acto del proceso que nos resistimos a aceptarlo. Recuérdese que ello sólo es posible, conforme a su letra, si la violación de las normas que lo establece está sancionada con nulidad o se refiera a uno declarado esencial por la ley, dando especial importancia al reo y al Ministerio Público.

Esta inquietud nos llevó a examinar, en lo que es posible, la historia del establecimiento de la Ley N° 18.857. Pudimos percibir que en el informe de la Comisión Conjunta encargada de estudiar el respectivo proyecto, dirigido a la H. Junta de Gobierno de la época, el 14 de septiembre de 1989, se dice que, en general, las legislaciones modernas declaran anulables aquellos actos en que no se han observado las disposiciones prescritas por la ley y que para tal fin se establecen simultáneamente dos parámetros: a) la sola determinación de los requisitos de carácter esencial del trámite; y b) la fijación de los casos en que la violación de los mismos lleva aparejada nulidad.

En la primera situación, se dice, estamos en presencia de una determinación implícita de nulidad si dichos requisitos estimados esenciales se omiten o cumplen imperfectamente. En la segunda ante una declaración explícita de dicha sanción.

En cuanto al primer caso -la determinación implícita de nulidad- se producirá, por ejemplo, si la ley exige un presupuesto al acto sin el cual éste no puede realizarse o no producirá efecto alguno, o dispone la inadmisibilidad de algún trámite, etc.

Dicho de otra manera -creemos- lo que la Comisión exige es el cumplimiento de los "requisitos esenciales" de un trámite, bajo la sanción tácita de nulidad si se omiten o verifican irregularmente, sin requerirse el carácter esencial del acto mismo.

No es igual referirse a algún "requisito esencial de un acto" que a un "acto esencial" en sí, como lo consiguió el artículo 69, lo que motiva la restricción de anulabilidad que criticamos, apartándose del criterio más amplio de la Comisión.

Señalemos algunos ejemplos que podrían clarificar la disparidad anotada. El artículo 117 del Código de Procedimiento Penal consigna los requisitos generales o comunes de las diligencias judiciales y exige que en la constancia que de ellas debe dejarse en el proceso se mencionen los datos que allí señala, lo que permitirá acreditar que se han cumplido "las formas esenciales del procedimiento". Fácil resulta concluir que, conforme al criterio de la Comisión, si se han omitido el acto pertinente quedará en condición de anularse, aunque el legislador no le dé la categoría de esencial. Sin embargo, para éste no por no atribuirle dicha condición.

A su vez, el artículo 452 advierte que "no se llevará a efecto ninguna diligencia probatoria- se refiere al plenario- "si no

está ordenada por decreto judicial notificado a las partes". Obviamente que si así no sucede la probanza rendida será ineficaz, según la Comisión, más no para el legislador que requiere - se dijo- la calidad de esencial del acto.

En ambos ejemplos estamos en presencia de "requisitos esenciales" de un acto y no de un "acto declarado esencial por la ley", como lo requiere el citado artículo 69.

En conclusión, al parecer, contrariando la opinión de la Comisión, se cambió en lo que llegó a ser el texto definitivo de la disposición señalada por la frase "requisito declarado esencial" por "acto o trámite declarado esencial por la ley", restringiéndose excesivamente los casos de anulabilidad de una diligencia del proceso, a petición de las partes.

Sin embargo, esta restricción se ve compensada con la amplia facultad del juez para disponer de oficio la ineficacia de los actos irregulares, según trataremos de demostrarlo más adelante.

Para concluir y como norma de aplicación general a todos los casos en que la ley hace procedente la sanción de nulidad de un acto del proceso, adelantemos que es menester, de manera imprescindible, que el vicio o la irregularidad que le afecta sea trascendente para satisfacer los fines que está llamado a cumplir. De esto nos preocuparemos en las líneas que siguen.

**Trascendencia de la irregularidad que afecta al acto procesal como requisito de la declaración de su nulidad.**- Tal como adelantó, no basta para declarar nula una actuación del proceso que ella se encuentre en alguna de las situaciones descritas en el artículo 69 ya analizado. En efecto, el artículo 71 bis del Código dispone, además, que las nulidades quedan saneadas si "no obstante el vicio de que adolez-

ca el acto, éste haya conseguido su fin respecto de todos los interesados".

Contempla así - a nuestro juicio - el legislador expresamente el principio denominado de la trascendencia de la nulidad procesal. Puede él enunciarse de la siguiente forma: procede la nulidad de un acto del proceso cuando la irregularidad que le sirve de antecedente corrompe su sustancia y le impide cumplir el fin para que fue establecido en la ley.

Conviene hacer presente que antes de la Ley Nº 18.705 que modificó el Código de Procedimiento Civil, algunos opinaban que era posible solicitar y obtener la declaración de ineficacia de una actuación procesal en todos los casos de haberse incurrido en defectos formales que de alguna manera signifiquen una desviación de la norma de procedimiento que la rige aunque ella no sea grave. Este criterio tan liberal no fue aceptado por la jurisprudencia, la que, cada vez con mayor insistencia, reservó la aplicación de la nulidad sólo a aquellos actos cuya irregularidad es de tal magnitud que le impide cumplir los fines para los cuales fue establecido en el proceso.

Seguramente por lo dicho, primero la mencionada Ley Nº 18.705 fue sensible frente al criterio jurisprudencial e incorporó el principio de la trascendencia que nos preocupa derechamente al Código de Procedimiento Civil, señalando en el artículo 83 que la nulidad procesal podrá declararse respecto de todos aquellos actos "en que exista un vicio que irroque a alguna de las partes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad".

La Ley Nº 18.857 -nos parece- mantiene el criterio señalado para los actos propios del desarrollo del juicio penal. Para demostrarlo basta reiterar que en el artículo 71 bis del Código, como ya se dijo, prohíbe declarar nulo a aquellos

que, no obstante los vicios de que adolecen, consiguen el fin previsto respecto de todos los interesados. Sólo en el evento que el daño que presenta la actuación sea de la magnitud de herirle tan profundamente de dejarle inútil para satisfacer los propósitos que justifican su existencia, será lícito pedir y obtener la ineficacia de ella.

**Titular del derecho a impetrar la nulidad procesal.**- Empecemos diciendo, a modo de introducción, que la nulidad procesal como la civil no produce efectos de pleno derecho. Debe ser declarada por el juez y mientras ello no ocurra al acto irregularmente ejecutado se le atribuirán todos los efectos señalados por la ley y queda saneado definitivamente una vez terminado el pleito. Ello quiere decir que siempre debe mediar una decisión judicial de nulidad, provocada por las partes la mayoría de las veces, o de propia iniciativa del tribunal en otras. Mientras ello no ocurra el acto irregular producirá, no obstante su ineptitud, las consecuencias previstas por la ley para uno normal, con los consiguientes perjuicios para las partes.

Lo dicho, antes de las leyes Nº 18.705 y 18.857, emanaba de los principios generales de derecho y especialmente de las normas que gobiernan la nulidad en el Código Civil. Los redactores de la ley primera indicada creyeron necesario dejar expresamente constancia de lo expuesto y lo hicieron en el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil que se refiere reiteradamente a "la declaración de nulidad".

La Ley Nº 18.857 siguió igual criterio como se comprueba de la lectura de los artículos 72 y 73 del Código de Procedimiento Penal, lo que nos ahorra mayores comentarios.

Lo expuesto recuerda que en doctrina se distingue entre actos inexistentes y

actos nulos. Entendemos por los primeros aquellos que carecen de las condiciones indispensables para ser concebidos, los que son meros hechos, o, en fin, como dice Laurent, los que no existen a los ojos de la ley. Los segundos, por su parte, si bien han sido realizados imperfectamente, las irregularidades de que adolecen no los privan de su carácter de actos jurídicos, pero impiden que puedan producir los efectos normales señalados por la ley.

Inexistente sería, por ejemplo, una pseudo sentencia que carece de la firma del juez o corresponde a un magistrado que no la dictó, o una aparente notificación practicada por una persona que no es ministro de fe y que no está autorizada para hacerla.

En doctrina las diligencias así ejecutadas no necesitan de una declaración de ineficacia, pues la inexistencia, a diferencia de la nulidad, opera de pleno derecho. Pero, sabemos que nuestros tribunales son reacios a distinguir entre ambas instituciones jurídicas, especialmente, porque, a más de ser sutil la diferencia entre ellas, sus efectos son prácticamente los mismos.

En atención a lo anterior, entonces, y mientras no se abra campo en la jurisprudencia a la teoría de la inexistencia, creemos que, confundida con la nulidad, debe ser declarada por decisión judicial. Un fallo es elocuente sobre la materia. La Corte Suprema ha dispuesto que si el comparendo no fue autorizado por el secretario del tribunal, como era de rigor, y siendo ello así, es nulo, sin valor alguno y aún inexistente ante la ley procesal, a virtud de que el artículo 61 del Código de Procedimiento Civil preceptúa que la autorización del funcionario a quien corresponde dar fe del acto, es esencial para la validez de la actuación. (Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LV, 2a. parte, Secc. 1a., pág. 2). Id. Tomo LXVI, 2a. parte, Secc. 1a., pág. 56.)

No obstante lo dicho, estimamos que el Código contiene ciertas manifestaciones de inexistencia, la que no requiere de declaración expresa, sino de una simple constatación del tribunal de la omisión de las más elementales condiciones del acto. Así ocurre, según nuestro parecer, en el artículo 102 bis que autoriza al juez para no dar curso como tal a la querrela en que se pretenda perseguir un delito de acción pública, por defectos de forma al interponerla, considerándola simplemente una denuncia y ni siquiera este carácter en los delitos de acción privada. Se limitará a comprobar la inexistencia de la aparente querrela e impedirá atribuir a su autor de la calidad de parte en el respectivo proceso. Es una situación parecida a la establecida para la demanda civil en los artículos 256, 441 y 523 del Código correspondiente.

Precisando lo anterior, cabe señalar que la declaración de nulidad de un acto procesal debe provenir de alguna de estas dos fuentes: la alegación de las partes o de la actividad oficiosa del tribunal.

Ocupémonos de la primera en el texto del Código de Procedimiento Penal, después de su reforma por la Ley Nº 18.857. El sujeto activo de la solicitud de nulidad debe reunir indispensablemente tres requisitos: a) parte del respectivo proceso; b) agraviado con la irregularidad del acto; y c) no causante de ella. Así lo disponen los artículos 70, 71 y 71 bis, como trataremos de explicarlo.

La primera condición está expresamente consignada en los preceptos aludidos, los que reiteradamente se refieren a las partes como solicitantes de la nulidad. Ninguna duda existe que tal denominación comprende al querellante, al Ministerio Público (lo dice expresamente el inciso final del artículo 70) y naturalmente al reo. Igual ocurre con el actor civil desde su aparición en el sumario,

conforme a los artículos 103 bis y 425 que le permiten actuar en esa etapa procesal y con mayor razón en el plenario, según los artículos 428 y 431. Lo dicho debe extenderse al responsable pecuniario del hecho delictual, sea personal o tercero civilmente responsable del mismo, en la forma prevista en los artículos 104 y 398, desde la interposición de la respectiva acción en su contra.

Hemos dejado deliberadamente fuera del análisis anterior al inculpado, vale decir el imputado no declarado reo. Creemos que también es titular del derecho a invocar la nulidad de actos del respectivo proceso, no obstante que no queda comprendido técnicamente en la expresión "parte" que emplean los artículos 70, 71 y 71 bis, según se dijo.

Nos basamos, aparte de una elemental razón de justicia derivada de la igualdad que debe existir en el tratamiento de quienes intervienen en el debate judicial, en las amplias facultades que para actuar en el proceso confiere al inculpado el artículo 67. Si bien la de solicitar nulidades no aparece allí expresamente mencionada, queda involucrada tácitamente en los derechos que se le confieren en apoyo de su defensa, hasta la terminación del proceso. Estos derechos no son taxativos, pues la ley señala que "especialmente" podrá ejercer los que allí se señalan.

Así lo entiende Fernando de la Rúa cuando nos dice, según la Enciclopedia Jurídica Omega, que "la condición de imputado, concebida como garantía de defensa, permitirá a quien la tenga el ejercicio de sus derechos y la consecuente propugnación de nulidad de lo actuado".

Pero, como se dijo, no basta ser parte o inculpado en el proceso para invocar nulidades. El artículo 70 requiere, además, ser agraviado con la irregularidad que afecta al acto en que ellos inciden.

Lo dice de una manera negativa al señalar que no puede pedir la nulidad procesal la parte a quien no le afecte.

Más explícita es la Ley Nº 18.705 que para la nulidad civil en el Código pertinente exige en el artículo 83 la existencia de "un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad".

Lo cierto es que esta exigencia no constituye ninguna novedad en materia procesal, ya que es un principio que nadie desconoce que sólo están legitimados para formular peticiones los que tengan interés en sus resultados, evitar en el caso de la nulidad los perjuicios que le produce el acto irregularmente ejecutado. Sirva como complemento todo lo dicho a propósito de la trascendencia del vicio en que se ha incurrido.

Finalmente, se pone como condición al peticionario de la nulidad no ser causante de la anormalidad que presenta la actuación. Así lo requiere el artículo 70 que en su inciso primero nos dice que: "No puede pedir la nulidad la parte que sea causante del vicio".

Recordemos que igual criterio sigue el Código de Procedimiento Civil, aunque de una manera más rebuscada que ha dado lugar a dudas, al decir en el artículo 83 que: "La parte que ha originado el vicio o concurrido a su materialización... no podrá demandar la nulidad".

Así, entonces, está imposibilitado de alegar la sanción mencionada quien haya dado lugar a la anormalidad, pues nadie puede valerse de sus propios errores o dolo. Surge esta prohibición del principio denominado "nemo auditor..." de general aplicación en el campo jurídico. La doctrina y la jurisprudencia siempre lo reconocieron en el ámbito procesal, como sanción a la mala fe del litigante inescrupuloso y a la negligencia del

inepto. Así, por ejemplo, no se aceptó la solicitud de nulidad de la declaración de un testigo formulada por la misma parte que lo presentó, basado en que al confeccionar la nómina correspondiente incurrió en errores de individualización, petición que hizo una vez que se percata que sus dichos les son desfavorables.

La Ley Nº 18.857 no hace otra cosa, entonces, que acentuar lo expresado al prohibir en la disposición aludida pedir la ineficacia de un acto del proceso a "la parte que ha originado el vicio", empleando la terminología del artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, pero, creemos, comprendiendo también al que ha concurrido a su materialización.

**Subsanación del acto irregular.**- Hemos analizado ya cuales actos son susceptibles de ser anulados por irregularidades cometidas en su realización, y las condiciones que debe cumplir quien invoca la sanción consecuente de ineficacia. No obstante, estudiaremos a continuación ciertas situaciones en que aun cuando se dan las circunstancias señaladas, no es procedente la aplicación de dicha sanción.

Si bien los actos viciados son susceptibles de ser anulados con el fin de impedir que den lugar de una manera impropia a las consecuencias jurídicas de los normalmente verificados, los ordenamientos positivos, nos dice Vescovi en las páginas 302 y siguientes de su Teoría General del Proceso, contemplan normas relativas a la subsanación de las irregularidades en que incurren sin llegar a la declaración de la respectiva nulidad. Sucede así por varios motivos: por no reclamarse dentro de determinados plazos la correspondiente invalidación; porque, como se dijo no obstante el vicio en que incurre, la actuación logra cumplir los fines previstos por el legislador; porque antes que se declare la ineficacia ella se le repite correctamente o se le perfecciona; porque el perjudicado

la ratifica; porque, en fin, el proceso, aunque viciado, ha llegado a su término, etc. Expresado de otra forma, el acto irregular ha quedado convalidado.

Si la anulabilidad de un acto procesal se traduce en su invalidación, es evidente -explica Carnelutti- que a la operación a que se da el nombre de convalidación elimina tal anulabilidad. En realidad, agrega, la convalidación excluye lógicamente la invalidación.

De lo dicho fluye que cada vez que estamos en presencia de alguno de los casos en que el legislador -sin que medie la correspondiente declaración de nulidad- estima subsanada la irregularidad que incide en una actuación procesal, desaparecerá el derecho del agraviado con ella para impetrarla. Genéricamente hablando, entonces, se ha producido su convalidación, aunque este término también se emplea en un sentido restringido, como luego se tratará de explicar, para referirse a una de las maneras de lograr el saneamiento del acto imperfecto.

La Ley Nº 18.705, en materia procesal civil, se sumó a los ordenamientos positivos de que nos habla Vescovi que contemplan la subsanación por convalidación de las nulidades, aunque nos constituye en la materia una novedad, puesto que ya estaba consagrada implícitamente en los principios generales que inspiran al Código de Procedimiento Civil.

El actual artículo 83 del referido Código, en virtud de la ley mencionada, expresa -en lo que interesa- que la nulidad procesal podrá ser declarada de oficio o a petición de parte, pero priva del derecho a impetrarla, a más de las que han originado el vicio o incurrido a su materialización a la "que ha convalidado tácita o expresamente el acto nulo".<sup>2</sup>

La Ley Nº 18.857 no quiso quedar atrás sobre el particular y en el artículo 71 bis del Código de Procedimiento Penal se preocupó de establecer diversos casos en que opera la subsanación de las actuaciones irregulares, evitando así que recaiga sobre ellos la drástica sanción de su ineficacia.

Estos casos son tres, a saber:

a) si las partes no solicitan la nulidad en las oportunidades señaladas por el legislador;

b) si han aceptado expresa o tácitamente los efectos del acto; y

c) si no obstante el vicio de que adolezca tal acto, ha conseguido su fin respecto de todos los interesados.

Examinemos cada una de las situaciones enunciadas. En cuanto a la primera, digamos que, como luego se explicará, que la nulidad de algún acto del proceso sólo puede alegarse y declararse en determinadas oportunidades durante el transcurso del juicio y, en todo caso, "in limite litis".

Terminado el proceso por resolución ejecutoriada, nace el efecto de la excepción de cosa juzgada que impide volver a discutir entre las mismas partes lo allí resuelto, ni menos cuestionar la corrección de las actuaciones verificadas. El procedimiento queda saneado con el fin del juicio, pues la ley procesal propende a mantener la inmutabilidad de lo obrado y declarado por los tribunales como verdades inamovibles y exactas.

La paz y la tranquilidad social así lo

(2) Sobre la materia puede verse nuestro artículo "La Subsanción del Acto Procesal Irregular", publicado en el Nº 183, Enero-Junio de 1988, págs. 24 y sigtes. de la Revista de Derecho de la Universidad de Concepción.

requieren, pues si no existiera la cosa juzgada las decisiones judiciales carecerían de objeto, ya que los derechos declarados en favor de las personas quedarían permanentemente condicionados a una posible revisión de los actos verificados en el proceso respectivo. De este modo, la justicia no lograría una de sus finalidades esenciales, cual es la de implantar la certidumbre legal y que se consigue con el principio de la inmutabilidad de las decisiones judiciales una vez que quedan ejecutoriadas.

La autoridad de cosa juzgada está expresamente reconocida en el Código de Procedimiento Penal en diversos preceptos como, por ejemplo, los artículos 42, 408 N° 7, 418, 433 N° 4, etc., a más, naturalmente, de lo dispuesto de manera general en el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil.

El principio enunciado ha sido reconocido uniformemente por la Jurisprudencia. La Corte Suprema opinó que la ley procesal propende a mantener la inmutabilidad de lo obrado y declarado por el Poder Judicial, como verdades inamovibles y exactas, y una vez pasadas en autoridad de cosa juzgada las resoluciones judiciales, no es posible perseguir sanciones por cualquier vicio cometido durante el procedimiento, el cual debe considerarse ya saneado. (Revista de Derecho y Jurisprudencia: Tomo LIX, 2a. Parte, Secc. 1a., pág. 442 y Tomo XXI, 2a. Parte, Secc. 1a., pág. 802).

El mismo tribunal falló que no es posible solicitar la nulidad procesal de una actuación o de todo el proceso mediante un incidente, si en el proceso existe sentencia firme o ejecutoriada. (Id. Tomo LXI, 2a. Parte, Secc. 1a., pág. 249; Fallos del Mes N° 285, Agosto 1987, pág. 328).

Pero no siempre es necesario que el

proceso haya terminado por sentencia ejecutoriada para estimar convalidadas, por el efecto de la autoridad de cosa juzgada, las actuaciones irregulares cometidas durante su curso.

En efecto, el Código es preciso para determinar las oportunidades en que debe invocarse la nulidad de un acto del proceso, de manera que, transcurridas ellas sin alcanzarse, el principio de la preclusión cierra el camino para hacerlo, aun cuando aquél esté aún vigente por no haber surgido el manto protector definitivo de la cosa juzgada. Así lo prescribe expresamente el artículo 71 bis al decir que las nulidades quedan subsanadas -léase convalidadas- si las partes no las oponen en las oportunidades señaladas en la ley.

La doctrina habla en este caso de conformidad, puesto que la convalidación se produce anticipadamente por una especie de aceptación tácita del afectado al no reclamar oportunamente la respectiva nulidad. El principio procesal de la preclusión impide volver a etapas pasadas del proceso.

La jurisprudencia ha reconocido esta especie de convalidación del acto irregular por no emplearse oportunamente los mecanismos destinados a obtener su nulidad. Ha dicho, por ejemplo, que el demandado que deja pasar las ocasiones señaladas en la ley sin alegar la nulidad, ha perdido el derecho a invocarla por haberse producido la correspondiente convalidación. Su silencio es demostrativo de conformidad frente al acto viciado que la afecta. (Fallos del Mes N° 285, Agosto 1987, pág. 328).

En resumen, la mera omisión de reclamar la nulidad por el perjudicado en las oportunidades dispuestas por la ley -que luego examinaremos- y con mayor razón una vez terminado el proceso, da lugar a la forma de subsanar el acto viciado que en doctrina se conoce como con-

validación por conformidad y que hoy contempla expresamente el citado artículo 71 bis, aparte de las normas generales sobre los efectos de la cosa juzgada ya incorporados al Código.

Pero, como se dijo, no es el anterior el único caso de subsanación del acto irregular. Contempla también la disposición señalada, con igual efecto, la aceptación expresa o tácita de los efectos del acto viciado, la que en doctrina se denomina convalidación por confirmación.

Estaremos en presencia de aquiescencia expresa si el afectado con la irregularidad inequívocamente manifiesta que, no obstante ella, no ve perturbado el ejercicio de los derechos que puede hacer valer. Es menester, entonces, una actuación manifiesta de su parte en el proceso que derechamente demuestre su sometimiento a los efectos del acto viciado.

Será, a su vez, tácita la aceptación si la parte sufriente de la incorrección procesal realiza gestiones que, demostrando conocimiento de ella, contribuye a que el acto viciado cumpla a su respecto los fines previstos para uno correcto. Es el caso, por ejemplo, del reo que sin haber sido notificado de la acusación formulada en su contra procede a su contestación.

En resumen, entendemos que la mera omisión de reclamar la nulidad por el perjudicado con ella en las oportunidades dispuestas por la ley y con mayor razón durante el curso del proceso, da lugar a la forma de subsanar el acto viciado que en doctrina se conoce como convalidación por conformidad.

A su vez, la aceptación expresa o la ejecución de actuaciones que manifiesta o inequívocamente demuestren que el perjudicado con el acto irregular prescinde de invocar la nulidad consecuente, siguiendo el proceso su curso normal

pese al vicio que le afecta, consiste, doctrinariamente, en la convalidación por confirmación.

Finalmente, el artículo 71 bis también atribuye la virtud de subsanar el acto irregular a la circunstancia de conseguir éste el fin para que fue instituido, situación que más bien da lugar a falta de trascendencia del vicio, lo que hace desaparecer el perjuicio exigido para impetrar la nulidad, según ya se dijo latamente.

**Medios destinados a alegar y declarar la nulidad procesal.** Dejamos ya establecido que la ineficacia de los actos procesales por defectos en su ejecución requiere siempre de una declaración judicial. Mientras ella no se produzca a la actuación irregular habrá que atribuirle todos los efectos previstos por la ley para una correctamente ejecutada y también al propio proceso, no obstante que han dejado de ser adecuados instrumentos para administrar justicia.

Señalamos, también, que a la declaración judicial de nulidad se llega por dos vías: la petición de la parte correspondiente y la actividad oficiosa del juez. Naturalmente que ellas se utilizarán siempre que el acto viciado no haya sido subsanado de alguna de las maneras indicadas precedentemente.

Hecha la advertencia anterior, preocupémonos de establecer primeramente de qué manera los litigantes pueden invocar y obtener la declaración de nulidad de un acto procesal. Para hacerlo, es necesario rebalsar los límites del Párrafo 4º del Título III del Libro Primero del Código de Procedimiento Penal y recurrir al contexto general de éste. Lo mismo sucede en materia procesal civil para lograr iguales propósitos, ya que no obstante la preocupación de la Ley Nº 18.705, nadie desconoce que la institución de la nulidad procesal carece -tanto en el campo proce-

sal civil como penal- de una adecuada reglamentación en el sistema legislativo nacional.<sup>3</sup>

Ante la carencia de normas precisas que den a la institución un contenido orgánico y una orientación propia, la doctrina y la jurisprudencia han determinado los medios idóneos destinados a alegar y obtener la declaración de nulidad de un acto del proceso, sirviéndose para ello de los diversos preceptos asilados que existen sobre la materia.

Estos medios se acostumbra a clasificar en dos grandes grupos: directos e indirectos.

Los primeros son aquellos cuya finalidad precisa es lograr una declaración judicial de ineficacia de los actos procesales. Están establecidos con ese único fin.

Pertencen a esta categoría los siguientes:

a) El incidente de nulidad procesal, toda vez que la petición de nulidad constituye por regla general, una cuestión accesoria al juicio que requiere un especial pronunciamiento del Tribunal.

b) Los llamados artículos de previo y especial pronunciamiento que, aun cuando son verdaderos incidentes, el Código de Procedimiento Penal les da fisonomía propia en el Título II de la 2a. Parte del Libro Segundo. Constituyen medios directos para alegar la nulidad de actos aquellos que tienen el carácter de excepciones dilatorias y por tanto están dirigidos a corregir el procedimiento, sin afectar el fondo de lo discutido en el juicio penal. Así sucede con la falta de personería del acusador, que llevará a invalidar lo actua-

do en su nombre, y con la carencia de autorización para procesar, cuando sea necesaria con arreglo a la Constitución o las leyes, evento en que el propio legislador prescribe la nulidad en el artículo 442, inciso tercero, y

c) El recurso de casación en la forma, puesto que está establecida precisamente para invalidar o anular algunas resoluciones judiciales dictadas con omisión de determinadas formalidades procesales o que se han pronunciado en proceso viciado.

Los indirectos, por su parte, son aquellos que no persiguen exclusivamente la declaración de ineficacia del procedimiento, pero a través de ellos puede obtenerse. En esta categoría podemos señalar, entre otros, los recursos de reposición, apelación, queja, revisión, etc.

Debemos precisar que no queda al arbitrio de las partes o del juez elegir discrecionalmente cualquiera de los medios señalados. Lo está determinando la ley, según cual sea la naturaleza de la irregularidad cometida, el carácter del acto en que incide, la oportunidad procesal en que ocurre, etc. No podrá prosperar, entonces, la petición de nulidad de un acto si no se utiliza el medio adecuado para su obtención.

Recordemos que entre los medios idóneos para alegar la nulidad procesal no está la acción ordinaria de nulidad del Derecho Civil, esto es, la que se substanciaría en un juicio ordinario diverso de aquel en que se cometió la irregularidad y con el fin de restar eficacia a un acto allí sucedido irregularmente.

La razón ya se expuso: la nulidad procesal sólo puede declararse "in limine litis", por así determinarlo la autoridad de cosa juzgada.

(3) Sobre el particular puede verse el trabajo nuestro inserto en la obra "Modificaciones Procesales de la Ley 18.705. Universidad de Concepción, 1988, pág. 65.

De la actividad oficiosa del tribunal para disponer la ineficacia de actuaciones del proceso penal nos ocuparemos más adelante.

#### **El incidente de nulidad procesal.-**

Es evidente que la petición de nulidad procesal durante el curso del proceso es un incidente de la causa, pues constituye una cuestión accesoria que debe ser resuelta por el juez mediante un pronunciamiento especial y que, en general, reúne las condiciones establecidas para los incidentes en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil.

No obstante la importancia de esta materia, no tiene señalada una tramitación especial en la ley, debiendo dársele, en consecuencia, la correspondiente a los ordinarios o comunes prescrita en el Título IX del Libro I del Código de Procedimiento Civil, artículos 82 a 91, a que nos llevan los artículos 43 y 68 del de Procedimiento Penal.

Creemos innecesario recordar aquí la tramitación de un incidente ordinario, a la que, según lo dicho, debe someterse la solicitud de nulidad de un acto del proceso durante su sustanciación.

Solamente estimamos de interés dar algunas ideas generales acerca de las oportunidades en que puede promoverse el incidente de nulidad procesal, pues sobre el particular hay normas especiales que conviene recordar.

En efecto, el artículo 71 se encarga de señalar tales oportunidades, distinguiendo si los actos irregulares se verifican durante el sumario o el plenario.

Respecto de los primeros, el legislador señala tres oportunidades:

a) durante todo el curso del sumario, debiendo entenderse por tal el período

que comienza con la resolución que dispone su instrucción y termina con la notificación legal de aquélla que lo declara cerrado;

b) En el plazo señalado en el artículo 401, es decir el de cinco días que se otorga a las partes para expresar su disconformidad con el cierre del sumario, contado desde la práctica de la notificación señalada; y

c) en los escritos fundamentales del plenario, debiendo entenderse por tales -a nuestro parecer- la acusación o adhesión a la del juez por parte del querellante; la demanda del actor civil; la contestación del reo y las del personal o tercero civilmente responsable, en su caso. Nótese que a los trámites indicados, salvo la contestación del reo, el legislador los califica sólo de "fundamentales" y no de "esenciales", lo que es distinto, circunstancia que interesa para los fines de interpretar el artículo 69; que sólo hace anulables a los segundos, según se vio.

Consignando lo anterior, surge de inmediato varias interrogantes: ¿queda al arbitrio de la respectiva parte elegir cualquiera de las ocasiones mencionadas para invocar la nulidad o deberá atenerse a la oportunidad precisa en que dentro del sumario se incurrió en el vicio que le sirve de fundamento? ¿Habría que distinguir si tuvo o no publicidad del sumario antes de su cierre? En esta eventualidad, ¿se aplicará el plazo de cinco días dispuesto en el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, recurriendo a él supletoriamente conforme al llamado del artículo 68 del de Procedimiento Penal, ante la carencia de precisión sobre la materia? Si dicho término transcurre sin pedirse la nulidad ¿podría utilizarse las otras oportunidades o se ha producido la convalidación del acto viciado?

Podría sostenerse que los litigantes

quedan facultados para elegir la oportunidad en que invocarán la respectiva nulidad. La amplitud legislativa en esta materia, a diferencia de otras, no nos autorizaría para establecer restricciones que no se desprenden de su letra y espíritu. No sería procedente trasplantar soluciones del Código de Procedimiento Civil ante una norma dada expresamente en materia procesal penal en el artículo 71 bis N°1, por equívoca que parezca.

Además, debe tenerse presente que las diversas oportunidades aludidas están separadas por la conjunción disyuntiva "o", lo que implica, según la Real Academia de la Lengua Española, "alternativa entre dos o más cosas, personas o ideas", pudiendo elegirse una de ellas.

El tiempo y la sabiduría de la jurisprudencia y la doctrina nos darán -sin dudas- una adecuada solución.

Mientras ello no suceda -provisoriamente y no sin dudas- nos atrevemos a dar la siguiente solución: a) Si existe publicidad del sumario rige el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil y, por tanto, debe invocarse la respectiva nulidad en el lapso de cinco días desde que se tenga o aparezca tener noticia del acto viciado; b) Si no existe tal publicidad, se solicitará la sanción en el plazo señalado en el artículo 401, es decir en el establecido para pedir se deje sin efecto el cierre del sumario; y c) Si, finalmente, la irregularidad se suscita después de cerrado el sumario y transcurrido el término del artículo recién citado, pero antes de la respectiva acusación, la nulidad se invocará en los escritos fundamentales del plenario, aunque reconocemos que, en realidad, el acto viciado no sería del sumario, pero tampoco del plenario. Lo dicho es sin perjuicio de casos especiales de nulidad como los contemplados en los artículos de previo y especial pronunciamiento, la contemplada en el artículo 80 del

Código de Procedimiento Civil, cuando sea aplicable al juicio penal, etc.

En cuanto, ahora, a la ineficacia de los actos ejecutados durante el plenario, el Código es más preciso: se propondrá la respectiva nulidad dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se tuvo conocimiento del vicio.

Puede advertirse que en este último caso se siguió un criterio similar al de la Ley N° 18.705 en materia civil. Al igual que en ella, corresponde al propio juez establecer que el conocimiento que dice haber tenido de la irregularidad el incidentista lo adquirió realmente en una oportunidad diferente, por estar éste protegido por la presunción legal de la buena fe. En todo caso para el cómputo del plazo señalado deberá tenerse en consideración lo dispuesto en el artículo 44.

Cabe también preguntarse cuál es, a su vez, la sanción en que incurre el litigante que opone extemporáneamente por vía incidental la nulidad de un acto del proceso. Nada nos dice el Código, de lo que resulta que habrá que recurrir a la solución que frente a igual situación da la ley procesal civil, a la que nos lleva el tantas veces citado artículo 68 del primero. No será, entonces, dicha sanción otra que el rechazo de plano y de oficio de la incidencia promovida. Igual criterio debe seguirse si ella no tiene relación con el asunto materia del juicio. A ello nos llevan los artículos 84 y 85 del Código de Procedimiento Civil.

El mismo criterio de recurrir a este último cuerpo legal debe emplearse respecto de la tramitación de las cuestiones a que dé lugar la petición de nulidad, a las consignaciones que debe hacerse, si procede, y castigo del incidentista temerario, materias que no merecieron atención especial de la Ley N° 18.857.

En cuanto a los efectos que la sustanciación del incidente ocasiona en el curso del proceso, no debe olvidarse que, según el artículo 104 del Código de Procedimiento Penal, los incidentes que promuevan durante el sumario las partes civiles se tramitarán en ramo separado y no retardarán la marcha de aquél. Podría interpretarse que por el contrario, los interpuestos por el reo, querellante y Ministerio Público en el mismo período y expediente principal, serían de previo y especial pronunciamiento de la manera prevista en el artículo 87 del Código de Procedimiento Civil, circunstancia que no parece aconsejable al éxito y premura que la investigación criminal exige, reparo que no existe respecto de las incidencias promovidas con el mismo fin en el plenario por cualquiera de las partes. En este caso deberá examinarse cuidadosamente la respectiva incidencia para apreciar si reúne o no las condiciones exigidas en la disposición legal citada.

Finalmente, conviene dejar establecido que la resolución que recae sobre la nulidad es apelable, sin mayores distinciones debiendo concederse el recurso sólo en el efecto devolutivo, por así disponerlo el inciso final del artículo 72. También es susceptible de reposición conforme a la regla general contenida en el artículo 56 y tampoco suspende su interposición el cumplimiento de dicha resolución.

**Facultad del juez para declarar de oficio la nulidad procesal.**- Esta atribución del órgano jurisdiccional proviene de dos fuentes: la establecida implícitamente en el inciso segundo del artículo 73 y la inherente a la casación en la forma de oficio.

En relación con la primera, digamos desde luego que, a diferencia de la Ley N° 18.705 que derechamente establece la facultad que nos preocupa en el artículo 83 al prescribir que "La nulidad proce-

sal podrán ser declarada, de oficio o a petición de parte...", los autores de la Ley N° 18.857 no emplearon similar claridad. Se limitaron a señalar que "El tribunal corregirá de oficio los errores que observe en la tramitación del proceso. Podrá, asimismo, tomar las medidas que tiendan a evitar la nulidad de los actos de procedimiento", copiando así lo ya dispuesto en el artículo 84 del Código de Procedimiento Civil desde antes de su reforma por la citada Ley N° 18.705.-

La redacción del artículo 72 no es obstáculo, como tampoco lo fue en el campo procesal civil antes de aquella ley, para sostener que los tribunales pueden y deben declarar la ineficacia de actos viciados en el proceso penal. En efecto, es evidente que la forma principal como el juez podrá corregir de oficio los errores que observe en la tramitación del proceso, empleando los mismos términos que el legislador, será decretando por propia iniciativa la nulidad de aquellos actos en que incidan tales errores, con lo que evitaría la realización de otros posteriores, que tampoco tendrán valor debido al efecto extensivo de esta sanción. De esta manera se evitan dilaciones en la tramitación de la causa, pues impide su prosecución sobre actuaciones defectuosas y se propende, a través del propio tribunal, la correcta aplicación del procedimiento.<sup>4</sup> No debe olvidarse que corregir para el Diccionario es "enmendar lo errado".

En atención a lo amplio de la redacción del precepto en estudio, en cuanto permite al juez, sin limitaciones, "corregir de oficio los errores...", nos parece que la facultad que le confiere es aplicable a todo acto o trámite del proceso, siempre que interese al orden público o social y

(4) Sobre esta materia puede verse la Tercera Edición de mi obra "Los Incidentes y en especial el de Nulidad Procesal", Edit. Jurídica, 1982, págs. 131 y sgtes.

no únicamente a aquellos que reúnen las condiciones prescritas en el artículo 69, que sólo rige para las partes. Dicho de otra forma, no sólo caen bajo su actividad oficiosa los que tienen la categoría de esenciales declarada por la ley y los que ella sanciona con nulidad, lo que se analizó latamente en páginas anteriores. Son dichos actos, en fin, los únicos anulables para el legislador a petición de parte, en atención a su especial importancia para la sustanciación de la litis. Los demás, aunque no reúnan las condiciones de los anteriores, quedan bajo la tutela correccional del juez, siempre que, como se dijo, interesen al orden público, lo que sucede con la mayoría del proceso penal.

Lo dicho no hace otra cosa que reiterar el criterio uniformemente aplicado por la Corte Suprema en materia civil, en cuanto a que la facultad concedida en el artículo 84 del cuerpo legal pertinente, sólo habilita al juez para anular actos o actuaciones procesales que miren al interés público o se relacionen con el orden público. Aquellos no esenciales que sólo resguardan el interés privado escapan de estas funciones correccionales. (Rev. Der. y Juris. Tomo XLII, 2a. Parte, Secc. 1a., pág. 231; Id. Tomo LX, 2a. Parte, Secc. 1a., pág. 316). Entre estos últimos quedan los relativos a los aspectos civiles involucrados en el proceso penal, salvo los referentes al emplazamiento, capacidad, etc.

Por último, la casación en la forma de oficio del artículo 776 del Código de Proc. Civil, aplicable en materia penal por disposición del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, es también una manera de llegar a la declaración oficiosa de nulidad procesal. Si bien escapa de la naturaleza de este trabajo, la traemos a colación con el solo objeto de recalcar que no debe confundirse con la facultad del artículo 72, inciso 3º.

Ambas admiten, por propia iniciativa del juez, declarar la nulidad de actos del proceso, pero la casación en la forma de oficio es propia de los tribunales superiores al conocer de un asunto sustanciado ante un tribunal inferior puesto que, como lo dice la ley, pueden declararla cuando dicho asunto llega a su conocimiento por vía de apelación, consulta, casación o alguna incidencia.

Además, los vicios que habilitan para casar de oficio una sentencia sólo deben ser algunos de los elevados a la causal de casación del artículo 541. Finalmente, antes de ejercerse esta facultad debe oírse a los abogados que concurren a la vista de la causa.

En cambio, el artículo 72, como ya se dijo; se refiere a la atribución de anular actos procesales o todo el proceso por parte del juez que conoce el asunto, cualquiera que sea el vicio cometido, siempre, naturalmente, que sea grave y mire al orden público.

Digamos, para terminar este aspecto de la nulidad en el proceso penal, que la Ley Nº 18.857, siguiendo el mismo criterio del Código de Procedimiento Civil desde su reforma por la ley 7.760 hace varias décadas, dispuso también que el tribunal podía "tomar medidas para evitar la nulidad de los actos de procedimiento", como aparece en el actual inciso tercero del artículo 72 del Código de Procedimiento Civil. Mediante ellas podrá rectificar, ratificar, renovar, etc. los trámites irregulares, siempre, naturalmente, que no se haya invocado la correspondiente nulidad.

Si bien esta atribución del juez es meramente facultativa, su importancia y conveniencia son innegables, pues con ella se evita la repetición de actos que adolecen de defectos de fácil subsanación. Debemos, sí, hacer presente que la

disposición mencionada establece que si la actuación viciada ha sido ejecutada fuera de los plazos dispuestos por la ley, no es posible ejercerla por impedirlo la correspondiente preclusión procesal.

Finalmente, la subsanación oficiosa de un acto del sumario decretada con posterioridad a su término, se cumplirá durante el plenario o como medida para mejor acierto del fallo.

#### **La resolución que declara la nulidad procesal. Su efecto extensivo.**

Llegamos, por fin, a la resolución que declara la nulidad de un acto del proceso penal. Sucederá así una vez cumplidas todas las exigencias que han ocupado nuestro tiempo en las páginas anteriores y no fue posible plenamente subsanar el vicio que la motiva.

Antes de referirnos a las características de esta resolución, es necesario tener presente que el inciso primero del artículo 72 advierte que "La declaración de nulidad de un acto lleva consigo la de los actos consecutivos que de él emanan o dependen".

Sabemos que la substanciación de un juicio implica la realización de un conjunto de actos verificados por las partes o por el juez, que, encadenados unos a otros, constituyen el proceso, instrumento idóneo para que el Estado cumpla su función jurisdiccional.

Hay íntima relación entre los diversos actos formativos del proceso. Algunos sirven de antecedentes a los demás, que se van edificando sobre tales actos, de manera que la ineficacia de los primeros afecta también a los otros, aunque aisladamente considerados se verifiquen en forma correcta.

Así, si se declara nula la notificación

de la resolución que recibe la causa a prueba extenderá su ineficacia a una testimonial rendida en el término probatorio originado en la diligencia señalada, no obstante que en su producción se haya respetado todos los requisitos legales.

Esta característica de la nulidad procesal ha tenido plena acogida en la jurisprudencia. La Corte Suprema ha resuelto que infringida la ley procesal en cuanto a los requisitos que ella señala para determinada actuación procesal, será nula dicha actuación, pero como el juicio puede edificarse sobre ese acto son nulos igualmente todas las actuaciones judiciales que la siguen. (Revista de Derecho, Universidad de Concepción, N° 118, pág. 107; Rev. de Derecho y Jurisprudencia. Tomo LV, 2da. Parte, Secc. 1a., pág. 2.).

El principio de la "extensión" de la nulidad procesal, en fin, tiene su origen en el carácter complejo del proceso. Como dijimos, se compone de un conjunto de actos, algunos realizados por el juez otros por las partes e incluso por terceros, que, aunque distintos entre sí, están íntimamente ligados de manera que algunos descansan o se edifican sobre otros. Esta estrecha unidad se debe a que todas las actuaciones persiguen un mismo fin: permitir al proceso cumplir su objetivo primordial, cual es la sustanciación del litigio y sobre todo su justa decisión.

No era imprescindible, entonces, que, primero la Ley N° 18.705 y luego la N° 18.857, consagrarán en forma expresa esta modalidad de la nulidad procesal. Pero, fueron más allá, al ordenar la última en el inciso segundo del artículo 72- que al declararla el tribunal determinará cuales son los actos a los que se extiende la sanción.

Parece conveniente esta medida, ya que su cumplimiento evitará confusiones y dilaciones. Declarada la nulidad del

acto será el propio tribunal quien marcará el límite de la extensión de la ineficacia, la que naturalmente incidirá sólo respecto de aquellas diligencias íntimamente ligadas con aquél, conservando su valor las que no tengan tal dependencia. Quedan así superadas las dudas a que daba lugar el primitivo inciso segundo del artículo 84 del Código de Procedimiento Civil, que, como se recordará, se limitaba a disponer, en situaciones similares, que "el tribunal ordenará que se practiquen las diligencias necesarias para que el proceso siga su curso normal", lo que no siempre se entendió con el alcance que ahora se precisa.

Además de declararse, según se vio, cuál es el acto viciado que se anula y los que sufrirán igual efecto por su conexión con él, el tribunal debe disponer, si es posible, se subsane la deficiencia en que ha incurrido. Puede emplear, conforme al mismo inciso segundo del artículo 72, tres remedios: la renovación, la rectificación y la ratificación del acto.

Ordenará la renovación de la o las actuaciones anuladas si la irregularidad es de tal magnitud que sólo es superable mediante su repetición, como puede suceder con la falta o el incorrecto emplazamiento del reo preso, al que se le volverá a practicar la pertinente notificación, si fue defectuosa la anterior.

Se dispondrá la rectificación si la deficiencia procedimental puede repararse mediante la modificación posterior del acto ineficaz sin llegar a su prescindencia total y posterior sustitución. Sería el caso -se nos ocurre- del acta que da cuenta de una inspección del tribunal en la que se incurre en errores respecto del lugar en que se llevó a efecto o se omitió en ella hacer constar la participación de alguna persona. Sin embargo, esta posibilidad parece de difícil ocurrencia, pues si el trámite ha sido declarado nulo, inal podrá

modificársele por la vía de su rectificación.

Finalmente, se recurrirá a la ratificación de la actuación observada si para reparar la deficiencia que presenta basta únicamente reafirmar lo allí establecido. Sucederá así respecto de una diligencia del mandatario de alguna de las partes cuyo poder es deficiente o incompleto, la declaración de un testigo prestada indebidamente sin juramento o promesa a la que podrá remitirse en la nueva diligencia a que sea sometido, de manera correcta, etc.

Sin embargo, habrá casos en que la irregularidad que afecta al acto anulado es de tal magnitud que imposibilita su saneamiento mediante el empleo de los remedios señalados, vale decir, su renovación, rectificación o ratificación. En estos casos, de insanable ineficacia, simplemente se prescinde absolutamente del acto, desatendiéndose de manera total y definitiva de él. Podría ser la situación contemplada en el artículo 442 ya recordada, esto es la nulidad de lo obrado respecto de una persona que requería autorización previa para ser procesada, conforme a la Constitución o las leyes, la que tardíamente es negada. Sería también el caso del menor que después de ser sometido a proceso se advierte que no se determinó oportunamente si obró con discernimiento, resultando negativa la decisión del Juzgado de Menores, etc. En estas circunstancias nada hay que renovar, rectificar o ratificar, simplemente anular.

En resumen, dispuesta por resolución ejecutoriada la nulidad de un acto defectuoso, se prescindirá de él absolutamente si es insanablemente ineficaz o se procederá, según el caso y siempre que sea posible, a su renovación total, su rectificación o su mera ratificación, adquiriendo así nuevamente validez.

Purificado de esta manera el proceso recuperará idoneidad para cumplir el fin social de permitir -todavía insustituiblemente- solicitar, lograr y hacer justicia.

Llegamos así al término de nuestra exploración por los caminos no siempre fáciles de la Ley 18.857, en lo que se relaciona con la nulidad procesal.

Es el momento propicio para el recuento final. Al igual como lo dijimos hace dos años respecto de la Ley N°18.705,

reconocer, en primer término, los buenos propósitos de quienes la inspiraron; consignar, en seguida, que ha consagrado lo que la jurisprudencia y la doctrina ya habían señalado ante las escuetas normas del Código; esperar que esas mismas jurisprudencia y doctrina aclaren las dudas que hemos tratado de hacer notar en el curso de esta exposición; y, finalmente, pedirles nos excusen por disponer tan abusivamente de vuestro tiempo y sobre todo, de vuestra paciencia.<sup>5</sup>

---

(5) Modificaciones Procesales de la Ley N° 18.705 Ob. citada, pág. 93.

**MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY  
18.857 EN MATERIA DE PRUEBA AL CODIGO DE  
PROCEDIMIENTO PENAL**

ENRIQUE TAPIA WITTING  
MINISTRO CORTE APELACIONES  
CONCEPCION  
PROFESOR DE DERECHO PROCESAL  
UNIVERSIDAD CATOLICA  
DE TALCAHUANO

Para los efectos de la exposición y procurando no mantenernos en un esquema puramente exegético nos ha parecido conveniente dividir la materia en los puntos que van desde la prueba en general hasta abordar algunos medios de ella en particular.

1) PRUEBA, según su acepción lógica, es demostrar la verdad de una proposición. Para los procesalistas civiles, es "un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan en juicio" y que se encuentran controvertidos, debemos agregar.- Se marca el acento en la demostración, que corresponde a las partes para lograr el convencimiento del Juez sobre la verdad de los hechos objeto del proceso.- Por tanto para los civilistas la prueba no consiste propiamente en "averiguar" por el Juez, el que es esencialmente pasivo.- Sin embargo, en materia penal la prueba, más que demostrar, es averiguar, y averiguar todos los hechos y sin duda llegar a formar la convicción del Juez.- La definición de las Siete Partidas (Partida III. Título XIV Ley I) no está lejos de estas ideas cuando dice que ella "consiste en el averiguamiento que se hace juicio de alguna cosa que es dudosa"; entendiéndose por dudoso, en el proceso penal, todos los hechos.-

Es la **verdad material** la que se busca en este procedimiento inquisitivo y ella sólo se logrará a través de la reconstitución histórica de los hechos, como se ha dicho por los doctrinadores.- No basta en el proceso penal una verdad formal que sólo puede aceptarse dentro del juicio civil. Valores como la vida o la libertad, tan íntimamente ligados al proceso penal, no pueden verse satisfechos con sólo una verdad formal.

El Juez debe, primordialmente y por propia iniciativa, traer al presente los hechos ocurridos en el pasado.- Es esto lo que los artículos 109, 112, 113, 116 etc. para la primera instancia y el 63 para la segunda del Código de Procedimiento Penal, quieren.

**CARGA DE LA PRUEBA**

Ella consiste en la consecuencia gravosa de la omisión de una conducta procesal facultativa por parte de un sujeto. En nuestro sistema procesal penal no cabe hablar propiamente de carga de la prueba. En efecto, aquella consecuencia gravosa no es posible aplicarla al juzgador, al inquisidor, tanto porque la averiguación para él no es una conducta facultativa sino que un deber; como, porque la consecuencia gravosa no se aviene con su posición en el proceso. Cosa distinta son las cuestiones civiles que se pueden ventilar en este procedimiento, como veremos oportunamente.

## TIEMPO PROCESAL DE LA VALORACION

Es también necesario, en estos aspectos generales, dejar constancia que la valoración del medio de prueba, en cuanto mira a los aspectos de fondo: establecimiento del hecho punible y de la participación que en él ha cabido a determinadas personas, no se realiza sólo, como ocurre en materia civil al pronunciarse la sentencia definitiva, sino que ella se efectúa en diversas etapas del proceso y que van de la detención, basta para ello recordar lo que dispone el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal, pasando por el auto de procesamiento, en que el artículo 274 claramente exige al Juez realizar una apreciación de los elementos de prueba, hasta llegar a la sentencia definitiva.

Es por ello por lo que el artículo 113 del CPP, refiriéndose a pruebas como películas cinematográficas, fotografías y otros sistemas de reproducción de la imagen y del sonido, presentado por las partes, en su inciso 2º señala: "La admisión como prueba de los elementos de juicio a que se refiere este artículo se decretará con citación..., pero en el sumario podrán tenerse en consideración aunque esté pendiente el plazo de citación o cualquiera objeción sobre ellas".

## MEDIOS DE PRUEBA

En cuanto a los medios de prueba que se pueden hacer valer en el proceso penal el artículo 457 del Código de Procedimiento Penal señala lo siguiente:

"Los medios por los cuales se acreditan los hechos en el juicio criminal, son:

- 1º) Los Testigos
- 2º) El Informe de Peritos
- 3º) La Inspección personal del Juez
- 4º) Los instrumentos Públicos y Privados.

5º) La confesión; y

6º) Las presunciones o Indicios.

Acorde con esta numeración el artículo 110 dice que el delito se comprueba con el examen practicado por el Juez auxiliado por peritos, en caso necesario, de la persona o cosa que ha sido objeto del delito, de los instrumentos que sirvieron para su perpetración, y de las huellas, rastros y señales que haya dejado el hecho; con las deposiciones de los testigos que hayan visto o sepan de otro modo la manera como se ejecutó; con documentos de carácter público o privado; o con presunciones o indicios necesarios o vehementes que produzcan el pleno convencimiento de su existencia "y el artículo 111 del Código de Procedimiento Penal que dice que el delincuente puede ser determinado por uno o más de los medios expresados en el artículo que precede, y además por la confesión de él mismo, acorde con los datos que comprueban el hecho punible".

Ambas disposiciones concordaban perfectamente con lo que señalaba el artículo 108 del mismo Código en que se decía que el cuerpo del delito o sea el hecho punible, es el fundamento de todo juicio criminal: y su comprobación, por los medios que determina la ley, es el primer objeto a que deben tender las investigaciones del sumario:

Indudablemente existía, de acuerdo a las disposiciones transcritas, una señalización taxativa de los medios probatorios que se podían usar en el proceso penal. Es, como dicen los tratadistas, un "numerus clausus" que no admitía otro medio de prueba.

La reforma ha cambiado esta situación. En efecto, el artículo 108 sustituyó la expresión "por los medios que determina la ley" por "los medios que admite la ley", lo cual, como se dijo en la comisión

conjunta encargada del estudio del proyecto de Ley que modifica el Código de Procedimiento Penal" es concordante con la apertura a nuevos elementos tecnológicos susceptibles de facilitar la prueba en el proceso penal".

Así es como siguiendo esta idea el artículo 113 bis abre el actual régimen probatorio a nuevas formas de probar. Se aceptan de este modo modernos métodos de revivir el pasado como una película cinematográfica por ejem. (recordemos al efecto películas que nos hacen evocar el pasado, y como memorar es revivir el pasado, se trata precisamente, como debe hacerse en todo proceso penal, de hacerlo actual para juzgarlo).

La nueva ley entonces, aportando a la función jurisdiccional elementos que pueden contribuir a su agilización, abre, en el sumario, el número de elementos "a cualquier medio apto para producir fe", como se dice en el artículo 113 Bis.

De igual manera, el artículo 116, en los casos en que el delito no hubiere dejado huellas, en que el Juez, de acuerdo a la antigua norma, estaba constreñido a la sola prueba testifical, le admite "constar por cualquier medio de prueba el hecho de haber sido cometido, con las circunstancias que sirvan para graduar la pena, y acreditará, del mismo modo la preexistencia de la cosa cuya sustracción fuere materia del sumario".

La importancia práctica de esta norma es grande, especialmente, si se considera su última parte, en que permite que se acredite la preexistencia de la cosa cuya sustracción fuere materia del sumario, por cualquier medio. Dada la frecuencia de estos delitos -hurtos, robos- podrá el Juez y el ofendido, prescindir de la rutinaria información sumaria de testigos y aceptar plenamente una más real, como una factura por ejemplo.

En todo caso, y no pudiendo sino que reconocerse en este aspecto la importancia de la testifical, debe recalcar que el actual artículo 146 en su inciso 3º excluye de motivos de inhabilidad, fundados en los parientes o los empleados del personal del servicio de la víctima, quiénes normalmente son los únicos a quiénes les consta tal preexistencia.- Hoy no pueden ser tachados por esa Causal.

#### VALORACION DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

La nueva ley no altera el sistema de valoración de los elementos probatorios.

La norma básica, al afecto, contenida en el artículo 456, ahora Bis del Código de Procedimiento Penal, no ha sido modificada.

No se aceptó, como se dijo en las actas de la Comisión antes aludida, como sistema general, el de la sana crítica. Sin embargo, el ordenamiento vigente se ha mejorado, apoyándose especialmente en los avances del progreso científico y tecnológico.

El sistema de la prueba legal, seguido por el Código, del que se ha llegado a decir, que produce un debilitamiento de la responsabilidad del Juez en el acto de valorar, porque la desvía de la verdadera convicción hacia la ley que ordena tal convicción, es un supuesto errado, que significa tener al juzgador por un mero aplicador de la ley y lleva al absurdo de que le vasta constatarla, para cometer en su nombre, una injusticia y sustraerse de toda responsabilidad moral.

En nuestro sistema, como se dice en el Mensaje del Código de Procedimiento Penal, tal crítica carece de toda validéz puesto que, desde su nacimiento, ha sido una base general y superior a toda demostración jurídica, que la convicción del Juez adquirida por los medios de

prueba legal es indispensable para condenar. De tal suerte que si esa convicción no llega a formarse, el Juez podrá absolver sin otro fundamento y cualquiera que sean los antecedentes que arroje el proceso en contra del reo. Así lo ordena el artículo 456 Bis del Código de Procedimiento Penal.

Ahora, en lo que dice relación con la **apreciación particular de algunos medios de prueba**, detengámonos brevemente en lo que dice el artículo 113 Bis en su inciso 1º. "Podrán admitirse como pruebas películas cinematográficas, fotografías, fonografías, y otros sistemas de reproducción de la imagen y del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe.- Estos medios **podrán servir de base a presunciones e indicios**". Como se aprecia estos elementos tienen un valor particular. Sobre esta materia insistiremos más adelante.

b) No se altera la situación de las informaciones que proporciona la policía sobre hechos en que haya intervenido, que se relaten en las comunicaciones o Partes que se envían a los Tribunales, pues el artículo 110 inciso 2º mantiene la normativa vigente. Sin embargo es útil recordar las facultades que la Policía de Investigaciones, Carabineros de Chile o Gendarmería tienen en materia de investigación, según indica el artículo 120 Bis del Código de Procedimiento Penal. Estas facultades, si bien en el hecho existían; no habían sido legalmente señaladas, omisión que se salva por la Ley 18.857.

C) En lo que dice relación con el cambio que se produce en el artículo 481 inciso 1º en que se sustituyó la frase "la confesión del reo comprobará", por la oración "la confesión podrá **comprobar su participación**" sólo, como se reconoció en la Comisión Conjunta, a la que se ha hecho referencia, es más

aparente que real. En efecto, la expresión imperativa, "comprobará" de la antigua ley, siempre ha tenido su límite en la convicción personal, que como ya se ha dicho, consagra el artículo 456, hoy Bis del Código de Procedimiento Penal.

#### PROPOSICION DE LA PRUEBA

Veamos, y antes de entrar al estudio particular de las modificaciones relacionadas con cada medio de prueba en particular, la primera de las etapas de la prueba, esto es, su ofrecimiento. Indudablemente nos estamos refiriendo al elemento probatorio que suministran o desean suministrar las partes y no al de iniciativa oficiosa. El estudio lo comenzaremos con el sumario, para pasar enseguida al plenario, donde ella se da más propiamente.

#### EN EL SUMARIO

Sin duda el más elemental derecho de defensa consiste en poder aportar al proceso medios probatorios, por ende no cabe duda de que el reo puede ofrecer a lo largo de todo el sumario los que estime pertinentes.

Tanto es así, que el artículo 67 permite expresamente al simple inculptado en su número 2 "presentar pruebas destinadas a desvirtuar los cargos que se le imputen" y que constituye más o menos una reproducción de la norma contenida en el artículo 329.

Por la misma razón tampoco puede vacilarse en que igual derecho cabe a las demás partes en el proceso penal.

No necesitan proposición u ofrecimiento previo las informaciones sumarias que se desean rendir para acreditar por ejemplo una conducta sin reproches. Ello está sin duda acorde con lo que el artículo 818 del Código de procedi-

miento Civil dispone para este tipo de pruebas.

Ahora bien, y siempre en el sumario, el artículo 113 Bis al referirse a la prueba como películas cinematográficas, fotografías, fonografías, etc. en cuanto pueden ser de iniciativa de cualquiera de las partes, y en lo que por ahora nos interesa, en su inciso 2º al que ya para otros efectos hemos tenido oportunidad de mencionar, dice literalmente "la admisión como prueba de los elementos de juicio a que se refiere este artículo se decretará con citación, cuando fuere ofrecida por algunas de las partes; pero en el sumario podrán tenerse en consideración..."

Tal norma es incuestionablemente de gran relevancia, puesto que rompe, aunque parcialmente, el secreto del sumario. En efecto en razón de la citación estas pruebas ofrecidas por alguna de las partes jamás podrán ser secretas, ya que evidentemente debe dársele a conocer a las demás partes para su posible objeción.

Lo mismo sucede con los documentos pues los públicos (artículo 184 del Código de Procedimiento Penal) también deben ser acompañados siempre con citación y ser puestos, por ende, en conocimiento de la otra parte: Los privados (artículo 187 del Código de Procedimiento Penal) deben ser reconocidos por las personas que los han escrito o firmado y por tanto si emanan de alguna parte, para que tengan valor, ella deberá reconocerlos, lo que importa tomar conocimiento de los mismos. En todo caso las normas referentes a los documentos no ha alterado la situación preexistente.

Las demás disposiciones relativas a la materia que ahora nos ocupa o han mantenido sin alterar la antigua ley o son de fácil comprensión por lo que nos evita un comentario al respecto.

Sin embargo y antes de pasar al plenario

es útil recordar lo que el artículo 401 señala en relación con la proposición y ofrecimiento de prueba. Cerrado el sumario las partes tendrán el plazo común de cinco días para pedir que se deje sin efecto esta resolución y se practiquen las diligencias que se consideran omitidas las que se deberán mencionar concretamente. Desde luego desaparece la apelación de la resolución que cierra el sumario y da a las partes la última oportunidad, antes de pasar al plenario, para reclamar la práctica de alguna prueba. Al tener la necesidad de indicar precisamente cuáles son las omisiones, facilita al Juez resolver al respecto, lo que redundará, en una mayor agilidad del proceso.

#### EN EL PLENARIO

El artículo 429 dispone que "en sus escritos de adhesión de acusación, y de demanda civil, el querellante y el actor civil deberán expresar los medios probatorios de que intenta valerse, o si se atienen al mérito del sumario renunciando a la prueba y al derecho de pedir que se ratifique los testigos. Si ofrecen rendir prueba de testigos presentarán una lista, individualizándolos con nombres, apellidos, profesión y domicilio o residencia y una minuta de interrogatorio". La falta de minuta no tiene una sanción expresamente señalada en la ley. Sin embargo, pensamos que su omisión trae consigo la imposibilidad de interrogar al testigo, pues no se sabe sobre que hechos podría hacerse. Distinta es la situación en el proceso civil en que los hechos están normalmente señalados en la resolución que recibe la causa a prueba.

"En los mismos escritos deberán individualizar, de igual modo, al perito o a los peritos que propongan, para los efectos del artículo 471, indicando, además, sus títulos o calidades".

Con la derogación del inciso 2º del

artículo 458, es posible traer al plenario testigos para aseverar hechos contradictorios con los que ya habían declarado. Esta norma nos parece peligrosa, pues se puede inducir al testigo a cometer un delito, pero se justifica si se busca la verdad material aunque su costo sea alto.

Por su parte y ahora refiriéndose la Ley al acusado y al responsable civil el artículo 450 del Código de Procedimiento Penal, señala que ellos, "manifestarán en su escrito de contestación, cuáles son los medios probatorios de que intentan valerse, y presentarán listas de testigos que hubieren de declarar a su instancia".

"En dichas listas se expresarán el nombre y apellidos de los testigos -pero ahora apartándose la Ley de lo que había dicho para el querellante y actor civil- permite individualizarlos por su apodo, si por él son conocidos".

Pero no solo esta diferencia se marca respecto de las partes, puesto que al acusado y responsable civil les permite, además, lo que no sucede en relación a las otras partes del proceso manifestar, si se encarga de hacerlo comparecer o si se pide que sean citados judicialmente.

Reo y responsable civil, también de acuerdo a la norma que se viene analizando deberán, en los mismos escritos proponer el perito o los peritos. Al igual que en la prueba testifical, se marca otra vez una diferencia entre estas partes y el querellante y demandante civil. En efecto, aquéllos pueden pedir que el informe pericial sea dado por escrito o en forma oral y, en el último caso, si deberán ser citados o lo harán comparecer. Estos derechos no le asisten a las últimas partes. Se comprenden estas diferencias, pues ellas tienden a facilitar la defensa, derecho que se remarca por la reforma.

Completando las normas señaladas, el artículo 471, respecto de la **prueba pericial** distingue dos situaciones: si se ha o no presentado informe pericial durante el sumario.

a) En el primer caso las partes pueden pedir que el perito **amplíe** su informe con el sólo objeto de aclarar o desvanecer dudas, o subsanar errores de que pueda adolecer, los que deberán ser señalados determinadamente.

Pueden **pedir también un nuevo informe** al que el juez deberá acceder, si la Ley exige una pericia para el caso dado y siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia importante, fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de alguna ciencia, arte u oficio. Si no se dan estas situaciones, el Juez no puede dar lugar a un nuevo informe.

b) Si por el contrario en el sumario no se hubiere practicado examen pericial, y alguna de las partes lo pide, el Juez lo ordenará cuando lo estime conducente. En otros términos, se deberá dar lugar a él siempre que se dan las circunstancias señaladas precedentemente para acceder a un nuevo informe.

En relación con la **confesión** o simplemente con las declaraciones que haya formulado en el proceso el **acusado**, si alguna de las partes lo pide, deberá concurrir a una o más audiencias determinadas, para ser **interrogado** sobre lo que haya manifestado en el sumario o sobre las declaraciones que hayan formulado los comparecientes en las audiencias del plenario. La diligencia podrá pedirse hasta dentro del plazo indicado en el artículo 499. Así lo dice el artículo 486 bis.

En relación a las demás partes éstas pueden ser llamadas en el plenario a **absolver posiciones**, tanto en relación

a los puntos sobre los hechos objeto de la acusación y defensa, como los comprendidos en la acción civil. Para ello se acompañará un sobre cerrado conteniendo las preguntas, el que se abrirá en la audiencia. En lo demás, la confesión provocada, atinente a la acción civil, la trataremos al hablar de la prueba de la acción civil.

Conforme a la antigua norma del artículo 449 el reo podía **renunciar** a la práctica de diligencias del juicio plenario y el juez debía acceder siempre que el Ministerio Público o el querellante particular no se opusieren, alegando que tienen **prueba de testigos** que producir durante el plenario. La Ley 18.857, permite ahora oponerse a la petición de renuncia del acusado cualquiera que sea la prueba que tienen para producir, ya no se las limita a la sólo testimonial.

#### PRODUCCION DE LA PRUEBA

Es necesario recalcar como premisa en esta materia que la prueba está dirigida al Juez para formar su convencimiento y es a él a quién le corresponde en forma exclusiva y excluyente su recepción.

Sin embargo, hoy día se contempla en forma excepcional su posibilidad de delegar en el secretario determinadas funciones probatorias, pero no otras. Así ocurre en los artículos 117, 159, y 172. Salirse de este marco importa no cumplir con los deberes funcionarios.

Luego de esta idea preliminar, distingamos la producción de la prueba en el sumario y en el plenario.

a) **En el sumario.** No hay mayores formalidades y puede llevarse a efecto en cualquier momento sin necesidad de fijación previa de día y hora, salvo en ciertas situaciones especiales como en el

allanamiento (art. 158, 159, etc.), inspección personal (art. 120). En todo caso la diligencia, conforme a los artículos 118 y 119, deberán ser leídas a las personas que deban suscribirla y si alguna observa alguna inexactitud se toma nota y si se niega a firmar, se expresará la razón y el acta respectiva se extenderá sin abreviaturas, raspaduras, etc.

b) **En el Plenario.** Al recibirse la causa a prueba el Juez debe fijar una o más audiencias y la hora (art. 454) dentro del probatorio para recibir las declaraciones de las partes, de testigos o de peritos. La recepción de la prueba continuará en las audiencias consecutivas que fueren necesarias y hasta su término, como lo indica el artículo 453 del Código de Procedimiento Penal.

Creemos, que salvo que se pida en los respectivos escritos de adhesión a la acusación, de acción civil o de contestación a una otra, en forma específica tanto la declaración del acusado, que se ha indicado, como la absolución de posiciones, que la ley no exige impetrarlas en esos escritos, salvo genéricamente no habrá lugar a fijar en esta resolución que reciba la causa a prueba, audiencia para la declaración de las partes.

Para que las partes concurran a la audiencia pertinente deberán ser notificadas con un día de anticipación a lo menos; en los casos que las pruebas deben recibirse fuera del asiento del Tribunal, las órdenes o exhortos serán librados dentro de 24 horas, a más tardar.

La comunicación de la resolución que recibe la causa a prueba y en que se señalan las audiencias de testigos y en su caso de peritos, deberá ser practicada por cédula o por el estado diario, como sanción, cuando así fuere pertinente.

Si la o las audiencias se fijan en una

resolución diversa, bastará, salvo que se refieran a la absolución de posiciones -respecto del absolvente o a la declaración del acusado, -notificarlas por el estado diario de secretaría-.

#### ANALISIS DE LAS MODIFICACIONES EN RELACION CON LOS MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR.

##### 1º) DOCUMENTOS:

a) En Segunda Instancia: en las apelaciones incidentales, sólo se admitirá nueva prueba documental, siempre que sea agregada antes de la vista de la causa (artículo 63 Bis del Código de Procedimiento Penal).

Acordémonos que si se trata de la apelación de la sentencia definitiva el artículo 515, que no ha sido alterado, únicamente permite agregar documentos antes del decreto de autos, siempre que quién lo presenta no hubiere tenido conocimiento de ellos (o que no hubiere tenido conocimiento de ellos) o que no hubiere podido proporcionárselos hasta entonces, jurando que así es la verdad. Pensamos que esta norma, que se ha mantenido, no se aviene con la verdad material que se busca esencialmente.

b) Se establece un procedimiento para lograr la validéz en un proceso de un documento público, que hace innecesario el cotejo (art. 184 N°1) único método establecido en la legislación anterior para ese fin, y que consiste en el reconocimiento por el funcionario autorizante de los originales o de los que carecen de matriz.

c) El cotejo se hace ahora por el Juez o por el Secretario de la causa cuando el primero lo ordene (art. 185 del C.P.P.) antes se podía hacer además por dos ministros de fe o por el funcionario que hubiere autorizado la copia.

Creemos que en referencia a este medio probatorio los cambios indicados, sin ser los únicos, son los más relevantes.

##### 2º) INFORMES DE PERITOS:

Son muy numerosas las modificaciones que la Ley 18.857 introdujo en relación con este medio probatorio. Desde luego, y sólo refiriéndonos a las que en nuestro concepto son las más gravitantes, podemos señalar las siguientes:

a) **En cuanto a quién debe encargar el Juez la pericia**, se establece por la Ley una verdadera prelación y así tenemos que se privilegia en las designaciones a los servicios o empresas fiscales, semi-fiscales, de administración autónomas o municipales que tengan idoneidad para practicarlos, por sobre los peritos que figuran en las listas a que nos referiremos. Se altera así la situación anterior y primordialmente respecto de aquellas comunas o agrupación de ellas en que no existían tales servicios.

En caso de autopsias u otros exámenes médicos, el Juez debe designar al legista correspondiente y sólo si existen razones que aconsejen designar uno diverso, lo que expondrá en un auto motivado, puede hacerlo; no existe entonces libertad de elección.

b) **Listas de Peritos.** Se ha cambiado la forma de confeccionar las listas que mantenían las Corte de Apelaciones. En efecto, tales Tribunales deben determinar cada dos años el número de peritos que en su concepto deben figurar en cada especialidad, luego confeccionar una lista que deberán enviar en el mes de Octubre del final del bienio a la Corte Suprema la que en definitiva es quién confeccionará la nómina pudiendo agregar y suprimir nombres, sin expresión de causa.

Estas listas definitivas serán publicadas

en el Diario Oficial en la primera quincena de Enero y rigen por dos años.

Se entenderá que pertenecen de pleno derecho a las nóminas los Institutos científicos de las Universidades, las personas que los integran y las que profesan docencia universitaria aunque no figuren en ella.

c) **Perito adjunto.** Las partes pueden designar un perito adjunto, salvo que en concepto del Juez su intervención pudiere perjudicar el éxito de la investigación. En el plenario, por tanto, el Juez no puede oponerse a tal designación de las partes.

Esta disposición (artículo 224 del Código de Procedimiento Penal) permite nombrar un sólo perito por los querellantes y otro por las demás partes en el juicio y sólo por motivos calificados el Juez puede permitir la designación de otro. Nos parece que esta disposición no se compadece con la realidad del proceso penal, puesto que está obligando a partes absolutamente opuestas como por ejem. al actor civil y al demandado civil a buscar un acuerdo para nominar al perito.

d) **Juramento o promesa.** En lo que dice relación con el juramento que exigía el Código, hoy día puede ser reemplazado por una Promesa de Buen Desempeño (art. 236 C.P.P.).

e) **Plazo para informar.** El plazo para informar que era de dos días hoy, un poco más acorde con la realidad sube a 5.

f) **Honorarios.** Resulta de indudable interés para el perito, el que hoy día para cobrar los honorarios correspondientes al fisco, se han simplificado los trámites. En efecto ya no necesita recurrir a los servicios de abogados, puesto que el artículo 245 del Código de Procedimiento Penal no exige, o mejor elimina en el procedimiento correspondiente la necesidad de la designación de patrocinante y

de procurador judicial. La consulta por otra parte sólo tiene lugar si se fijan honorarios superiores a 10 Unidades Tributarias mensuales y tanto la consulta como la apelación en su caso se ven en cuenta, salvo que se autorice alegato.

### 3º) TESTIGOS:

a) El artículo 195 del Código de Procedimiento Penal amplía los medios para obtener la citación del testigo, puesto que además de cualquier ministro de fé puede practicarla un empleado del Tribunal comisionado para ello. Antes, en relación al empleado del tribunal, sólo podía comisionarse al portero, lenguaje que ni siquiera concordaba con la nomenclatura del Código Orgánico de Tribunales. Se altera también la antigua disposición y se señala, reconociendo lo que ocurría en la práctica, que la citación se practicará, por lo general, por un agente de policía.

b) En relación al examen del testigo que reside en un lugar distinto al del juicio, se suprime la referencia a kilometraje, y debe ser hecha por el Juez de Letras o de Policía Local de su residencia. Se mantiene, en todo caso, la excepción relativa a la declaración ante el Tribunal de la causa, para lo cual el juez deberá dictar un auto motivado.

c) Conforme a los artículos 203 y 204 del Código de Procedimiento Penal se permite al testigo declarar bajo promesa de decir verdad y no se puede juramentar a los menores de 16 años.

En todo caso es necesario dejar constancia que tanto puede cometer delito de falso testimonio el testigo que ha sido juramentado como el que ha prestado su declaración bajo promesa.

d) Se permite al Juez ordenar que la declaración del testigo se recoja mediante

versión taquigráfica o en aparatos de estenotipia o fonograbadores. Sobre ello volveremos.

#### 4º) DECLARACIONES DEL INculpADO

a) Se establece en el artículo 318 bis del Código de Procedimiento Penal el derecho del imputado libre de presentarse ante el Juez a declarar "en su ejercicio nadie podrá impedirle su acceso al Tribunal". El Juez debe dejar expresa constancia de la presentación voluntaria.

b) Si bien no se señala en forma expresa, como en algunas legislaciones extranjeras, el derecho del inculcado o guardar silencio, a no responder, ello se deduce de lo dispuesto en los artículos 321 en relación con el 322 del Código de Procedimiento Penal. En efecto, en el primero se señala que al interrogatorio de identificación, siempre deberá responder, no se repite esta norma en el segundo, al referirse precisamente a preguntas sobre los hechos y la participación.

También el artículo 327 guarda silencio en lo que puede suceder si el inculcado rehusa contestar, pero se señala lo que ocurre con el que se finje loco, sordo o mudo, y todas estas situaciones están contempladas en la misma disposición.

Finalmente, el artículo 484 del Código de Procedimiento Penal, ya en forma que no deja lugar a dudas, manifiesta "que el silencio del imputado no implicará un indicio de participación, de culpabilidad o inocencia".

c) Ahora, y mirando especialmente al derecho de defensa, el Juez debe informar al inculcado cuál es el hecho que se le atribuye y puede hacerle saber las pruebas que existieren en su contra. Se le invitará enseguida, como dice la ley, a manifestar cuando tenga por conve-

niente para su descargo o aclaración de los hechos. Todo ello permite concluir que el legislador quiso poner énfasis en el carácter de defensa que tiene la declaración indagatoria.

d) Al igual que respecto de los testigos, el Juez puede ordenar que la declaración del inculcado se recoja mediante versión taquigráfica o en aparatos de estenotipia o fonograbadoras.

e) La derogación del artículo 337 del Código de Procedimiento Penal, que se refería al inculcado que expusiere ser menor de 20 años, no significa que la norma haya perdido vigencia, pues ella se trasladó al artículo 347 Bis con la sola modificación que ahora tiene importancia cuando manifiesta tener una edad inferior a 18 años. Esta nueva disposición y al del artículo 347 Bis A. agilizan tanto las diligencias relativas a la averiguación de la edad como a la declaración del Juez de Menores acerca del discernimiento, trámite que no puede durar más de 15 días, ordenando que se prescinda, en su caso, de informes técnicos. En este lapso de privación de libertad del menor, que se aclara que como tal debe considerarse para todos los efectos legales, es procedente la excarcelación de acuerdo a las reglas generales.

El artículo 339 del Código de Procedimiento Penal tan conocido de los jueces y secretarios, que se derogó, no hace desaparecer la obligación de certificar sobre posibles condenas o declaratorias de reos pretéritas, sino que simplemente ella se pasó al artículo 350 Bis.

f) Finalmente y en lo que dice relación con el imputado resulta útil recordar lo que expresa el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal "a nadie se considerará culpable de delito ni se le aplicará pena alguna sino en virtud de sentencia dictada por el Tribunal establecido por

la Ley, fundada en un proceso previo legalmente tramitado...".

Desde luego, se contiene en este precepto una clara reafirmación del principio de la legalidad, en el sentido del debido proceso y que consagra el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, es el viejo aforismo "Nulla poena sine iudicio".

Al establecer por otra parte que a nadie se le considerará culpable de delito sino en virtud de sentencia, se está consagrando "el principio de inocencia". Hasta ahora no se le había contemplado como una norma expresa, sino que sólo era una deducción lógica. En efecto, si el proceso penal es obligatorio, puesto que es la única forma en que pueden cobrar vida las normas punitivas, nadie ha podido ser considerado culpable, mientras no se dicte sentencia de término. Pero creemos que ha sido útil que esta deducción esté contemplada hoy en una ley. Se evitará toda duda.

Si el inculpado goza de este derecho, él no necesita demostrar su inocencia y por el contrario, es menester probar su culpabilidad. Por lo mismo en caso de duda habrá que absolver.

De este principio nace el derecho del inculpado a defenderse de toda imputación.

## 5º) DE LA CONFESION

a) Ahora bien, la declaración indagatoria de que hemos venido hablando, puede transformarse en un medio de prueba: la confesión, siempre que el imputado reconozca su participación culpable en el hecho punible.

Pero para que ella pueda probar la participación es necesario que se den las circunstancias señaladas en el artículo

481 del Código de Procedimiento Penal, debiendo destacarse, en lo que en esta charla corresponde, que debe ser prestada ante el Juez de la causa o ante aquellos cuya competencia se discute mientras la respectiva contienda no se ha dirimido. Hasta aquí ninguna novedad, pero se ha agregado por la Ley 18.857 la prestada ante el Juez que practica las primeras diligencias del sumario, y que se indican en el artículo 6 del Código de Procedimiento Penal, lo que antes no sucedía y por ende sólo podía constituir un indicio, pero jamás prueba completa, como sucede en la actualidad.

b) Deben recordarse, como normas de interés, el que el silencio del imputado no implicará indicio alguno de participación, culpabilidad o inocencia y que no se dará valor a la confesión extrajudicial obtenida mediante la interceptación de comunicaciones telefónicas privadas, o con el uso oculto o disimulado de micrófonos, grabadoras de la voz u otros instrumentos semejantes. Recordémonos de casos famosos ocurridos en USA., en que precisamente se han usado estos métodos.

Se trata de evitar este tipo de espionaje y se pretende que siempre la confesión responda a un acto voluntario y con plena conciencia de que se reconocen hechos en su propio perjuicio.

Lefamos a propósito de esta disposición en la prensa del día Lunes 2-VII-90 que el gobierno de Colombia facultó a los jueces militares para que intercepten los teléfonos de aquellas personas sospechosas de estar vinculadas a los carteles de la droga, y a los grupos de sicarios a su servicio que están ejecutando asesinatos y atentados terroristas.

Esta medida extrema, que sin duda viola el derecho a la privacidad, sólo pue-

de comprenderse en la emergencia que vive ese país.

c) El artículo 484 Bis como ya hemos tenido oportunidad de ver, otorgada a las partes el derecho de exigir, en el plenario, la concurrencia del acusado, a una o más audiencias determinadas para interrogarlo sobre los hechos que hayan manifestado en el sumario o sobre las declaraciones que los comparecientes hubieren formulado en el plenario.

En el artículo 484 Bis A. se consagra la absolución de posiciones acerca de los hechos objeto de la acusación y de la defensa, para las demás partes en el juicio.

El juez, en única instancia, se debe pronunciar acerca de la pertinencia de las preguntas, contenidas en el sobre cerrado y que se abre en la audiencia.

Las partes tienen el deber de concurrir y si no lo hacen pueden ser compelidas con arresto.

La petición de concurrencia del acusado y de las partes a absolver posiciones no exige la ley que sean solicitadas en los escritos de acusación o adhesión, de acción civil o de contestación a uno y otro, y por el contrario, en el primer artículo citado se señala que ellas pueden pedirse durante todo el plazo del plenario y hasta los seis días después de vencido el probatorio, como lo recordamos anteriormente.

d) En el proceso penal no hay confesión ficta y ello abarca no sólo al acusado sino que a todas las partes.

#### 6º) MEDIOS DE PRUEBA INCORPORADOS POR LA LEY 18.857 AL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Se trata de elementos probatorios que la legislación pretérita no había

considerando, pero que sin embargo, en el hecho, se utilizaba en los procesos. Recordémonos sólo de la fotografía, tan útil para demostrar por Ej: los daños en un accidente de tránsito. Siempre se consideraron como un documento. Sin embargo la nueva ley en lo que constituye un verdadero avance, una modernización, los ha incorporado expresamente.

Para su estudio distinguiremos aquellos que pueden ser de iniciativa del Juez, de los agregados por las partes en el proceso.

#### a) Iniciativa del Juez

A ellos se refieren especialmente los artículos 113, 117, y 330 del Código de Procedimiento Penal.

El primero permite al Juez "disponer la fotografía, filmación o grabación y, en general, la reproducción de imágenes, voces y sonidos por los medios técnicos que estime conveniente. Asimismo, podrá valerse de resultados obtenidos por la utilización de aparatos destinados a desarrollar exámenes o demostraciones científicas o por medio de la computación".

El segundo, por su parte, repite que el Juez puede valerse como medios auxiliares para levantar un acta de inspección, de instrumentos de reproducción o de captación de sonidos o imágenes; y el último le autoriza ordenar que la declaración del inculcado o testigos se recoja mediante versión taquigráfica o en aparatos de estenotipia o fonograbadores. (Aparatos estenotipia son máquinas de escribir con signos de taquigrafía).

#### b) Iniciativa de las Partes

Las partes por su lado, conforme al artículo 113 Bis podrán valerse de pruebas, como películas cinematográficas, fotografías, fonografías, y otros elemen-

tos de producción de la imagen y del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe”.

### c) Valor Probatorio

Para analizar el valor de convicción de estos nuevos elementos es necesario repetir la distinción entre aquellos presentados por las partes de los que son iniciativa del inquisidor. Así tenemos:

1) El artículo 113 Bis se encarga de señalar en su inciso 1º que los **agregados por iniciativa de las partes** “podrán servir de base a presunciones o indicios”. En otros términos, ellos por sí solos no son suficientes para demostrar la existencia de un hecho, puesto que, para que así acontezca, deberán necesariamente ir unidos a otros medios de prueba.

Creemos que el legislador fue muy parco en el valor que les otorgó a estos modernos medios. En efecto, las precauciones de que están rodeados, desde luego la citación, la asesoría técnica que se puede ordenar, las constancias y medidas que se deben adoptar después de la operación, son suficientes garantías para que pudieran haber sido consideradas, al menos, como constitutivas de una presunción judicial.

2) Indudablemente, de otra parte, cuando la **iniciativa parte del Tribunal, el que no pudo estar presente en el momento histórico en que ocurrieron los hechos**, estos elementos sólo sirven para dejar constancia de un hecho o se utilizan para desarrollar exámenes o demostraciones científicas o sirven de auxiliares para levantar las actas de las pruebas orales. En otras palabras, cuando corresponden únicamente a testimonios de otras pruebas, peritos, inspección personal, testigos etc., el valor será el que corresponda a estas y no al de base de una presunción judicial.

La distinción fluye claramente de la ley. En efecto, el artículo 113 Bis, que le asigna sólo la posibilidad de constituir una base de presunción judicial, debe aplicarse en su ámbito propio, vale decir, sólo cuando son las partes las que se han valido de ese elemento, ya que la norma sólo se pone en esa situación y para nada reglamenta el valor de la prueba allegada al proceso por el Juez de propia iniciativa.

## 7º) DE LA PRUEBA DE LAS ACCIONES CIVILES

Por primera vez la Ley consagra una disposición especial a la prueba de las acciones civiles en un proceso penal. El artículo 488 Bis del Código de Procedimiento Penal que conforma el Párrafo VIII del Título correspondiente del Código de Procedimiento Penal, regla esta materia.

### a) Carga de la Prueba

Esta, por expresa disposición de la ley señalada se sujeta a las normas civiles, por ende el que debe probar y no lo hace sufre el perjuicio de su propia omisión.

### b) Procedencia, Oportunidad, Forma y Valor Probatorio.

A su respecto rigen plenamente las normas del Código de Procedimiento Penal.

Sin embargo se contienen dos reglas específicas relativas a la Confesión:

1) Las partes pueden ser llamadas a absolver posiciones en el plenario sólo una vez, siempre que se trate de hechos comprendidos en la acción civil y que no digan relación con la existencia del delito y la responsabilidad penal. Se aplican en lo demás las normas que tuvimos oportunidad de analizar y relativas

a la absolución de posiciones en materia penal.

2) Consecuencia de ello es que en esta materia civil, tampoco hay confesión ficta.

Se agrega que lo dispuesto en este artículo se aplica también a las cuestiones civiles indicadas en el artículo 173 del Código Orgánico de Tribunales, esto es, las conocidas como cuestiones prejudiciales civiles.

En esta materia se ha producido una modificación del inciso final del artículo 173 del Código Orgánico de Tribunales. En efecto, conforme al artículo 488 Bis, que se analiza, solamente lo relativo a la

carga de la prueba se rige por las normas civiles, en cambio el Código Orgánico señala que la prueba en general se sujetará a las disposiciones del derecho Civil. Por tanto y tratándose de una norma posterior y sobre el mismo asunto, prevalece por sobre la antigua. Así las cosas en estas cuestiones prejudiciales civiles únicamente la determinación de la parte que debe probar se rige por las normas civiles; en lo demás se le aplican las del Código de Procedimiento Penal.

Finalmente "el reconocimiento que las partes hicieren en sus escritos, respecto de los hechos que le perjudiquen, y relativo a la acción civil, constituirá confesión.



ASOCIACION NAC. DE MAGISTRADOS  
DEL PODER JUDICIAL DE CHILE

---



# INSTITUTO DE ESTUDIOS JUDICIALES

---

## DOCUMENTOS

### OTROS TEMAS

- 1) Desarrollo del Derecho y sus aplicaciones  
Fernando Fueyo Laneri.
- 2) Antecedentes históricos de la Administración de Justicia  
Carlos Aránguiz Zúñiga.
- 3) Tres momentos de la historia judicial de Chile  
Armando de Ramón Folch.
- 4) Colaboración del Banco Osorno y La Unión  
al Instituto de Estudios Judiciales
  - a) Intervención del Sr. Alvaro Saieh Bendeck  
Primer Vicepresidente
  - b) Palabras de don Ricardo Costabal Llona, Fiscal

Colabora:

CORPORACION  
DE PROMOCION  
UNIVERSITARIA

## DESARROLLO DEL DERECHO Y DE SUS APLICACIONES(\*)

FERNANDO FUEYO LANERI.

*Profesor Derecho Civil, Universidad de Chile y Diego Portales. Ex Abogado integrante Corte Apelaciones de San Miguel.*

Hoy celebramos jubilosamente un aniversario más de esta Ilustrísima Corte, inicialmente Presidente Aguirre Cerda, hoy de San Miguel. Corte tenida unánimemente como la mejor del país a juicio de abogados del más alto nivel; no obstante sus limitaciones económicas y de cualquier orden, propias del estado de notable abandono en que se mantiene al Poder Judicial desde tiempo inmemorial.

Me preocupa un tanto que sea yo la persona designada por la Il.ª Corte para abordar algún tema del saber jurídico, tanto en esta ocasión como en otras anteriores. La reiterada distinción me honra y a la vez me obliga a superarme, aunque confieso que no dejan de flaquearme las fuerzas ante tanta responsabilidad.

Hoy abordaré cuatro materias diferentes, si bien las cuatro conducentes a un fin único: el **desarrollo del derecho y de sus aplicaciones**. Por eso mismo dicho fin ha servido para dar nombre a mi exposición.

El tratamiento será simple, directo y con la ilusión de convencer.

(\*) Conferencia en la ceremonia recordatoria del 11º aniversario de la Corte de Apelaciones de San Miguel, martes 14 de agosto de 1990.

Las materias aludidas son:

A) La información como cosa de la esencia en el desarrollo integral del derecho.

B) La modernización de las normas positivas, señalando como ejemplo un Código Civil nuevo.

C) Crear "Nuevas" Facultades de Derecho.

Ch) Un "Nuevo" Poder Judicial.

Más adelante explicaré por qué hablo de "nuevas" y de "nuevo" con evidente impropiedad de lenguaje.

**A) La Información como cosa de la esencia en el desarrollo integral del Derecho.**

Sobre la información se ha escrito —y practicado— desde tiempos inmemoriales; pero no se ha producido aún la conciencia de lo que la información es y lo que proyecta en cadena y al infinito. Tampoco se han sopesado los efectos y la responsabilidad inmensa por prescindir de ella o desdefiarla. Naturalmente que hablo de la información en el área jurídica, que es la que a nosotros nos atañe.

Por otra parte, la información en referencia tiene una fatal disyuntiva: o se tiene a disposición en el volumen de nuestras necesidades y a tiempo, o bien se carece de ella, llegando a ignorarse que existe, con las consecuencias funestas que de ello se derivan.

En los países desarrollados, en los cuales, coincidentemente, se procesa y almacena la información, luego se la emplea y se la proyecta, traduciéndose valiosamente en libros, otros documentos o bancos de datos. Paralelamente, existe siempre la coincidencia del interés masivo por recoger dicha información ávidamente, valerse de ella, y divulgarla luego de pasar por el tamiz del razonamiento, proyectando siempre luz, obras, legislación doctrina, sentencias, enseñanza, congresos, etc. En dos palabras: evolución y progreso.

En los países camino al desarrollo, por el contrario, generalmente se carece de información, o la que existe es muy escasa, incompleta y antigua.

Pero no sólo es un problema de ignorancia de conocimientos que circulan en otros lugares, que al fin y al cabo no sería tan grave, sino que se observa mucho más que eso. Existe lisa y llanamente desinterés por alcanzar esa información, indiferencia ante las señales de su existencia, impavidez ante la problemática de la información; también suma pereza por la toma de una orientación constructiva.

Al cabo de muchos años de reflexión pausada, he llegado con asombro a la conclusión que hay en Chile interés indisimulado por frenar el acceso a la información. Como si oyéramos decir machaconamente: el conocimiento soy yo con lo almacenado en mi cerebro, nada de informática manual o electrónica, persona alguna podría sobrepasarme, mucho menos si es un mozalbete que podría ser hijo o nieto mío.

Vivo ahora precisamente este instante tenso que se viene prolongando por años y paso con tal motivo noches en vela desatendiendo los efectos del diazepam.

Vuelvo a los países desarrollados y remarco que tienen resuelto el problema

de la informática en todas sus formas: ellos podrán desarrollarse en el campo de los saberes jurídicos, incluso progresivamente. Alcanzarán cualquier meta. Nosotros, los subdesarrollados, en cambio seguiremos como sumergidos en un pozo profundo, estáticos y quedando cada vez más atrás en comparación con los primeros. ¡Horrible desgracia!

El desarrollo integral nuestro, en lo jurídico y en lo judicial, empezará, pues, por la obtención, selección, procesamiento, almacenamiento y difusión de la información jurídica en todas sus formas. Este asunto es, por sobre todo, esencial.

Pero esa información jurídica, en cuanto a su objetivo, tiene una peculiar cualidad. Deberá alcanzar la globalidad del Derecho y de sus aplicaciones: las Facultades de Derecho, los Tribunales de Justicia, el Congreso Nacional, la Contraloría General de la República, las fiscalías de entes públicos o privados, la investigación pura o aplicada que se proyecta hacia el desarrollo del Derecho. Incluso las conductas humanas regidas intuitivamente por un Derecho que se palpa, se siente y se huele sin necesidad de estudiarlo metódicamente.

Nos quejamos del atraso de nuestra enseñanza jurídica en la universidad. Se debe en primer término a la falta de la debida información.

Nos quejamos de los jueces de preparación insuficiente. Se debe a lo mismo en lo fundamental.

Nos quejamos de las leyes que se elaboran con graves errores, o bien no se atina a legislar modernamente y como lo exige la sociedad. Se debe a lo mismo fundamentalmente.

Los ejemplos pueden seguir y seguir.

Todo el Derecho imperante y sus apli-

caciones fallará en todo sentido si falta la debida información.

Por eso sostengo, sin temor de equivocarme, que el enorme atraso integral de nuestro Derecho, y las graves consecuencias que de ello derivan, se superará sólo a través de la información jurídica debidamente buscada, procesada y difundida.

La informática jurídica puede tener dos formas. Una primera en el tiempo y que he practicado por 40 años: el **fichero temático científico para la investigación** que se va confeccionando día por día con paciencia benedictina y, sobre todo, con mucha vocación. La Biblioteca del Congreso Nacional ha mantenido un fichero legislativo, manual, por largos decenios, magníficamente llevado.

La **informática electrónica** que ha venido desarrollándose vertiginosamente en los últimos decenios, llegándose a divulgar la información jurídica hasta por el "compact disc", método empleado comercialmente por Editorial Giuffrè, de Milán, en Alemania por varios productores, y años después en Buenos Aires. Todo empezó, en este campo, no hace más de 4 años respecto de la primera de las experiencias recordadas.

Concluyo repitiendo la rotulación del principio: **la información como cosa de la esencia del desarrollo integral del derecho y de sus aplicaciones.** Agrega insistentemente: si falta no se arreglará problema alguno, ni el de las Facultades de Derecho, ni el de la modernización de las leyes, ni el del Poder Judicial.

**B) La modernización de las normas positivas, señalando como ejemplo un Código Civil nuevo.**

Se viene hablando desde hace decenios de la modernización del sistema legislati-

vo. Podría afirmarse que, unánimemente, los 20 últimos Ministros de Justicia, hacia atrás a contar del actual, han sostenido esta tesis y al respecto han elaborado proyectos y aun han conseguido la aprobación de leyes nuevas. Pero todo escaso, incompleto, pobre, quedando por hacer lo más, cuantitativamente y cualitativamente.

Todos los Códigos vigentes reclaman reformas, o bien su elaboración completa rescatando lo bueno susceptible de perdurar. Lo mismo se podría sostener respecto de un gran número de leyes especiales.

Por supuesto que todo ello requiere de hombres de selección, con la debida información y preparación, al día en la evolución del derecho y que, obviamente, atiendan a las necesidades o requerimientos de nuestra sociedad.

Con las limitaciones propias del presente trabajo, me circunscribiré sólo a un nuevo Código Civil.

1. El cuadro o inventario de temas de un Código Civil depende en gran parte de la época de su promulgación. El nuestro empezó a regir el 1.º de enero de 1857 y, por lo mismo, su contenido está necesariamente de acuerdo con lo que existía en la vida social de Chile —y del universo—, incluyendo lo existente en materia jurídica.

Si volvemos los ojos hacia la mitad del siglo XIX, comprobaremos que, comparativamente con nuestro final del XX, aquella época era ciertamente primitiva, sencilla, ingenua, de relaciones humanas limitadas, de vinculaciones internacionales escasísimas, de industria apenas artesanal, de comunicaciones casi circunscritas a ciudades o villorrios.

Pensemos que en 1857 el transporte era sólo en caballo, carreta o coche. De Santiago a Concepción se tardaba entre 14

y 16 días, tiempo que habría demorado la transmisión, por ejemplo, de la noticia de haber muerto el Presidente don Manuel Montt que, sabemos, tanta participación le cupo en el remate de la obra de Bello. No había telégrafo ni teléfono, ni qué decir los demás medios más modernos. Era, simplemente, "la edad de la carreta", expresión que, clásicamente, define primitivismo.

**¿Cuántas cosas tendrían que estar absolutamente ignoradas en ese Código promulgado en 1857, si faltaban a su vez los hechos, los actos, las relaciones, los bienes, las asociaciones, las múltiples modalidades integracionistas que vienen participando en los últimos 40 años y, en una palabra, la filosofía del entendimiento entre los hombres, que en el ámbito nacional e internacional rige en nuestros días?**

Se me dirá que nuestro Código ha sido reformado múltiples veces. Efectivamente, en 1925, 1934, 1943, 1952 y recientemente en 1989, sin contar una docena de reformillas minúsculas entre los dos últimos años citados. Sí; pero ni cada reforma ni todas ellas reunidas logran un cambio estructural y una recepción de lo nuevo en cada una de las ocasiones o en todas las ocasiones reunidas.

Con lo dicho anteriormente, expresado con intencional sencillez, comprensible hasta por las mentes ajurídicas, **basta para convencerse que no nos puede seguir rigiendo un Código promulgado en 1857, a menos que estuviéramos dispuestos a soportar estoicamente el sideral daño social y económico que ello importa.**

A mayor abundamiento, estaríamos **contradiendo al propio Bello**, quien estimaba que la idea de reforma es consubstancial de este tipo de obras, "por completo y perfecto que se suponga un cuerpo de legislación".

Agregaba razones en favor de los remozamientos legislativos. "La mudanza de las costumbres, el progreso mismo de la civilización, las vicisitudes políticas, la inmigración de las ideas nuevas, —precursoras de nuevas instituciones—, los descubrimientos y sus aplicaciones a las artes y a la vida práctica...".

Se ha reproducido, más de una vez, el siguiente párrafo debido a Bello y que concuerda con lo recién dicho: "El Derecho de una nación, semejante a su lengua, no está nunca fijo; su existencia es una serie continua de alteraciones y mudanzas. De aquí la necesidad de refundir de tiempo en tiempo la legislación escrita".

Como si lo anterior fuera poco, en el propio Mensaje al Código, redacción de Bello, se alude expresamente a la natural evolución y cambios de las normas jurídicas en el transcurso del tiempo: en un párrafo al empezar y en un párrafo al terminar.

Entonces, ¿por qué esa resistencia ideológica y sistemática a la posición de reforma profunda que ha de traducirse lisa y llanamente en un Código nuevo?

Tornando todo lo dicho anteriormente como una introducción necesaria, señalo ausencias como las siguientes:

Afirmo, previamente, que es absolutamente imposible dar "a priori" una nómina de temas faltantes; pero cabría sostener que, considerando grandes materias ciertamente institucionales, y otras conceptuales de área más restringida, pueden faltar 30, 40, 50 ó 60 temas. Sin contar lo ausente o ignorado, quedaría por reestructurar completamente normas de todo un sistema; como ejemplo, uno solo: el Derecho Registral en todas sus ramas, particularmente la inmobiliaria. Finalmente, quedaría por reducir el tamaño del tratamiento excesivamente pormenorizado de algu-

nas materias, por citar sólo algunas: la de las servidumbres y la de las guardas.

Pero hay algo más, verdaderamente importante. Modernamente, se fueron extendiendo el número de las grandes partes en que se divide un Código y que se llaman Libros. Ya no se habla de los 3 Libros del Código civil francés, ni de los 4 nuestros; su número generalmente es de 6 o más, llegando a 10 en el Código civil peruano de 1984. Es que la estructura general se amplió y son más las vértebras del nuevo esqueleto. Eso nos obliga a un nuevo inventario de materias y a una nueva sistematización general.

Intentando una cita de algunas de las materias ausentes en nuestro Código vigente, recordemos las siguientes: El daño moral, el principio general de la buena fe más allá de sus aplicaciones particulares, el ejercicio abusivo de los derechos, la doctrina de los actos propios, el fraude a la ley, el estado de necesidad, el enriquecimiento sin causa a expensas de otro, la simulación, las astreintes. He empezado citando lo anterior porque justamente son las materias que he tratado en mi libro recientemente publicado por la Editorial Jurídica de Chile: "Instituciones de Derecho Civil Moderno".

Sin embargo, cabría agregar, entre muchas otras cosas: la teoría de la imprevisión o excesiva onerosidad sobreviniente, la multipropiedad, la prehorizontalidad, los derechos reales de enfiteusis y de superficie, los negocios fiduciarios, los contratos atípicos o innominales, de uso diario y que podrían sumar 20, 30 ó 40. Lo dicho es sólo por vía ejemplar.

Queda demostrado, pues, que lo que falta es demasiado, y tiene real trascendencia, teórica y práctica, se hace necesaria la urgente normalización de las cosas.

Queda demostrado, finalmente, que es

absolutamente imposible soslayar la tarea por vía de "parche", considerando que es demasiado lo que falta o lo que requiere modificación.

2. En cuanto a nuestra zona latinoamericana, reunidos en Bogotá, hace escasos años, profesores de no menos de 6 naciones, convinimos en que aproximadamente 2/3 de los países de la zona tenían Código nuevo, no reformado, o bien tenían proyectos de Código nuevo ya elaborado o en tramitación actual en el Congreso respectivo.

Tienen Código nuevo: Bolivia, Código de Familia en 1972 y Código Civil en 1975; Paraguay en 1977; Perú en 1984. Cuba, en 1987; En cuanto a Proyectos terminados, en Colombia en 1980 (dos proyectos); Argentina con un proyecto de unificación civil y comercial, con aprobación en la Cámara de Diputados, 15 de julio de 1987. Brasil, con un proyecto aprobado en una de las ramas del Congreso, aproximadamente en 1982, enviado al Congreso en 1975. Más de alguna cita se me escapa en este instante.

En Europa, se advierten dos Códigos nuevos de alto nivel técnico y que a su vez no se parecen entre sí: El Nuevo Código Civil italiano de 1942, que sirvió de fuente a muchos Códigos y proyectos posteriores, de otras naciones y el Nuevo Código de Portugal de 1967, con reforma profunda en 1977. El Código de la República Democrática Alemana, de 1976, con versión en italiano, de Editorial Giuffrè, del mismo año. Grecia también cuenta con Código Civil reciente. Estos casos son algunos de los muchos que podrían citarse respecto de Europa. En Asia y Africa los ejemplos igualmente abundan, aunque por el momento no se hagan las citas concretas.

3. De todo lo anterior fluye que, al margen de reformas "de parche" muy propias de los franceses (además que a

cada instante) y de los españoles (especialmente en 1974 y 1981), prima absolutamente el criterio de una obra nueva, diferente abiertamente de aquello que se deroga, aunque alguna cosa se pueda rescatar por buena e irremplazable, como sucedería en Chile en el evento de Código Civil nuevo.

Finalmente, he escuchado de labios de los autores de Códigos nuevos recientes: "es más fácil elaborar todo el Código que introducir cambios suprimiendo o agregando, cosa que, además, generalmente es imposible por completo. Otras veces esas modificaciones se hacen fuego con otras materias, resultando que se advierte tarde y da lugar a sucesivas modificaciones, como sucedió en Chile a poco de dictarse la Ley 18.802, de 1989.

Mi posición es abiertamente en favor de un Código nuevo, rescatando aquello que merece conservarse del Código actual. Así lo expongo y demuestro en mi reciente libro "Instituciones de Derecho Civil Moderno" publicado por la Editorial Jurídica de Chile, pág. 571 y siguientes.

### C) Unas "Nuevas" Facultades de Derecho.

No quiere decir esto que se propicie la creación de un mayor número de Facultades, que se sumarían a las ya existentes, ni que se vuelvan a crear las mismas que existen. ¡Por ningún motivo!

Quiero señalar que es tal el atraso general que se observa en las que están funcionando, que es como decir se necesita hacerlas de nuevo.

— Las bibliotecas de las Facultades de Derecho no compran permanentemente los libros que se van publicando, aquí o en el exterior, ni siquiera en una mínima medida. Más de alguna tiene cerrada la compra de libros y revistas absolutamente. Si alguna Facultad se libra de tal estado de

cosas, sería raro, pero en todo caso Facultad alguna cumple su misión a este respecto. Con esto llegamos a la gravísima ausencia de información. Además, lo que no se compra oportunamente no podrá obtenerse más tarde porque se interpone el fenómeno normal del agotamiento del material, quedando los vacíos para siempre.

— El profesorado está compuesto, en general, de hombres inteligentes y esforzados que tratan de superar de algún modo las numerosas limitaciones ambientales; pero eso no lo consiguen en definitiva. Se requiere mayor profesionalismo, publicaciones periódicas por parte de los profesores, cursos de perfeccionamiento, intercambio de profesores, etc. Ya lo decía Ihering hace mucho tiempo: "el camino a la cátedra pasa por la imprenta". Yo agregaría: "y se conserva la cátedra por la misma ruta". ¿Cuántos cumplen con estas máximas elementales?

Pero ¿qué podría exigírseles si ahora se les paga \$ 12.000 mensuales a los profesores titulares, y, excepcionalmente, hasta \$ 50.000 en universidades privadas? O se pretende que todo tendría que funcionar bien a base de héroes y sólo de héroes?

— Los programas no satisfacen las necesidades de la época y esto constituye un axioma.

— Del atraso de las Facultades se derivan, obviamente, las imperfecciones en todo lo que sigue: el ejercicio de la profesión de abogado, la judicatura con jueces carentes de preparación suficiente, y todo el deterioro concerniente al Derecho aplicado en todos los niveles y formas.

— El punto de partida, pues, está en las Facultades de Derecho y quien carezca de esa elemental visión o perspectiva en este complejo problema, irremediablemente caerá en el más rotundo fracaso. En cuanto al Poder Judicial, reitero que quien

piense que el grave y enorme problema empieza en el mismo Poder Judicial y que las soluciones deben darse sólo allí, estará profundamente equivocado e inducirá a error a los demás. Repito: el problema empieza en las Facultades de Derecho para todos los efectos.

No podría extenderme en el tema de las Facultades de Derecho; pero la síntesis, al menos, quedó esbozada en lo que precede. Sobre todo, en cuanto al factor proyección vastísima a cualquier esfera del derecho, con la cualidad de ser el factor que gobierna todo el resto, incluido el Poder Judicial y su funcionamiento.

#### D) Un "Nuevo" Poder Judicial.

Como en el caso de las Facultades de Derecho, el cambio necesario es de tal envergadura que es más propio hablar de una nueva organización que se diferenciará muchísimo de lo vigente hasta el momento. Por eso digo, pidiendo excusas por la rudeza del lenguaje, un "Nuevo" Poder Judicial.

Ese Poder Judicial "nuevo" no ha de ser precisamente obra de un instante, por vía de una ley que se promulga y que lo arreglaría todo, como lo creen ingenuamente nuestros tradicionales reformistas. Hecha la ley —piensan ellos— ya quedó todo en orden y debemos quedar tranquilos. Además, según ellos, todo nacería y surtiría efecto en un mismo acto.

— El primer cambio —aunque lento en el tiempo— se originaría cuando vayan obteniéndose sujetos de más altos niveles de preparación jurídica provenientes de las "nuevas" Facultades de Derecho, y démonos con una piedra en el pecho si ello se obtuviera poco a poco al cabo de unos 10 años de echado a andar el programa.

Ese llamado "perfeccionamiento de los jueces", que yo lo hago partir funda-

mentalmente de la universidad en sus cursos regulares, o bien extraordinarios o de especialidad, se intentaría simultáneamente en la Escuela Judicial, que existe en muchos países y que en Chile se viene proyectando con ánimo serio no hace menos de 35 años, según mis recuerdos.

Esa Escuela Judicial beneficiaría al postulante a juez; vale decir, lo prepararía para tan delicada función antes y no después de ser juez. Con pobre formación recibida en la universidad y con malas prácticas adquiridas en la función, durante 10 ó 15 años, ¿de qué modo se lograría una elevación de su nivel bajo y deformado? Sería como una ilusión. Por tanto, debe ser antes y no después, o bien antes y simultáneamente después.

Indudablemente que ese juez bien formado continuará más tarde sus estudios y perfeccionamiento dentro del ámbito de la misma Escuela Judicial, a modo de "reciclaje", como dicen los ingenieros, que tanto saben.

En la idea matriz de preparar al juez siempre antes de su ingreso a la carrera judicial a través de una Escuela especializada y luego intentar su perfeccionamiento de modo permanente, estoy en la privilegiada compañía de S.E., el Presidente de la República, Prof. Patricio Aylwin, quien se pronunció en tal sentido en su discurso de 30 de marzo último al inaugurarse en Pucón la Convención de Magistrados Judiciales.

Existen entre nosotros unos cimientos primarios sobre los cuales construir. El actual Instituto de Estudios Judiciales, de intensa labor permanente, con escasos medios económicos y, por supuesto, con metas todavía muy modestas en relación con lo que podría ser su labor si contara con los medios económicos adecuados. No podría dejarse de mencionar los méritos y la acción eficiente que realiza desde hace

años su actual Presidente, el Ministro de esta Corte D. Hernán Correa de la Cerda. Busca y encuentra medios económicos en forma realmente milagrosa.

Simultáneamente, y empezando desde ahora mismo, se requerirá de **dos acciones precisas** dentro del consabido programa. Paso a explicarlas.

Una consiste en **cuidar celosamente los nombramientos** que se hagan en el futuro, a fin de que recaigan en los mejores, sea que estén iniciando desde fuera su carrera, sea que la prosigan dentro del Poder Judicial. Para expresar esto último con un ejemplo, de la realidad de los días que transcurren, citaré el nombramiento acertadísimo de una brillante funcionaria, que acaba de alcanzar el grado de Fiscal en esta misma Corte de San Miguel. La señora Inés Martínez Henríquez. Reúne talento, preparación, contracción al trabajo, sentido de responsabilidad y prudencia.

Lamentablemente, diría que **en la historia de los nombramientos han primado los malos nombramientos**, pues se hacen por presiones o influencias, por las más variadas razones que es capaz de imaginar la mente humana. Es como una constante criolla; es como un provincianismo. Los resultados funestos no han quedado ocultos y constituyen una de las causas principales de los males que nos aquejan, sin contar la frustración en el funcionario de méritos que fue pospuesto injustamente.

La otra acción inmediata a que aludía, es la de hacer operar como es debido el proceso de **calificación anual**. Este proceso debe quedar radicado de hecho y de derecho en las **Cortes de Apelaciones**, y en los propios Juzgados respecto del personal que al Juez corresponde calificar. Y esas calificaciones de las Cortes de Apelaciones y de los Jueces **deben respetarse**. Su modificación ha de convertirse en casos de excepción, ciertamente raros. Hoy, lamenta-

blemente, la Excma. Corte Suprema interviene a mi juicio en casi todos los casos de calificaciones negativas, siempre en la orientación de la indulgencia o del juzgamiento más blando. A mi juicio, se ha causado un grave daño a la organización judicial y a la imagen hacia el interior y hacia el exterior del Poder Judicial. Además, se contribuye a que los malos sigan.

— El aumento de **Tribunales de primera y segunda instancia**, y el aumento de **funcionarios en cada tribunal**, constituye una verdad incontestable, pero, a la vez, un verdadero lugar común por la excesiva repetición en forma machucona. Quienes conocemos el problema sabemos que faltan tribunales y falta personal en ellos, ¡qué duda cabe!, pero no se crea que con lograr esa solución, presentada en forma monocorde, se llegará a la solución definitiva. No es cierto.

— Pero cuanto he dicho hasta el momento sobre una reestructuración seria, profunda y eficaz, no deja de ser, en general, otra cosa que **vulgares repeticiones**, todas ellas escuchadas mil veces. Exceptúo de esta afirmación sólo aquello concierne a la **formación sólida del juez a contar de la universidad y seguidamente en la Escuela Judicial**, cosa que, si bien se ha expresado en cuanto a esto último, lo cierto es que no se ha mencionado hasta este instante el **debido acento de estar la clave en la Universidad y en el desarrollo mismo del Derecho a contar de esa etapa inicial y substantiva**.

Repito que no basta de modo alguno con lo dicho hasta este instante. Lo esencial está más allá y, yo al menos, no lo he escuchado hasta el momento. Intentaré esbozar las ideas.

**Todo el problema y su solución radica en una subestimación errónea y torpe del juez y de su función**, constituyen en Chile esa subestimación un verdadero lugar co-

mún o un convencimiento generalizado en la población, sin excluir de esto aun a las personas cultas. Sólo de una nueva estimación ajustada a la verdad emergerá la solución definitiva.

Apenas algunos de los que hemos ejercido funciones judiciales, y a la vez hemos dedicado muchos años al estudio pausado del derecho en toda su amplitud, captamos con claridad que esa masa de ciudadanos que ejercen como juzgadores en la sociedad se encuentra en un plano de altísimo nivel de exigencias y rendimiento en consideración a las materias sometidas a su conocimiento, a la complejidad de los problemas involucrados, a las sutilezas y variantes que los conflictos ofrecen tanto para apreciarlos como para decidirlos, a las condicionantes sociológicas y psicológicas a que están sometidos los jueces como seres humanos que son, y, en fin, a la exposición al juicio público hasta la eternidad por las sentencias que pronuncian, mucho más allá del estrecho entorno de las partes que litigaron unas contra otras.

Para efectos de reafirmar o extender en algo lo recién expresado, acudiré nuevamente al pensamiento del Señor Presidente de la República en su discurso de Pucón.

"Permítanme algunas palabras sobre la libertad del juez y la responsabilidad consiguiente que ella entraña. El país está convencido que la acción de los jueces se ha limitado a ser meros aplicadores de la ley" (¡Oh gran verdad que contradice la creencia de enormes masas de abogados y jueces, aun de nuestros días!). Continúa el Señor Presidente. "Lo cierto es que si bien la ley enmarca su decisión, no la determina necesariamente. Sus creencias, valores, prejuicios y opiniones juegan un papel innegable en los fallos. Los jueces tienen un ámbito importante en la interpretación del derecho y su criterio es decisivo en el ejercicio de las atribuciones que la ley les

confiere".

Realzando "in extremis" la trascendencia de los fallos judiciales, el Señor Presidente expresó en seguida en Pucón.: "El valor de la jurisprudencia como instrumento de creación del derecho, sobre la base de la interpretación actualizada de la ley, para sus fines de justicia y bien común, es un factor que debe ser fundamental en la administración de justicia". Comento por mi parte, ¡Oh divino distanciamiento respecto de la Escuela francesa de la exégesis en la cual nos han formado a todos nosotros y de la cual nos vamos desprendiendo poco a poco, con una lentitud enervante!

Dentro de mi argumentación, voy a introducirme en el difícil —y siempre ingrato— método comparativo.

¿Quiénes son más importantes y trascendentes en su labor y según su responsabilidad?, ¿los Senadores y Diputados o bien los jueces?

Los primeros crean las normas positivas; pero sin constituir dichas normas positivas todo el Derecho, que es un género mucho mayor.

Una buena ley, por otra parte, puede ser estropeada, envilecida o anulada por un mal juez, al tiempo de su aplicación; como, al revés, una mala ley puede ser mejorada o actualizada por un buen intérprete, sin contar que, siendo eventualmente perniciosa en sus efectos, puede desestimarla y excluirla al tiempo de sentenciar.

Además, no podemos desconocer la creación judicial del juez en su sentencia, aun en nuestro sistema legislativo, cosa que yo podría probar con cientos de sentencias de nuestros tribunales (Interpretación y Juez, Fueyo, Santiago, 1976).

Siguiendo en el plano de la compara-

ción —y que Dios me perdone, el Congreso Nacional funciona en un Palacio Monumental, con todos los adelantos y comodidades modernas, con la asistencia de personal idóneo e instrumentos electrónicos y sofisticados, remunerándose a Diputados y Senadores con sumas elevadas que ellos y yo las encontramos razonables. Pero, me pregunto, ¿por qué los tribunales funcionan en la mayoría de los casos en edificios casi en ruinas, y los magistrados ganan sueldos infames? Yo no critico ni me opongo al tratamiento que se da a Diputados y Senadores, de modo alguno; pero, ¿por qué tan atroz contraste con la situación que se aplica al Poder Judicial y sus miembros?

Al argumento de que el Poder Legislativo tendría importancia superlativa, respondo así. No debe ser tan importante del modo en que está funcionando en un régimen democrático. Prueba de ello que estuvo ausente durante 16 años y el país siguió funcionando y surgiendo a pasos agigantados según se reconoce unánimemente en vastas esferas. Salvo, naturalmente, algunas perspectivas importantes que juegan sólo en un régimen democrático institucionalizado que todos acogemos y aprobamos. Lo cierto es que durante 16 años funcionó a través del sustituto de 4 Comisiones Legislativas y a un costo ínfimo.

Me pregunto, ¿podría prescindirse del Poder Judicial, o bien podría sustituirse por algún sistema simplificado? ¡Jamás! ¡Sería el caos en cuestión de horas, ni siquiera días o semanas!

Para financiar el Congreso Nacional hubo dinero, y hay dinero día por día para proseguir; la prueba está a la vista. En cambio, para financiar al Poder Judicial la respuesta está contenida en tres palabras: "No hay dinero". ¿Por qué?

La respuesta que se ha venido dando

por decenios y decenios ya está dicha: "no hay dinero". Eso es mentira, porque el dinero está, y de faltar se deberán crear nuevos impuestos, o se contraerán nuevas deudas internacionales o se rebajarán los desproporcionados gastos en armamentismo, hoy de los más altos de América, según información recientemente difundida y no contradicha (Fortín Mapocho, Santiago, 30 julio 1990).

Simplemente porque el Poder Judicial constituye el más alto nivel en la sociedad, por sobre el Poder Legislativo y por sobre las Fuerzas Armadas.

La sola consideración del nivel superlativo del Poder Judicial y de sus miembros sentenciadores hará que el infamante financiamiento con una fracción del presupuesto nacional pase a la proporción que le corresponde, que no sería en todo caso mucho, proporcionalmente, porque, de todos modos, será poco, muy poco, en el plano de las proporciones. Repito, sería muy poco, comparativamente. (Según el art. 238 de la Carta Fundamental del Perú, el presupuesto para el Poder Judicial **no puede ser menor del 2 por ciento** del presupuesto de gastos corrientes de la Nación. Ojo, se establece que "**no puede ser menos de**", lo cual permite que sea el 3 por ciento o el 4 por ciento, o más. Costa Rica, de hecho, en la ley de presupuesto, establece anualmente, con cierta uniformidad, el 5 por ciento del presupuesto).

Por consiguiente, señores, ya no estamos en tiempos de estudiar el problema Judicial a través de **Comisiones** que se forman para tal efecto. El asunto está archiestudiado y sabemos ya, desde hace mucho tiempo, cuál es la forma de solucionarlo.

Será preciso, pues, cambiar el verbo **estudiar** por el verbo **hacer**, que bien puede apoyarse a mayor abundamiento de los verbos **ejecutar** o **realizar**. Los italianos

hablan de la **voluntá de fare**, de la voluntad de hacer.

Hagamos todos un acto de fe en las personas de S.E. el Presidente de la República y de su Ministro de Justicia, rogando a Dios que se convenza pronto al Ministro de Hacienda y a la mayoría parlamentaria cuyos votos favorecerán nuestro anhelos de justicia.

Doy las gracias por haberseme escuchado como académico, investigador jurídico, publicista y reconocido justicialista, sin ostentar poder ni cargo alguno y con el solo anhelo de hablar el lenguaje de la verdad, no siempre el que más gusta.

Repito, muchas gracias.

## ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA EN CHILE

CARLOS ARANGUIZ ZUÑIGA.

*Fiscal de la Corte de Apelaciones de Coyhaique.*

### LA COLONIA:

#### a) Nuestro primer Tribunal:

El 27 de agosto de 1565, por real cédula de Felipe II, se crea en Chile la Real Audiencia, que constaba de cuatro miembros: tres oidores, que vinieron desde España y el Doctor Melchor Bravo de Saravia, antiguo oidor de la Real Audiencia con sede en Lima, al que se designó como su Presidente. A este primer Tribunal creado en nuestro país, se le encomendó no sólo el ejercicio de la administración de justicia de un modo integral, sino que, además, el gobierno civil y militar de Chile con amplias facultades. Integraban también el nuevo órgano judicial, un fiscal, un alguacil mayor y un secretario canciller escogido de entre los vecinos de la ciudad de Concepción, donde fue fijada su sede.

De los tres oidores que emprendieron el largo viaje desde España, uno de ellos, el Licenciado Serra, falleció en Panamá. Los otros dos, Juan de Torres de Vera y Aragón y Egas Venegas, permanecieron siete meses en Lima esperando el nombramiento de Bravo de Saravia como Presidente, que al parecer fue extraviado. En vista del retardo y la naturaleza del mandato recibido, decidieron adelantarse a éste y arribaron a Coquimbo a fines de abril de 1567, siendo recibidos apoteósicamente tanto por los vecinos como por el Cabildo de Santiago. Culminados los aga-

sajos, siguieron viaje a Concepción, instalándose finalmente el Tribunal el 10 de agosto de 1567, en ceremonia grandiosa y de sin igual suntuosidad, iniciando sus funciones el día 22 del mismo mes.

El boato observado durante la posesión de su alta función, de acuerdo a los medios de la época, no volvería a repetirse jamás en la historia del Poder Judicial. El Tribunal fue suprimido en 1573, por real cédula del mismo Felipe II: su creación, con las atribuciones múltiples y complejas de las que fue dotado, había sido una colosal equivocación, en momentos que se libraba la Guerra de Arauco, puesto que se produjo una dualidad en el mando ejecutivo que debilitaba la acción militar, mientras que por otra parte se desatendían las funciones judiciales que debieron constituir su principal actividad.

#### b) Reinstalación de la Audiencia:

El 23 de marzo de 1606, el Rey resolvió reinstalar la Real Audiencia, esta vez con sede en Santiago, designando como su Presidente a don Alonso García Ramón, a la sazón Gobernador de Chile, de modo que pasó a reunir en su persona la jefatura de las funciones administrativas y judiciales de la Capitanía. El 24 de abril de 1609 se reunieron en la capital los cuatro oidores: el Licenciado Hernando Talaverano Gallegos —quien se desempeñaba como Teniente de Gobernador—, el doctor Luis Merlo de la Fuente, el Licenciado Juan Cajal y el doctor Gabriel de Celada; y una vez que el Gobernador-Presidente se hizo

presente en Santiago, con fecha 8 de septiembre de 1609 se procedió a instalar el Tribunal, nuevamente con ceremonias especialmente lucidas y solemnes.

A fin de no afectar la unidad del mando militar en la guerra que arreciaba, el Rey prohibió a la Audiencia toda ingerencia en lo relativo al Ejército, pero, aun así, sus funciones, aparte de las propiamente judiciales, abarcaban asuntos de gobierno y también eclesiásticos. Dentro de sus facultades de administración, el Tribunal ejercía el gobierno interino del país, en ausencia del Gobernador.

La nueva Audiencia de Santiago, además de su Presidente y los cuatro oidores, estaba integrada por un fiscal, un alguacil mayor, un relator, un escribano de cámara y un portero (los cuatro últimos denominados también "oficiales"). Sus fallos sólo eran apelables, en segunda suplicación, ante el Consejo de Indias —una especie de Corte Suprema para los asuntos indianos—, la cual era, por lo demás, su superior jerárquico.

El Presidente de la Audiencia ejercía la tuición superior del Tribunal y podía integrarlo para el conocimiento de las causas judiciales, siempre que fuera letrado. El más antiguo de los oidores, tenía el título de decano, lo que no sólo tenía importancia para los efectos de la precedencia y subrogación, sino que también porque dicho cargo tenía encomendadas tareas especiales, dentro de ellas, la integración del Tribunal de la Bula de la Santa Cruzada. El 22 de marzo de 1776 se creó el cargo de regente, que pasó a desempeñar tales funciones.

#### c) Jurisdicción y Competencia:

La Audiencia se regía por sus propias ordenanzas de 17 de febrero de 1609 y por la legislación española en cuanto no había sido modificada por aquéllas.

La jurisdicción de la Audiencia abarcaba las causas civiles y criminales, con excepción de las que incidían en asuntos eclesiásticos, militares y comerciales. Las funciones eclesiásticas de este Tribunal se limitaban a la vigilancia de la integridad del Patronato y de los derechos y privilegios del Rey sobre la Iglesia (esto último en conjunto con el Gobernador), ya que los conflictos propiamente tales eran de la incumbencia de las autoridades religiosas. La atención del fuero militar correspondía al Gobernador y Capitán General o al Jefe de la Plaza y comprendía aún los delitos comunes cometidos por militares. Los procesos mercantiles eran ventilados ante el Consulado de Lima, pero en 1708 se instituyó en Chile un Diputado de dicho Tribunal, quien en 1737 se transformó en juez de comercio de primera instancia, con apelación al Consulado limeño, hasta que definitivamente en 1795 se estableció un Tribunal del Consulado en nuestro país.

El conocimiento de las causas civiles correspondía en el primer grado a los alcaldes y de las criminales a los corregidores, aunque estos últimos tuvieron competencia múltiple en aquellos lugares donde no existía municipio. En segunda instancia, según la cuantía, conocían el Cabildo y la Audiencia; y según el mismo predicamento, accedían o no a una segunda súplica ante el Consejo de Indias, órgano representativo de la potestad real en el campo jurisdiccional.

#### d) Gobierno de los Jueces:

Durante la Colonia, en no pocas oportunidades, los jueces tuvieron que hacerse cargo de la conducción superior del país (hecho que se reeditaría más de alguna vez durante la República).

Me interesa destacar este período, por las circunstancias extraordinariamente difíciles en que los distintos magistrados tu-

vieron que desarrollar su improvisada acción política en el gobierno de un país naciente, plétórico de calamidades, dentro de ellas, la peor de todas, la guerra.

La fragua de la Magistratura demostraría entonces, como ahora, capacidad de templar los más elevados exponentes del modelo de servicio público. Tales gobiernos fueron:

**Agosto 1567 a julio de 1568**, gobierna en Pleno la primera Real Audiencia, de acuerdo a las atribuciones conferidas por el poder real.

**Septiembre 1607 a enero 1611**, gobierna Luis Merlo de la Fuente, oidor de la segunda Audiencia, famoso por su firme honestidad y mal genio.

**Marzo 1617 a enero 1618**, gobierna Hernando Talaverano Gallegos, oidor de la Audiencia.

**Noviembre 1620 a noviembre 1621**, gobierna interinamente el único miembro vivo de la Audiencia en ese momento, Cristóbal de la Cerda.

**Marzo 1655 a enero 1656**, asume la Real Audiencia de hecho la gobernación del país, ante el derrocamiento del Gobernador Acuña y Cabrera.

**Agosto 1768 a febrero 1770**, gobierna en forma interina el oidor Juan de Balmeada y Censano.

**Julio 1780 a diciembre 1780**, gobierno interino del oidor Tomás de Alvarez de Acevedo.

#### e) Los sueldos de los magistrados:

Los sueldos de la primera Audiencia y los de los corregidores instituidos por ellos, más los Oficiales Reales, equivalían a la mitad de las rentas del país. Aunque en la última parte de la Colonia tales ingresos se habían morigerado, de todas formas las remuneraciones de los magistrados excedían en mucho a la de la mayoría de los empleados públicos.

Así, los regentes de la Audiencia en el siglo XVIII, ganaban \$ 9.720 anuales y los oidores la mitad. En 1788 se rebajó al regente el sueldo a \$ 5.850 y los oidores y el fiscal pasaron a percibir \$ 4.800. Por su parte, los cargos de jefatura de otros servicios públicos de rango equiparable, guardaban una distancia considerable: el Asesor del Cabildo ganaba \$ 1.000, el Procurador General \$ 225 y el Alférez Real (jefe de la policía) \$ 112.

El Gobernador percibía una renta de \$ 10.000 anuales; su asesor letrado (en cierto modo su Ministro de Justicia), \$ 1.000 —esto es, menos de la cuarta parte del sueldo de un oidor—, el Intendente de Concepción tenía asignada una remuneración de \$ 4.000 y un capitán de artillería —el mejor pagado en su categoría— \$ 65.

## "TRES MOMENTOS DE LA HISTORIA JUDICIAL DE CHILE" (\*)

ARMANDO DE RAMON FOLCH.

### SUMARIO

1) La época de los inicios. La obra de los fundadores. La reorganización pretendida por la Constitución de 1833:

2) La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, cuyo proyecto se debe al Magistrado don Francisco Vargas Fontecilla. El desafío de la Guerra del Pacífico a la Judicatura: y

3) La Judicatura y el Régimen Parlamentario. Balmaceda y el primer gobierno de Ibáñez.

Creo que es necesario trabajar sistemáticamente la Historia Judicial Chilena, porque es uno de los temas que hasta ahora no han sido tocados por los historiadores. Si ustedes revisan las Historias Generales de Chile desde Diego Barros Arana, que es la primera, hasta las que están saliendo en nuestro tiempo: La Historia del Pueblo Chileno, de Sergio Villalobos y la Historia de Chile desde 1891 en adelante, de Gonzalo Vial Correa, comprobarán que no hay mención a hechos relevantes de la Historia Judicial. De modo que tenemos una nutrida cantidad de estudios históricos y, sin embargo, si se miran sus índices y revisan sus páginas, se encuentra que no hay mención alguna a la Historia

de los Tribunales Chilenos o a la Historia de la Judicatura Chilena. Me detuve a mirar algunas Historias del Derecho hojeándolas antes de venir acá, para ver qué decían sobre esto y me encontré que, salvo el incidente del juicio tan famoso seguido en 1868 contra la Corte Suprema y su Presidente, Manuel Montt, no hay otra mención sobre los avatares o a los acontecimientos de la Historia, relativa al Poder Judicial. Para mí mismo, fue una sorpresa encontrar, cuando leí las memorias del Ministerio de Justicia, el relato de la presencia del Poder Judicial durante la Guerra del Pacífico, verdadera prueba de fuego, porque muchos de sus miembros tuvieron que participar en el Campo de Batalla y luego constituir los estrados judiciales de Lima, El Callao y otras, donde se establecieron juzgados para poder administrar justicia frente al desamparo en que dejaron los jueces peruanos a los Tribunales que servían. Por eso pienso que todas estas carencias, hacen más que necesario que nos pongamos de una vez por todas a trabajar en esta materia. Pienso que la historia es un catálogo de los errores que hemos cometido y de los aciertos también. Y en la medida que los contemporáneos recordemos los errores y aciertos pasados, podremos caminar con paso más firme. Realmente el pueblo que ignora a su historia, está obligado a tener que repetirla y eso es justamente uno de los papeles de la historia; recordarle continuamente a la gente lo que ha hecho, para evitar nuevas equivocaciones. Por tal motivo, yo pienso que hacer la Historia Judicial Chilena, hoy en día, es una necesidad.

(\*)Ciclo de tres conferencias organizadas por el Instituto de Estudios Judiciales, 3-4-5 julio 1990.

De manera que el trabajo que hemos estado realizando en la Universidad Católica de Chile durante los últimos cinco años, creo que va a ser un trabajo pionero en ese sentido. Llevamos cinco años haciendo un Diccionario Biográfico, que ya está terminado en lo relativo a los Ministros y Jueces que han ingresado a los Tribunales desde cargos de jueces de mayor cuantía, después de 1875 y me parece que están todos, aunque me imagino que alguno se me puede haber escapado, leyendo un total de 1.219 magistrados. He dado a la publicidad un avance en un folleto publicado por la Universidad Diego Portales; además, tenemos otra cantidad de artículos y trabajos similares que los vamos a incorporar más bien como una especie de estudio preliminar al Diccionario. Por tanto, el Diccionario no va a incluir solamente las biografías de las personas sino también otros análisis hechos mediante el sistema computacional que hoy en día nos brinda tantas facilidades, así como las conclusiones obtenidas gracias a los cruzamientos de datos hechos con el mismo sistema.

Luego de este preámbulo, quiero entrar ya en materia. En la sesión de hoy, nos referiremos no solamente a los orígenes, sino que daremos énfasis a las dificultades que presentó, la formación de un grupo de expertos dedicados, en este caso, a la labor judicial. Sabemos que no es posible organizar la judicatura en diez, quince, veinte años, sino que es tarea de muchísimos años. El Poder Judicial realmente se comenzó a organizar después de 1875. La judicatura, tal como la conocemos ahora es obra de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, pero se trataba de un pequeño grupo de jueces que dieron la base sobre la cual se afirmaron los legisladores para construir todo este esquema que luego ha necesitado cien años para alcanzar la forma y las proporciones que hoy presenta. En esta sesión de hoy, vamos a revisar solamente

los antecedentes de la Epoca Colonial y de los primeros años de la República. Ya se citó aquí que una de las primeras preocupaciones de la Corona Española, cuando conquistó este Continente fue organizar un sistema judicial, una judicatura. Existían desde viejas tradiciones españolas y castellanas muchos precedentes jurídicos. Los Tribunales de España habían funcionado en parte con la tradición romana, pero, también había un aporte germánico muy visible. Todas aquellas acciones en las cuales participaba el pueblo, actuando a la manera que se conoce hoy como jurado, era un elemento importante aunque esta tradición no pasó a América. No pasó a América, probablemente, por decisión de los propios Reyes. Aunque, la Reina Isabel La Católica, que es la que inaugura la conquista Americana, directa y personalmente usó muchas veces sus facultades judiciales. En aquella época no existía separación de poderes, por lo que el Rey tenía en sus manos no solamente la administración general de un país, sino además tenía la facultad suprema judicial. Es decir, todos los Tribunales de Justicia que existían se remitían al Rey y las sentencias iban dictadas a nombre del Rey. Eso en Chile, si se consulta el Archivo de la Real Audiencia que se conserva en nuestro Archivo Nacional, se va a encontrar que todas las sentencias están firmadas por los tribunales establecidos pero citando al Rey. La propia reina Isabel que estaba mencionando, recorrió Andalucía que estaba asolada por los famosos Sres. de "Horca y de cuchillo", verdaderos forajidos, y que dominaban tiránicamente a todo el pueblo andaluz. Doña Isabel, en cada pueblo que llegaba, hacía tomar preso al señor respectivo que había cometido delito y lo juzgaba estando todo el pueblo presente. De manera, entonces, siguiendo ese viejo precedente germánico de la voz del pueblo que es la voz de Dios, el pueblo decidía si era culpable o no era culpable, con el sistema tan conocido de los jurados que todavía existe en el derecho, anglo

sajón y francés, aunque reducido a un número muy pequeño de personas llamadas por el Tribunal.

En Castilla también existía este precedente, pero cuando pasaron los españoles a América y los Reyes se dedicaron a dictar leyes sobre esto, no permitieron un sistema de jurado, ni toleraron la participación de toda la comunidad en estas gestiones sino que, al contrario, colocaron la decisión judicial en manos de especialistas. Esto es bien importante, porque de ahí arranca toda nuestra tradición jurídica hasta el día de hoy.

¿Por qué este cambio y por qué esta modificación, cuando en España se había hecho de esta forma?. En realidad, el sistema de jurado corresponde a una etapa muy propia de la Edad Media, en la cual el Rey compartía su poder con muchas otras personas. Pero, cuando se hizo la Conquista de América, el Rey en España se estaba convirtiendo en un rey absoluto, es decir, un monarca que tenía en sus manos todos los hilos del poder y que no permitía, por lo tanto, que su poder, sobre todo el poder judicial, tuviera que compartirlo con los conquistadores en los momentos que éstos llegaban a América y gozaban allí de una libertad extrema, estando muy propensos a violar la ley, en especial en todo lo relativo al tratamiento de los indígenas.

Hay ahí una larguísima polémica y discusión que no es del caso tratar ahora, pero en la cual tanto la Iglesia Católica como los conquistadores y sus descendientes, como las autoridades propiamente ejecutivas, tuvieron un papel muy importante. Finalmente, se decidió que como eran los propios conquistadores a quienes el Rey tenía que controlar, que dominar y que someter no podían ellos participar directamente en el Poder Judicial porque no iba a haber posibilidad de justicia. Este fue el razonamiento que hubo detrás de esta decisión del Rey de España, al no per-

mitir que este sistema tradicional castellano-europeo, que sería de los antiguos germanos, se implantara en América, prefiriendo el modelo del Derecho Romano en toda su plenitud, sin atenuantes de ninguna especie. Por lo tanto, los Jueces que vinieron a dictar sentencia o a hacer justicia en América, fueron Jueces letrados, burócratas que tenían la máxima potestad, a nombre del Rey.

Si se piensa en este enorme Continente, o en el caso específico de Chile, un país donde apenas desde un principio sólo se pudo colonizar y de muy mala manera, la zona central del país, entre La Serena y Concepción, porque el resto era zona de guerra donde era imposible que hubiese una administración de tiempo normal y sólo podía funcionar un sistema judicial muy simple.

Había durante el Siglo XVI un territorio ocupado apenas por un ejército y que mantenía las ciudades fundadas como un simulacro de colonización en el territorio. Peor aún luego de que los indios, en 1598, lograron destruir las siete ciudades ubicadas al sur del río Bío-Bío, quedando la colonización concentrada en una zona muy pequeña al centro del país. Por lo tanto, esta zona central poco poblada todavía, a principios del Siglo XVII que debía reconstituir su economía, sostener las ciudades que se habían salvado y organizar los primeros asentamientos agrícolas, no estaba capacitada para sostener una administración pública muy compleja, que contuviera un Poder Judicial completo. Solamente un Tribunal superior llamado Real Audiencia, establecido en Santiago en el año 1609, que era presidido por el propio Gobernador, que tomaba el nombre de Presidente, por un grupo de tres Oidores letrados y un Fiscal. Un Tribunal Supremo, en este caso, pero un Tribunal pequeño. En el resto del país no hubo jueces de ningún tipo, por lo que se encargó a los alcaldes de las ciudades que sobre-

vivieron al ataque indígena, y a los corregidores en los campos, que ejercieran la función judicial de primera instancia.

Si algún día tienen la paciencia o el tiempo para poder ir a leer en el Archivo Nacional los expedientes judiciales de la Colonia que allí se conservan, verán que se inicia generalmente ante el Juez, (Alcalde de la ciudad o Corregidor de la región rural) para pasar, después de muchas incidencias y en casos especiales a la segunda instancia en la Real Audiencia.

Además, la Real Audiencia era un organismo que tenía también funciones de tipo ejecutivo, debido a la confusión de los poderes que se daba antes de que aparecieran las doctrinas de Montesquieu. No se había, todavía, precisado la división de los poderes, por lo tanto, la Audiencia iba a tener junto con el Gobernador ambas funciones judiciales y ejecutivas e incluso funciones de tipo legislativo porque podía dictar algunas ordenanzas y sancionar disposiciones legales que necesitaban de este trámite.

Hubo en América, en aquella época, algunos letrados de cierta categoría. Voy a mencionar uno de ellos, Juan de Solorzano y Pereira, y también, al Oidor de Chile, Hernando Machado de Chávez. Fueron personas que en su época descollaron en sus cargos, pero siendo el marco donde actuaban muy reducido y en el lugar, también, muy pequeño, no podían influir demasiado.

En el Siglo XVIII comienzan a aparecer algunas modificaciones, las que se implantaron en un país que había alcanzado mayor desarrollo. Chile estaba ahora más poblado. Se había extendido algo más su territorio puesto que se ha refundado Valdivia y, en fin, establecido otras nuevas ciudades. Sin embargo, la estructura se mantiene igual. Solamente hay unas modificaciones a fines del siglo XVIII entre las

cuales hay que destacar el cargo de Regente de la Real Audiencia, que va a ser ahora la persona que va a presidir el Tribunal. Por tanto, la Real Audiencia pasa a tomar características más propias del Poder Judicial, haciéndose más independiente del poder central ejecutivo. Ahora, la audiencia funcionará con dos salas: del Crimen y Civil, es decir, con jurisdicción mixta.

Llegamos así al proceso de la Independencia, que encuentra al país con un Poder Judicial bastante poco satisfactorio, en el sentido de la preparación misma de los magistrados, ya que si bien es cierto los Oidores de la Audiencia era gente letrada y preparada, en cambio en el resto del país estaba todavía constituido por los propios Alcaldes y por los Corregidores o Subdelegados, como se llamaron después. Con todo, a partir de 1750 había en Chile una universidad y en esta universidad la primera Facultad que se estableció fue la de Derecho, de modo que ya se están formando en Chile personas expertas y capacitadas. Podríamos decir, que había personal suficiente pero, sin embargo, la idea de los Reyes de España era que los nacidos en un lugar no podían ser Jueces en ese mismo lugar, porque pensaban que no iban a ser imparciales, por lo que les estaba a los jueces prohibido incluso que se casaran con personas del mismo país. Esto era imposible en una sociedad tan primitiva y pequeña como la chilena, por lo que era prácticamente imposible mantener tal prohibición y, muchas veces, los Oidores se casaron con chilenas y como los de Lima con limeñas. Así es que de la Universidad de San Felipe, salieron letrados un número considerable, probablemente sobre 40, aproximadamente, lo cual era mucho para la época, pero que no tuvieron nunca acceso a la posibilidad de llegar a ser ellos miembros de este Tribunal Supremo tan importante.

Durante la guerra de la Independencia las condiciones empeoraron, por lo que

debemos esperar a que esta situación se asentara y se abriera un proceso de organización de las instituciones del país. Si miramos las primeras Constituciones Chilenas, las dictadas en la Patria Vieja, la de 1814, por ejemplo o las de la Patria Nueva, las de O'Higgins de 1818, 1822 ó 1823, o las que se dictan después, hasta 1833 recién después de 1820 comienzan a aparecer menciones al Poder Judicial. En realidad, la Real Audiencia se había hecho merecedora de las iras de los patriotas porque estuvo compuesta por letrados españoles, todos realistas, donde no hubo ningún miembro que tuviera siquiera una veleidad con los patriotas. Esta fue una actitud global y constante en todas las Audiencias Americanas, de modo que cuando, en 1811, ocurrió el Motín de Figueroa, que estalló el mismo día en que se iba a constituir el Primer Congreso Nacional, se le echó la culpa a la Real Audiencia, acusándola de haber instigado este motín o asonada militar. por lo cual no solamente se fusiló en la plaza a don Tomás de Figueroa, el cabecilla del motín, sino se creó, una Cámara de Apelaciones, que pasó a ocupar el mismo edificio y las mismas atribuciones que la fenecida Audiencia. Por tanto, el Tribunal Republicano más antiguo sería esta Corte de Apelaciones de Santiago, creada en 1811. La Corte Suprema recién fue establecida en 1823 por la Constitución de Egaña, de modo que podríamos decir también, aprovechando este artículo, que la Constitución de 1823 está todavía en vigencia a través de esta institución que ha perdurado en el tiempo.

Con todo, se trata de una acumulación en Santiago de Tribunales Supremos, Corte Suprema, Corte de Apelaciones, mientras que el resto del país continuaba exactamente en la misma situación en que estaba en la época colonial, es decir, sin tribunales letrados, sino que solamente, con tribunales de buena voluntad que ejercían la justicia a veces con asesoría letra-

da; cuando la había, porque muchas veces en provincias no existía ningún abogado. De manera que, hasta 1825, 1827, 1830, se mantuvo en Chile esta estructura que era evidentemente defectuosa.

Además, con la Guerra de la Independencia el desamparo en que quedaron las provincias chilenas fue realmente patético, fue algo muy, muy terrible, que es poco conocido. Aunque se conocen las famosas guerrillas de los Pincheira de Benavides y de algunos otros, pocos saben que eran más bien bandas criminales. Muchos de ellos, incluso, estaban aliados con las tribus indígenas que todavía eran independientes al Sur del Bío-Bío y arrasaban y saqueaban a las ciudades, como fue el famoso caso del Asalto de la Ciudad de Los Angeles y más tarde la muerte de todos sus habitantes en el Paso de Tarpellanca. O sea, realmente, eran montoneras capaces de destruir una ciudad completa y a todos sus habitantes, todo lo cual quedaba sin castigar. Frente a esta indefensión en que se encontraban las provincias, sin Tribunales ni organismos policiales capaces de organizar la defensa y represión, nada pudo hacerse en esa época. Se trataba de una guerra a muerte donde no había respeto ninguno por la vida de nadie. Y ésta era la vida en las provincias, a tal punto que de ciudades como Concepción, que era de las más importantes de provincia, sus habitantes comenzaron a huir a Santiago. Y nosotros registramos, entre 1818 más o menos y 1825, un aumento de población en Santiago que no se debe en absoluto a mayor nacimiento de personas, sino simplemente a esta emigración. Por lo tanto, vivir en provincia, era vivir absolutamente sin ningún amparo. No nos podemos imaginar esto, porque incluso las peores épocas que pudo haber tenido la Historia de Chile después de esos años, jamás y gracias a Dios que nunca más se ha repetido una situación como ésta, en que se estaba en manos de cualquier peligro, de cualquier riesgo, porque

las gentes tanto en las ciudades de provincias como en los campos, no tenían ninguna seguridad por la vida, mientras crecía el bandidaje que cometía todo tipo de atrocidades con la población.

Así es que frente a esto tenía que haber una reacción. El crear más cortes en Santiago no tenía sentido. Corte Suprema, Corte de Apelaciones, mientras en provincias no existía nada, absolutamente nada. La paz, el orden y la tranquilidad era una utopía en el Chile de 1820, absolutamente una utopía, mientras el país estaba embarcado en proyectos grandiosos. O'Higgins estaba organizando la expedición Libertadora al Perú, con San Martín y eso resumía toda la historia interior, incluso las tropas del ejército que habrían podido probablemente perseguir a bandidos de causas así, no estaban tampoco en esos sitios, sino que estaban concentrados en Santiago y en Valparaíso, embarcándose rumbo al Perú a libertarlo de los españoles. Por supuesto, si hiciéramos críticas, tendríamos que señalar una inversión de la escala de valores. Parecía más importante el destruir por ejemplo la dominación española en Perú. San Martín partió con su enorme expedición. O'Higgins pudo decir su célebre frase "de estas cuatro tablas, depende el destino de América", y partió la escuadra y partieron el ejército chileno y argentino a destituir al Virrey.

El hecho es que Chile estaba entregado a merced de la anarquía social de los campos y deberá llegar a 1830 con el Primer Ministerio de Portales para encontrar un primer intento de acabar con este desorden. Portales, siendo un hombre muy criticado, antañón y ogaño, sin embargo, tenía la obsesión por la paz, la tranquilidad y el orden. Eso se lee en todas las cartas de su correspondencia, tan nutrida y en todos los documentos emanados de él. Tenía a su lado ayudantes bastante valiosos, uno de ellos, en especial, don Mariano Egaña, que fue Fiscal de la Corte

Suprema durante varios años, casi toda la década de 1830.

Lo que quería Portales, era establecer una especie de justicia ambulatoria que anduviera por donde fuese necesario, lo cual dadas las circunstancias no parecía una mala idea, pensando que en provincias no había juzgados adecuados, salvo estos Alcaldes que, como digo, no eran letrados. Un Tribunal ambulante que fuese por todos lados donde fuera necesario podía ser una solución eficaz, aunque provisoria. Algo así como el Tribunal de la Acordada en México durante el Siglo XVIII, precedente que Portales seguramente conocía porque quiso hacer algo parecido, especialmente en la región más peligrosa, que era la región de la Frontera, es decir, la región que iba entre Chillán, Los Angeles y Concepción, esas tres pequeñas ciudades, eran prácticamente fortines, ciudades asediadas continuamente por los indígenas que eran independientes y por los bandidos, sus aliados. Portales propuso una legislación dragoniana, para arreglar esta situación con una legislación capaz de meterles miedo a estos bandidos. De esa época datan las primeras persecuciones de algunas bandas. A los jefes se les cortaba la cabeza, la mano y se colocaban generalmente en los caminos, en los vados de los ríos por donde tenían que pasar la gente para que vieran ahí la cabeza como escarmiento. El estimó que estos eran los procedimientos que había que usar, pero no solamente había que usar estos procedimientos contra los delincuentes sino que contra todos sus enemigos políticos. Y estos enemigos políticos continuamente estaban haciendo conspiraciones tratando de derrocarlo. A propósito de una de estas intentonas, el Ministro Portales decidió establecer, con acuerdo de Mariano Egaña, los que se llamaban Consejos de Guerra permanentes para delitos políticos. Y aquí la cosa se complicó muchísimo porque ya no fueron solamente la persecución de estos bandidos que asolaban los campos,

sino que también entraron a morir muchas personas, incluso respetables vecinos. Es muy famoso el juicio que se hizo contra tres vecinos prominentes de Colchagua, los tres propietarios agrícolas muy importantes y opositores a su gobierno. Se les siguió juicio por conspiración y fueron condenados a muerte, mediante un procedimiento muy sumario, gracias a estos Consejos de Guerra; ellos pidieron clemencia, pidieron indulto que fue negado, por lo que se procedió a fusilarlos. Esto provocó, por supuesto, un rechazo enorme dentro de las familias a las que pertenecían, porque como digo, eran familias muy importantes de Colchagua.

Así es que esta justicia, como digo, que se hacía sumaria con los bandidos se vio empañada por transformarse en persecución política. Se pidió a don Mariano Egaña que redactara un Código Orgánico de Tribunales. Aunque el Código Orgánico de Tribunales o Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales recién data de 1875, don Mariano Egaña hizo un proyecto de ley. Sobre la base de lo que él alcanzó a hacer, antes de morir, se dictaron varios decretos con fuerza de ley, en 1837 conocidas con el nombre de Leyes Marianas. Estas fueron, entre otras: abolición de los juicios de conciliación; implicancia y recusación de los Jueces, juicio ejecutivo, recurso de nulidad, visita a Tribunales y Juzgados, medios para la ejecución de la sentencia, privilegio de pobreza, sentencia definitiva y autos interlocutorios, reconocimiento de documentos, rebeldías, etc. Una cantidad de materias que fueron tratadas dentro de este proyecto de ley, pero que desglosadas por las autoridades de la época, se promulgaron como leyes independientes.

También, en el saldo positivo del Ministro Portales, debe señalarse la división del país en provincias. En realidad ya había una ley dictada en 1826 que estableció siete provincias desde Chiloé hasta

Copiapó. En cada una de estas provincias se estableció un Juzgado de Letras de Mayor Cuantía, a cargo de Letrados, de conocedores de la ley y éste fue el escenario donde hicieron sus armas los primeros jueces chilenos. Vale decir, que ya en el Gobierno de Portales tendríamos un primer intento o un esbozo del Poder Judicial en Chile. Una Corte Suprema, una Corte de Apelaciones de Santiago y, en 1845, después de Portales, las Cortes de La Serena y Concepción. Eso ya es un principio de organización, puesto que hubo leyes orgánicas para asegurar su funcionamiento y tribunales permanentes. De esa época es la consulta de la Corte Suprema y que constestó Egaña, mediante la cual se planteó la posibilidad de una ley que estuviese en desuso. Entonces se aplicaba otra o se hacía algún esbozo de Jurisprudencia. Ese fue muy importante partida, el fuero juzgo, el fuero real y otros disponían penas que no se aplicaban porque eran absurdas, entre las que se cita una que condenaba al parricida, a ser encerrado en un saco debidamente cerrado para que el reo no se pueda salir y donde se le encerraba junto con una serpiente, un mono, un perro rabioso y otros animales de ese tipo y así de esa forma se le tiraba al mar, con un fierro para que no saliera a flote y fuera de esto, antes de meterlo al saco, había que darle además 50 azotes.

Resumiendo, la labor de Egaña tiene realmente muchos aspectos positivos. Primero, una ordenación y redacción de leyes de procedimientos más modernos. En segundo lugar, la facultad que se dio a los jueces para interpretar las leyes, en especial aquéllas que estaban en desuso, leyes que no iban con los tiempos. En tercer lugar, la de promover la creación de Juzgados de Letras en todas las provincias estableciendo un número de tribunales que hoy día nos parecería muy pequeño, un Juez en cada provincia, lo que en su tiempo fue un evidente progreso. En todo

caso, lo que es interesante destacar es el hecho de que aunque se mantuvo a los Alcaldes como jueces en los departamentos donde no hubiera un Juez de Letras, éstos sólo podían tramitar los juicios, pero no dar sentencia, la que sería dictada por el juez letrado competente al cual debía enviarse el expediente tramitado. Es decir, hubo realmente una ordenación, un punto de partida que es nuestro punto de llegada hoy día en esta conferencia.

Para terminar, quiero destacar que en muy breve tiempo, luego de la Independencia, podríamos decir que desde 1825 en adelante hasta el año 1845, veinte años, toda esta producción legal fue ordenada y organizada, estructurándose un sistema judicial que pareció ser racional al sistema, al tamaño del país, a la cantidad de población que había y a las necesidades del momento. Además, este sistema funcionó perfectamente por treinta años más o menos hasta 1875, en que se dictó la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales. Esta ley y otras las vamos a ver en la charla de mañana. Sólo adelantaré que ellos establecieron, entre otras cosas, la obligación de que hubiese un Juez en cada Departamento. Es decir, ya no debía haber solamente un Juez en cada provincia, sino que un Juez en cada uno de los Departamentos existentes en esa época, lo que provoca un crecimiento muy fuerte del Poder Judicial. Pasaba que en el Chile antiguo entre 1800 hasta 1875 había muy poca población, aunque se trataba de un país muy estructurado, muy sólidamente estructurado. Los Historiadores muchas veces suspiran nostalgias de esos tiempos pensando lo bien organizado y lo bien gobernado que estuvo Chile. En realidad, fue un Chile bastante excepcional para lo que eran las condiciones generales de América Española en aquella época. Pero era un Chile, en todo caso muy racionalmente coordinado porque era muy pequeño, no más allá de Concepción por el Sur, aunque también hay que in-

cluir Valdivia y Chiloé y no más allá de Copiapó por el Norte. O sea, es casi el mismo Chile colonial que estaba en proceso de crecimiento, criando fuerzas, desarrollándose, casi como la juventud, preparándose para el gran estirón que va a dar a partir de 1879, hacia el Norte y hacia el Sur, puesto que después de 1875 va a venir la Conquista de la Araucanía, "pacificación" la llaman, y la ocupación efectiva de los territorios más al Sur y también la ocupación de las provincias del Norte a causa de la guerra del Pacífico, entonces, a este primer Chile le correspondía también un Poder Judicial adecuado a su tamaño y creo yo que ese Poder Judicial en aquella época funcionó muy bien. Era un Poder Judicial, además, que estaba muy en contacto con la población, como lo prueban numerosos ejemplos, jueces había hacia 1860 a 1870 que personalmente, debido a la escasez de elementos policiales, debían reclutar personas y salir a caballo a perseguir a los bandidos que habían cometido algún salteo en su jurisdicción y no descansar hasta atraparlos y apresarlos para poder seguirles proceso, muchos magistrados de aquella época, hombres jóvenes y en capacidad de hacer cosas como éstas, solían tener el apoyo de la población porque si había algo que era un azote en el Chile del Siglo XIX era el bandidaje. Esta impunidad era causada por la falta de elementos en los Tribunales y en la policía. Por ejemplo, cuando en 1870 se estaba construyendo la vía de Curicó a Talca, los carrilanos, o sea, los obreros que trabajaban en la construcción del ferrocarril, todos reclutados entre los hombres que vagaban por los campos, asaltaron la ciudad de Molina porque les dio la gana, saqueándola e incendiándola, donde se robó y violó, mató y asesinó a la población indefensa.

Frente a una cosa como ésa, evidentemente era preciso organizar una policía y eso fue lo que más costó. Costó mucho más que organizar el Poder Judicial, desde

esa época de los serenos hasta Carabineros, cuerpo policial creado en 1927 por el Presidente Carlos Ibáñez, hay unos 15 años de avatares y de humillaciones, de atropellos, que realmente cuesta creer

cuando se está estudiando su historia. Pero el Poder Judicial sin una policía que respalde sus decisiones, es un poder también fantasma que no tiene cómo operar, no tiene cómo obrar, cómo funcionar.

Colaboración del Banco Osorno y La Unión  
al Instituto de Estudios Judiciales(\*)

Intervención del señor  
Alvaro Saieh Bendeck,  
primer Vicepresidente del  
Banco Osorno y La Unión

Señoras y señores:

Estamos muy complacidos en Bancosorno con la organización de este encuentro y con la distinguida audiencia que se ha reunido en esta sala. Nos agrada mucho poder colaborar con las actividades del Instituto de Estudios Judiciales, y en especial con las iniciativas de su presidente, el ministro don Hernán Correa de la Cerda.

No es difícil entender el alcance de la conferencia que escucharemos hoy. El comercio exterior es una de las realidades —pero, además de eso, uno de los horizontes— que se han impuesto con mayor autoridad y peso en nuestro país. Se trata de una realidad que es compleja y de un horizonte que es muy fascinante.

Es una realidad compleja, porque el comercio exterior está sometido a una infinidad de normas, prácticas y costumbres que los chilenos, si queremos seguir creciendo en función del mercado externo, hemos de conocer. Son normas, prácticas y costumbres con las cuales hemos de familiarizarnos desde nuestras propias actividades. Son normas, costumbres, ins-

(\*) Conferencia y entrega de libros realizada en el Hotel Carrera de Santiago el 5 de septiembre de 1990.

tituciones y mecanismos que un número cada vez mayor de chilenos debiera dominar.

Es el comercio exterior también un horizonte fascinante, por las potencialidades y los estímulos que encierra la integración de nuestra economía con la economía mundial.

Pues bien, al imperativo de sensibilizarnos desde nuestro propio ámbito de actividad con el comercio exterior nadie debiera quedar al margen y —menos que nadie— el Poder Judicial. De ahí que crea entender perfectamente bien el interés del Instituto de Estudios Judiciales de auspiciar esta conferencia sobre materias de comercio exterior. Hay en estos asuntos un alto grado de especialización y que plantean a la judicatura arduos desafíos en los asuntos que ella está llamada a conocer y fallar.

Para nosotros, que somos un banco con una fuerte orientación al comercio exterior, que estamos en Chile a la cabeza de los bancos con mayores volúmenes operacionales en financiamiento de importaciones y exportaciones, es un verdadero honor respaldar la iniciativa del Instituto y contribuir a las actividades de esta entidad con lo que creemos es un pequeño aporte a la dinámica de constante aprendizaje y renovación intelectual que distingue y debe distinguir a la función judicial.

Señoras y señores:

Recibimos con profundo respeto a los

integrantes del Poder Judicial que han acudido a nuestra invitación. Acepten ustedes nuestros sentimientos de aprecio y nuestra mejor disposición para respaldar el cometido que los ha traído hasta aquí, a instancias del Instituto de Estudios Judiciales.

Vemos en esta iniciativa un terreno muy propicio de cooperación de la banca con las inquietudes que ustedes tienen. Es propio de los hombres libres, de las instituciones libres y de las sociedades libres establecer contactos, trabajar en conjunto para fines específicos y tener puentes de colaboración que, junto con integrar voluntades, van enriqueciendo la textura de nuestra sociedad. Hacia allí quisiéramos ir.

Palabras de don  
Ricardo Costabal Llona.  
Fiscal del Banco Osorno y La Unión

Señoras y señores:

En nombre del Banco Osorno y La Unión, quiero agradecer muy sinceramente la asistencia de ustedes a esta verdedada conferencia que nos ha dado el abogado y profesor don José Luis López Blanco. Creo que su exposición ha cubierto en términos muy satisfactorios las líneas centrales del tema que nos ocupa y estoy seguro que sus aportes —sobre todo por la dimensión práctica que tiene— han enriquecido nuestras perspectivas sobre la Compraventa Internacional y la Carta de Crédito Documentario, que hace posible las transferencias en un contexto de gran seguridad comercial y jurídica.

Como lo ha dicho ya don Alvaro Saieh, para Bancosorno ha sido motivo de especial agrado sumarnos, en la forma en que lo hemos hecho hoy, a las actividades del Instituto de Estudios Judiciales. Nadie puede mirar con indiferencia los objetivos

de tecnificación y fortalecimiento cualitativo de la función judicial que animan a esa Corporación.

Hoy por hoy, más que nunca, una justicia eficiente es una justicia informada y universal. En todos los campos del conocimiento y de la actividad, las presiones conducentes a la especialización son intensas, pero yo diría que en el área de la economía son sencillamente irresistibles. Soy de los que creen que terrenos como el de la actividad financiera y el del comercio exterior —al que nos hemos asomado hoy— van camino de pertenecer definitivamente a otra galaxia del saber —creo que no es una exageración decirlo— si los hombres de derecho no sabemos capitalizarlos como se debe y si no sabemos internarnos en ellos a su debido tiempo. Partir recién hoy día es partir con retraso y todo indica que tendremos que apurarnos.

Porque este es el prisma con que está trabajando el Instituto que dirige el Ministro Correa de la Cerda, en Bancosorno queremos expresarle nuestro reconocimiento. Y queremos demostrárselo haciendo una donación al Instituto de un buen número de ejemplares de la obra **"Manual de Comercio Exterior"**, publicada recientemente con el patrocinio del Banco y de la cual es autor don José Luis López. Un ejemplar de este libro les será entregado a todos ustedes a la salida de este encuentro, pero quisiéramos que con nuestra donación el Instituto pudiera ponerlo al alcance de otros Ministros, Magistrados, Secretarios o Relatores, a los cuales el contenido de esta obra pudiera interesar.

Me voy a permitir, entonces, poner en este mismo momento a disposición del Instituto dicha donación, significándola en la entrega al señor Presidente de la entidad, el Ministro señor Correa de la Cerda, de un ejemplar de este valioso manual.



**ASOCIACION NAC. DE MAGISTRADOS  
DEL PODER JUDICIAL DE CHILE**

---



# **INSTITUTO DE ESTUDIOS JUDICIALES**

---

**DOCUMENTOS**

**DATOS UTILES**

Estatutos del Instituto de Estudios Judiciales

**Colabora:**

**CORPORACION  
DE PROMOCION  
UNIVERSITARIA**

**ESTATUTOS  
DEL  
INSTITUTO DE ESTUDIOS JUDICIALES**

**TITULO PRIMERO**

**Nombre, objeto, domicilio y duración**

**ARTICULO PRIMERO**

Establécese una Fundación sin fines de lucro, con el nombre de "INSTITUTO DE ESTUDIOS JUDICIALES", cuyo objeto será el estudio y la investigación de la realidad judicial de Chile, y sus relaciones con los organismos que colaboran con él en el cumplimiento de su función. En el ámbito de este objetivo el Instituto de Estudios Judiciales podrá:

- 1) Investigar la realidad socio-jurídica y cultural del país, sus antecedentes históricos y sus líneas ideales y reales de desarrollo a fin de contribuir de este modo al fortalecimiento de la conciencia jurídica de la comunidad nacional.
- 2) Capacitar a los jueces, funcionarios, empleados y colaboradores del Poder Judicial para el cabal cumplimiento de su función.
- 3) Promover la formación de vocaciones judiciales entre estudiantes de Derecho, egresados o licenciados.
- 4) Fomentar la utilización de sistemas de tecnología avanzada en la administración de justicia.
- 5) Proponer a la Corte Suprema y al Ministerio de Justicia los planes de modernización que se obtengan como producto de las investigaciones antes referidas.

Para la consecución de estos objetivos la Fundación podrá realizar todas las actividades que estime convenientes, y en especial las siguientes:

- a) Crear, sostener, administrar y financiar centros o Departamentos de Investigación y estudio, bibliotecas, archivos de documentación y salas de exposiciones.
- b) Promover y financiar eventos de carácter jurídico, judicial, cultural y científico.

- c) Organizar charlas, conferencias, simposiums y cursos.
- d) Imprimir y editar folletos, libros y publicaciones, en general, y hacer uso de todo tipo de medios de difusión.
- e) Celebrar convenios con instituciones y personas públicas y privadas, nacionales, internacionales y extranjeras.
- f) Asociarse en forma transitoria o permanente con otras instituciones nacionales, extranjeras o internacionales que persigan fines análogos a los de esta Fundación.
- g) Colaborar con entidades públicas y privadas en la realización de actividades comunes que se encuentren contempladas en los objetivos de la Fundación.

Mediante el cumplimiento de las finalidades y la realización de las actividades señaladas, el Fundador contribuye a dar satisfacción a las finalidades básicas de sus Estatutos sociales y a la aspiración de sus asociados en orden a la formación, capacitación y perfeccionamiento constante de sus integrantes.

## ARTICULO SEGUNDO

El domicilio de la Fundación será la provincia de Santiago, Región Metropolitana, sin perjuicio que pueda desarrollar sus actividades en otros puntos del país o del extranjero. La duración de la Fundación será indefinida, a contar desde la fecha de la autorización legal de su existencia. Esta Fundación se regirá por las disposiciones de sus Estatutos y en silencio de ellos, por las normas establecidas en el Código Civil Libro I, Título treinta y tres y por el Reglamento sobre Personalidad Jurídica del Ministerio de Justicia. Será la continuadora del actual Departamento de la Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile, denominado "Instituto de Estudios Judiciales".

## TITULO SEGUNDO

### Del Patrimonio

## ARTICULO TERCERO

El patrimonio de la Fundación está formado por la cantidad de tres millones cuatrocientos mil pesos, que para establecerla destina el fundador, la Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile, y que se entera de la siguiente forma:

- a) Con la cantidad de tres millones de pesos valor en que el Fundador estima las especies muebles que se detallan en el Inventario protocolizado en esta misma Notaría bajo el número ochenta y nueve del año mil novecientos noventa, que consisten en mobiliario, maquinarias, artículos de secretaría, instalaciones, tabiquerías, divisiones y ordenamentación del décimo noveno piso del Edificio Presidente Manuel Montt, ubicado en Huérfanos número mil cuatrocientos nueve de la

ciudad de Santiago, lugar en que funciona actualmente el Instituto de Estudios Judiciales dependiente de la Asociación fundadora, especies que se aportan en dominio; y

- b) Con la cantidad de cuatrocientos mil pesos aportados en dinero efectivo a la Fundación por la Asociación fundadora, ya ingresados en arcas de la Institución. El patrimonio de la Fundación acrecerá con todos los bienes que la Institución adquiera a cualquier título, con los frutos civiles o naturales que ellos produzcan y con las donaciones, herencias, legados, erogaciones y subvenciones que obtenga de personas naturales o jurídicas, nacionales, internacionales o extranjeras, de derecho público o privado, de las municipalidades, o de organismos fiscales, semifiscales o de administración autónoma, pudiendo la Fundación aceptar toda clase de donaciones, incluso aquéllas que tengan causa onerosa, y aceptar concesiones y celebrar contratos sujetos a condición siempre que se encuentren dentro de las disposiciones estatutarias.

## TITULO TERCERO

### Del Consejo

#### ARTICULO CUARTO

El Consejo tendrá la plenitud de las facultades de administración y disposición de los bienes de la Fundación y estará compuesto por siete miembros, cinco de los cuales serán designados por el Comité Ejecutivo de la Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile, y dos serán elegidos por la Asamblea General de Miembros Asociados del Instituto a que se refiere el Artículo Décimo Sexto de estos estatutos. Los Consejeros durarán tres años en sus cargos pudiendo ser redesignados, en su caso. Los Consejeros podrán ser asociados o extraños a la entidad fundadora, pero en este segundo caso, no podrán exceder de dos. Cada tres años, en el mes de abril, el Comité Ejecutivo de la Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial, deberá proceder a designar cinco Consejeros, de los cuales sólo tres podrán ser Directores del Comité Ejecutivo de la Asociación, y en ese mismo mes la Asamblea General de los miembros asociados al Instituto procederá a elegir dos Consejeros.

Dentro del mes siguiente al de la designación y elección de Consejeros, el Consejo deberá proceder a designar, de entre sus miembros, a aquéllos que desempeñarán los cargos de Presidente, Vicepresidente, Secretario General, Secretario de Actas, y Tesorero. Uno de los dos Directores restantes tendrá el carácter de coordinador con las Sedes Regionales.

Los cargos de Presidente y Tesorero deberán recaer siempre en alguno de los miembros del Consejo designados por la entidad fundadora, debiendo el primero de ellos ser necesariamente socio activo de la Asociación fundadora. Los cargos de Consejero serán servidos ad honorem, no pudiendo ninguno de los miembros del Consejo recibir remuneración directa ni indirectamente. Los miembros del Consejo cesarán en sus cargos por fallecimiento, renuncia, remoción o por haber dejado de asistir a tres o más sesiones consecutivas del Consejo sin autorización de éste. La aceptación de la

renuncia deberá ser declarada por el mismo Consejo, pero la cesación de un Consejero por inasistencia o su remoción, sólo podrán ser decretadas por el Comité Ejecutivo de la Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial y la última, únicamente cuando existan motivos graves y calificados. En caso de fallecimiento, renuncia o cesación en el cargo de un Consejero, éste será reemplazado, por el tiempo que faltare, por el Comité Ejecutivo del Fundador si se tratare de alguno que hubiere sido designado por él y por la Asamblea de Asociados de la Fundación, si el Consejero de que se trata hubiere sido elegido por dicha Asamblea.

#### ARTICULO QUINTO

El Consejo sesionará ordinariamente una vez cada dos meses, y extraordinariamente las veces que sea necesario para la marcha de la Institución. Las reuniones extraordinarias se citarán por iniciativa del Presidente o cada vez que lo pidan, a lo menos, cuatro Consejeros. En la primera sesión ordinaria del año, el Consejo señalará el día, hora y lugar en que se celebrarán las reuniones ordinarias bimestrales, las que se citarán por carta dirigida a los domicilios registrados por los Consejeros en la Fundación. A las reuniones extraordinarias se citará mediante carta certificada y en ellas se deberá indicar el objeto de la reunión, único que podrá ser materia de ella. El quórum para sesionar será de cuatro miembros a lo menos. Los acuerdos se adoptarán por mayoría de votos, debiendo el Presidente dirimir los empates que se produzcan; no obstante, tratándose de las materias a que se refiere el artículo primero letra f), este quórum será de cinco votos. El Consejero que sin causa justificada como bastante por el Consejo, faltare a tres sesiones ordinarias durante un año calendario, cesará en el cargo y perderá la calidad de consejero.

#### ARTICULO SEXTO

De las deliberaciones y acuerdos del Consejo se dejará constancia en un libro especial de Actas, el que será firmado por todos los Consejeros que hubieren concurrido a la sesión. El Consejero que quisiera salvar su responsabilidad por algún acto o acuerdo, podrá dejar constancia de su opinión en el Acta respectiva. Se entenderá aprobada el Acta desde el momento de su firma, y desde esa fecha se podrán llevar a efecto los acuerdos contenidos en ella.

#### ARTICULO SEPTIMO

El Consejo deberá remitir periódicamente al Ministerio de Justicia, en la oportunidad que lo señalen las disposiciones legales, una Memoria y Balance sobre la marcha de la Fundación y la situación financiera del período inmediatamente precedente, con el nombre y apellidos de sus Consejeros y el lugar preciso en que tenga su sede.

#### ARTICULO OCTAVO

El Presidente del Consejo lo será también de la Fundación, la representará judicial y extrajudicialmente y tendrá las demás atribuciones que estos Estatutos señalen.

## ARTICULO NOVENO

El Consejo tiene a su cargo la Dirección Superior de la Fundación en conformidad con sus Estatutos. Son atribuciones y deberes del Consejo:

- a) Dirigir la Fundación y velar por el cumplimiento de sus objetivos.
- b) Administrar los bienes sociales e invertir sus recursos.
- c) Crear Oficinas, Centros, Comités, Departamentos, Anexos y Filiales en el país o en el extranjero y designar a los encargados y responsables de ellos, delegándoles parte de las facultades de administración compatibles con sus funciones.
- d) Delegar parte de sus atribuciones en el Presidente del Consejo, en uno o más funcionarios de las Oficinas, Centros o Departamentos, Anexos y Filiales, o en un tercero, debiendo contar con el voto conforme de cinco de sus Consejeros.

Dicha delegación sólo podrá comprender las facultades necesarias para ejecutar las medidas económicas que se acuerden y las que requiera la organización administrativa interna de la Institución.

- e) Redactar y aplicar los Reglamentos que sean necesarios para el mejor funcionamiento de la Fundación, de sus Oficinas, Centros, Departamentos, Anexos y Filiales para el mejor cumplimiento de sus fines estatutarios.
- f) Pronunciarse sobre la aceptación o rechazo de la renuncia presentada por alguno de sus miembros.
- g) Presentar al Ministerio de Justicia el informe periódico a que se refiere el artículo séptimo de estos Estatutos.
- h) Conocer y aprobar el presupuesto anual y el balance de la Fundación.

## ARTICULO DECIMO

Como administrador de los bienes de la Fundación, el Consejo gozará de las más amplias atribuciones, entendiéndose que tiene todas las facultades que sean necesarias para el cumplimiento de los fines de la Institución. Sin que la enumeración sea limitativa podrá: comprar; vender; enajenar bienes raíces, bienes muebles y valores mobiliarios; dar y tomarlos en arrendamiento; constituir, otorgar, aceptar y posponer hipotecas, prendas, garantías y prohibiciones; otorgar cancelaciones y recibos; percibir; celebrar contratos de trabajo, fijar sus condiciones y ponerles término; celebrar contratos de depósitos, de mutuo, cuentas corrientes bancarias y mercantiles, abrir y cerrar cuentas corrientes de depósitos, de ahorro y de crédito y girar sobre ellas; retirar talonarios y aprobar saldos; endosar y cancelar cheques y reconocer saldos, protestar cheques, contratar, alzar y posponer prendas; avalar, descontar, prorrogar y protestar letras de cambio, libranzas y pagarés y cualesquiera otro documento bancario o mercantil; conferir mandatos especiales; delegar y revocar poderes; transigir; aceptar toda clase de

legados, herencias y donaciones; contratar seguros, pagar las primas, aprobar liquidaciones de los siniestros y percibir el valor de las pólizas; fimar, endosar y cancelar pólizas; estipular en cada contrato que celebre, precio, plazo y condiciones que juzgue convenientes; anular, rescindir, resolver, revocar y terminar dichos contratos; poner término a los contratos vigentes por resolución, desahucio o cualquier otra forma; contratar créditos con fines sociales; presentar y firmar registros de importación y exportación, concurrir a la constitución y fundación de Corporaciones o Fundaciones sin fin de lucro o asociarse a las ya existentes; en general, ejecutar todos aquellos actos que tienden a la buena administración de la Fundación, pudiendo delegar parte de sus atribuciones en uno o más Consejeros o en otras personas.

#### ARTICULO UNDECIMO

Acordado por el Consejo cualesquiera de los actos o contratos relacionados con las facultades señaladas en el artículo Décimo precedente, lo llevará a cabo el Presidente o quien lo subrogue, conjuntamente con el Tesorero u otro Director que hubiere designado el Consejo. No será necesario que los terceros que contraten con la Fundación conozcan los términos del acuerdo.

#### ARTICULO DUODECIMO

Al Presidente del Consejo de la Fundación le corresponde especialmente:

- a) Representar judicial y extrajudicialmente a la Fundación.
- b) Convocar y presidir las sesiones del Consejo, con la salvedad de la convocatoria establecida en el artículo quinto inciso primero.
- c) Ejecutar los acuerdos del Consejo, sin perjuicio de las funciones que le correspondan al Vicepresidente, al Secretario General, al Secretario de Actas, al Tesorero y a otros miembros que designe el Consejo.
- d) Proponer al Consejo el plan general de actividades anuales.
- e) Presentar al Consejo para su aprobación el presupuesto anual de la Fundación y el Balance General de las operaciones.
- f) Velar por el fiel cumplimiento de los Estatutos, Reglamentos y acuerdos del Consejo.
- g) Firmar la documentación propia de su cargo y aquélla en que deba representar a la Fundación.

#### ARTICULO DECIMO TERCERO

El Vicepresidente subrogará al Presidente cuando éste, por cualesquier motivo, no pudiere desempeñar transitoriamente sus funciones. Tendrá además, como función preferente, colaborar con el Presidente en todas las tareas que éste deba realizar.

#### ARTICULO DECIMO CUARTO

El Secretario General tendrá a su cargo el despacho de las citaciones a reunión del Consejo, el envío de comunicaciones y circulares y la suscripción, conjuntamente con el Presidente, de la correspondencia y documentos que deban expedirse. Le corresponderá, además, la mantención y custodia de los Registros, libros, documentos y bibliotecas de la Fundación, la confección del inventario, el que deberá mantener al día.

El Secretario de Actas tendrá a su cargo la redacción de las actas de las sesiones del Consejo, tanto ordinarias como extraordinarias y el otorgamiento de las copias que de ellas se le soliciten. Subrogará al Secretario General, en forma transitoria, cuando éste faltare por cualquier motivo y si también faltare dicho Secretario de Actas subrogará al Secretario General el Director que designe el Consejo. La ausencia del Secretario de Actas será suplida por el Consejero que designe el Presidente.

#### ARTICULO DECIMO QUINTO

El tesorero deberá llevar la contabilidad de la Fundación, preparar los Balances y abrir las cuentas corrientes bancarias y de ahorro a nombre de la Institución, contra las cuales podrá girar el Presidente y el Tesorero o las personas que designe el Consejo. En caso de ausencia o impedimento temporal del Tesorero, será suplido por el miembro del Consejo que este último designe.

#### ARTICULO DECIMO SEXTO

Existirán tres clases de miembros en la Fundación:

- a) ASOCIADOS, que son personas naturales que tienen derecho a participar en las diversas actividades que programe y ejecute la Fundación. Estos miembros se denominarán, además, "judiciales", si son socios de la Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile, y "profesionales", si, en cambio, no tienen esta calidad y se trata de juristas, profesores, abogados y estudiosos de la ciencia del Derecho. Los miembros asociados profesionales no podrán ser superiores en número a un tercio del total de los asociados judiciales. Tanto unos como otros constituyen la Asamblea General de Miembros Asociados de la Fundación que, en el mes de abril de cada tres años, elige a dos Consejeros de la Fundación;
- b) COLABORADORES, que son las personas naturales o jurídicas que contribuyen con dinero, bienes o servicios para el desarrollo de las actividades de la Fundación; y,
- c) HONORARIOS, que son aquellas personas naturales o jurídicas que han recibido la distinción de este nombramiento por el Consejo, debido a los valiosos servicios prestados a la Fundación. Ningún miembro de la Fundación, cualquiera que sea su denominación, podrá ser remunerado por sus funciones en calidad de tal, y sólo estará obligado a las prestaciones que voluntariamente se haya comprometido. La sola calidad de socio activo de la Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile, habilita para ingresar a la Fundación como asociado judicial, sin perjuicio de dar cumplimiento a las formalidades de ingreso que determine el Reglamento.

## ARTICULO DECIMO SEPTIMO

La calidad de socio asociado "judicial" se adquiere mediante la simple presentación dirigida al Consejo de la Fundación solicitando su ingreso y comprometiéndose a acatar los Estatutos y Reglamentos de la Institución. El Consejo deberá pronunciarse sobre la solicitud en la reunión ordinaria más próxima. Este postulante a socio no requerirá el patrocinio de ningún miembro de la Fundación. La calidad de miembro asociado "profesional" se adquiere mediante la aceptación que haga el Consejo de la Fundación de la solicitud de ingreso patrocinado por un miembro asociado sea "judicial" o "profesional", en la cual el peticionario manifieste plena conformidad con los fines de la Institución y se comprometa a cumplir con los Estatutos, Reglamentos y acuerdos del Consejo de la Fundación.

Los miembros asociados "judiciales" y "profesionales" tienen las siguientes obligaciones:

- a) Asistir a las reuniones a que fueren legalmente convocados.
- b) Servir con eficiencia y dedicación los cargos para los cuales sean designados y las tareas que se le encomienden.
- c) Cumplir fiel y oportunamente las obligaciones pecuniarias para con el Instituto.
- d) Cumplir las disposiciones de los Estatutos y Reglamentos de la Fundación, y acatar los acuerdos del Consejo y de la Asamblea General de miembros asociados. Los miembros asociados "judiciales" y "profesionales" tienen los siguientes derechos y atribuciones en el Instituto:
  - a) Participar en las diversas actividades que programe y ejecute el Instituto.
  - b) Participar con derecho a voz y voto en las Asambleas Generales de miembros asociados.
  - c) Elegir y ser elegidos para servir el cargo de Consejero de la Fundación de conformidad con lo establecido en el artículo décimo sexto.
  - d) Presentar cualquier proyecto o proposición al Consejo del Instituto.
  - e) Disfrutar de los servicios y beneficios que de acuerdo con los Estatutos y Reglamentos el Instituto otorgue a sus miembros, en cumplimiento de sus objetivos.

La calidad de miembro asociado "judicial" y "profesional" se pierde:

- a) Por fallecimiento.
- b) Por renuncia escrita presentada al Consejo del Instituto.
- c) Por incumplimiento de las obligaciones pecuniarias para con el Instituto, libremente acordadas, por un plazo superior a seis meses.

## ARTICULO DECIMO OCTAVO

En caso de disolución del Fundador, lo reemplazará, con la totalidad de las atribuciones contenidas en estos Estatutos y las que determinen las leyes, el Colegio de Abogados de Chile A.G.

## TITULO CUARTO

### De la reforma de los Estatutos y de la disolución de la Fundación

## ARTICULO DECIMO NOVENO

La modificación y complementación de estos Estatutos sólo podrá efectuarse con el acuerdo de, a lo menos, cinco de los Consejeros en ejercicio de la Fundación, en sesión extraordinaria, citada con ese objeto; dicha sesión deberá contar con la presencia de un Notario Público de Santiago, quien certificará que se han cumplido todas las formalidades establecidas en estos Estatutos para su reforma. El texto completo del proyecto de reforma o complementación requerirá aprobación previa y por escrito del Comité Ejecutivo del Fundador o de quien lo sustituya, lo que certificará el Secretario General de la Asociación al término del Acta respectiva. Aprobadas las reformas Estatutarias, el proyecto definitivo será reducido a escritura pública y se remitirá al Presidente de la República.

## ARTICULO VIGESIMO

La Fundación podrá acordar su disolución con las mismas formalidades, condiciones y quórum indicados en el artículo anterior y requerirá, además, la ratificación de la Convención Nacional de la Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile. El acta en que conste el acuerdo del Consejo de la Fundación se reducirá a escritura pública en la que se insertará los acuerdos del Comité Ejecutivo y de la Convención Nacional del Fundador y se elevará al Presidente de la República para los efectos que procedan. Decretada la disolución, todos sus bienes, derechos y créditos se traspasarán en dominio a la Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile.

### Disposiciones Transitorias

## ARTICULO PRIMERO TRANSITORIO

El primer Consejo de la Fundación, estará formado por las siguientes cinco personas, las que asumirán sus funciones desde la fecha en que se publique el Decreto que concede personalidad jurídica a la Fundación y durará hasta aquélla en que se celebre la XVIII Convención Nacional Ordinaria del Fundador correspondiente al ejercicio de mil novecientos noventa. Los dos Consejeros elegidos por la Asamblea General de Miembros a que se refiere el artículo cuarto, serán designados dentro de los noventa días siguientes a la publicación del Decreto que legaliza esta Fundación:

**Presidente:** HERNAN CORREA DE LA CERDA, Cédula Nacional de Identidad número dos millones trescientos dieciocho mil ochocientos tres guión dos.

**Vicepresidente:** LUIS CORREA BULO, Cédula Nacional de Identidad número tres millones ciento cincuenta y ocho mil catorce guión cinco.

**Secretario General:** HAROLDO BRITO CRUZ, Cédula Nacional de Identidad número cuatro millones novecientos ochenta y cinco mil ciento treinta y siete guión seis.

**Secretario de Actas:** JUAN MANUEL ESCANDON JARA, Cédula Nacional de Identidad número cinco millones trescientos cuarenta y un mil quinientos sesenta y nueve guión cinco.

**Tesorero:** ELIA OSORO GUZMAN, Cédula Nacional de Identidad número un millón ochocientos cuarenta y un mil quinientos cincuenta y ocho guión cinco.

Este primer Consejo estará exceptuado de la exigencia establecida en el inciso segundo del artículo cuarto de estos Estatutos.

## ARTICULO SEGUNDO TRANSITORIO

Se confiere poder amplio al abogado señor Patricio Cavada Artigues para que solicite a la autoridad competente la concesión de personalidad jurídica a esta Fundación y la aprobación de sus Estatutos, facultándolo para aceptar las modificaciones que el Presidente de la República estime conveniente o necesario introducirle y, en general, para realizar todas las actuaciones que fueren necesarias para la total legalización de esta Fundación.

## ESTATUTOS DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS JUDICIALES

Escrituras Públicas de Constitución de fechas 19 de enero de 1990 y de 31 de mayo de 1990, ante el Notario don Kamel Saquel Zaror.

Personalidad Jurídica concedida por Decreto Supremo N° 849, del Ministerio de Justicia de fecha 22 de junio de 1990, publicada en el Diario Oficial del día 1° de agosto de 1990.

## Instituto de Estudios Judiciales

### Organización

El Instituto de Estudios Judiciales es una fundación de la Asociación Nacional de Magistrados del Poder Judicial de Chile. Su origen es un acuerdo del Directorio de dicha Asociación de fecha 19 de diciembre de 1986.

Según los Estatutos de la fundación, sus objetivos son:

1) Investigar la realidad socio-jurídica y cultural del país, sus antecedentes históricos y sus líneas ideales y reales de desarrollo, a fin de contribuir de este modo al fortalecimiento de la conciencia jurídica de la comunidad nacional.

2) Capacitar a los jueces, funcionarios, empleados y colaboradores del Poder Judicial para el cabal cumplimiento de su función.

3) Promover la formación de vocaciones judiciales entre estudiantes de Derecho, egresados o licenciados.

4) Fomentar la utilización de sistemas de tecnología avanzada en la administración de justicia.

5) Proponer a la Corte Suprema y al Ministerio de Justicia los planes de modernización que se obtengan como producto de las investigaciones antes referidas.

Existen en esta Fundación tres clases de miembros: 1) ASOCIADOS: es decir,

personas naturales que tienen derecho a participar en las actividades que se programen; éstos se denominan "Judiciales", si son socios de la Asociación Nacional de Magistrados y "Profesionales", si no tienen dicha calidad y se trata de abogados, profesores o juristas. 2) COLABORADORES: pueden ser personas naturales o jurídicas que contribuyan con dinero, bienes o servicios al desarrollo de las actividades del Instituto, y 3) HONORARIOS: son aquellos miembros que han recibido la distinción de este nombramiento por el Consejo de la Fundación.

Se establece en esta Fundación un Consejo; que está compuesto de siete miembros, cinco de los cuales son designados por el Comité Ejecutivo de la Asociación Nacional de Magistrados y los otros dos son elegidos por la Asamblea General.

### Actividades realizadas

Dentro del marco del Proyecto de Capacitación Judicial que se está ejecutando conjuntamente con la Corporación de Promoción Universitaria y con el financiamiento de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, se han efectuado cuatro Seminarios relacionados con modificaciones legales, dos Reuniones de Estudios sobre Derechos Humanos y Justicia Militar y dos Jornadas de tres días de duración sobre Procedimientos Civil y Penal. Todas estas actividades han sido dirigidas en algunos casos a Ministros, Jueces, Relatores y Secretarios del Poder Judicial. De la misma manera,

entre los meses de abril a junio de 1990, se realizaron en la sede del Instituto cursos para empleados de Tribunales Civiles, del Crimen, de Menores y del Trabajo.

Se han efectuado, asimismo, diversas actividades destinadas a miembros del Escalafón Superior del Poder Judicial, con diversas Asociaciones Regionales de Magistrados, con la Universidad Diego Portales, Universidad de Chile, Colegio de Abogados, en las que se ha capacitado a un gran número de personas.

Han sido profesores invitados: Anthony Scirica y Lydia Taylor, jueces norteamericanos; Edith Zahler Friedler, profesora de la Universidad de Loyola (EE.UU.); Marino Barbero Santos, Magistrado del Tribunal Supremo de España; Robert Page, experto en administración de tribunales; Alfredo Etcheberry O.; Agustín Squella N.; Armando de Ramón; Waldo Ortúzar L.; Juan Colombo C.; Jorge Correa S.; Iván Lavados M.; Enrique Barros; Mario Saquel Z.

#### **Exposiciones de arte**

Han expuesto sus obras doña Francisca Iriarte; doña Dora Aguila; don Francisco Javier Fernández; don Joaquín Solo de Zaldívar; don Jorge Jullian; doña Francisca Esquerre; don Luis Catalán; doña Teresa Ortúzar; doña Ana María Bustos; don Sergio Parra y doña Luz María Malvino.

#### **Apoyos recibidos**

Han colaborado generosamente con este Instituto, la Embajada de Estados Unidos, la Corporación de Promoción Universitaria (C.P.U.), la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (A.I.D.), PROMEPART ISAPRE, el Instituto de Estudios Humanísticos, los bancos de Concepción, de Osorno, las editoriales Ediar Cono Sur, Jurídica de Chile y Edeval; la Compañía

Manufacturera de Papeles y Cartones; la Fundación Ford, etc.

El Instituto cuenta con una Biblioteca especializada en Derecho Judicial, donde los asociados pueden realizar sus consultas. La Editorial Jurídica Ediar Cono Sur instaló una Librería de Derecho, que ofrece novedades jurídicas a los visitantes.

#### **Proyecciones futuras**

En atención al éxito de las diversas actividades realizadas, es conveniente continuar con todo ello, principalmente en lo que se refiere a capacitación. Se deben organizar programas especiales para Jueces y/o Secretarios recién ingresados al Poder Judicial. Se pretende de la misma manera organizar un sistema de capacitación a distancia mediante la elaboración de manuales y videos para el uso de funcionarios y empleados judiciales, estudiantes de Derecho, abogados, etc.

Es posible que se ejecute, asimismo, un segundo Proyecto de Capacitación Judicial con la Corporación de Promoción Universitaria, el que tendría una duración aproximada de cuatro años y que se iniciaría en marzo de 1991.

#### **Centro de documentación**

El Centro encarga estudios de interés para los jueces y abogados en general o reproduce temas ya publicados pero poco difundidos.

Para ilustrar la magnitud de esta actividad, se informa lo siguiente:

En la Sección Penal se han publicado 17 estudios; en la Sección Civil, 12; en materia de procedimientos, 25; en la Sección Otros Temas, 30; y en la Sección Datos Útiles, 9 Documentos. Todas estas publicaciones se recopilan en archivadores distribuidos a todos los asociados.