



CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO

REVISTA DE DERECHO

Junio 2008

Nº 19

REVISTA DE DERECHO

editada por el Consejo de Defensa del Estado

“Las expresiones contenidas en los artículos publicados son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan, necesariamente, la opinión del Consejo de Defensa del Estado”.

Director Responsable

Arturo Onfray Vivanco

Comité Editorial

René Moreno Monroy

Rodrigo Quintana Meléndez

María Inés Horvitz Lennon

Ana María Hübner Guzmán

Propietario

Consejo de Defensa del Estado®

Representante Legal

Carlos Mackenney Urzúa

Domicilio

Agustinas 1687, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual N° 115.310

ISSN N° 0717-5469

Impreso en LOM ediciones

Concha y Toro N° 25

Santiago, Chile

REVISTA DE DERECHO

Junio 2008 N° 19

ÍNDICE 5

PRESENTACIÓN 7

Comité Editorial

A.- DOCTRINA

DERECHO ADMINISTRATIVO

ANTECEDENTES DE LA LEY DE BASES DE LA
ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO..... 9

Pedro Pierry Arrau

DERECHO MUNICIPAL

LAS MUNICIPALIDADES EN RELACIÓN A LA
ADMINISTRACIÓN FINANCIERA DEL ESTADO..... 25

José Fernández Richard

MEDIACIÓN

LA EXPERIENCIA FRANCESA EN LA BÚSQUEDA DE
UNA SOLUCIÓN AMIGABLE DE LOS CONFLICTOS
MÉDICOS..... 43

Pilar Rodríguez Peña

MEDIO AMBIENTE

LA EVALUACIÓN AMBIENTAL ESTRATÉGICA DE PLANES Y PROGRAMAS EN EL REINO UNIDO Y SU APLICACIÓN AL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO	93
<i>Ximena Lazo Vitoria</i>	

B.- JURISPRUDENCIA DE INTERÉS

DERECHO PENAL

Corte Suprema. Fisco de Chile y otros con Carlos Cruz Lorenzen y otros. Recurso de casación en el fondo	123
--	-----

DERECHO PREVISIONAL.

Corte Suprema. Schaffahauser Camposano, Francisco y otros con Fisco de Chile y Caja de Previsión de la Defensa Nacional. Recurso de casación en el fondo	161
--	-----

C.- RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS..... 169

Arturo Felipe Onfray Vivanco

PRESENTACIÓN

Comité Editorial

En la Sección Doctrina del presente número se incluyen cuatro interesantes artículos.

En primer lugar, Pedro Pierry Arrau, profesor de Derecho Administrativo, Ministro de la Excelentísima Corte Suprema y ex Abogado Consejero del Consejo de Defensa del Estado, analiza el alcance de la Ley de Bases de la Administración del Estado y sus limitaciones.

En segundo lugar, José Fernández Richard, profesor universitario, ex Director Jurídico de la Municipalidad de Santiago y ex abogado integrante de la Corte Suprema, revisa la administración financiera de las municipalidades, las cuales, según indica, están sujetas a las normas financieras sobre administración del Estado, a la fiscalización e inspección de la Contraloría General de la República sobre ingreso e inversión de sus recursos e ingresos y a diversas leyes administrativas de carácter general.

En tercer lugar, Pilar Rodríguez Peña, Magíster en Derecho Privado General y en contiendas, arbitraje y solución alternativa de conflictos, de la Universidad París II, Panteón-Assas, actual candidata a doctora de la referida Universidad, explora la experiencia francesa en la búsqueda de una solución amigable de los conflictos médicos. Para ello considera, en primer término, la mediación intrahospitalaria y, luego, los modos de solución amigable que han sido implementados fuera de los hospitales a través de las Comisiones Regionales de Conciliación y de Indemnización.

Finalmente, Ximena Lazo Vitoria, Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de Alcalá, considera la evaluación

ambiental estratégica de planes y programas en el Reino Unido y su aplicación al planeamiento urbanístico.

En la Sección Jurisprudencia de Interés se transcriben dos fallos pronunciados en el primer semestre de este año por la Corte Suprema. El primero de ellos realiza un análisis del concepto de empleado público en el ámbito penal. El segundo, en cambio, lo hace de la correcta aplicación del artículo 6° letra b) de la Ley N° 18.747, la cual autorizó el pago anticipado de desahucios a trabajadores del sector público, para destinarlos a la adquisición de acciones pertenecientes a la Corporación de Fomento de la Producción.

En la Sección Recensiones Bibliográficas se revisa el libro "*Instituciones del Nuevo Procesal Penal*", de Raúl Tavorari Oliveros, profesor de Derecho Procesal y Secretario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, el cual constituye una herramienta importante para una mejor comprensión de los desafíos de la implementación de la reforma procesal penal en Chile.

ANTECEDENTES DE LA LEY DE BASES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Pedro Pierry Arrau¹

RESUMEN: *Hace veinte años entró en vigencia la Ley de Bases de la Administración del Estado (Ley N° 18.575), la cual ha sufrido importantes modificaciones en estos lustros, destacando entre ellas las normas incorporadas, en el año 1999, por la Ley N° 19.653. El presente artículo analiza el alcance la referida ley y sus limitaciones, distinguiendo los siguientes puntos: Antecedentes de la tramitación; estructura de la ley; estructura de la Administración, Ministerios y Servicios Públicos; Administración Regional y Municipal; procedimiento administrativo; carrera funcionaria, actividad empresarial y administración invisible del Estado; y, finalmente, la responsabilidad funcionaria.*

DESCRIPTORES: *Actividad empresarial del Estado - Administración invisible del Estado - Administración Municipal - Administración Regional - Carrera Funcionaria - Ley de Bases de la Administración del Estado - Ministerios - Procedimiento Administrativo - Responsabilidad extracontractual del Estado - Servicios Públicos.*

SUMARIO DE CONTENIDOS: *I.- Antecedentes de la tramitación de la Ley de Bases de la Administración del Estado; II.- Estructura de la Ley de Bases de la Administración del Estado; III.- Estructura de la Administración; IV.- Ministerios y Servicios Públicos; V.- Administración Regional y Municipal; VI.- Procedimiento Administrativo;*

¹ .- PEDRO PIERRY ARRAU. Profesor de Derecho Administrativo, Ministro de la Corte Suprema y ex Abogado Consejero del Consejo de Defensa del Estado.

VII.- Carrera funcionaria; VIII.- Actividad empresarial y administración invisible del Estado; IX.- Responsabilidad; X.- Conclusión.

I.- ANTECEDENTES DE LA TRAMITACIÓN DE LA LEY DE BASES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

Es conveniente, como antecedente para el futuro, tratar de precisar someramente algunos aspectos de la tramitación de esta Ley de Bases de la Administración del Estado (Ley N° 18.575), antes de su publicación: el 5 de diciembre de 1986.

Cabe destacar, desde ya, que la tramitación de una ley en democracia, y con las instituciones normales de la República funcionando, es una situación muy distinta a aquella en que el Poder Legislativo está radicado en una “Junta de Gobierno”, como ocurría en el Gobierno Militar. Hoy puede parecer extraño, y más aún, desagradable e inaceptable que se pueda siquiera hablar de tramitación legislativa en esa época. Pero la ley no apareció de la nada. Y así, como ha ocurrido con otros textos de gran importancia, hay que aceptar que esta ley nació y fue el producto de un Gobierno Militar, que ya llevaba entonces más de 10 años en el poder, y su contexto.

También deseo consignar que esta ley otorgó un enorme impulso a la disciplina del Derecho Administrativo en Chile, y se inserta, en conjunto con la Ley de Procedimiento Administrativo y la recepción por los tribunales del recurso de protección y de las acciones de nulidad de derecho público, como un hito fundamental de nuestra disciplina en Chile.

La Subcomisión encargada de la redacción del primer Anteproyecto estuvo integrada por Arturo Aylwin Azócar, que la presidió, y los profesores de Derecho Administrativo Manuel Daniel Argandoña, Eduardo Soto Kloss, Osvaldo Oelckers Camus y el autor de este artículo. A este grupo se sumaron Rodrigo de la Cuadra, Olga Feliú Segovia y Juan Guillermo Valenzuela Vargas, Fiscal de ODEPLAN.

La primera sesión de la Subcomisión se llevó a cabo el 26 de mayo de 1983, y a fines de agosto del mismo año se envió un anteproyecto a la Comisión de Estudio de Leyes Orgánicas Constitucionales, designada por Decreto Supremo N° 363, de marzo de 1983, del Ministerio del Interior. A este lo llamaré el primer anteproyecto.

Con gran celeridad la Comisión de Estudio de Leyes Orgánicas Constitucionales despachó los informes respectivos, y no introdujo modificaciones sustanciales al anteproyecto original. El 30 de noviembre de 1983 se envió un informe al Presidente de la República junto con el proyecto aprobado. Este es el segundo anteproyecto, que como señalé es casi idéntico al anterior. Este anteproyecto es el primer documento importante a tener en consideración para el estudio de la historia de la ley.

En la Secretaría de Legislación de la Junta de Gobierno se recibió el Boletín N° 601-06, de 20 de marzo de 1985, con un Mensaje del Presidente de la República dirigido a la Junta de Gobierno. Dicho proyecto, al que denominaré tercer anteproyecto, se elaboró en la Secretaría de la Presidencia de la República y a él se refiere en los siguientes términos Arturo Aylwin Azócar, Presidente de la Subcomisión, en carta de fecha 10 de abril de 1985, remitida a todos los miembros de la Subcomisión, proponiendo deslindar nuestra responsabilidad: *“El proyecto nuestro ha sido mutilado, deformado, desmejorado en todo sentido, e inclusive, contiene ahora preceptos abiertamente contrarios a la Constitución Política”*. La Junta de Gobierno se tomó más de un año y medio, en despachar la ley, y de la revisión de la historia de la ley, en la Biblioteca del Congreso Nacional, se puede comprobar que su tramitación fue agitada. Participaron en ella todas las Comisiones Legislativas, que representaban a las cuatro ramas de las Fuerzas Armadas y de orden, que gobernaban al país. De las discusiones propiamente tales no hay constancia, pero sí de oficios e informes donde se consignan las discrepancias y opiniones sobre diversos aspectos de la ley. Mencionaré los antecedentes que estimo de mayor importancia:

La Junta de Gobierno aprobó el texto el 22 de julio de 1986, pero después tuvo que introducirle unos cambios menores en relación con un inciso objetado por el Tribunal Constitucional en sentencia de 2 de octubre de ese año. La última sesión de la Junta de Gobierno en relación con esta ley fue el 14 de octubre de 1966.

La ley que en definitiva se promulgó se parece más al anteproyecto que propuso la Subcomisión presidida por Arturo Aylwin Azócar, que al anteproyecto del Poder Ejecutivo enviado a la Junta de Gobierno, aunque también contiene algunos aspectos de éste. Buscando antecedentes fidedignos que vayan más allá de las conversaciones que suponemos que existieron para que se considerara el trabajo de la

Comisión y de la Subcomisión, debemos citar oficios e informes de las distintas Comisiones Legislativas, frente a consultas formuladas por la Cuarta Comisión Legislativa, presidida por el Ejército, donde se radicó el estudio de esta ley. Así, tenemos que en oficio del Presidente de la Segunda Comisión Legislativa, general Fernando Matthei Aubel, al Presidente de la Cuarta Comisión, de 19 de julio de 1985, se solicita que se tome como base para la discusión del anteproyecto no la proposición del Poder Ejecutivo sino el de la Comisión de Estudio de las Leyes Orgánicas Constitucionales, designada el año 1983.

Diversos documentos dan cuenta de los puntos de vista de los hombres de armas sobre esta ley. Entre ellos el oficio con proposiciones del Presidente de la Tercera Comisión, presidida por el general de Carabineros César Mendoza; y el del Secretario de Legislación de la Junta Capitán de Navío de Justicia, Jorge Beytía Valenzuela, al Presidente de la Cuarta Comisión Legislativa. Una especial mención debe hacerse al oficio de 19 de julio de 1985 del Comandante en Jefe de la Armada, Presidente de la Primera Comisión Legislativa, muy documentado, en que se manifiesta contrario al proyecto del Ejecutivo, y retoma aspectos del anteproyecto original de la Comisión de Estudio de Leyes Orgánicas Constitucionales.

El 5 de noviembre de 1985 se acordó por la Junta de Gobierno poner el proyecto en tabla para la sesión de 12 de diciembre, donde se acordó que pasara a la Comisión Conjunta para su estudio calificando el trámite de “*ordinario extenso*” a contar del 4 de noviembre de 1985². La Comisión Conjunta, presidida por el Presidente de la Cuarta Comisión, General Julio Canessa Roberts, emitió un informe, enviado por oficio a la Junta de Gobierno el 27 de Junio de 1986. Este informe de 109 páginas es el segundo antecedente importante -el primero era el informe de la Comisión de Estudios de las Leyes Orgánicas Constitucionales- que debe considerarse en la historia de la ley.

En el mencionado informe se señala que en la redacción se tuvo fundamentalmente en cuenta la iniciativa de la Comisión de Asesoría Presidencial y la de la Comisión Asesora para Estudio de Leyes Orgánicas Constitucionales. Esta es, en definitiva, la explicación de por qué la ley que entró en vigencia tiene gran parte de los aspectos originales de la Subcomisión que mencionáramos al comienzo.

² .- Si bien no dispongo de antecedentes específicos relativos al alcance de la expresión “ordinario extenso”, presumo que ella se refiere a una “urgencia” de menor grado.

En el informe de la Comisión Conjunta, se explica latamente que se eliminaron artículos del proyecto del Poder Ejecutivo por problemas de constitucionalidad o porque no correspondían a normas de rango orgánico constitucional, no tenían utilidad o solamente eran referencias a disposiciones constitucionales.

II.- ESTRUCTURA DE LA LEY DE BASES DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

El primer anteproyecto, elaborado por la Subcomisión, y el segundo anteproyecto, de la Comisión de Estudio de Leyes Orgánicas Constitucionales, que, como se ha dicho, prácticamente no modificó al primero, contemplaba un total de ocho títulos (lo que contrasta con lo que en definitiva se aprobó). El primer título era sobre Principios Generales; el segundo, sobre Estructura General de la Administración del Estado; el tercero, sobre Ministerios; el cuarto, sobre Servicios Públicos, con un párrafo sobre normas generales y otro sobre Empresas del Estado; el quinto, sobre Administración Regional y Provincial; el sexto, sobre facultades de la Administración sobre Instituciones con Participación Estatal; el séptimo, sobre actividad de la Administración del Estado; y el último, sobre la carrera funcionaria, haciendo un total de 60 artículos.

La ley que, en definitiva, se promulgó contempló 54 artículos y pese a que excluyó algunas materias como las referentes a la actividad empresarial del Estado, trató casi todos los aspectos del proyecto primitivo en sus escasos dos títulos.

El tercer anteproyecto, del Poder Ejecutivo, bastante más breve que los anteriores (45 artículos), mantuvo, en cierta medida, la estructura de los primitivos anteproyectos, pero reduciendo de ocho a seis los títulos, fusionando los dos primeros en uno sobre normas generales y suprimiendo el título sobre facultades de la Administración sobre Órganos con Participación Estatal. También suprimió el párrafo sobre actividad empresarial. Esta aparente concordancia entre los anteproyectos contrasta con la estructura que finalmente se dio a la ley, la que, como se ha dicho, es de solo dos títulos, más uno final, formal, de un artículo derogatorio de otras normas.

III.- ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACIÓN

Este es, probablemente, uno de los aspectos de mayor interés en cuanto a la historia de la ley, ya que considera el debate que se libró al interior de la propia Junta de Gobierno, acerca de la estructura de la Administración del Estado y a la distinción entre esta y la Administración Pública. Lo más probable es que este desacuerdo haya demorado toda la tramitación de la ley, y también que haya sido la causa de la estructura de la ley que, en definitiva, se aprobó, tan distinta de los anteproyectos.

Debe decirse, en primer lugar, que la subcomisión que elaboró el primer anteproyecto discutió la posibilidad de recoger la terminología empleada por la Constitución Política de la República en relación a la clasificación de los órganos de la Administración, para aclararlas e interpretarlas, existiendo consenso en que ella no es la más acertada. Finalmente se optó por omitir lisa y llanamente su existencia para “no aparecer persistiendo en una inexactitud conceptual. De este modo, por ejemplo, el concepto de institución semifiscal, mencionado en los artículos 55 y 62 números 2 y 3, simplemente no fue tocado en el anteproyecto original, ni tampoco en los posteriores, lo que pasó a la misma ley, que derechamente omitió toda referencia a ellas.

El informe de la Comisión de Estudio de Leyes Orgánicas Constitucionales expresó “*que la Carta Fundamental mantiene en algunos artículos términos tales como ‘institución semifiscal’ y ‘organismo autónomo’*, clasificaciones que la Comisión consideró totalmente obsoletas, por lo cual recomendó que, cualquiera que fuese su denominación, los organismos deberían encuadrarse siempre en los conceptos mencionados.

En segundo lugar señalemos que el artículo 38 de la Constitución Política de la República, al establecer la ley de Bases, se refiere a ella como regulando a la “Administración Pública”, mencionando más adelante, en el inciso segundo de la misma disposición, a la “Administración del Estado”.

La discusión versó sobre la distinción entre Administración del Estado y Administración Pública, existiendo una diferencia sustancial entre los primeros anteproyectos y el del Poder Ejecutivo. En efecto, los primeros señalaban expresamente en su artículo 10 que las expresiones Administración Pública y Administración del Estado comprenden a todos los órganos y servicios a que se refiere la ley en

los artículos anteriores. El proyecto del Poder Ejecutivo, en cambio, no menciona para nada el término “*Administración del Estado*”, y se refiere siempre únicamente a la “*Administración Pública*”, señalando que no la integran el Banco Central, la Contraloría General de la República, las Instituciones de la Defensa Nacional, las Instituciones Estatales de Educación Superior, las Municipalidades y las instituciones que realicen actividades empresariales.

En los antecedentes de la ley figura un oficio del presidente de la Cuarta Comisión Legislativa, general Julio Canessa Roberts, dirigido al Ministro del Interior, en que da cuenta de la divergencia sobre las expresiones Administración del Estado y Administración Pública. En particular es muy importante, y al parecer fue decisivo, el oficio del 19 de julio de 1985 del Comandante en Jefe de la Armada y Presidente de la Primera Comisión Legislativa a la Junta de Gobierno, en que se consigna que se analizó por esa Comisión el proyecto del Poder Ejecutivo y el de la Comisión de Estudio de Leyes Orgánicas Constitucionales, indicando que deben ser sinónimos Administración del Estado y Administración Pública y que debe ser aplicado a todas las instituciones, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes orgánicas respectivas. Se propone, además, que se indique que las normas serán aplicables en cuanto sean compatibles con ellas.

En el informe de la Comisión Conjunta, de 27 de junio de 1986 -al que ya me referí anteriormente-, se manifiesta expresamente que el proyecto final se aparta del propuesto por la Comisión de Estudio de Leyes Orgánicas Constitucionales en cuanto a la aplicación de la ley, ya que se excluyen algunas instituciones.

La distinción entre Administración del Estado y Administración Pública, por una parte, y la decisión de excluir instituciones de la aplicación de la ley de Bases, por otra, concluyeron en que primara el criterio original de utilizar como sinónimo Administración del Estado y Administración Pública, a pesar que en la ley no se menciona para nada a esta última. Se excluyó de algunos aspectos a ciertas instituciones, exclusión sin embargo que no lo sería del hecho de pertenecer a la Administración del Estado, pero sí a las normas específicas de la ley. Esa es la razón de la división en dos títulos de la ley, y de la existencia del artículo 18 original.

Llama la atención como el texto final de la ley no explica este alejamiento del texto de la Constitución Política de la República al ni siquiera señalar que son sinónimos los conceptos de Administración

del Estado y Administración Pública. Simplemente, hace desaparecer a este último.

IV.- MINISTERIOS Y SERVICIOS PÚBLICOS

Una de las materias que propuso la Subcomisión y que logró llegar a la ley se refiere a la clasificación de las instituciones que integran la Administración del Estado. En el informe enviado por la Subcomisión a la Comisión de Estudio de Leyes Orgánicas Constitucionales se señala que se contempla una clasificación de los Servicios Públicos que procure poner término a la “*gran complejidad y verdadera anarquía que existe actualmente sobre el punto*”. La distinción entre servicios centralizados y descentralizados, y que estos últimos puedan ser descentralizados funcional y territorialmente, fue establecido en el artículo 6 de los primeros anteproyectos y pasó a ser los artículos 25 y 26 de la ley, así como los conceptos de dependencia jerárquica -artículo 30- y supervigilancia. Lamentablemente el artículo 7 del anteproyecto, que señalaba que los servicios descentralizados serán instituciones o empresas, no se convirtió en ley y se siguió en esto el proyecto del Poder Ejecutivo, que no incluyó a las empresas regidas por el derecho público, no obstante que sí las incluyó en el artículo 1 de la ley, que los anteproyectos originales no contemplaban en la forma aprobada.

Las normas sobre desconcentración territorial y funcional que contempla la Ley de Bases de la Administración del Estado corresponden a aspectos propuestos en los anteproyectos originales, así como el artículo 31 de la ley, 28 incisos primero y tercero, y 33, entre otros. Los artículos 19, 20, 21, 22, 23, 27, 32 y 35 corresponden también, con algunas modificaciones, a los proyectos originales.

Llaman la atención, en la Ley de Bases de la Administración del Estado promulgada, las disposiciones de los artículos 24 y 29 sobre organización interna de Ministerios y Servicios, que aparece un tanto rígida y que, en la práctica, no ha sido del todo respetada por las respectivas leyes orgánicas. Estas normas no se encontraban en ninguno de los anteproyectos, y el informe de la Comisión Conjunta de la Junta de Gobierno justifica la estructura señalando que corresponde a una antigua aspiración.

V.- ADMINISTRACIÓN REGIONAL Y MUNICIPAL

La Ley de Bases de la Administración del Estado contempló cinco artículos sobre Administración Regional y Provincial. Las normas se encontraban, junto a otras, en los anteproyectos originales redactados por la Subcomisión. Se plantearon dudas acerca de la extensión de las normas sobre estas materias, atendido la existencia de los Decretos Leyes N^{os} 573 y 575, que también regulaban a los Intendentes y Gobernadores, el primero de rango constitucional, optándose por dejar las mínimas que pudieran corresponder a la estructura básica de la Administración del Estado. Frente a la inconveniencia de reiterar parcialmente disposiciones constitucionales se acordó por la Comisión de Estudio de Leyes Orgánicas Constitucionales, según señala su informe, que al incluirlas se trató de dar unidad a la ley “*y que al excluirlas, el cuadro de toda la Administración quedaría incompleto ya que sus bases se contienen en disposiciones de distintos capítulos de la Carta*”.

VI.- PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La ley de Bases de la Administración del Estado fue la oportunidad que se tuvo para introducir normas básicas sobre procedimiento administrativo. Debe recordarse al respecto que estas fueron las únicas que existieron hasta la dictación de la Ley de Procedimiento Administrativo en el año 2003.

El proyecto original, aprobado por la Comisión de Estudio de Leyes Orgánicas Constitucionales, contempló a nivel de principios y como materia sustancial los siguientes aspectos de procedimiento: Responsabilidad (artículo 3^o); eficiencia y rapidez (artículo 4^o); denominación de los actos administrativos (artículo 42); revocación de los actos administrativos (artículo 43); invalidación (artículo 44); instrucción (artículo 45); efecto y notificación (artículo 46); impugnación (artículo artículo 47); y conflictos de competencia (artículo 49).

Muchos de estos aspectos fueron recogidos finalmente por la ley que se promulgó, otros no. Entre los primeros señalemos los siguiente puntos de la ley de 1986: eficiencia y rapidez (artículo 5^o inciso 1^o); responsabilidad (artículo 4^o); impugnación y recursos administrativos (artículo 9^o); y conflictos de competencia (artículo 36).

No fueron acogidas las normas propuestas originalmente sobre la forma de los actos administrativos y su denominación: decretos y resoluciones. Tampoco se incorporó la disposición que limitaba la revocación de actos administrativos que habían incorporado derechos en el patrimonio del particular; la relativa a la invalidación de los actos administrativos que hacía obligatoria la audiencia del afectado y la impedía para los terceros de buena fe; la referente a la notificación mediante la publicación; y la de entrada en vigencia y de instrucción.

Se estimó que la existencia de un proyecto paralelo de procedimiento administrativo hacía innecesario legislar sobre estos aspectos.

Es interesante señalar que se dejó expresa constancia en el informe de la Comisión de Estudio de Leyes Orgánicas Constitucionales de que las remisiones a la ley que hacen varios artículos del anteproyecto, como, por ejemplo, el que llegó a ser artículo 9º de la ley, que establece que los actos serán impugnables mediante los recursos *“que establezca la ley”*, no constituyen *“una delegación sino una remisión a ella, la cual es inevitable lo disponga o no la ley orgánica constitucional en proyecto. Los trámites a que los artículos citados se refieren pertenecen, a juicio de la Comisión, a aspectos que deben estar comprendidos en la Ley de Procedimiento Administrativo, a que alude el N° 18 del artículo 60 de la Constitución”*.

VII.- CARRERA FUNCIONARIA

El título VIII de los anteproyectos originales se refería a la carrera funcionaria en ocho de sus artículos. No existen grandes diferencias entre el proyecto primitivo y la ley, debiendo destacarse que todos los aspectos principales de la carrera funcionaria, y sus excepciones, corresponden a lo establecido en los anteproyectos originales. Así, el ingreso en calidad de titular por concurso, contemplado en el artículo 46 de la ley, corresponde al artículo 52 del anteproyecto de la Comisión de Estudio de Leyes Orgánicas Constitucionales; la promoción por ascenso o concurso que señala el artículo 47 inciso segundo es el artículo 52 inciso tercero del anteproyecto; la estabilidad del empleo o inamovilidad del artículo 48 es el artículo 53 del anteproyecto; todos ellos con algunos cambios formales de redacción; la calificación mediante procedimiento objetivo y la hoja de vida, contempladas en

el artículo 49, estaban en el artículo 55 del anteproyecto. La existencia de funcionarios de exclusiva confianza a que se refiere el artículo 51 de la ley se contempló en el artículo 52 del anteproyecto pero con dos diferencias; que era sólo para cargos de confianza exclusiva del Presidente de la República y la ley agregó “*o de la autoridad facultada para efectuar su nombramiento*”, y la limitación de que no podía recaer en empleos inferiores a los tres primeros grados, y la ley los limitó a los dos primeros niveles.

Es importante consignar las diferencias que no se refieren a aspectos formales y de redacción, debiendo destacarse que el anteproyecto original no se refería al Estatuto Administrativo, como lo hace el artículo 45, ya que una ley orgánica constitucional no debe, por técnica legislativa, remitirse a otra ley. Además el anteproyecto original contemplaba en un artículo especial que los funcionarios y quienes postulen a tal calidad “*tendrán derecho a reclamar de las decisiones de la autoridad administrativa que les afecten, relacionadas con la carrera funcionaria*”, importante disposición que no quedó en la ley.

Por último, señalemos que varias disposiciones del anteproyecto, del título sobre carrera funcionaria, fueron trasladadas en la ley definitiva, al título primero, como ocurre con los artículos 13 inciso primero, 14, 15 y 16 de la ley.

VIII.- ACTIVIDAD EMPRESARIAL Y ADMINISTRACIÓN INVISIBLE DEL ESTADO

Como se ha venido explicando, la mayoría de los preceptos estudiados por la Subcomisión que elaboró el primer anteproyecto llegaron a ser ley. Sin embargo existe una gran excepción, ya que los anteproyectos originales contemplaban un párrafo, en el título de los Servicios Públicos, dedicado a las empresas del Estado, y un título completo a las facultades de la Administración sobre instituciones relacionadas con ella. Nada de eso quedó en la ley, y es probablemente la omisión más lamentable.

Llama la atención la gran cantidad de tiempo dedicado a la discusión de estas materias, según consignan las actas, que posteriormente fueron omitidas³.

³ .- Cabe recordar que se consideró, en su oportunidad, el estudio de una ley especial sobre estas materias, la cual nunca llegó a ver la luz, dictándose únicamente, y con gran pre-

Ya había señalado que el proyecto original establecía que los servicios descentralizados serán instituciones o empresas, indicándose en el anteproyecto que a estas últimas una ley de quórum calificado debía habilitarlas para “*desarrollar actividades comerciales, industriales o, en general, de producción de bienes o prestación de servicios a cambio de precios o tarifas*”. Esto, que se encontraba en el artículo 7° del proyecto, se complementaba con lo dispuesto en el artículo 11, que señalaba que el Estado no podía participar en empresas que no formen parte de su Administración sin una ley de quórum calificado. O sea, las empresas eran servicios públicos, pero además debían contar con una ley de quórum calificado para ejercer las actividades indicadas en el artículo 7°. El anteproyecto precisaba que estas empresas estarían sometidas, con las excepciones de una ley de quórum calificado, al derecho común; que serían administradas por un directorio, de la confianza del Presidente de la República, y con un gerente general.

Una mención muy importante era la transmisión de instrucciones por parte del Presidente de la República a los directores y la posibilidad de representar dichas instrucciones, cesando en ese caso la responsabilidad de los mismos; así como las disposiciones sobre el incumplimiento de acuerdos y la responsabilidad consiguiente. En otros términos, se trataba de normas de derecho público aplicables a las empresas del Estado.

Además de estas empresas que forman parte de la Administración del Estado, al exterior de la Administración podían existir empresas o instituciones en que el Estado tuviera representación. A ellas se refería el Título VI del proyecto original, el cual regulaba, al igual que las empresas servicios públicos, la forma en que el Presidente de la República o la autoridad correspondiente transmiten las instrucciones a los directores de su designación, la representación de las instrucciones y el cese de responsabilidad y el incumplimiento de las mismas.

Se establecía que las empresas o instituciones en que el Estado o sus instituciones tuvieran participación igualitaria o mayoritaria no podían participar o constituir, a su vez, en esa misma forma, sociedades o instituciones de la misma índole.

mura, el 10 de marzo de 1990, un día antes del término del Gobierno Militar. Es una ley que contempla el recurso de amparo económico.

Por último, se expresaba que estas instituciones no tendrán ni podrán ejercer potestades públicas, cualquiera fuera la participación estatal. En el informe de la Comisión de Estudio de Leyes Orgánicas Constitucionales se consigna la discusión en este punto acerca de CONAF, calificando su situación como anómala y posiblemente inconstitucional. Veinte años después su situación sigue siendo la misma.

También se explica en el informe mencionado que este título se incluía para dejar establecido que estas instituciones con participación estatal no son servicios públicos y no forman parte de la Administración del Estado, pero que debe legislarse sobre la forma en que la Administración actúa en ellos, por lo que se concluye que las materias que trata no exceden la competencia de la ley de Bases de la Administración del Estado.

Las normas sobre las empresas del Estado así como aquellas en que este tiene participación fueron omitidas de la Ley de Bases -como se ha mencionado- sin que hasta la fecha se haya dictado una legislación al respecto. La ley que se aprobó solamente se refiere a las empresas creadas por ley, para incluirlas en la Administración del Estado, en el artículo 1º, y para excluirlas de la aplicación del título segundo en el primitivo artículo 18, inciso segundo.

IX.- RESPONSABILIDAD

No se puede terminar esta exposición sin mencionar el tema de la responsabilidad extracontractual del Estado. Como se sabe, el anteproyecto original contempló en términos similares en el título “*Principios Generales*”, la disposición del artículo 4º de la ley. Debo enfatizar que el Título I se denominaba “*principios generales*” y no “*normas generales*” como quedó. Hay una ligera diferencia entre el anteproyecto de la Subcomisión y el de la Comisión de Estudio de Leyes Orgánicas Constitucionales. El primero decía: “*El Estado será responsable por los daños injustos que los órganos de la Administración del Estado produzcan en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que hubiere causado el daño*”. El proyecto de la Comisión de Estudio de Leyes Orgánicas Constitucionales eliminó la palabra “*injustos*”.

Por su parte la norma del primitivo artículo 44 se encontraba en los anteproyectos originales en el título VII, sobre normas generales de la actividad de la Administración del Estado, y decía lo siguiente:

“El Estado y las personas jurídicas que integran la Administración serán siempre responsables civilmente por la falta de servicio cometida en su actividad jurídica o material.

Los funcionarios serán civilmente responsables de los perjuicios que ocasionaren por su actuación constitutiva de falta personal”.

Es interesante consignar, en relación con la discusión a que dio origen la norma sobre responsabilidad del Estado, vinculado a si esta es objetiva o no, lo que aparece en las correspondientes Actas.

El Acta de la Comisión de Estudio de Leyes Orgánicas Constitucionales señala, respecto al artículo del título sobre “*Principios Generales*”, que: “*En consecuencia, cabe aplicar aquí la regla general sobre la indemnización por los daños que cause la administración debiendo determinarse, en cada caso, por los tribunales competentes, si ella actuó con dolo o culpa*”. Con respecto al artículo 44 de la ley manifiesta que: “*Este regula un caso específico de responsabilidad cuando el daño al patrimonio del particular es causado por la falta de servicio público, atendida ésta en los términos que se entiende por la doctrina administrativa*”.

Por su parte, el informe de la Comisión Conjunta de la Junta de Gobierno, expresa que con el artículo 44 de la ley, en ese entonces 45 del proyecto, “*está consagrando una nueva idea de responsabilidad que sólo tiene precedente positivo en la Ley de Municipalidades. Se trata de la responsabilidad objetiva del Estado, derivada de la falta de servicio*”. No obstante lo que se ha transcrito, en el párrafo siguiente expresa: “*En consecuencia, se consagra en este artículo un criterio nuevo de responsabilidad, que no es el tradicional de la responsabilidad subjetiva basada en el dolo o la culpa de un determinado funcionario, sino que atiende a un elemento objetivo que es la falta de servicio público. De manera que acreditando el afectado que un servicio público no ha funcionado, debiendo hacerlo, o que ha funcionado de modo tardío o deficiente, y probar que a raíz de lo anterior se le ha causado un daño, está en situación de exigir indemnización de parte del Estado. Se trata de un concepto que tiene su origen en el derecho francés, y es la concreción de una serie de elementos que tiene un largo desarrollo en el Derecho Administrativo*”.

Como puede apreciarse, si bien se denomina como objetiva a la responsabilidad, ello se hace en relación a que no es necesario probar culpa o dolo de un funcionario, pero exige la prueba de la falta de servicio, por lo cual, como ya se ha dicho innumerables veces, en realidad no es objetiva si por ello se entiende que bastaría para la responsabilidad del Estado la relación causal y el daño.

Ya mucho se ha escrito sobre el problema que ocasionó ubicar la norma sobre responsabilidad en el título II de la ley, al excluirse de su aplicación una serie de instituciones. Evidentemente ello no era así en los anteproyectos, que hacían aplicable la disposición a toda la Administración. También debe mencionarse que a veinte años de su dictación, el poco avance que ha tenido la jurisprudencia y la doctrina para perfilar esta institución ha sido desilusionante, ya que todo el esfuerzo se ha desplegado en relación con el tema de si la responsabilidad del Estado es objetiva o no y en torno a la prescripción.

X.- CONCLUSIÓN

Finalmente, deseo señalar que la historia de la ley consigna la incertidumbre que existió en relación al tema de lo que corresponde al ámbito de la ley orgánica y de lo que corresponde a la ley ordinaria. Ello, por cuanto el artículo 38 de la Constitución Política de la República se refiere a “*la organización básica de la Administración Pública.*” Este problema, que no se da en otras leyes orgánicas, surgió en cada instancia de revisión de los anteproyectos. Así, por ejemplo, el informe de la Comisión Conjunta de la Junta de Gobierno, de 27 de junio de 1986, consigna la opinión de la Segunda Comisión Legislativa, de que los recursos administrativos, establecidos en el artículo 9º de la ley, es una materia de ley común, y que el principio está en la jerarquía que contempla el artículo 10, por lo que no debe legislarse sobre el punto. En cambio, según menciona el informe, la Primera, Tercera y Cuarta Comisiones Legislativas señalan que los recursos de reposición y jerárquico constituyen un principio general básico de la Administración del Estado y se encuentran en relación con la estructura de la Administración.

En la Subcomisión que elaboró el primer anteproyecto, el tema surgió en forma permanente y desde la primera sesión, en la que se descartó un pronunciamiento sobre lo que debía entenderse por materia de ley orgánica, expresándose que ni el constituyente pareciera

tener claro el concepto, por las contradicciones en que incurrió, por lo que se optó por solucionar el problema en la medida que se presentara.

Hoy, veinte años después de la entrada en vigencia de la ley, ella se encuentra bastante modificada, en especial por las normas introducidas por la Ley N° 19.653, de 1999. Esta legislación introducida en la ley es un ejemplo de lo que vengo señalando, ya que resulta evidente que la mayoría de las disposiciones no corresponden a una ley orgánica, y mucho menos a la organización básica a que se refiere el artículo 38 de la Constitución Política de la República.

LAS MUNICIPALIDADES EN RELACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN FINANCIERA DEL ESTADO

José Fernández Richard¹

RESUMEN: *El presente artículo examina la situación de las municipalidades en relación a la administración financiera del Estado. Ellas, no obstante poseer autonomía, están, según indica el autor, en cuanto a su administración financiera, sujetas a las normas financieras sobre administración del Estado, a la fiscalización e inspección de la Contraloría General de la República y a diversas leyes administrativas de carácter general.*

DESCRIPTORES: *Administración financiera del Estado - Administración financiera municipal - Administración del patrimonio municipal - Contraloría General de la República - Funcionarios municipales - Municipalidades - Patrimonio municipal - Responsabilidad del funcionario municipal.*

SUMARIO DE CONTENIDOS: *I.- Generalidades; II.- La administración financiera municipal. A.- El patrimonio municipal y su administración. B.- Estructura de la administración financiera municipal. C.- Funcionarios subalternos; III.- Normas aplicables a las municipalidades en materia financiera; IV.- Responsabilidades funcionarias. A.- Responsabilidad administrativa. B.- Responsabilidad penal. C.- Responsabilidad civil. D.- Otras consideraciones sobre responsabilidades funcionarias.*

¹ .- JOSÉ FERNÁNDEZ RICHARD. Profesor de Derecho Municipal y Profesor de Derecho Urbanístico de la Universidad de Chile, Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Mariano Egaña-actual Pedro de Valdivia, Profesor de Derecho Tributario de la Universidad Andrés Bello. Ex Director Jurídico de la Municipalidad de Santiago. Ex Abogado integrante de la Corte Suprema.

El artículo 118 de la Constitución Política de la República define a las Municipalidades como corporaciones autónomas de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuya finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico, social y cultural de la comuna.

En concordancia con la norma de la Carta Fundamental, el artículo 1º de la Ley N° 16.895 Orgánica Constitucional de Municipalidades, define a los entes edilicios en los mismos términos que lo hace el constituyente.

De lo anterior podría inferirse que la autonomía municipal es ilimitada, pero ello no es así. Desde luego, dentro de un concepto amplio desde el punto de vista administrativista, los municipios forman parte de la estructura general del Estado, en los términos que, entre otros autores, lo conceptúa el Profesor don Enrique Silva Cimma. Es por ello que los municipios están sujetos a todo el ordenamiento constitucional y muy en especial a lo previsto en los artículos 6º y 7º de la Carta Fundamental, que establecen el principio de la juricidad aplicable a todos los entes públicos.

Aún más, la propia Constitución Política de la República al tratar en su capítulo X lo relativo a la Contraloría General de la República expresa, en su artículo 98, que tal organismo, entre otras funciones, *“fiscalizará el ingreso y la inversión de los fondos del Fisco, de las municipalidades y de los demás Organismos y Servicios que determinen las leyes, examinará y juzgará las cuentas de las personas que tengan a su cargo bienes de esas entidades (...)”*.

De lo anterior puede colegirse que en materia financiera la autonomía municipal se encuentra restringida, ya que sobre ella tiene el Organismo Contralor, encargado de fiscalizar el ingreso y la inversión de sus fondos y de examinar y juzgar las cuentas de los funcionarios municipales que tengan a su cargo bienes edilicios².

En concordancia con lo anterior, el artículo 14 de la Ley N° 18.695 expresa que *“las municipalidades gozarán de autonomía para la administración de sus finanzas”*, pero a su vez los artículos 50, 51 y 52 establecen que los municipios se regirán por las normas sobre administración financiera del Estado, que serán fiscalizadas por

² .- Véase la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley N° 10.336, cuyo texto coordinado, sistematizado y refundido fue fijado por Decreto de Hacienda N° 2421, publicado en el Diario Oficial de fecha 10 de julio de 1964.

la Contraloría General de la República y que dicho organismo podrá emitir dictámenes jurídicos sobre todas las materias sujetas a su control, agregándose en el artículo 54 que la Contraloría podrá constituir en cuentadante, y hacer efectiva la responsabilidad consiguiente, a cualquier funcionario municipal que haya causado un detrimento al patrimonio municipal³.

De lo expuesto puede colegirse que la autonomía municipal en materia financiera se encuentra restringida y que el principio autonómico se refiere principalmente a la forma como administra bienes⁴ y recursos financieros⁵ y elabora anualmente su presupuesto⁶, encontrándose sus resoluciones exentas del trámite de toma de razón por parte de la Contraloría⁷.

Someramente diremos que el principio autonómico en el quehacer municipal, especialmente en el ámbito de las obras locales y manejo de su personal, se encuentra respaldado por la propia definición del municipio en cuanto su finalidad es satisfacer las necesidades de la comunidad local y asegurar su participación en el progreso económico social y cultural de las respectivas comunas, lo que constituye un concepto amplio de generoso contenido, que admite muchas aplicaciones, a lo que debe añadirse que las autoridades municipales, llámense Alcalde o Concejales, son elegidos democráticamente, a través del sufragio universal, mediante elecciones, en que se votará conjuntamente, pero en cédula separada, respecto de Alcalde por un lado y Concejales por otro⁸, y todo ello en conformidad a la Ley Orgánica Constitucional sobre votaciones populares y escrutinios⁹.

A su vez el personal municipal se rige por un estatuto especial,¹⁰ y los decretos alcaldicios relativos a nombramientos, ascensos, etc. de dicho personal no requieren del trámite de toma de razón y sólo deben ser registrados por la Contraloría General de la República.

³ .- El texto refundido, coordinado, sistematizado y actualizado de la Ley N° 18.695 fue fijado en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1-19.704 Ministerio Interior publicado en el Diario Oficial de 3 de mayo de 2002.

⁴ .- Artículos 5° letra c) y 63 letra f) de la Ley N° 18.695.

⁵ .- Artículos 14 y 63 letra c) de la Ley N° 18.695.

⁶ .- Artículos 56, 65 letra a) y 67 letra a) de la Ley N° 18.695.

⁷ .- Artículos 118 Constitución Política y 1° de la Ley N° 18.695.

⁸ .- Artículo 57 de la Ley N° 18.695.

⁹ .- Ley N° 18.700.

¹⁰ .- Ley N° 18.883.

Todas estas consideraciones nos llevan a concluir que los municipios si bien forman parte de la Administración del Estado, en su estructura general, son sin embargo Corporaciones de Derecho Público y con características muy especiales, que a través del tiempo han sido continuadoras de los antiguos cabildos coloniales y ayuntamientos y cuya raíz de esencia democrática se justifica por la atención del vecindario y habitantes de la respectiva comuna a fin de satisfacer sus necesidades locales.

Lo anterior no obsta a que su administración financiera esté sujeta a las normas financieras sobre administración del Estado, a la fiscalización e inspección de la Contraloría General de la República sobre ingreso e inversión de sus recursos e ingresos y a que, además, se les aplique diversas leyes administrativas de carácter general^{11 12 13 14}.

Sentados estos principios generales pasaremos a revisar en forma mas detallada la administración financiera municipal.

II.- LA ADMINISTRACIÓN FINANCIERA MUNICIPAL

A.- EL PATRIMONIO MUNICIPAL Y SU ADMINISTRACIÓN

El patrimonio de las municipalidades esta constituido por¹⁵:

- a) Los bienes corporales e incorporales que posean o adquieran a cualquier título;
- b) El aporte que les otorgue el Gobierno Regional respectivo;
- c) Los ingresos provenientes de su participación en el Fondo Común Municipal¹⁶;
- d) Los derechos que cobren por los servicios que presten por los permisos y concesiones que otorguen;
- e) Los ingresos que perciban con motivo de sus actividades o de los establecimientos de su dependencia; y

¹¹ .- Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

¹² .- Ley N° 19.653, sobre Probidad Administrativa.

¹³ .- Ley N° 19.880 sobre Procedimientos Administrativos.

¹⁴ .- Ley N° 19.886 sobre contratos administrativos de suministros y contratación de servicios.

¹⁵ .- Artículo 13 de la Ley N° 18.695.

¹⁶ .- Artículo 14 de la Ley 18.695 y Ley N° 20.033.

- f) Los ingresos que recauden por los tributos que la ley permita aplicar a las autoridades comunales, entre ellos el impuesto territorial establecido en la Ley sobre Impuesto Territorial¹⁷, el permiso de circulación de vehículos, las patentes municipales¹⁸ y las patentes de alcoholes¹⁹.

A las municipalidades les corresponde administrar su propio patrimonio, atendido lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley N° 18.695, pero en concreto tal administración le corresponde al Alcalde, quien es la máxima autoridad de la municipalidad y en tal calidad le concierne lo relativo a su dirección y administración superior y la supervigilancia de su funcionamiento.²⁰

En el ejercicio de tales facultades, uno de los deberes esenciales del Alcalde es presentar oportunamente, y en forma fundada, a la aprobación del Concejo, el plan comunal de desarrollo; el presupuesto municipal; el plan regulador; las políticas de la unidad de salud y educación y demás incorporadas a su gestión; y las políticas y normas generales sobre licitaciones, adquisiciones, concesiones y permisos²¹.

Es así que el Alcalde, con la aprobación del Concejo Municipal en determinados casos, administrará los recursos financieros de la Municipalidad de acuerdo con las normas sobre administración financiera del Estado y administrará además los bienes municipales²² y bienes nacionales de uso público de la comuna que le correspondan.

Como para determinadas materias de administración financiera, por ejemplo el presupuesto municipal y otras de disposición de bienes²³, el Alcalde necesita la aprobación del Concejo Municipal, este en tales casos se transforma en una especie de coadministrador junto al Alcalde. Esto ocurre, por ejemplo, tratándose de la adquisición, enajenación, gravamen y arrendamiento de Bienes Raíces por plazos superiores a cuatro años²⁴.

Pero hemos visto que al Alcalde le corresponde la dirección, supervigilancia y administración superior, y es por eso que los muni-

¹⁷ .- Ley N° 17.235, modificada por la Ley N° 20.033.

¹⁸ .- Decreto Ley N° 3.063, modificado por la Ley N° 20.033.

¹⁹ .- Ley de Alcoholes, modificada por la Ley N° 19.925.

²⁰ .- Artículo 56 de la Ley N° 18.695.

²¹ .- Artículo 63 letra e) de la Ley N° 18.695.

²² .- Artículo 63 letra f) de la Ley N° 18.695.

²³ .- Artículo 56 y 65 letra a) de la Ley N° 18.695.

²⁴ .- Artículo 65 letra c) de la Ley N° 18.695.

cipios, tanto en cumplimiento a las normas de su Ley Orgánica, como a las necesidades prácticas de manejar esta administración financiera, se han dado una estructura con asignación de funciones a determinadas jefaturas y de las responsabilidades pertinentes²⁵.

B.- ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACIÓN FINANCIERA MUNICIPAL

A la cabeza de la administración financiera se encuentra, como es lógico, el Alcalde, ya que es la máxima autoridad municipal y le corresponde por expreso mandato de la ley su dirección y administración superior y la supervigilancia de su funcionamiento²⁶.

Pero, además de ese enunciado general, el legislador le señala dentro de sus atribuciones específicas la administración de los recursos financieros de la municipalidad de acuerdo con las normas sobre administración financiera del Estado²⁷.

Por otra parte, si bien existen funcionarios municipales que manejen el erario del municipio, al Alcalde le corresponde en especial velar por la observancia del principio de la probidad administrativa dentro del municipio y aplicar medidas disciplinarias al personal de su dependencia, en conformidad con las normas estatutarias que lo rijan²⁸.

Ya hemos visto que en determinadas circunstancias el Concejo Municipal actúa como coadministrador junto al Alcalde, por ejemplo en el caso de la aprobación de los presupuestos municipales; de las concesiones, enajenación y gravámenes de los bienes raíces municipales; otorgamiento de subvenciones; transacciones; expropiaciones; omisión del trámite de la propuesta pública; etc.²⁹

Es de destacar una misión especial que el legislador le encomienda al Concejo Municipal, como es la obligación de aprobar presupuestos debidamente financiados, debiendo examinar trimestralmente el programa de ingresos y gastos, introduciendo las modificaciones correctivas a que hubiere lugar, a proposición del Alcalde.

²⁵ .- Artículos 27, 28, 30 y 31 de la Ley N° 18.695.

²⁶ .- Artículo 56 de la Ley N° 18.695.

²⁷ .- Artículo 63 letra c) de la Ley N° 18.695.

²⁸ .- Artículo 63 letra d) de la Ley N° 18.695.

²⁹ .- Ver artículo 65 de la Ley N° 18.695.

En todo caso, el Concejo solamente resolverá las modificaciones presupuestarias una vez que haya tenido a la vista todos los antecedentes que justifican la modificación propuesta, los cuales deberán ser proporcionados a los Concejales con una anticipación a lo menos de cinco días hábiles a la sesión respectiva³⁰.

A continuación del Alcalde, con la coadministración del Concejo en determinados casos, tenemos el estamento funcionario encargado de las finanzas.

La Ley N° 18.695 destaca tres casos, a saber:

A) EL ADMINISTRADOR MUNICIPAL

Este cargo corresponde a un viejo anhelo de los estudiosos del sistema municipal, donde se echaba de menos la existencia del gerente municipal, como existe en legislaciones de otros países, por ejemplo Estados Unidos.

El artículo 30 de la Ley N° 18.695 lo contempla como un cargo optativo, al expresar que: “Existirá un administrador municipal en todas aquellas comunas donde lo decida el Concejo a proposición del Alcalde. Este funcionario será el colaborador directo del Alcalde en las tareas de coordinación y gestión permanente del municipio y en la elaboración y seguimiento del plan anual de acción municipal”.

Este cargo implica en la práctica desempeñar un verdadero cargo de gerente -que se ha implementado en los principales municipios del país, entre los cuales debemos mencionar primeramente el de Santiago³¹- el cual tiene facultades tan amplias que puede autorizar inversiones en el mercado de capitales y puede ejercer en último término facultades entregadas al Director de Administración y Finanzas, Director de Contabilidad, etc.

B) DIRECTOR DE ADMINISTRACIÓN Y FINANZAS

A esta jefatura y su Unidad respectiva le corresponde asesorar al Alcalde en la administración financiera de los bienes municipales y es de destacar las siguientes funciones: a) visar los decretos de pago;

³⁰ - Artículo 81 de la Ley N° 18.695, con el inciso agregado por el artículo 5 N° 11 de la Ley N° 20.033 de 1° de julio del 2005.

³¹ - El Reglamento N° 234, de 6 de diciembre del 2004, de la Municipalidad de Santiago, sobre delegación de atribuciones y asignación de funciones alcaldicias, contempla en primer lugar al Administrador Municipal, con atribuciones amplísimas, especialmente en materias financieras.

b) llevar la contabilidad municipal; c) controlar la gestión financiera de las empresas municipales; d) efectuar los pagos municipales, manejar la cuenta bancaria respectiva y rendir cuentas a la Contraloría General de la República; y e) recaudar y percibir los ingresos municipales y fiscales que correspondan³².

Las municipalidades están obligadas a dictar un reglamento interno que detalle, en forma específica, las funciones asignadas a sus funcionarios y unidades respectivas, dentro de los lineamientos señalados por la Ley N° 18.695. De modo que, en cada caso particular, habrá que examinar el respectivo reglamento interno^{33 34}.

C) *DIRECTOR DE CONTROL*

De conformidad con la Ley N° 18.695, le corresponde, entre otras materias: a) realizar la auditoría operativa interna de la municipalidad; b) controlar la ejecución financiera y presupuestaria municipal; c) representar al Alcalde los actos municipales que estime ilegales, informando de ello al Concejo; d) colaborar directamente con el Concejo para el ejercicio de sus funciones fiscalizadoras; y e) asesorar al Concejo en la definición y evaluación de la auditoría externa que aquel pueda requerir³⁵.

C.- FUNCIONARIOS SUBALTERNOS

Existen numerosos funcionarios subalternos que laboran en las unidades ya descritas y que materialmente perciben los ingresos municipales (cajeros), otorgan comprobantes de orden de ingresos, etc. Pero, en definitiva, tal como lo expresan las instrucciones para la ejecución de la Ley de Presupuestos del Sector Público que emite el Ministerio de Hacienda, en primer término los jefes de servicios y de las unidades operativas serán directamente responsables de la correcta administración de los fondos recibidos, gastados e invertidos en su unidad, así como también de la oportuna rendición de cuentas³⁶.

³² .- Artículo 27 de la Ley N° 18.695.

³³ .- Artículo 31 de la Ley 18.695.

³⁴ .- Por ejemplo, Reglamento N° 234, de fecha 6 de diciembre de 2004, de la Municipalidad de Santiago.

³⁵ .- Artículo 29 de la Ley N° 18.695.

³⁶ .- Ver, por ejemplo, instrucciones del Ministerio de Hacienda para la ejecución de los presupuestos públicos año 2004, pág. 147; e instrucciones Contraloría General de la República de 23 de Diciembre del 2003 N° 3.

Igualmente, en todas las reparticiones municipales existen fondos asignados a lo que se denomina “gastos menores” y que en el sector privado se denomina “caja chica”. El funcionario que tenga a su cargo esos fondos deberá rendir cuenta mensual, adjuntando los comprobantes pertinentes.

En todo caso, hay que recordar que, en definitiva, le corresponde a la Unidad de Administración y Finanzas “efectuar los pagos municipales, manejar la cuenta bancaria respectiva y rendir cuentas a la Contraloría General de la República”³⁷.

A estos funcionarios que en razón de su cargo tengan manejo de dinero efectivo como función principal se les otorgará una asignación de pérdida de caja, salvo que la Municipalidad contrate un seguro para estos efectos³⁸. A su vez, tendrán que rendir fianza cuando en razón de su cargo tengan la administración y custodia de fondos y bienes³⁹.

III.- NORMAS APLICABLES ALAS MUNICIPALIDADES EN MATERIA FINANCIERA

- 1.- Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades. Ley N° 18.695;
- 2.- Ley de Rentas Municipales. Decreto Ley 3.063 con sus modificaciones, la última de las cuales está contenida en la Ley N° 20.033;
- 3.- Ley 17.235 sobre Impuesto Territorial. Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Hacienda, de 1998, modificado por la Ley N° 20.033;
- 4.- Ley General de Urbanismo y Construcciones. Decreto con Fuerza de Ley N° 458 (fija los Derechos municipales por obras nuevas, subdivisiones, loteos, etc.);
- 5.- Ley N° 18.883 sobre Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales;
- 6.- Normas para la ejecución presupuestaria del Ministerio de Hacienda;
- 7.- Clasificador Presupuestario del Ministerio de Hacienda;

³⁷ .- Artículo 27 de la Ley N° 18.695.

³⁸ .- Artículo 97 letra a) de la Ley N° 18.883.

³⁹ .- Artículo 58 letra j) de la Ley N° 18.883.

- 8.- Normas de procedimiento sobre rendición de cuentas (Contraloría General de la República, 23 de diciembre de 2003);
- 9.- Ministerio de Hacienda. Normas sobre viáticos, Decreto con Fuerza de Ley N° 262, de 1977; Decreto N° 115, de 11 de febrero de 1992; Decreto N° 1, de 4 de enero de 1991;
- 10.- Ministerio de Hacienda. Oficio circular N° 78, de 23 de diciembre de 2002, modalidades a que deberán ajustarse los contratos a honorarios;
- 11.- Normas sobre participación de los servicios e instituciones del sector público en el mercado de capitales (oficios circulares N°s 15 y 16, del Ministerio de Hacienda, de fecha 14 de marzo de 2003);
- 12.- Instrucciones para la ejecución de la Ley de Presupuestos, del Ministerio de Hacienda;
- 13.- Reglamento de la Ley N° 19.862 que establece Registros de las Personas Jurídicas receptoras de Fondos Públicos (Decreto Hacienda N° 375, de 19 de mayo de 2003);
- 14.- Instrucciones de la Contraloría General de la República, de 18 de diciembre de 2003, impartidas a los Servicios Públicos y a las municipalidades sobre el ejercicio contable;
- 15.- Ley N° 18.803, que autoriza que los servicios públicos encomienden acciones de apoyo a las Municipalidades;
- 16.- Ordinario N° 135, de 9 de febrero de 2004, del Ministerio de Hacienda, en que instruye política respecto de solicitudes de financiamiento municipal mediante Leasing o Leaseback;
- 17.- Ley Orgánica de la Administración Financiera del Estado, Decreto Ley N° 1.263 de 1975;
- 18.- Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, Ley N° 18.575;
- 19.- Ley de Bases de los procedimientos administrativos, Ley N° 19.880;
- 20.- Ley de Bases de contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, Ley N° 19.880⁴⁰;
- 21.- Ley sobre Probidad Administrativa, Ley N° 19.653; y
- 22.- Ley de Rentas Municipales II, Ley N° 20.033.

⁴⁰.- En un principio hubo dudas respecto a si se aplicaba a los municipios, las que fueron disipadas por la Contraloría General de la República atendido lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley N° 18.575.

El análisis de esta numerosa legislación y reglamentación daría espacio para un estudio exhaustivo y riguroso, por lo cual debemos, dada la naturaleza de este trabajo, dar una visión somera, que permite las siguientes conclusiones:

- 1^a Los municipios son autónomos para administrar sus recursos, dentro de los márgenes que establece la ley.
- 2^a Las Municipalidades se rigen por las normas sobre administración financiera del Estado, normas que generalmente emanan del Ministerio de Hacienda y que se refieren a materias generales como la confección de los presupuestos, la forma de llevar la contabilidad o a materias específicas y más particulares como en cuanto a la celebración de contratos de Leasing o de Leaseback.
- 3^a Los municipios deben ceñirse a los preceptos de la Ley N° 19.886 en la celebración de los contratos de suministros y prestación de servicios.
- 4^a Los municipios están sujetos a la Contraloría General de la República, en cuanto a la fiscalización de la percepción e inversión de sus ingresos, y deben rendirle una cuenta anual, que será elaborada por la Dirección de Administración y Finanzas, que llevará asimismo la contabilidad municipal.
- 5^a Todo funcionario municipal que maneje fondos debe rendir caución a menos que la municipalidad contrate un seguro, y asimismo dicho funcionario tendrá derecho a una asignación de pérdida de caja.
- 6^a Los funcionarios municipales tendrán derecho a las asignaciones que contempla la Ley N° 18.883, por ejemplo viáticos, pérdida de caja, movilización, horas extraordinarias, cambio de residencia, etc.
- 7^a Los funcionarios municipales que aparte de sus funciones tengan manejo de fondos, deberán rendir cuenta mensualmente de ellos.
- 8^a La responsabilidad administrativa de los funcionarios municipales se hace efectiva a través del correspondiente sumario administrativo, en los términos que contempla la Ley N° 18.883.
- 9^a La Contraloría General de la República examina las cuentas municipales y si le merecen reparos emplea el procedimiento de juzgamiento de cuentas, conforme al procedimiento establecido en su Ley Orgánica.

- 10^a A los Alcaldes les son aplicables las normas del Estatuto de los Funcionarios Municipales, establecido en la Ley N° 18.883, solamente en lo tocante a los deberes, derechos y responsabilidades administrativas (artículo 1° de la Ley N° 18.883).
- 11^a A los Concejales, al igual que a los Alcaldes, les son aplicables los preceptos de la Ley sobre Probidad Administrativa (Ley N° 19.653). Sin embargo, no les serán aplicables las normas que rigen a los empleados municipales, salvo en materia de responsabilidad civil y penal (artículo 89 de la Ley N° 18.695).
- 12^a El Alcalde es la máxima autoridad de la municipalidad y, en tal calidad, le corresponderá su dirección y administración superior y la supervigilancia de su funcionamiento, lo que por supuesto se extiende al área financiera del municipio.
- 13^a En materia financiera el Alcalde es secundado por el Administrador Municipal, por la Dirección de Administración y Finanzas y por su Dirección de Control.
- 14^a En cuanto a la función de empleados subalternos en la administración financiera del municipio, habrá de estarse a los Reglamentos Internos de cada Municipalidad y a la delegación de facultades que haya efectuado el Alcalde conforme al artículo 63 de la Ley N° 18.695.
- 15^a En cuanto a la administración del patrimonio municipal habrá de estarse a las normas del Título I Párrafo V de la Ley N° 18.695.
- 16^a Los actos y contratos más importantes del Alcalde en materia de administración de bienes requerirán la aprobación del Concejo Municipal⁴¹.

IV.- RESPONSABILIDADES FUNCIONARIAS

A.- RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Como es sabido a los funcionarios en el ejercicio de sus labores les afecta una triple responsabilidad, a saber: a) Administrativa; b) civil; y c) penal.

⁴¹ .- Artículo 1° de la Ley N° 18.883.

Los funcionarios municipales no escapan a esta regla y es por ello que el artículo 119 de la Ley N° 18.883 expresa que: “La sanción administrativa es independiente de la responsabilidad civil y penal”.

Estas responsabilidades se aplican no sólo a los funcionarios de planta sino también a aquellos denominados “a contrata” en todo aquello que sea compatible con la naturaleza de sus cargos⁴².

Para estos efectos a los Alcaldes les serán también aplicables las normas estatutarias relativas a los deberes, derechos y responsabilidad administrativa. En cuanto a los Concejales les serán aplicables solamente las normas sobre responsabilidad civil y penal.

La responsabilidad administrativa de los funcionarios municipales se hará efectiva a través de la investigación sumaria o mediante sumario administrativo, el que se substanciará conforme al procedimiento establecido en la Ley N° 18.883, quedando afectos a las sanciones de: a) censura; b) multa; y c) destitución. En el curso del sumario administrativo el Fiscal puede suspender de sus funciones al empleado municipal, como medida preventiva⁴³.

Tratándose del Alcalde y de los Concejales, estos pueden ser removidos por el procedimiento contemplado en la Ley N° 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades, en el cual actúa como Tribunal de Primera Instancia el Tribunal Electoral y como segunda instancia el Tribunal Calificador de Elecciones.

B.- RESPONSABILIDAD PENAL

La responsabilidad que en este caso nos interesa no es la que derive de delitos comunes que cometa el funcionario, como simple particular, sino que la responsabilidad que le asiste en delitos cometidos con ocasión del ejercicio de su cargo. Estos son los delitos que algunos denominan “delitos ministeriales”.

El Código Penal en su Libro II Título V trata de los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

Es importante destacar que el artículo 260 del Código Penal dispone textualmente: “Para los efectos de este título y del Párrafo IV del Título III se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o

⁴² .- Artículo 1° de la Ley N° 18.883.

⁴³ .- Artículo 134 de la Ley N° 18.883.

empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”.⁴⁴

En consecuencia no cabe la menor duda que las disposiciones del título V del Libro II del Código Penal son aplicables a los funcionarios municipales, incluso a Alcaldes y Concejales, atendido a que el Legislador expresó que: “No obsta a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”.

Entre los delitos de mayor connotación del mencionado Título V están los de prevaricación, de malversación de caudales públicos, de fraudes y exacciones ilegales, de cohecho, etc.

Todos estos delitos están muy bien descritos por el Código Penal y también han sido analizados en profundidad por distinguidos tratadistas, entre otros por Enrique Cury, Alfredo Etcheberry y Gustavo Labatut.

Los de mayor ocurrencia en los municipios son los relativos a la malversación de los caudales municipales y el de fraude. En ambos delitos se sanciona al funcionario que en las operaciones en que interviniere en razón de su cargo (fraude) o respecto de los caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro (malversación), él los sustrajere o defraudare, o bien consintiere en que un tercero los substraiga o los defraude⁴⁵.

Existen además otros delitos cometidos por empleados públicos, comprendidos en su concepto amplio, entre ellos los municipales, que han merecido una atención especial del legislador. Tal ha sido el caso del delito de tráfico de influencias, a que se refiere la Ley N° 19.645, que quedó plasmado en el artículo 240 bis del Código Penal.⁴⁶

⁴⁷ 48

⁴⁴ - Artículo reemplazado, en la forma transcrita, por el artículo 29 de la Ley N° 15.078, de 18 de diciembre de 1962.

⁴⁵ - Artículos 233 y siguientes y 239 y siguientes del Código Penal.

⁴⁶ - Matus Acuña, Jean Pierre. “Lecciones de Derecho Penal Chileno”. Editorial Jurídica de Chile, 2001.

⁴⁷ - Etcheberry, Alfredo. “Derecho Penal. Parte Especial”. Editorial Jurídica de Chile, 1999.

⁴⁸ - Vera Vega, Jaime Andrés. “El Delito de tráfico de Influencias”. Ediciones Jurídicas, 2004.

En lo que a malversación y fraude se refiere es de destacar que se sanciona no solamente al que malversa o defraude sino que además al que consiente en que otro malverse o defraude.

A continuación reseñaré alguna jurisprudencia de asuntos que han llegado a la Corte Suprema:

- 1.- Malversación de caudales municipales de fondos municipales de la Ilustre Municipalidad de Río Bueno (Ingreso 7783, Corte Suprema, 23 de junio de 1994).
Se trata de la cancelación de numerosos Decretos de pago, cuya documentación de respaldo corresponde a facturas obtenidas de proveedores y, en otros casos, a estados de pago ficticios confeccionados por el Departamento de Obras Municipales a nombre de presuntos contratistas.
- 2.- Malversación de caudales públicos contra Municipalidad de Quirigua (Rol 1466-03, Corte Suprema, 26 de julio de 2004).
- 3.- Malversación de caudales públicos y fraude al Fisco (Rol 922, Corte Suprema, 14 de mayo de 2002).
- 4.- Delitos de malversación de caudales municipales cometidos en perjuicio de la Corporación Municipal de Educación de Quilpue (Rol 11.109, Corte Suprema, 24 de noviembre de 2005).
- 5.- Delito de cohecho y defraudación de Fisco (Rol 2241-2002, Corte Suprema, 16 de junio de 2004).
- 6.- Delito de malversación caudales públicos (Rol 2863-03, Corte Suprema, 30 de enero de 2006).
- 7.- Malversación en perjuicio de la Caja de Previsión de Empleados Municipales de Valparaíso (Rol 39-04, Corte Suprema, 31 de octubre de 2006).
- 8.- Delito de fraude al Estado (Codelco) (causa seguida contra Juan Pablo Dávila y otros) (Rol 54.129-03, Corte Suprema, 16 de septiembre de 2006). Aquí se discutió la no calidad de empleados públicos de los funcionarios de Codelco, lo que no fue aceptado.
- 9.- Delito de permiso provisorio falso para conducir (Rol 4659, Corte Suprema, 27 de noviembre de 2006).

C.- RESPONSABILIDAD CIVIL

La responsabilidad civil de los funcionarios municipales es una consecuencia de su responsabilidad administrativa o penal, cuando hubieren ocasionado perjuicios al municipio.

Al Alcalde y a los Concejales les incumbe responsabilidad civil, ya que así lo determinan los artículos 4º de la Ley N° 18.695, tratándose de Alcaldes, y el artículo 89 del mismo cuerpo legal, refiriéndose a los Concejales.

Por lo común la responsabilidad frente a la Administración -respecto de las personas que están obligadas a rendir cuentas a la Contraloría General de la República, y que son las personas que tienen fondos a su cargo y que están autorizadas para girar e invertir fondos, y están obligadas a rendir cuentas a la Contraloría General de la República-, si esta encontrare irregularidades, empieza con el juzgamiento de las cuentas, formulando los respectivos reparos al cuentadante, teniendo la Contraloría un año para examinar, finiquitar o reparar la cuenta.

El reparo constituirá la demanda y el Juez será el subcontralor. En segunda instancia conocerá un tribunal colegiado compuesto de tres miembros, a saber: el Contralor General de la República y dos abogados externos nombrados por el Presidente de la República, a propuesta del Contralor.

Si durante la tramitación del juicio se advirtiere la existencia de hechos delictuosos de los que no tenga conocimiento la Justicia Ordinaria, el Juez de Cuentas ordenará formular la denuncia correspondiente a la Justicia Penal. Al examen y juzgamiento de cuentas pueden estar sujetos también los Alcaldes y Concejales.

Aparte de lo anterior cuando se instruya un sumario por la propia municipalidad ordenado por Decreto del Alcalde, según lo dispuesto en el artículo 127 de la Ley N° 18.883, cuando los hechos investigados y acreditados en el sumario pudieren constituir la perpetración de delitos previstos en las leyes vigentes el dictamen del Fiscal deberá contener, además, la petición de que se remitan los antecedentes a la justicia ordinaria, todo ello según lo dispone el artículo 137 de la Ley N° 18.883.

A su vez no debe olvidarse que en el procedimiento penal puede deducirse la acción civil indemnizatoria de perjuicios.

En resumen, cuando se trate de reparos de cuentas u otros hechos investigados por sumarios, en los cuales no exista delito sino simples reparos o indemnizaciones civiles, estas responsabilidades civiles se harán efectivas enterando en arcas municipales el monto de los reparos o bien pagando directamente a la municipalidad el perjuicio causado y que se haya determinado en el sumario administrativo.

La municipalidad estará siempre facultada para deducir ante la justicia ordinaria civil la correspondiente demanda de indemnización de perjuicios.

Cabe recordar que los municipios responden de los daños que ocasionen a particulares conforme a lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley N° 18.695. En tal caso podrán las Municipalidades *“repetir en contra del funcionario que hubiere incurrido en falta personal”*.

Fuera de estos casos cuando la responsabilidad civil es la resultante de la comisión de un delito deberá accionarse conforme a las normas del Código Procesal Penal. En estos casos pueden existir acuerdos reparatorios (artículo 241 y siguientes del Código Procesal Penal).

Cuando hubiere juicio oral, el querellante deberá deducir demanda civil cuando procediere (artículo 261 letra d) del Código Procesal Penal). En tal caso la sentencia deberá pronunciarse sobre los daños cuya reparación se hubiere reclamado en la demanda civil y su pretensión reparatoria (artículo 342 del Código Procesal Penal), y expresamente el mencionado cuerpo de leyes expresa que *“tanto en el caso de absolucón como en el de condena deberá el tribunal pronunciarse acerca de la demanda civil válidamente interpuesta”* (artículo 349 del Código Procesal Penal).

D.- OTRAS CONSIDERACIONES SOBRE RESPONSABILIDADES FUNCIONARIAS

Existen diversas normas dispersas que contemplan responsabilidades funcionarias de los empleados municipales. Citaremos, meramente a título ejemplar, las siguientes:

- a) La Ley N° 19.495 en su artículo 1° N° 42 (Diario Oficial de 8 de marzo de 1997), modificatorio de la Ley del Tránsito, establece: *“Artículo 196 A. “Será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo y las penas accesorias que correspondan el empleado público que abusando de su oficio: a) Otorgue indebidamente una licencia de conductor o boleta de citación o un permiso provisorio de conducir o cualquier certificado o documento que permita obtenerlos; b) Otorgue falsamente certificados que permitan obtener una licencia de conductor; c) Cometiere alguna de las falsedades descritas en el artículo 193 del Código Penal en*

las inscripciones a que se refieren los artículos 34, 35 y 39 de esta ley, en la certificación de ellas, o en el otorgamiento del padrón, y d) Infrinja las normas que la ley establece para el otorgamiento de placa patente”.

Estas normas generalmente se aplican a delitos cometidos por funcionarios municipales que laboran en las Direcciones del Tránsito o bien en los Juzgados de Policía Local, pero la ley para no limitar la esfera de su acción se refiere a “*empleado público*”.

- b) El Decreto Ley N° 458 y sus modificaciones que fijó la Ley General de Urbanismo y Construcciones dispone en su artículo 58: *“Igualmente, el otorgamiento de patentes municipales será concordante con dicho uso del suelo. Las patentes, no regidas por normas especiales diversas, requerirán el informe previo favorable de la Dirección de Obras Municipales. El otorgamiento de patentes que vulneren el uso del suelo establecido en la Planificación urbana acarreará la caducidad automática de estas, y será causal de destitución del funcionario o autoridad municipal que las hubiere otorgado”.*
- c) El artículo 138 del Decreto con Fuerza de Ley N° 458 sanciona con pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo al propietario, loteador o urbanizador que realice cualquiera clase de actos o contratos que tengan por finalidad última o inmediata la transferencia de dominio, tales como ventas, promesas de venta, reserva de sitios, adjudicaciones en lote o constitución de comunidades o sociedades tendientes a la formación de nivel poblaciones contraviniendo las normas que establecen los artículos 134 y siguientes del Decreto con Fuerza de Ley N° 458 en cuanto a las obras de urbanizados, calles, instalaciones sanitarias y energéticas, con sus obras de alimentación y desagüe de aguas servidas y de aguas lluvias, etc.

LA EXPERIENCIA FRANCESA EN LA BÚSQUEDA DE UNA SOLUCIÓN AMIGABLE DE LOS CONFLICTOS MÉDICOS

Pilar Rodríguez Peña¹

RESUMEN: *El presente trabajo analiza, en primer lugar, los diferentes procedimientos que los principales grupos hospitalarios han puesto a disposición de los usuarios al interior de cada hospital así como el desarrollo legislativo y particularmente la amplitud de la mediación intrahospitalaria en Francia. En segundo lugar, se revisan los modos de solución amigable que han sido implementados fuera de los hospitales, a través de las Comisiones Regionales de Conciliación y de Indemnización, así como la política transaccional seguida por la presidencia del correspondiente grupo hospitalario cada vez que la responsabilidad sanitaria resulta evidente.*

DESCRIPTORES: *Comisiones de Conciliación Intrahospitalarias - Comisiones de Relaciones con los Usuarios - Comisiones Regionales de Conciliación y de Indemnización - Conflictos médicos - Derecho comparado (solución amigable de los conflictos médicos en Francia) - Formas alternativas de solución de los conflictos jurídicos - Francia (solución amigable de los conflictos médicos) - Hospitales - Mediación en el hospital - Mediación en salud - Negligencia médica - Responsabilidad médica - Responsabilidad por daños en salud - Solución amigable de los conflictos médicos.*

¹ .- PILAR RODRÍGUEZ PEÑA. Magíster en Derecho Privado General y en Contendas, Arbitraje y Solución Alternativa de Conflictos, Universidad de Paris II, Panteón- Assas. Candidata a Doctor en Derecho por la referida Universidad.

SUMARIO DE CONTENIDOS: *Introducción. Capítulo I: La solución amigable al interior del hospital. A) desarrollo histórico y legislativo. 1. Una primera aproximación a la función de mediación en los hospitales. 2. Hacia las comisiones de conciliación intrahospitalarias. B) las comisiones de relaciones con los usuarios y de la calidad de la asistencia médica y la mediación intrahospitalaria. I. Las comisiones de relaciones con los usuarios, una nueva instancia para representar a los pacientes; II.- La mediación en el hospital. A) Determinación del carácter de mediación propiamente tal. B) El procedimiento de mediación médica intrahospitalaria. Capítulo II: Procedimientos de indemnización de accidentes médicos fuera del hospital, y la política transaccional en los casos de responsabilidad sanitaria. A) Procedimiento ante las comisiones regionales de conciliación e indemnización. B) Demandas de indemnización y recursos fuera del hospital y la política transaccional de la presidencia del grupo hospitalario. Conclusiones. Bibliografía.*

“La resolución amigable de litigios corresponde a una concepción moderna de la justicia; una justicia que observa, que facilita la negociación, que toma en cuenta la ejecución, que prepara las relaciones futuras entre las partes, que preserva las relaciones sociales”².

INTRODUCCIÓN

Los procesos médicos ante los tribunales, ya sean civiles o penales, han tenido un crecimiento enorme en los últimos treinta años. Las causas son diversas: el progreso de la investigación médica, la aplicación de nuevas técnicas más riesgosas o la evolución del estado de ánimo del paciente y de los médicos. El efecto que esto ha producido es que hoy los médicos ejercen una medicina más defensiva, producto del aumento de las demandas, lo que influye negativamente en la relación médico-paciente. De otro lado, el paciente, estimándose víctima de un daño, exige conocer su expediente médico e intenta establecer la prueba de una falta en el ejercicio de la medicina. Muchas

² - G. Canivet, actas del coloquio de Valencia: “El juez y la búsqueda de la solución del conflicto”.

veces esto se debe simplemente a la intolerancia de aceptar el lado amargo de la vida, intentando buscar una respuesta o una falta en la muerte de un ser querido.

Estas dificultades han conducido a diferentes países a instaurar y generalizar los procedimientos amigables de solución de conflictos, con el fin de evitar los recursos a la jurisdicción civil y penal y así una penalización excesiva de la medicina. Las soluciones adoptadas son diversas: la conciliación, la mediación, el informe de expertos y la transacción.

Estas soluciones amigables han sido consideradas como experiencias muy positivas en relación al número de las acciones judiciales, que ha disminuido.

En Francia la preocupación por “desjudicializar” los conflictos ha conducido a la organización de modos amigables de solución de conflictos al interior y al exterior de los hospitales, como una forma de evitar las demandas ante los tribunales y una penalización excesiva de la responsabilidad médica.

Esta organización ha sido puesta en práctica hace ya algunos años en los principales grupos hospitalarios de Francia, como la Asistencia Pública Hospitales de París (AP-HP)³. Se ha tratado de una experiencia práctica más que de una regulación legal. En efecto, los modos alternativos de solución de conflictos en los hospitales se han desarrollado antes incluso de que la legislación le hubiese acordado esta misión.

Con una legislación tardía y un poco dispersa, existen hoy en Francia diversos métodos concebidos con el fin de resolver un conflicto de manera amigable y evitar que un conflicto sea inútilmente presentado ante un tribunal.

Ahora bien, ¿Cuáles son los medios de que disponen los grandes grupos hospitalarios para obtener un arreglo amigable de los conflictos médicos? ¿Cuáles son los mecanismos implementados por la legislación francesa para disminuir las contiendas en materia médica?

Existen diferentes medios puestos en práctica al interior de cada hospital, que se han desarrollado por la presidencia del grupo hospi-

³ .- La Asistencia Pública Hospitales de París es un ente público que organiza y administra los 38 hospitales públicos de la región Parisina. Asistencia Pública es el nombre que se le otorga a los principales grupos hospitalarios de Francia.

talario, y algunos fuera de los grupos hospitalarios, a través de las Comisiones Regionales de Conciliación e Indemnización (CRCI).

Lo importante es que a través de estos diferentes medios, de los cuales ninguno es obligatorio (solamente el recurso gracioso o jerárquico que debe ser dirigido a la Administración, y que lo estudiaremos más tarde), en Francia hoy en día el 70% de los litigios son solucionados de manera amigable, lo que pone en evidencia el éxito del sistema francés de modos alternativos de solución de conflictos médicos. Sin embargo, y mas allá del éxito del procedimiento adoptado, se podría considerar que este podría ser aún mejorado para ser exportado a nuestra realidad alejada y diferente, si no en su conjunto al menos sus líneas generales.

En este pequeño estudio, veremos cuáles son los diferentes procedimientos que los principales grupos hospitalarios han puesto a disposición de los usuarios al interior de cada hospital así como el desarrollo legislativo y particularmente la amplitud de la mediación intrahospitalaria en Francia. En una segunda parte, veremos los modos de solución amigable que han sido implantados fuera de los hospitales, a través de las Comisiones Regionales de Conciliación y de Indemnización, así como la política transaccional seguida por la presidencia del correspondiente grupo hospitalario cada vez que la responsabilidad sanitaria resulta evidente.

CAPÍTULO I: LA SOLUCIÓN AMIGABLE AL INTERIOR DEL HOSPITAL

A) DESARROLLO HISTÓRICO Y LEGISLATIVO

1. *UNA PRIMERA APROXIMACIÓN A LA FUNCIÓN DE MEDIACIÓN EN LOS HOSPITALES*

La regulación de la mediación en materia hospitalaria en Francia apareció tardíamente y ha sido incompleta y jurídicamente incierta hasta hace muy poco tiempo, no obstante se ha asistido a un desarrollo legislativo importante en los últimos años.

La primera intervención legislativa fue el decreto N° 81.502 del 15 de mayo de 1981, que instituyó la función de “conciliador médico”, confiriéndole la misión de “*más allá de toda instancia ju-*

risdiccional, de favorecer la información de los pacientes o de sus herederos en caso de muerte, y de facilitar la solución amigable de los diferendos relativos a la responsabilidad resultante de la actividad profesional de un médico a la ocasión o como consecuencia de prestaciones de asistencia médica”.

Los conciliadores debían ejercer sus funciones a título benévolo y ser designados por decisión administrativa por un período de un año renovable, entre los magistrados honorarios que figuraban en una lista preparada por el Ministro de Justicia. La demanda de conciliación intrahospitalaria no suspendía ni interrumpía la prescripción de las acciones judiciales.

En la práctica muy pocos conciliadores fueron nombrados, porque el 31 de mayo de 1989 el Consejo de Estado Francés anuló el decreto de 15 de mayo de 1981, en razón de su ilegalidad. En efecto, los artículos 3º y 4º del decreto disponían que: *“el conciliador es requerido sin forma, por toda persona natural o moral y él puede pedir la presentación de todos los documentos bajo reserva del asentimiento de su propietario o de su legítimo detentador”*. El Consejo de Estado consideró que estas disposiciones eran contrarias a los principios que rigen el secreto médico, en atención a que se podía pedir al hospital directamente la ficha clínica del paciente sin autorización de éste último. En base a ello, el decreto fue anulado, y de ahora en adelante solamente la ley puede intervenir en ese dominio.

Más allá de la anulación de este decreto, la idea de conciliación resurgió al interior de los hospitales, los cuales estaban conscientes del defecto de comunicación entre los médicos y los enfermos y sobre todo de la progresión de las reclamaciones concernientes a las atenciones médicas.

Los grandes establecimientos hospitalarios nombraron a los conciliadores de común acuerdo entre el Director del hospital y el Presidente de la Comisión Médica del establecimiento, de preferencia entre los médicos consultantes, antiguos jefes de servicio del hospital.

La primera tarea consistía en determinar el carácter de la queja presentada al establecimiento. Realizando este ejercicio pudieron darse cuenta que la mayor parte de las quejas presentadas al hospital no tenían relación con la calidad de la asistencia médica propiamente tal, sino mas bien con una insuficiencia o una mala calidad de las informaciones médicas y la dificultad de los pacientes de tener acceso al expediente médico.

El rol del conciliador era entonces de informar, explicar y en los hechos paliar la falta de diálogo entre el paciente y el médico.

2. *HACIA LAS COMISIONES DE CONCILIACIÓN INTRAHOSPITALARIAS*

a) *La experiencia modelo: Los hospicios civiles de Lyon*

Los hospicios civiles de Lyon fueron los pioneros en la creación de una comisión de información al usuario en 1983. Esta comisión tenía como misión facilitar la información de los enfermos y mejorar las relaciones entre el hospital y el paciente.

La comisión no era ni una jurisdicción ni un órgano institucional, ya que no estaba establecida en ningún texto. Por esta razón no era tampoco impuesta a los pacientes, quienes tenían la absoluta libertad de recurrir a los tribunales cuando ellos los estimaran necesario. El campo de acción de esta comisión estaba orientado a la conciliación médica de los problemas de asistencia médica defectuosa o supuesta tal por los pacientes.

Estas comisiones estaban compuestas por:

1. El presidente de la comisión médica del establecimiento;
2. El jefe del servicio involucrado;
3. Un representante del Consejo Departamental del orden de los médicos;
4. Un médico especialista en medicina legal;
5. El director del establecimiento; y
6. El director del servicio jurídico y contencioso, a título consultativo.

El médico especialista en medicina legal estaba encargado de reunir los elementos de información de cada expediente médico. Cuando las conclusiones de la comisión hicieran aparecer elementos que permitieran retener la responsabilidad médica, la víctima, si aceptaba una solución amigable, podía ser indemnizada directamente por la comisión.

La libertad del paciente era absoluta, en todos los casos él podía:

- Apreciar si las explicaciones entregadas por la comisión le parecían suficientes para no justificar una demanda judicial;
- Aceptar una indemnización propuesta por la comisión; o
- Rechazar una solución amigable y presentar una demanda judicial.

La experiencia de las comisiones de información de los usuarios ha sido considerada positiva, porque en 1995, sobre el conjunto de reclamaciones que fueron sometidas a ella, casi el 65% no fueron objeto de demanda judicial, y en el 13% de los casos las decisiones y reconocimientos de responsabilidad llevaron a una solución amigable del conflicto⁴.

b) La creación de una comisión de conciliación en cada hospital público y privado

El año 1995, la carta del paciente hospitalizado, anexada a la circular ministerial N° 95-22, de 6 de mayo de 1995, anunciaba la creación de comisiones de conciliación en cada establecimiento de salud. La carta preconizaba que el Director del establecimiento debía esforzarse por poner en marcha “una función de mediación”.

La ordenanza N°96-346, de 24 de abril de 1996, introdujo el artículo L.710-12 al Código de la Salud Pública, que dispuso la institución en cada establecimiento de salud de una comisión de conciliación, encargada de asistir y orientar a toda persona que se estime víctima de un perjuicio debido a la actividad del establecimiento y de indicarle las vías de conciliación y de recurso de que ella dispone.

Este artículo fue derogado por la ley de 4 marzo 2002, y con él las comisiones de conciliación, pero ellas constituyen la génesis de las actuales comisiones de relación con los usuarios y de la calidad de la asistencia médica, por ello la importancia de tratarlas aquí.

La comisión de conciliación estaba compuesta por:

1. El presidente de la comisión médica;
2. Un médico mediador;
3. Un representante de la comisión de servicio de cuidados de enfermería o un miembro del personal;
4. Un enfermero(a) o auxiliar de enfermería (en el caso de establecimientos privados); y
5. Los representantes de los usuarios que formen parte del Consejo de Administración.

La ley disponía que la comisión de conciliación tenía por misión mejorar la información de los usuarios y de sus familiares, como también la misión de prevenir los litigios.

⁴ .- Claude Evin, “Les droits de la personne malade”, informe presentado a nombre del Consejo Económico y Social de la República Francesa, 1996.

Para evitar toda confusión a la cual puede dar lugar el nombre de la comisión, es importante mencionar que la comisión estaba excluida de toda función de conciliación o transaccional. La comisión no podía substituir al Director, que era el único habilitado a dar una respuesta de la institución hospitalaria a las demandas y reclamaciones de los pacientes de carácter indemnizatorio.

El usuario no estaba obligado a presentar su reclamación a la comisión, pero si el deseaba presentar una reclamación obtenía gracias a la permanencia de la comisión todas las informaciones relativas a las vías de reclamación y a los plazos, ya fueran estos ante el propio hospital o ante los tribunales.

Si el usuario presentaba una reclamación se aseguraba de recibir una respuesta del Director del hospital asistido del médico conciliador. Este último se encargaba de tratar los problemas que dicen relación con la medicina.

Los miembros de la comisión tenían acceso a un registro que mencionaba el conjunto de las reclamaciones y de las respuestas dadas por el Director. Estas respuestas eran discutidas por la comisión. Los plazos de discusión con los miembros de la comisión o de instrucción de la reclamación no debían atentar contra los intereses del reclamante en caso de acciones ante los tribunales (plazos de prescripción). Como la instrucción de la reclamación presentada ante la comisión podía significar plazos más o menos largos, existía una obligación de información que consistía en precisar al usuario reclamante que los plazos de prescripción de las acciones judiciales no estaban suspendidos por la presentación de la reclamación ante esta comisión.

B) LAS COMISIONES DE RELACIONES CON LOS USUARIOS Y LA CALIDAD DE LA ASISTENCIA MÉDICA Y LA MEDIACIÓN INTRAHOSPITALARIA

I. *LAS COMISIONES DE RELACIONES CON LOS USUARIOS, UNA NUEVA INSTANCIA PARA REPRESENTAR A LOS PACIENTES.*

La ley de 4 de marzo de 2002, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad de los sistemas de salud, eliminó las antiguas comisiones de conciliación existentes en los hospitales y las reemplazó por las comisiones de relaciones con los usuarios y de la calidad de la

asistencia médica. Las razones de esta modificación son las siguientes:

1. El nombre de la antigua comisión se prestaba a equívocos, porque la comisión no tenía por misión la conciliación de las partes en conflicto; y
2. La ley de 2002 creó las comisiones regionales de conciliación e indemnización, que es un mecanismo de opción de indemnización amigable y que tiene también una función de conciliación en reemplazo de las comisiones de conciliación de cada hospital, sistema que explicaremos después.

• *Misiones de la comisión de relación con los usuarios*

- a) **Velar por el respeto de los derechos de los usuarios facilitando los trámites, esencialmente en relación a las autoridades deudoras.** El artículo 1142-4 del código de la salud pública, introducido por la ley de 4 marzo 2002, exige que toda persona víctima o que se estime víctima de un daño imputable a una actividad de prevención, diagnóstico o asistencia médica debe ser informada de las causas y de las circunstancias de este daño luego de una entrevista organizada en los quince días siguientes a su descubrimiento. Los mismos plazos se aplican a la demanda expresa de la víctima o de sus herederos en caso de muerte del paciente.

Para cumplir esta misión, la comisión tiene acceso al conjunto de quejas y reclamaciones no indemnizatorias hechas al establecimiento por los usuarios, sus herederos o sus representantes legales. Las respuestas que les son dirigidas por los responsables del establecimiento son igualmente accesibles por la comisión. La comisión examina las quejas y reclamaciones que no tienen el carácter de un recurso gracioso o jurisdiccional y vela por que toda persona sea informada sobre las vías de recurso y de conciliación de que ella dispone.

- b) **Contribuir, por sus opiniones y proposiciones, al mejoramiento de la política de acogida y de asistencia médica de las personas enfermas y de sus parientes.** Para cumplir esta misión, la comisión debe recibir todas las informaciones necesarias para otorgar una opinión y presentar una proposición seria y posible de efectuar en el seno del establecimiento.

En efecto, debe tomar conocimiento todas las medidas preparadas por la comisión de médicos expertos existentes en cada hospital relativo al mejoramiento continuo de la calidad de los servicios; todas las opiniones y recomendaciones formuladas en este dominio por todas las instancias consultativas; una síntesis de las reclamaciones y quejas de los últimos doce meses; el número de peticiones de comunicación de informaciones médicas y los plazos en los cuales estas peticiones son satisfechas; las apreciaciones formuladas por los pacientes en los cuestionarios de salida; y el número y el tipo de recursos presentados a la Administración en caso de falta médica.

La comisión debe redactar un informe anual en el cual ella rinda cuenta del conjunto de su balance anual, haga un análisis y formule proposiciones. Este informe sólo contiene datos anónimos y debe ser transmitido al Consejo de Administración de cada hospital, o a una instancia equivalente, en un plazo no inferior a quince días antes de la sesión anual en la cual se discute y se toma la decisión sobre la política del establecimiento, relativa a los derechos del paciente y de la calidad de los servicios. Este informe es también enviado con todos sus elementos de información correspondientes a la Agencia Regional de Hospitalización y al Consejo Regional de Salud.

- *Composición de la comisión*

La comisión esta compuesta de a lo menos de cinco miembros titulares: el representante legal del establecimiento o el representante que él designe a este efecto; dos mediadores (uno médico y el otro no médico) y sus respectivos suplentes; y dos representantes de los usuarios y sus respectivos suplentes.

- *El rol del director del establecimiento en el seno de la comisión*

El Director es la autoridad investida por la ley, los reglamentos y los estatutos del poder directo o delegado de obligar el establecimiento. El Director acusa recepción de toda reclamación escrita y da la posibilidad a toda persona que no se pueda expresar oralmente de consignar su reclamación por escrito.

El Director responde la queja a su autor y para eso deberá pedir al jefe del servicio o del departamento responsable del funcionamiento

to técnico del servicio las explicaciones sobre la disfunción señalada por el reclamante. Corresponde al jefe del servicio o del departamento hacer un informe de la situación y organizar las medidas correctivas necesarias.

Los trabajos de la comisión deben conducir al Director a tomar todas las medidas concretas en relación a los servicios y estructuras involucradas y principalmente velar en conjunto con el jefe del servicio por la implementación de recomendaciones e invitarlas a señalar a la comisión toda dificultad de aplicación de las recomendaciones, así como transmitir toda sugerencia de mejoramiento de las relaciones con los pacientes y sus herederos.

- *Funcionamiento de la comisión*

La comisión se reúne por convocación de su presidente al menos una vez por trimestre, para proceder al examen de las quejas y reclamaciones que les son transmitidas. Estas reuniones pueden también ser organizadas de oficio, a petición de la mitad de sus miembros que tengan voto deliberativo.

- *La importancia de la dirección de la calidad y la misión de los derechos de los usuarios en el seno de los hospitales públicos*

En cada hospital público, existe una dirección de la calidad de los servicios, que en su estructura contempla la oficina misión derechos de los usuarios, oficina que debe principalmente favorecer la protección de los derechos fundamentales de estos, porque la protección de los derechos fundamentales contribuye a la calidad de los servicios asistenciales. Una de las principales misiones es la información, porque se ha comprobado que la información y la buena comunicación previenen los conflictos.

La misión derechos de los usuarios tiene a la cabeza una persona llamada “Encargado de la relación con los usuarios”, la que entre otras tiene la misión de escuchar a los enfermos. Toda persona puede pedir una reunión con el encargado de relación con los usuarios con el fin de formularle preguntas ligadas a su estada en el hospital tales como acogida, tarifas, organización, hotelería, etc., y si la persona lo desea, formular observaciones o reclamaciones. Un libro de acogida es entregado a cada uno de los usuarios, que contiene toda la información sobre el procedimiento a seguir para formular sus observaciones

o reclamaciones. Dentro del libro de acceso se contiene también un cuestionario de salida, que es una herramienta muy importante para el hospital, ya que le permite mejorar sus servicios de asistencia médica.

Las principales misiones del encargado de las relaciones con los usuarios son:

1. La coordinación de la respuesta a los correos de reclamación de los usuarios;
2. Efectuar la interrelación con las direcciones y los servicios para iniciar proyectos de mejoramiento de la calidad de la asistencia en atención al análisis de las reclamaciones, observaciones y cuestionarios de salida de los pacientes;
3. Efectuar la coordinación con la comisión de relación con los usuarios y de la calidad de la asistencia médica;
4. Fomentar el desarrollo de la “Casa de los usuarios”, que es una organización dentro del hospital que recibe a los usuarios que se han agrupado a través de diversas asociaciones como comités de usuarios, comités de lucha contra el cáncer, o contra las infecciones nosocomiales, etc;
5. Realizar un proceso mal llamado “mediación” con los usuarios de todas las reclamaciones que no son transmitidas al mediador del hospital.

Después veremos que este proceso no es precisamente una mediación en los términos jurídicos estrictos; sin embargo, la mayoría de las reclamaciones son resueltas en este procedimiento ante el encargado de las relaciones con los usuarios, ya que las reclamaciones en su gran parte no tienen relación con la asistencia médica sino con la mala acogida o atención y en general con los servicios propiamente hoteleros de cada hospital.

II. LA MEDIACIÓN EN EL HOSPITAL

a) *Determinación del carácter de mediación propiamente tal*

La mediación intrahospitalaria ha sido practicada en el seno de los hospitales hace ya varios años, pero antes de estudiar el proceso de mediación hospitalaria, veremos ciertas características generales de un proceso de mediación, principalmente en el ámbito social en el que está inserto este estudio, lo que nos permitirá determinar si el sistema de mediación instaurado al interior de los hospitales es verda-

deramente una mediación en el sentido estricto del término o se trata de una mediación con características particulares, o simplemente si estamos en presencia de un modo amigable de solución de conflicto, pero no de una mediación.

La mediación ha sido definida por la Dra. Pastora Graciela Romano, mediadora argentina, como: “Una negociación asistida por un tercero que capacitado y entrenado a tal fin, mediante el empleo de técnicas específicas, ayuda a las partes a visualizar el problema, identificarlo, crear y considerar opciones y llegar a una solución aceptable para ambos y poner sus acuerdos por escrito”⁵.

En una definición más enfocada a los conflictos sociales (mediación médica o familiar), el proceso de mediación ha sido definido como un proceso de construcción, de reparación de un lazo social y de gestión de los conflictos de la vida cotidiana, en el cual un tercero imparcial, independiente y sin otros poderes que la autoridad que le reconocen libremente las partes, llamadas mediados, intenta a través de la organización de intercambios entre las partes o las instituciones ayudarlos ya sea a mejorar, ya sea a establecer una relación, con el fin de solucionar un conflicto.⁶

Lo importante de retener de estas dos definiciones es que el mediador es un profesional formado para facilitar la comunicación y las relaciones entre personas que afrontan un conflicto que no pueden solucionar por ellas mismas. El mediador, de manera imparcial, ayuda a estas personas a buscar alternativas de solución al conflicto, y así obtener un acuerdo satisfactorio para las dos partes. Un tercero imparcial va promover la instalación de una relación igualitaria con y entre las partes, legitimando la visión de cada uno de ellas, y respetando e identificándose con sus posiciones.

En cuanto a la persona del mediador, se podría afirmar que debe ser un tercero en relación al conflicto. Ahora bien, para ser considerado un verdadero tercero, deberá reunir tres características fundamentales: imparcialidad, independencia y ausencia de poder.

Además, las funciones principales de un mediador pueden ser agrupadas en tres categorías: establecer una relación, mejorar una re-

⁵ .- Definición obtenida de la pagina internet www.ultraguia.com.ar artículo “¿Qué es la mediación?”.

⁶ .- Profesor Guillaume-Hofnung Mi, “Las urgencias de la mediación” IX Coloquio, “Accidentes médicos: Mediación?”, realizado por el Instituto Nacional de los Inválidos, Paris, 30 noviembre de 2002.

lación o solucionar un conflicto; o dicho de otra forma, resolver la controversia que opone a la partes.

Vamos a analizar aquí el espíritu del procedimiento de mediación intrahospitalario, así como el desarrollo de este proceso, lo que nos permitirá observar que los principales problemas para calificar este proceso de mediación en sentido estricto son la independencia del mediador y la facultad restringida por la ley de resolver definitivamente el conflicto.

1. La independencia del mediador

Para estudiar el tema de la independencia del mediador, es importante distinguir las reclamaciones de orden paramédico de las reclamaciones de orden médico.

Si bien esta distinción no es hecha por los enfermos que consideran su asistencia médica como un todo, la distinción se torna importante al momento de resolver el conflicto, y sobre todo si se mira desde el punto de vista de la independencia del mediador.

En lo que respecta a la mediación, y como ya lo habíamos mencionado, la misión derechos de los usuarios tiene por objetivo solucionar el máximo de dificultades presentadas por los usuarios en el mejor plazo, en el mismo lugar y directamente, sea cual sea el motivo de la reclamación. En efecto, la mayor parte de las reclamaciones son concernientes a problemas en los cuales la gravedad no demanda necesariamente una larga investigación y que pueden ser tratados inmediatamente.

En el caso que un problema más importante se presente, donde se precisa estudiar la situación con los diferentes actores involucrados, la misión derechos de los usuarios derivará el problema a un mediador paramédico o médico.

1.1. Reclamaciones de orden paramédico

Las reclamaciones de este orden son muy numerosas en el seno de los hospitales, pero a diferencia de las reclamaciones médicas, ellas son en general solucionadas internamente por el hospital y no dan lugar sino raramente a una contienda posterior. La razón es simple, este tipo de reclamaciones son fundadas en actos que, en principio, difícilmente pueden poner en peligro la vida de una persona⁷.

⁷ - Según informe presentado por la misión de derechos de los usuarios del hospital Georges Pompidou de París, las principales reclamaciones de orden paramédico que se presentan son:

Las reclamaciones de orden paramédico son resueltas en un proceso de mediación dirigido por el encargado de relaciones con los usuarios o por un mediador no médico cuya intervención no es muy frecuente.

El mediador no médico es un jefe superior en ejercicio del orden no médico, generalmente de enfermería, que tiene experiencia en el servicio, capacidad de análisis y una cierta distancia y, por sobre todo, una sensibilidad en lo que se refiere a los derechos de los usuarios.

Tanto el encargado de relaciones con los usuarios como el mediador paramédico son remunerados por el respectivo hospital, lo que hace que su independencia como mediador sea de todo punto de vista contestable, partiendo de la base que forman parte de la administración del hospital.

1.2. Reclamaciones de orden médico

Las reclamaciones de orden médico son un poco más delicadas y, en caso de falta, ellas dan lugar a una reclamación de carácter indemnizatoria.

Ahora bien, en lo que respecta a este tipo de reclamaciones, las cosas son diferentes. Si bien la independencia del mediador en relación con el hospital puede verse discutida, la comisión de relaciones con los usuarios toma ciertas medidas para garantizar la neutralidad del mediador, en atención a que el éxito del proceso de mediación reposa principalmente en la confianza que tiene el paciente en el médico mediador, y por ello es necesario que este si bien no pueda garantizar su independencia total, pueda al menos garantizar la neutralidad.

¿Cómo garantizar la neutralidad del mediador?

- En el 50% de los casos, los mediadores nombrados son médicos que están jubilados.
- Los médicos jubilados ejercen su misión de manera benévola.

· Mala atención del personal de acceso y del personal de enfermería.
· Problemas de vigilancia
· Problemas en relación a la información del personal hacia la familia del enfermo (Aspecto compasional).
· Problemas en relación a la hotelería del hospital.
· Problemas en relación a la salida como recuperación de objetos personales o verificación del expediente médico.

- En el 20% de los casos se trata de antiguos médicos o de antiguos jefes de servicio que han cesado en su mandato, pero que son todavía consultantes externos del hospital.
- Solamente en un 30% de los casos se trata de médicos que están aun en ejercicio.

Sería preferible nombrar como mediador a un médico que haya ejercido en el mismo establecimiento, porque él conocerá mejor el funcionamiento de este. Sin embargo, en estos casos, el hecho de que los mediadores sean médicos que hayan ejercido en el hospital será siempre un argumento para discutir la neutralidad, fundada en el hecho, por ejemplo, del vínculo de subordinación existente entre el mediador y su antiguo empleador.

No obstante lo reseñado, el hecho de que se trate en la mayor parte de los casos de médicos jubilados es un punto positivo en atención a que, con 62 años como edad promedio, ellos corresponden bien al perfil requerido, que exige ciertas cualidades tales como la experiencia en el terreno y la autoridad a la vez moral y profesionalidad para enfrentar este conflicto, y presentarse ante sus pares pidiendo explicaciones para poder obtener una visión del conflicto y antecedentes para poder responder al paciente e intentar una solución pacífica del conflicto.

2. Las limitaciones de la mediación ante reclamaciones de carácter indemnizatorio

El segundo carácter contestable de la mediación intrahospitalaria es la facultad restringida que presenta el procedimiento para resolver definitivamente un conflicto. Existe en efecto la facultad del mediador de dar explicaciones y respuestas al paciente, principalmente de restablecer la relación de confianza, pero no se podrá llegar a un acuerdo sobre montos en el caso que la reclamación tenga un carácter indemnizatorio, porque el procedimiento no otorga la posibilidad de llegar a un tal acuerdo, y los pacientes que pretendan obtener una indemnización deberán seguir a instancias superiores ante la presidencia del grupo hospitalario o la comisión regional de conciliación e indemnización.

Ahora bien, y mas allá de las características particulares de la mediación hospitalaria recién descritas, surge la interrogante de saber si este proceso llamado “mediación” corresponde a un proceso de mediación en sentido estricto. La particularidad del sistema en el

cual está implantada la mediación, vale decir al interior del hospital, podría a primera vista hacernos concluir que no estamos en presencia de un proceso clásico de mediación. Es más, el hecho que el mediador no tenga las características de un verdadero “tercero”, imparcial e independiente, sumado al hecho que el procedimiento posea solamente prerrogativas restringidas en cuanto al acuerdo al cual pueden llegar las partes, no hace sino acentuar la duda.

Siendo este el panorama, la respuesta reside una vez más en la distinción entre reclamaciones de orden paramédico y reclamaciones de orden médico.

En el caso de reclamaciones *paramédicas*, normalmente es el encargado de relaciones con los usuarios quien da una respuesta satisfactoria al paciente. Entonces, no se puede considerar que exista aquí una “mediación” por el simple hecho de responder a las quejas y dar explicaciones al reclamante. Además, a esto debemos sumarle que el encargado de relaciones con los usuarios es parte del personal del hospital, y el mediador debe ser por definición un tercero entre el enfermo y el hospital. Sin desconocer el éxito evidente del trabajo efectuado por el encargado de relaciones con los usuarios, sobre todo con el fin de evitar las contiendas y mejorar la calidad de la asistencia médica y hospitalaria, no se puede señalar que se trate de una mediación en sentido estricto. Por su parte, el mediador paramédico al ser un jefe superior del hospital tiene un defecto de independencia que impide calificar su intervención, no muy frecuente en todo caso, como una mediación.

En las reclamaciones de orden *médico*, se puede llegar a una conclusión distinta. La tarea que efectúan los médicos mediadores intrahospitalarios podría ser calificada como una mediación, pero con ciertas particularidades; vale decir que podría ser considerada una mediación de primer grado fundándonos en el hecho que ella tiene como primer objetivo evitar una demanda posterior de carácter indemnizatoria, graciosa, jerárquica o jurisdiccional que podría ser considerada como una mediación exitosa en el caso que esta contienda sea efectivamente evitada. En el caso contrario, se podría afirmar que la mediación intrahospitalaria constituye una primera etapa para establecer, restablecer o mantener el diálogo sobre un terreno de desacuerdo. Justamente, como la mediación tiene también por objeto restablecer la comunicación, no se podría desconocer esta característica al proceso de mediación médica. Ahora bien, en el caso que

una contienda se presente, el proceso de mediación no podrá jamás terminar en un acuerdo de carácter indemnizatorio, porque la ley no le otorga esta facultad al proceso de mediación hospitalario, ya que sólo el Director del establecimiento está facultado para reconocer la responsabilidad del hospital, en un proceso distinto a la mediación que veremos más adelante. Lo importante de este proceso de mediación realizado por los médicos es que abre la puerta al diálogo, que continuará en las otras instancias, y que por regla general conducirá a una solución amigable del conflicto.

Una vez presentadas las especificidades del proceso, podemos presentar la definición dada por Pierre Chevalier, que define la mediación como “un proceso que permite establecer y mantener el diálogo sobre un terreno de discordia para obtener, por vías consensuales y pacíficas, una solución o una explicación comprendida, aceptada y que cada parte haga propia”, definición a la cual se podría agregar “solución que no podrá jamás tener un carácter indemnizatorio”, para comprender mejor el carácter particular de la mediación médica intrahospitalaria, concebida como previo de una contienda.

b) *El procedimiento de mediación médica intrahospitalaria*

Después de haber concluido que la única mediación en el sentido estricto del término que tiene lugar en el seno de los hospitales es la mediación médica, veremos cómo se desarrolla el procedimiento.

Las demandas y reclamaciones susceptibles de involucrar la actividad propiamente médica son comunicadas al médico mediador, al que se le solicita su intervención por toda reclamación que tenga relación con la organización de la atención médica.

El médico mediador recibe a los enfermos por propia demanda de estos, la que se puede hacer por cualquier medio sin mayores formalidades e incluso por teléfono o a través de la misión derechos de los usuarios, que es lo más frecuente. En efecto, es el encargado de relaciones con los usuarios el que después de dar una respuesta preliminar al enfermo demanda la mayoría de las veces la intervención del médico mediador.

El médico mediador facilita el diálogo entre el enfermo y el equipo médico. Si el médico mediador estima conveniente consultar el expediente médico, debe demandar la autorización escrita del paciente o de su representante legal o de sus herederos en caso de muerte. El médico mediador les comunica las informaciones médicas

con respeto de las reglas de la deontología si se trata del paciente o de su representante legal, o respetando las reglas del secreto médico si se trata del representante de los herederos del paciente fallecido.

El médico mediador rinde cuenta de su intervención o de su acción al Director del establecimiento público de salud o al representante legal del establecimiento privado y a la comisión de relaciones con los usuarios. El rol impuesto al médico mediador exige de él una gran disponibilidad y un saber hacer. Él debe tener calidades de entendimiento y saber comunicar. Para ser eficaz, el médico mediador deberá beneficiarse frente a sus colegas de una autoridad moral reconocida.

En estas condiciones, su intervención será admisible en términos deontológicos sobre cuestiones que ponen en tela de juicio la independencia profesional de cada médico en el ejercicio de su arte.

Es importante mencionar aquí para comprender mejor el objeto de la mediación intrahospitalaria que el 80% de las reclamaciones presentadas en los hospitales franceses tienen por origen un problema de información, causado por una mala comunicación entre el médico y el enfermo, o directamente por una mala relación entre ellos.

Cada hospital tiene un médico mediador y sus respectivos suplentes. En el caso de los hospitales de la Asistencia Pública Hospitales de París, hay más de 80 médicos mediadores, que son nombrados por tres años renovables.

b.1. Las principales misiones del médico mediador:

1. Restablecer el diálogo. Aportar las informaciones y explicaciones necesarias de la asistencia médica del paciente, sea un acto de prevención, de diagnóstico o de asistencia propiamente tal; explicaciones que permitirán al reclamante tomar una decisión (quedar conforme con las explicaciones dadas o continuar a una etapa contenciosa);
2. Por intentar restablecer el diálogo, el médico deberá siempre aportar la garantía al paciente de que tendrá un mediador neutro e imparcial que no tomará partido por el establecimiento de salud.

b.2. El médico mediador debe aportar la prueba del éxito de la mediación (lo que no se traduce necesariamente en un acuerdo entre las partes).

Para presentar la prueba del éxito de la mediación, el médico mediador debe preparar la entrevista con el reclamante, porque la mediación debe ser hecha con conocimiento de causa. En primer lugar es importante señalar que no existe una sola manera de efectuar la mediación, porque no existe un reglamento interno ni una ley que reglamente de manera detallada la mediación médica; solamente la misión de mediación está indicada en la ley (especialmente en el Código de la Salud Pública), lo que implica que la forma de efectuar la mediación va a depender de cada mediador.⁸

De manera general⁹, el mediador realiza su entrevista solo con el paciente y no reúne a todas las partes involucradas en el conflicto salvo excepciones. ¿Por qué se realiza de esta manera? Porque la relación médico-enfermo ha sido definida por los mismos mediadores como una relación entre dos personas de manera de hacerla más íntima¹⁰. El médico mediador intenta mantener esta relación a dos y permite restablecer la confianza médico-enfermo. De todas maneras, el médico mediador siempre ofrece al paciente realizar una reunión con el médico o equipo médico involucrado, pero normalmente el paciente se satisface con las explicaciones dadas por el médico mediador y no estima necesario dicho encuentro, en cuyo caso el mediador constata este hecho en el acta de mediación.

En la entrevista de mediación el médico mediador debe entregar al reclamante todas las informaciones para que éste pueda tomar una decisión. Las entrevistas de mediación en materia médica permiten evitar que ciertos litigios lleguen a los tribunales y presenten acciones judiciales que los pacientes lamentaran después¹¹.

Si el paciente no está conforme con las explicaciones dadas por el mediador, él podrá llevar su reclamación ante las instancias correspondientes. La mediación no ha sido concebida como un medio de disuadir a los pacientes de demandar una reparación indemnizatoria,

⁸ - En estos momentos los mediadores de la Asistencia Pública Hospitales de París están preparando una guía para los médicos mediadores, con el objeto de unificar el procedimiento y de formar a las nuevas generaciones de mediadores.

⁹ - De acuerdo a las entrevistas realizadas a distintos médicos mediadores que forman parte de la red de mediadores de los hospitales de la Asistencia Pública Hospitales de París.

¹⁰ - Información obtenida de la investigación sobre la conciliación médica en el seno de los hospitales de la Asistencia Pública-Hospitales de París, realizada en enero-febrero 2005, por Alice Dupuy, estudiante de derecho médico en la Universidad Paris V.

¹¹ - Normalmente, en el 80% de los casos, un paciente bien informado y aclarado no presentará acciones judiciales.

ya que existe una ética de la mediación fundada en una exigencia de neutralidad del mediador. La misión del mediador consiste en informar a los pacientes sus posibilidades de reclamación contenciosas, de la posible demanda de solución amigable ante la Comisión Regional de Conciliación e indemnización, ante la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Asistencia Pública, o ante el tribunal administrativo, bajo la exigencia de la demanda previa a la Administración (Dirección de Asuntos Jurídicos).

b.3. Formación de los médicos mediadores en técnicas de conciliación y mediación

La mayor parte de los médicos mediadores no han seguido una formación en técnicas de mediación médica. Sin embargo, ellos están constantemente confrontados a situaciones de conflictos y de tensión, que han aprendido a solucionar con la experiencia pero sin la ayuda de técnicas específicas. Sin embargo, más allá de esta generalidad, el 30% de los médicos conciliadores han seguido una formación, principalmente reuniones de formación en técnicas de mediación organizadas por la Dirección de la Asistencia Pública.

De acuerdo a la información obtenida en entrevista con los médicos mediadores se puede constatar que la mayor parte está de acuerdo en que debería existir una formación centralizada y sistemática. De manera general, los médicos mediadores están interesados en una formación en la función de mediador, con el objetivo de obtener bases jurídicas necesarias, que ellos no han adquirido en su formación como médicos.

b.4. Etapas del procedimiento de mediación médica

Para una mejor comprensión del procedimiento de mediación, dividiremos éste en cuatro partes.

Antes de la audiencia de mediación

1. El médico mediador toma conocimiento de la reclamación escrita del paciente. Debe existir siempre una reclamación escrita de parte del paciente y si el paciente no sabe escribir, el hospital debe entregarle las herramientas para estampar por escrito su reclamación. Lo mismo ocurre para las personas que no hablan francés. La exigencia de la escritura no es una exigencia

legal, pero cada hospital intenta implantarla para facilitar la tarea posterior del mediador.

2. El médico mediador estudia el expediente médico antes de la entrevista, en todos los casos que haya obtenido una autorización escrita del paciente, lo que es una exigencia legal. Si no tiene dicha autorización previa y escrita, deberá obtenerla en la audiencia. El expediente médico es un documento muy preciado y muy práctico para reconstituir la historia del paciente desde su ingreso al establecimiento sanitario. Todos los datos aquí recolectados pueden en efecto llegar a ser muy importantes para restablecer la materialidad de los hechos que constituyen lo previo a una buena interpretación del conflicto.
3. El médico mediador, si lo estima necesario, puede pedir informaciones a las personas directamente involucradas por el conflicto o susceptibles de aportar datos necesarios para aclarar el asunto objeto de la reclamación. En la mayor parte de los casos el médico mediador se entrevista directamente con sus colegas y se conforma con las explicaciones orales que ellos le dan para preparar su audiencia con el paciente. En algunas ocasiones los mediadores piden a sus colegas involucrados en la reclamación explicaciones escritas para completar el expediente de mediación.

Durante la audiencia

1. El médico mediador puede encontrarse con el paciente una o varias veces. Habitualmente él se entrevista con el paciente sólo una vez, pero ciertos médicos mediadores prefieren hacerlo una primera vez, antes de cualquier investigación de su parte o estudio previo del expediente médico, y de una manera informal antes de la entrevista de mediación, argumentando la ventaja de escuchar al reclamante sin tener una idea preconcebida. En estos casos, una segunda entrevista será necesaria.
2. El mediador realiza la lectura de la reclamación con el paciente y le pide confirmarla.
3. El mediador le pide al paciente que le cuente los hechos ocurridos motivo de la reclamación.
4. El mediador puede con el paciente recalificar los daños que estima haber sufrido el paciente, según el orden de importancia que éste último les otorgue.

5. El mediador da al paciente las explicaciones claras de todo lo que este no comprenda de su tratamiento, de su expediente médico o en general de su asistencia médica.
6. El médico mediador aporta la materialidad de los hechos tal como han sido reconstituidos por él.
7. El médico mediador informa al paciente todas sus posibilidades de reclamación contenciosa.

El mediador realiza una conclusión de la audiencia de mediación con el paciente. Esta primera conclusión no es firmada por las partes. Si el médico mediador determina que existe un mal funcionamiento en el servicio se lo expresará al paciente y hará las recomendaciones al hospital para que se mejore el problema. El mediador debe otorgar al reclamante la garantía de que su reclamación no quedará como letra muerta.

Después de la audiencia

El médico mediador presenta un informe de la audiencia de mediación que debe dirigir al Director del hospital, a los miembros de la Comisión de Relaciones con los Usuarios y al paciente.

Este informe es siempre detallado y contiene un resumen de los daños que la víctima estima haber sufrido, exponiendo los hechos y el desarrollo de la audiencia de mediación, terminando con conclusiones y recomendaciones.

El mediador no reconoce responsabilidad. Sólo el Director del establecimiento está habilitado para reconocerla. El mediador solamente puede dar recomendaciones; él no es un perito, por lo tanto sus recomendaciones no tienen valor de prueba. El mediador únicamente puede proponer un mejoramiento de la asistencia médica, tomando en cuenta los intereses del reclamante que no quiere que el mal funcionamiento se repita.

El informe se dirige a la Comisión de relaciones con los usuarios y de la calidad de la asistencia médica. La última palabra del establecimiento la tiene la comisión y en particular el Director. Este informe es debatido por la comisión, principalmente las conclusiones realizadas por el mediador, y después del debate, la Comisión da una opinión sobre lo ocurrido y formula las recomendaciones finales.

El Director recibe el informe del mediador, la opinión de la Comisión (CRUQPC) y la carta de reclamación del paciente o su fami-

lia. Con estos tres elementos el Director dará una respuesta definitiva al paciente.

Plazos del procedimiento de mediación médica

En general no hay un plazo máximo establecido por la ley o por los reglamentos para que el procedimiento se desarrolle. Sin embargo, existen ciertos plazos establecidos por el Código de la Salud Pública en su parte reglamentaria (R. 1112-9 a R. 1112-94) que garantizan en parte el respeto a los derechos del paciente.

1. Desde la demanda de mediación, hay un plazo de ocho días para que el médico mediador se reúna con el paciente. Este plazo es obligatorio para la primera reunión entre ellos y el reclamante, porque nada impide que se reúnan varias veces. Sin embargo en atención al número de reclamaciones y a la comunicación tardía de los antecedentes necesarios para preparar la mediación, este plazo en la práctica es en promedio de 12 días.
2. Después de la mediación, que puede consistir en una o varias entrevistas, el médico mediador tiene un plazo de ocho días para dirigir un informe al Presidente de la Comisión de Relaciones con los Usuarios, quien lo transmite sin plazo a sus miembros y al reclamante.
3. Para que la Comisión estudie este informe, la reclamación y formule recomendaciones en vista de aportar una solución al litigio no existe plazo fijado en la ley.
4. La respuesta final dada por el Director del establecimiento al reclamante debe ser dirigida dentro del plazo de los ocho días siguientes a la reunión donde la Comisión de Relaciones con los Usuarios ha estudiado la reclamación y formulado las recomendaciones.
5. Para que el equipo médico o el médico involucrado entreguen las informaciones pedidas por el médico mediador, las cuales son indispensables para dar una respuesta al paciente y enfren-
tar la mediación, no existe tampoco un plazo fijado en la ley.

b.5. Presencia activa de los abogados en las audiencias de mediación

Un punto sobre el cual se ha discutido mucho en el seno de los médicos mediadores ha sido la presencia activa de los abogados en las audiencias de mediación. Existen ciertos médicos mediadores que

rechazan la presencia activa del abogado cuando asiste a la audiencia de mediación actuando como tal.

El motivo que ellos han dado para rechazar la presencia del abogado es que ellos definen la relación médico-paciente como una relación de confianza, la que puede haberse roto con el médico tratante pero que el médico mediador intentará restablecer con las explicaciones dadas. Los médicos mediadores consideran que la presencia del abogado altera esta relación de confianza.

Otra razón que han expuesto los médicos mediadores es el hecho de que la presencia del abogado en la entrevista es a causa de un espíritu litigioso en el paciente. La presencia activa del abogado puede significar que la mediación sea instrumentalizada para fundar una demanda posterior contra el hospital.

El problema que se presenta es el siguiente: ¿Puede el médico mediador rechazar el acceso del abogado a la entrevista de mediación? La respuesta pareciera ser la negativa por varias razones:

En primer lugar, el reclamante puede hacerse acompañar a la audiencia de mediación por una persona de su elección. La persona elegida puede perfectamente ser un abogado y por lo tanto el mediador no podría impedir que la persona sea asistida por su abogado de confianza.

En segundo lugar, si la misión del mediador es restablecer la confianza rota, actuando siempre de manera neutral, incluso si el paciente tiene la intención de presentar un reclamo de carácter contencioso ante la presidencia del hospital o ante el tribunal que corresponda, la misión del mediador no tendría porque cambiar. El mediador debe siempre intentar dar todas las explicaciones necesarias para restablecer la confianza, manteniendo siempre la prudencia en la manera de expresarse, de manera de no reconocer una responsabilidad del hospital, porque sólo el Director del establecimiento está facultado para hacerlo, después de haber tomado conocimiento del informe realizado por la comisión de médicos consejeros del grupo hospitalario.

Ahora bien, si vemos el problema desde el punto de vista de la oportunidad, la presencia del abogado es de todo punto de vista oportuna. La función que cumplen los abogados en el proceso de mediación es de una importancia vital para la seguridad y el funcionamiento de la institución de la mediación. Esto se debe al hecho que serán estos últimos los que deberán informar y aconsejar a sus clientes sobre

las ventajas y los inconvenientes de someterse a un procedimiento de mediación.

En primer lugar, el abogado deberá informar de manera detallada a su cliente y explicarle en qué consiste este procedimiento no contencioso, porque en la mayoría de los países del mundo se trata de un método alternativo de resolución de conflictos relativamente nuevo y hay muchas personas que hoy en día conocen poco o nada de este nuevo sistema.

En segundo lugar es esencial que las partes tengan conocimiento del hecho de que el mediador en ningún caso podrá suplir el rol del abogado aconsejándolas, porque uno de los pilares de la institución de la mediación reposa sobre el hecho de que el mediador debe mantener durante todo el procedimiento (incluso antes y después) una conducta marcada tanto por la imparcialidad como por la neutralidad en su relación con las partes.

La doctrina ha destacado que, en la mediación, si bien no es obligatorio que las partes sean asistidas de un abogado, si unas de las partes decide hacerlo así, entonces será necesario que la otra parte haga lo mismo para no crear diferencias entre ellas. El hospital y particularmente el equipo médico tienen a su disposición un gran número de juristas que los aconsejan y se ocupan de la defensa de sus intereses. Si las partes no pudieran ser asistidas por un abogado, este equilibrio sería fuertemente alterado.

CAPÍTULO II: PROCEDIMIENTOS DE INDEMNIZACIÓN DE ACCIDENTES MÉDICOS FUERA DEL HOSPITAL, Y LA POLÍTICA TRANSACCIONAL EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD SANITARIA

A) PROCEDIMIENTO ANTE LAS COMISIONES REGIONALES DE CONCILIACIÓN E INDEMNIZACIÓN

La ley de 4 marzo 2002 fue dictada con la intención de clarificar y facilitar la acción de la víctima de un accidente médico que va de ahora en adelante poder beneficiarse de un procedimiento de solución amigable para obtener una indemnización, en caso de falta e incluso en los casos que la responsabilidad del médico o del establecimiento no sea determinada.

Los artículos L.1142-5 a L.1142-8, R.795-41 a R.795-69 del Código de la Salud Pública prevén las reglas que determinan que las Comisiones Regionales de Conciliación e indemnización son el centro del dispositivo de indemnización de las víctimas de los accidentes médicos. Decimos el centro, porque según se revela en este estudio no es el único medio.

Esta comisión tiene una doble función: una función ligada a la indemnización y una función de conciliación. El procedimiento amigable de indemnización está reservado a los perjuicios graves. Para los accidentes que no presentan el carácter de gravedad, la Comisión Regional puede ejercer su función de conciliación.

En todos los casos, las víctimas podrán presentar su demanda ante los tribunales, porque la demanda previa a la Comisión no es un requisito obligatorio al procedimiento contencioso ante el tribunal que corresponda.

La Comisión Regional de Conciliación e Indemnización va a emitir un dictamen sometido a algunas condiciones. Este dictamen podrá declarar que el daño resulta de una falta que genera la responsabilidad de un profesional de la salud, del establecimiento de salud o de un fabricante de los productos médicos. El dictamen de la comisión podrá, al contrario, concluir que el daño no se vincula con ninguna falta. En este último caso, se iniciará un procedimiento específico de indemnización de las consecuencias de este accidente médico, esta afección iatrogénica o infección nosocomial, a título de solidaridad nacional.¹²

Los artículos L. 1142-5 a L. 1142-8 del Código de la Salud Pública determinan la organización general de los procedimientos de solución amigable. El decreto N° 2002-886 de 3 de mayo de 2002 precisó la composición y el funcionamiento de las CRCI. Por otra

¹² .- La ley de 4 de marzo de 2002 dispone que causan derecho a reparación, a título de solidaridad nacional, con reserva del carácter de gravedad exigido por la ley: 1) los accidentes médicos, que pueden definirse como toda consecuencia desfavorable de un acto médico, independiente de toda falta, cuando el estado del paciente y las circunstancias patológicas no hacían estas consecuencias normalmente previsibles; 2) las afecciones iatrogénicas que pueden definirse como los daños que resultan del tratamiento puesto en obra, independientemente de toda falta en la elección o la administración este o de todo defecto del producto de salud utilizado; y 3) las infecciones nosocomiales, definidas como las infecciones aparecidas a consecuencia de una hospitalización, siempre que ellas no existieran en el momento de la puesta en obra del acto generador o de la admisión en el establecimiento de salud, siempre que ellas no sean reveladoras de ningún principio de responsabilidad (falta o responsabilidad de pleno derecho), que ellas superen una cierta gravedad o que ocasionen la muerte del paciente.

parte, la circular N° 2002-516 del 8 de octubre de 2002 fija las modalidades de puesta en obra de estas nuevas instancias.

Las CRCI han sido instaladas en cada región. La ley del 30 de diciembre de 2002 abrió la posibilidad de instituir una CRCI competente sobre varias regiones.

La importancia de la ley y en particular la instauración de nuevos procedimientos de indemnización de los accidentes médicos fue la urgencia de acelerar la indemnización de las víctimas de errores médicos, así como de las personas que se encontraban incapacitadas producto de un accidente médico no culpable. Los órganos jurisdiccionales, tanto del poder administrativo como judicial, se esforzaban de reparar el riesgo médico al precio de contorsiones jurídicas criticadas por la doctrina y fuera de toda ley. La ley de 4 marzo de 2002 le dio una base legal a la solución amigable de litigios, e instauró la institución del alea terapéutico para indemnizar a todas las personas que sufran un accidente médico.

1. *COMPOSICIÓN Y CONSULTA DE LA CRCI*

a) *Composición*

El decreto N° 2002-886 del 3 de mayo de 2002 fijó la composición de la Comisión. Cada Comisión Regional de Conciliación e Indemnización de accidentes médicos, afecciones iatrogénicas e infecciones nosocomiales es compuesta por:

1. Un presidente nombrado por el Ministro de Justicia;
2. Seis representantes de los usuarios propuestos por las asociaciones de usuarios del sistema de salud que hayan sido objeto de una autorización al nivel regional;
3. Dos representantes de profesiones de salud que ejerzan con carácter liberal, designados después de un dictamen de las instancias regionales de las organizaciones sindicales representativas;
4. Un responsable de un establecimiento público de salud propuesto por las organizaciones de hospitalización pública entre los más representativos a nivel regional;
5. Dos representantes de la Oficina Nacional de Indemnización de los Accidentes Médicos (ONIAM)¹³;

¹³ .- ONIAM, es un establecimiento público de carácter administrativo bajo la tutela del Ministro de Salud. La ONIAM se encarga de la indemnización en conformidad con la

6. Dos representantes de empresas reguladas por el Código de Seguros;
7. Cuatro personalidades calificadas en el ámbito de la reparación de los perjuicios corporales.

Estas Comisiones son presididas por un magistrado del orden administrativo o judicial, en actividad o con carácter honorario. Los miembros son nombrados por un período de tiempo de tres años renovable. Se nombra a suplentes que no participan en las deliberaciones en caso de ausencia del titular para cada uno de los miembros de la comisión.

Esta composición pluridisciplinaria permite hacer valer la opinión de cada protagonista afectado por actos que dan origen a responsabilidad médica, y esta confrontación ha sido considerada esencial para permitir obtener soluciones que reúnan un determinado consenso.¹⁴

Estas comisiones deben tener como características la garantía de independencia y la de imparcialidad, aunque no tengan como misión juzgar. Para garantizar su independencia, los gastos de funcionamiento de estas comisiones están garantizados por la Oficina Nacional de Indemnización (ONIAM). De otra parte, sus miembros y toda persona que conoce los documentos e información presentada en el marco del Reglamento amistoso están sujetos al secreto profesional.

La CRCI solamente puede deliberar si al menos siete de sus miembros en ejercicio están presentes. En caso contrario, una nueva sesión se celebra, sin obligación de quórum, al término de un plazo de quince días. Los dictámenes de la Comisión se aprueban por mayoría de los miembros presentes. En caso de igualdad de votos, la del Presidente es preponderante.

b) Requerimiento de la CRCI

La intervención de la Comisión Regional de Indemnización y Conciliación puede ser requerida por toda persona que se considere víctima de un daño imputable a una actividad de prevención, diagnóstico o cuidados médicos. Si la víctima es un menor o un incapaz absoluto, la Comisión puede ser requerida por su representante legal.

solidaridad nacional de los daños causados por un accidente médico sin falta, de una afección iatrogénica o de una infección nosocomial.

¹⁴ .- Catherine Paley-Vincent, "Responsabilité du médecin", Ediciones Masson, París, 2002.

Si la víctima muere, el requerimiento podrá ser efectuado por sus herederos.

La demanda debe ser enviada por carta certificada con acuso de recibo o depositada ante el Secretariado contra recibo de la Comisión regional con competencia en el lugar donde fue efectuado el acto de prevención, de diagnóstico o de cuidados médicos, por medio de un formulario establecido por la ONIAM. La demanda debe acompañarse de una serie de justificantes, en particular un certificado médico que certifique la consistencia precisa de los daños de los que el solicitante es o se considera víctima.

El ministerio de abogado no es obligatorio, porque el legislador no quiso judicializar el procedimiento delante de la CRCI. Sin embargo es preferible que las víctimas se hagan asistir de un abogado o de un médico, sobre todo si el reclamo intenta cuestionar el actuar de tal médico o tal establecimiento. A falta de asistencia, los servicios jurídicos de la Comisión pueden ayudarles a formular mejor sus solicitudes o sus quejas.

En el requerimiento, la persona debe informar a la CRCI de los procedimientos jurisdiccionales relativos a los mismos hechos y que han sido presentados a los tribunales y que estarían eventualmente en curso. Del mismo modo, si una acción judicial ha sido presentada, la persona debe informar al juez del requerimiento a la Comisión. La consulta de la Comisión suspende los plazos de prescripción y los recursos contenciosos hasta el término del procedimiento.

2. *COMPETENCIA DE LA CRCI*

Las Comisiones Regionales de Conciliación e Indemnización tienen dos misiones principales, una misión de conciliación y una misión en materia de indemnización o de solución amigable de litigios¹⁵.

a) *CRCI requerida en materia de solución amigable del conflicto (en materia de indemnización):*

La Comisión sólo puede intervenir en materia de solución amigable del conflicto si se reúnen un determinado número de requisitos.

¹⁵ - Aunque parezca errónea la terminología empleada, ya que la conciliación constituye una especie dentro del género modos de solución amigables del litigio, en la ley se les otorgó un sentido distinto, dependiendo de la labor que realiza la Comisión, según veremos enseguida.

La Comisión Regional requerida del asunto debe en primer lugar pronunciarse sobre su competencia en razón de la gravedad del daño. Si retiene su competencia, emite un dictamen sobre la base del cual se efectuará la solución transaccional con el fin de obtener la indemnización.

En primer lugar, el hecho generador del daño no debe ser anterior al 5 de septiembre de 2001. Ahora bien, la competencia de la Comisión Regional se limita a los daños que presentan un carácter de gravedad definido por decreto (Artículo D.1142-1 del Código de Salud Pública).

La Comisión no interviene más que para reparar los daños más graves tales como:

1. Porcentaje de incapacidad permanente superior al 24%;
2. Incapacidad temporal para el trabajo de seis meses consecutivos o no consecutivos sobre un período de doce meses;
3. Ineptitud de ejercer la actividad profesional que ejercía antes de ocurrido el daño;
4. Aparición, tras el accidente, de desórdenes especialmente graves, incluido de orden económico, en las condiciones de existencia de la víctima. Estos desórdenes resultan de la privación de la posibilidad de vivir en su medio natural. Se aprecian caso a caso y soberanamente por la Comisión.

Si los criterios de competencia mencionados, los cuales no son copulativos sino alternativos, no son reunidos, la víctima tiene la posibilidad de dirigirse a los tribunales competentes del lugar donde se produjo el daño o requerir la Comisión Regional en su función de conciliación.

a.1. Procedimiento aplicable

La ley obliga a la Comisión a emitir sus dictámenes sobre el fundamento de un peritaje a menos que el expediente sea manifiestamente inadmisibile, o que el daño sea previo al 5 de septiembre de 2001.

En función de los casos, la Comisión podrá pedir dos tipos de informes periciales:

- Peritaje previo: Se trata de un peritaje simple destinado a apreciar si la víctima alcanza los límites máximos de admisibilidad exigidos. Este peritaje se confía a un único médico, que funda

su peritaje en documentos y se presenta bajo la forma de un certificado médico.

- Peritaje de fondo: En ese caso la comisión puede en principio nombrar a uno o dos expertos, dependiendo de si el enfermo está afectado de una o varias patologías. Los expertos son elegidos de una lista de los expertos enviados por la Comisión Nacional de Accidentes Médicos (CNAM)¹⁶.

Todas las operaciones del peritaje se desarrollan en presencia de las partes, o en su ausencia si han sido debidamente convocadas, las que podrán hacerse asistir por una o más personas de su elección. Este peritaje tiene un carácter contradictorio; un intercambio de documentos se instaurará entonces entre todas las partes, para respetar el carácter contradictorio del debate.

El plazo en el cual el informe debe presentarse viene determinado por la CRCI; normalmente a los expertos se les asignan plazos muy breves para depositar sus informes y estos son en promedio de cuatro meses. El informe de peritos es gratuito para las partes, dado que su costo es asumido por la Oficina Nacional de Indemnización (ONIAM).

a.2. Dictamen emitido por la Comisión

El informe pericial debe ser dirigido 15 días antes de cada reunión a cada uno de los miembros titulares de la Comisión. Cada uno tiene un plazo razonable para examinar los expedientes a fin de estar en condiciones de emitir un dictamen.

La CRCI comunica el informe pericial a todas las partes. Las partes interesadas deben ser informadas de la fecha en la cual la Comisión se reúne con el fin de emitir su dictamen.

El dictamen de la comisión precisa cada tipo de perjuicio (incapacidad permanente parcial; perjuicios económicos como perjuicio profesional; gastos médicos; perjuicios extrapatrimoniales, como el daño moral; perjuicios de inserción social; y perjuicios estéticos), las circunstancias, las causas, la naturaleza y la magnitud de los daños sufridos así como su valoración sobre las responsabilidades incurridas.

¹⁶ .- Comisión dependiente de los Ministerios de Justicia y de Salud, compuesta de profesionales de salud, representantes de los usuarios y personas calificadas. Corresponde a esta Comisión nacional designar a los peritos competentes para figurar en la lista nacional luego de la evaluación de los respectivos conocimientos.

El dictamen va dirigido por carta certificada con acuse de recibo al solicitante, a la Oficina Nacional de Indemnización (ONIAM) así como al profesional, al establecimiento, al centro, organismo de salud o fabricante, al explotador o al distribuidor de los productos de salud cuya responsabilidad se cuestionó por el solicitante y a su asegurador.

Cuando la Comisión emite su dictamen, varias hipótesis son posibles:

- El CRCI retiene una falta imputable a un profesional de salud

En esta hipótesis el CRCI se dirige al asegurador que garantiza la responsabilidad civil o administrativa de la persona estimada como responsable por la Comisión¹⁷.

El asegurador o la persona responsable tiene un plazo de cuatro meses contados desde la recepción de este dictamen para hacer una oferta de indemnización que se destina a la reparación íntegra de los perjuicios sufridos, dentro de los límites máximos de garantía de los contratos de seguro.

Esta oferta indica la evaluación efectuada por cada tipo de perjuicio así como el importe de las indemnizaciones que corresponden a la víctima, o a sus beneficiarios. La aceptación de la oferta del asegurador vale transacción en el sentido del artículo 2044 del Código Civil francés. El pago debe entonces producirse en el plazo de un mes a partir de la recepción por el asegurador de la aceptación de su oferta por la víctima; en el caso contrario, las sumas no pagadas producen automáticamente interés por el doble del tiempo legal a partir de la expiración de este plazo y hasta al día del pago efectivo.

En caso de silencio o negativa explícita por parte del asegurador a realizar una oferta o cuando el responsable de los daños no cuenten con un seguro o la cobertura del respectivo seguro se encuentre agotado, la Oficina Nacional de Indemnización se substituye al asegurador. En el caso de que en el plazo de cuatro meses de los que dispone el asegurador este no realice la oferta de indemnización, la víctima o sus beneficiarios pueden presentar a la ONIAM, por carta certificada con acuse de recibo, una solicitud con el fin de obtener

¹⁷ .- En Francia, por ley de 4 de marzo de 2002, existe una obligación legal de contratar un seguro de ejercicio médico, tanto para los profesionales independientes como para los establecimientos de salud.

una indemnización de su parte¹⁸. La víctima en cualquier caso puede rechazar la oferta que es efectuada por la ONIAM y presentar una demanda ante el tribunal competente.

- El CRCI no retiene ninguna falta

La Comisión puede considerar que el daño es consecuencia de un riesgo médico o alea terapéutico o rechazar pura y simplemente la demanda si considera que el daño es resultado del estado anterior del paciente.

- El CRCI retiene el riesgo terapéutico

La Comisión regional puede considerar que el daño es resultante de un accidente médica no culpable o riesgo terapéutico. La doctrina definió el riesgo terapéutico como el accidente médico ocurrido sin responsabilidad de un profesional o de un establecimiento de salud. Se incluyeron como elementos constitutivos del riesgo:

1. Complicación imprevisible;
2. Consecuencia anormal respecto al estado de salud previo como la evolución previsible de este estado;
3. Ausencia de falta médica.

Cuando la Comisión regional considera que el daño es resultante de un riesgo terapéutico, es la ONIAM que dirige directamente a la víctima o sus herederos, en el plazo de cuatro meses, una oferta de indemnización como reparación íntegra de los perjuicios. Si la víctima acepta la oferta, la aceptación pondrá fin al litigio. Si la víctima rechaza la oferta, podrá presentar la demanda ante el tribunal competente.

La ONIAM no está obligada a dar curso favorable a los dictámenes de la Comisión si considera que estos dictámenes son infundados. La ley no prevé penalización a la decisión de la ONIAM que rechaza realizar una oferta de indemnización de acuerdo a un dictamen de la Comisión.

- El CRCI retiene una pluralidad de causas

Las comisiones admiten una división de las causas entre falta y estado previo del paciente cuando la primera de estas causas no

¹⁸ .- Una penalización está prevista por el legislador en caso de negativa por parte del asegurador a efectuar una oferta o cuando el responsable de los daños no se encuentra asegurado. El Juez puede, en esta hipótesis, condenar al asegurador o al responsable a pagar a la ONIAM una suma igual al 15% de la indemnización que se asigna a la víctima.

hace sino contribuir a la realización del daño; tampoco esta prohibido admitir una yuxtaposición del estado previo con el riesgo, cuando por ejemplo el acto de cuidado se producía sobre un terreno muy debilitado por la edad o la enfermedad.

Si la CRCI determina que el daño es causado en parte por el riesgo y en parte por un accidente médico culpable, determinará también los porcentajes que corresponden a uno y otro. Por ejemplo, podrá determinar que el daño es debido en un 70% al riesgo y un 30% por la falta. En ese caso la ONIAM deberá hacer una oferta que corresponderá al 70% y el asegurador o la presidencia del grupo hospitalario (AP-HP) el 30% restante.

b) CRCI en materia de conciliación

La Comisión Regional tiene la posibilidad de designar a un conciliador encargado de que las partes en conflicto encuentren un acuerdo. El conciliador debe intentar encontrar un terreno de acuerdo entre el asegurador del profesional de salud responsable del daño y la víctima. La competencia de la CRCI en materia de conciliación es especialmente útil cuando no se alcanzan los límites máximos competencia del CRCI en materia de solución amigable de conflicto, que es lo que acabamos de explicar.

Según la doctrina el Código de la Salud Pública, en su artículo L.1142-5 párrafo 2 y R. 1142-19 a 1142-23, tiene una normativa discreta sobre el procedimiento de conciliación, aunque esta arriesgaba de ser entre los dos procedimientos previstos la que debía ser la sola o principal en la práctica a disposición de las víctimas debido a las condiciones de acceso muy estrictas puestas al procedimiento de arreglo amigable. Sin embargo, en la práctica, la CRCI no ha sido demandada en materia de conciliación muy a menudo. En realidad, los informes de la ONIAM muestran un escaso número de solicitudes de conciliación en las comisiones regionales, lo que traduce según algunos autores claramente el fracaso de procedimiento tal como estaba previsto por los textos. El primer semestre de 2006 la CRCI actuó en favor de una conciliación 106 veces, lo que presenta un aumento con relación al mismo período de 2005, donde hubo solamente 57 solicitudes. Este crecimiento es significativo, pero es sin embargo marginal desde un punto de vista cuantitativo en relación al procedimiento de arreglo amigable.

El Presidente de la comisión podrá, si esto favorece la solución del litigio y con acuerdo del demandante, inhibir del conocimiento del asunto a la CRCI y transmitir el reclamo a la comisión de relaciones con los usuarios y de la calidad de la asistencia médica del establecimiento involucrado, a la asamblea interprofesional regional regulada en el artículo L. 4393-2 del Código de la Salud Pública o al Consejo Departamental del orden involucrado.

La CRCI puede delegar la conciliación a uno de sus miembros o a una persona exterior que en razón de su calificación y de su experiencia presente garantías de competencia y de independencia (Código de la Salud Pública, artículo R. 1142-22).

B) DEMANDAS DE INDEMNIZACIÓN Y RECURSOS FUERA DEL HOSPITAL Y LA POLÍTICA TRANSACCIONAL DE LA PRESIDENCIA DEL GRUPO HOSPITALARIO

“Dictar justicia no es más que la segunda deuda de la sociedad; impedir los procesos es la primera. Es necesario que la sociedad inculque a las personas que, para llegar al templo de la justicia, es necesario pasar por el de la concordia; espero que pasando por ahí ustedes transigirán”¹⁹.

La ley 16-24 de 1790 hizo de la conciliación previa obligatoria un principio fundamental como medio de poner en obra uno de los grandes principios de opinión que rigieron el siglo XVII, según el cual existe un derecho natural, donde el derecho se confunde con la equidad y que debe regir también el derecho público como las relaciones entre los individuos. Como escribía Voltaire, no se debe permitir a las partes alegar ante los tribunales más que después de haber buscado apaciguar el espíritu litigioso en ellas. No es sino cuando “*la locura es incurable, que se debe autorizar a alegar como se abandona a la amputación por los cirujanos un miembro gangrenado, entonces la justicia actuará*”²⁰

La transacción en los hospitales públicos ha sido parte importante del sistema de solución amigable de los conflictos médicos en Francia. Se podría afirmar que existe en la Asistencia Pública Hospi-

¹⁹ .- Debates preparatorios de la ley de 16-24 de agosto 1790, citado por Arnaud Lyon-Caen, en “la transacción en derecho administrativo”, 20 de enero de 1997.

²⁰ .- Citado por Arnaud Lyon en “transacción en derecho administrativo”, ob. Cit.

tales de París, como en los demás grupos hospitalarios, una verdadera política transaccional que tiene por objetivo indemnizar cada vez que la responsabilidad resulta incontestable, evitando las demandas ante los tribunales. Antes de estudiar la transacción propiamente tal, veremos las vías mas frecuentes para dirigirse a la Administración demandando la responsabilidad hospitalaria.

1. *EL RECURSO GRACIOSO Y JERÁRQUICO* ²¹

En general, en la Administración Pública, toda decisión tomada, es necesariamente definitiva. Ella puede dar lugar a un recurso gracioso o jerárquico.

a) *Recurso gracioso*

El usuario puede dirigirse al autor del acto administrativo y pedirle que reponga su decisión. El autor del acto podrá, por respuesta escrita al recurso:

1. Mantener su decisión;
2. Revocarla, derogarla para el futuro; o
3. Retirarla, lo que hará desaparecer sus efectos retroactivamente.

b) *Recurso jerárquico*

El usuario puede pedir al superior jerárquico del agente controlar o anular el acto de su subordinado. El superior jerárquico debe estar a la cabeza del respectivo Servicio, vale decir el Director del hospital o a nivel superior el Director general del respectivo grupo hospitalario.

Para demandar la responsabilidad hospitalaria, la víctima o sus herederos deben presentar un recurso gracioso o jerárquico a la Administración. Se trata de la aplicación de la regla imperante en derecho administrativo de la decisión previa establecida por el artículo R. 421-1 del Código de la Justicia Administrativa.

La regla de la decisión previa obliga a todo administrado que desee demandar a la Administración ante los tribunales a impugnar una “decisión” de la Administración. Esta regla se aplica a todos los litigios y tiene especial importancia en las contiendas de la responsabilidad, porque en esos casos no se trata de un acto administrativo

²¹ .- “Las reclamaciones en el hospital, escuchar, informar, orientar”; Estudio realizado por el departamento de los derechos del paciente de la Asistencia Pública Hospitales de París.

sino de un daño material el que ha ocurrido. El requirente debe provocar la decisión por la vía de solicitar la reparación al órgano administrativo responsable del daño.

Los recursos gratuitos o jerárquicos no están sujetos a ninguna regla de forma; ellos pueden ser dirigidos a la administración hospitalaria en cualquier momento, en papel libre.

La decisión a la cual arriban los recursos gratuitos o jerárquicos puede dar lugar a un recurso contencioso ante la jurisdicción, en vista de anular a la vez la decisión administrativa inicial que el requirente contesta y la decisión administrativa que sigue al recurso gratuito y que rechaza la petición del requirente.

Una vez presentado el recurso gratuito o jerárquico, la Administración tiene un plazo de dos meses para responder. Si el plazo de dos meses expira sin respuesta a la Administración, este silencio valdrá como una respuesta implícita de rechazo. Será esta decisión implícita de rechazo que deberá ser contestada ante el juez administrativo.

2. *LA TRANSACCIÓN EN LA PRESIDENCIA DEL GRUPO HOSPITALARIO*

La transacción es un procedimiento muy utilizado por los establecimientos públicos de salud, por el cual el establecimiento de salud y el paciente o sus herederos solucionan amigablemente un litigio referente a la indemnización de un perjuicio fijando ellos mismos el monto de la reparación.

El requirente se compromete entonces a no presentar en lo futuro, amistosa o judicialmente, ninguna reclamación relativa al perjuicio objeto de la transacción, excepto agravación posterior de su estado.

El procedimiento de transacción puede ser iniciativa del reclamante, pero resulta generalmente de una propuesta de la Administración hospitalaria realizada a consecuencia de una demanda de indemnización, en casos donde la responsabilidad del establecimiento es efectiva. El hospital en su respuesta al paciente del recurso gratuito o jerárquico presentado reconoce su responsabilidad y realiza una oferta de indemnización.

Desde hace casi treinta años la Asistencia Pública utiliza la técnica de la transacción para poner fin, siempre que es posible, a los litigios de los cuales ella es parte; en particular, en materia de responsabilidad hospitalaria.

El desarrollo de esta política transaccional en los grupos hospitalarios se debe esencialmente a tres factores²²:

1. La masa presupuestaria de la Asistencia Pública le permitió, a partir de 1977, decidir ser su propio asegurador para la mayoría de daños en que ella podía verse obligada a pagar una indemnización; en particular, en materia de responsabilidad médica y hospitalaria. Después de la ley de 4 de marzo de 2002, la Asistencia Pública fue expresamente exonerada de la obligación de seguro²³.
2. La Asistencia Pública está dotada de una Dirección de los Asuntos Jurídicos (DAJ), integrada por juristas competentes, acostumbrados a tratar los expedientes de responsabilidad médica. Una oficina especializada en responsabilidad médica, que trata numerosos casos en la materia, en la medida del tamaño de la Asistencia Pública, permite a estos agentes conocer bien las normas relativas a la responsabilidad hospitalaria y, cuando proceda, evaluar de manera tan satisfactoria como sea posible el monto de los perjuicios sufridos.
3. El artículo R. 716-3-7 del Código de la Salud Pública, que rige a la Asistencia Pública, prevé que el Consejo de Administración solamente delibere sobre las acciones judiciales y las transacciones referentes a los litigios de un importe superior a un monto fijado por decreto de los Ministros encargados de Presupuesto, Salud y Seguridad Social. El decreto interministerial de 24 de marzo de 1993, publicado en el Diario Oficial el 1 de abril de 1993, fijó el monto en 3.000.000 francos, lo que representa alrededor de 457.000 euros.

Si se trata de sumas inferiores a las mencionadas, es el Director General de la Asistencia Pública, y por delegación de firma, el Director de los asuntos jurídicos y sus colaboradores, quien es competente para concluir una transacción, sin deliberación previa del Consejo de Administración. Esta situación ha permitido a los grupos hospitala-

²² .- Alain Levasseur. "Las transacciones: el ejemplo de la Asistencia Público-Hospitales de París", Actualidad jurídica-Derecho Administrativo, 20 de enero de 1997.

²³ .- Todos los establecimientos públicos tienen la obligación desde la entrada en vigencia de la ley de 4 de marzo de 2002, de tener un seguro de responsabilidad civil. Sin embargo, una derogación a esta obligación de seguro puede ser concedida, por decreto del Ministro de Salud, a los establecimientos públicos de salud que dispongan de recursos financieros suficientes que les permiten hacer frente a los pagos por los daños ocasionados en condiciones equivalentes a las que resultarían de un contrato de seguro

rios no sólo tener la libertad de transigir directamente con los usuarios o beneficiarios, sino también disponer de la competencia técnica para llevar a cabo el procedimiento transaccional.

a) *El procedimiento transaccional*

En el caso particular de la Asistencia Pública, para los dominios donde es su propio asegurador, esta puede proponer a un usuario el procedimiento de transacción para poner fin a un litigio de responsabilidad hospitalaria.

Después de la recepción de una demanda de indemnización presentada por un paciente o sus herederos, la Dirección de los Asuntos Jurídicos consulta sistemáticamente al Director del hospital un informe, tratándose de información que no esté cubierta por el secreto médico. Éste informe lo transmite al jefe del servicio médico interesado.

Al mismo tiempo, la Dirección de los Asuntos Jurídicos, por medio de su oficina de responsabilidad médica, consulta a uno de sus médicos consejeros, quien realiza un informe. Convoca a este efecto, cuando proceda, al reclamante, que puede ser acompañado de su propio consejo médico. Se consulta con el acuerdo escrito del paciente el expediente médico y se oye al personal médico y paramédico afectado por el litigio.

Los elementos a disposición del médico consejero para presentar su informe son:

1. La copia de la reclamación;
2. El acta de la entrevista en que reclama en el servicio en cuestión;
3. El expediente médico;
4. Las respuestas a las cuestiones planteadas por el médico Consejo al jefe de servicio interesado.

Al igual que un informe de expertos, el informe del Consejo Médico de la Asistencia Pública da a la Dirección de asuntos jurídicos los elementos necesarios para pronunciarse sobre la responsabilidad del establecimiento así como para evaluar, cuando proceda, los distintos tipos de perjuicio y proponer una transacción. Es principalmente sobre el fundamento de este informe que la presidencia del grupo hospitalario toma su decisión.

Generalmente, se tratará de una decisión definitiva, que tomará la forma:

1. De una desestimación de la demanda de indemnización si la Dirección de Asuntos Jurídicos considera que la responsabilidad del hospital no está comprometida o la falta alegada no se constituye claramente; o
2. En la hipótesis contraria, un reconocimiento de responsabilidad y una propuesta de indemnización.

En los casos en que la Asistencia Pública proponga una indemnización, el importe se fija en virtud de criterios muy objetivos, como los referenciales ONIAM (el importe fijado por los tribunales administrativos en casos similares), pero siempre teniendo en cuenta las características particulares del caso concreto. Es por eso que la Dirección de Asuntos Jurídicos puede, en el curso del procedimiento, pedir a los requirentes complementos de información o justificantes sobre algunos tipos de perjuicio, en particular de origen económico.

En ocasiones, la Asistencia Pública puede, reconociendo al mismo tiempo su responsabilidad, ser reticente a proponer una indemnización definitiva, por distintas razones. Será el caso, por ejemplo, cuando las responsabilidades se comparten entre distintos hospitales (entre los cuales algunos exteriores a la Asistencia Pública) y la Asistencia Pública no dispone de medios de investigación relativa a los otros hospitales eventualmente responsables. En estos casos, la Asistencia Pública prefiere que el conflicto sea resuelto por los tribunales administrativos que correspondan. Sin embargo, ante estas situaciones muy difíciles y cuando su responsabilidad no es dudosa pero sí compartida, la Asistencia Pública prevé a menudo conceder espontáneamente una provisión que permitirá al requirente cubrir sus necesidades inmediatas y esperar en mejores condiciones la decisión jurisdiccional.

Ahora bien, cada vez que la Asistencia Pública hace una oferta de indemnización al paciente o a sus herederos, estos pueden no aceptar su proposición, considerando que el importe de la indemnización propuesta es insuficiente. En ese caso, el litigio puede ser llevado ante el juez administrativo en el plazo de recurso contencioso.

b) Protocolo de acuerdo

Toda oferta de indemnización aceptada por la víctima del perjuicio o sus herederos se manifiesta por un protocolo de acuerdo o contrato de transacción.

En este protocolo, en primer lugar se procede a la individualización de las partes que firman el convenio. Previamente al acuerdo sobre el importe de la indemnización, debe existir una exposición de los hechos así como el reconocimiento por parte del hospital o funcionario de su responsabilidad por los hechos expresamente descritos.

Después de haber descrito los hechos que causaron el daño y haber reconocido la responsabilidad de la Asistencia Pública, las partes convienen sobre la indemnización, las renunciaciones, el carácter transaccional del protocolo de acuerdo y la forma de pago.

Cuando la transacción se concluye, ella no es sin embargo inmediatamente ejecutoria.

En primer lugar, es siempre necesario obtener el visado del contralor financiero, que es un funcionario del Estado, independiente y sin ningún vínculo de subordinación con el Director General de la Asistencia Pública.

El decreto interministerial del 26 de marzo de 1993 dispone que se someten al visado previo del controlador financiero las decisiones relativas a la indemnización de los perjuicios. El Controlador debe examinar todas las transacciones sujetas a su visado, desde el punto de vista de la exactitud de las evaluaciones efectuadas por la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Asistencia Pública. El controlador sólo puede negar el visado si existe una decisión deliberada del Ministro de Salud en este sentido. Este mecanismo de control constituye una garantía eficaz de que la Administración no pagará más que lo que efectivamente debe.

Por otra parte, tratándose de la indemnización concedida a menores, la transacción debe haber recibido la autorización del juez de menores. Esto se debe a la renuncia de acciones que la transacción implica. En efecto, en términos del artículo 389-5 del Code civil, los padres no pueden renunciar por un menor a un derecho sin el acuerdo del juez de tutelas.

c) Plazos del procedimiento transaccional

El procedimiento de solución amigable del litigio es muy favorable para la protección de derechos de paciente, sobre todo desde el punto de la vista del ahorro de tiempo por la brevedad de los plazos que el procedimiento implica.

Normalmente los expedientes que son iniciados por recursos gratuitos o jerárquicos se solucionan amigablemente al interior de

la Asistencia Pública en un plazo que en promedio no supera los seis meses. En cambio, los plazos de espera de una sentencia definitiva, por un recurso iniciado judicialmente ante los tribunales administrativos, son en promedio tres años.

Si la solicitud de solución amigable se presentó delante de la Comisión Regional de Conciliación y de indemnización y esta determina en su dictamen que existe a falta de la Asistencia Pública, el plazo será más largo, ya que la CRCI tiene un plazo de seis meses para emitir su dictamen y después de dicho dictamen la Asistencia Pública tiene un plazo de cuatro meses para hacer una oferta de indemnización.

d) Prescripción de acciones, suspensión e interrupción de los plazos de prescripción

La prescripción de las acciones de responsabilidad médica fue unificada por la ley de 4 de marzo de 2002. El artículo L. 1142-28 del Código de la Salud Pública dispone que las acciones que tienden a hacer efectiva la responsabilidad de los profesionales de salud o de los establecimientos de Salud públicos o privados en ocasión de actos de prevención, diagnóstico y cuidados médicos prescriben en diez años a partir de la consolidación del daño.

La fecha inicial del plazo de prescripción es la fecha de la consolidación del daño, lo que ha dado lugar a algunas interrogaciones en la doctrina. Normalmente la consolidación se define como: *“(...) el momento en que, tras el estado transitorio que constituye el período de cuidados, la lesión se fija y toma un carácter permanente, no necesariamente definitiva, de tal manera que un tratamiento no es ya, en principio, necesario sino para evitar una agravación, y que es posible apreciar un determinado grado de incapacidad permanente consecutiva al accidente, bajo reserva de recaídas y revisiones posibles”*²⁴.

La ley de 4 de marzo de 2002, al unificar los plazos de prescripción en 10 años, redujo los plazos de prescripción ante la jurisdicción civil (antigua prescripción treintenaria) y al mismo tiempo alargó los plazos de prescripción ante la jurisdicción administrativa (antigua prescripción de cuatro años).

²⁴ Dr. Antoine Rogiez, revista de medicina física y de readaptación, N°64-3 trimestre 2002.

El plazo de prescripción no se suspende ni se interrumpe por la presentación de un recurso gracioso o jerárquico ante la Asistencia Pública-Hospitales de París; el demandante dispone en principio de un plazo de 10 años para presentar una demanda ante el tribunal administrativo a partir de la fecha de consolidación del perjuicio.

Pero en cualquier caso, el recurso ante el juez administrativo debe efectuarse en principio en el plazo de dos meses contados desde la notificación al reclamante, por el hospital, de la decisión que no satisface sus pretensiones. Si la administración hospitalaria se abstiene de responder a la reclamación del usuario, el silencio de su parte, al cabo de cuatro meses, vale decisión implícita de rechazo. Al término de estos cuatro meses, es el plazo de prescripción decenal que debe aplicarse, y no el plazo de dos meses. De ahí la importancia para la Administración de dar una respuesta explícita a los reclamantes.

En cambio, el plazo de prescripción y recursos contenciosos se suspenden por la solicitud presentada ante de la Comisión Regional de Conciliación y de Indemnización, hasta que finalice el procedimiento ante esta comisión.

CONCLUSIONES

A pesar de una consagración legislativa tardía, el sistema francés de solución amigable de conflictos médicos conoce hoy un éxito innegable. Aunque se trate de un proceso que aún no se acaba, ya se puede afirmar que este éxito se basa principalmente en el hecho de que el sistema francés propone varios caminos que permiten llegar a un acuerdo amistoso del conflicto.

En efecto, en primer lugar se intentan solucionar los problemas dentro del hospital, recurriendo al mediador cada vez que sea necesario, con el fin de restablecer el diálogo, informar a los pacientes y responder a las cuestiones referentes a su asistencia médica. El objetivo es entonces restablecer la confianza.

Este sistema intrahospitalario actúa como un filtro de las reclamaciones, lo que implica que solamente las quejas más graves (las que por ejemplo que se fundan en la existencia de una falta) son susceptibles de dar lugar a un contencioso. Si el problema no pudo ser solucionado dentro del hospital, entonces la reclamación será trans-

mitida a la sede central de la administración hospitalaria por la vía de un recurso.

La política de la sede central de la Asistencia Pública establece que el máximo de conflictos deben solucionarse amigablemente. Para ello, los responsables de la Asistencia Pública son asistidos de un equipo de juristas y médicos que les permiten llevar a cabo este procedimiento transaccional donde los casos solucionados de mutuo acuerdo no dejan de aumentar.

Además de la mediación en el hospital y de la sede central de la Asistencia Pública, existen las Comisiones Regionales de Conciliación y de Indemnización.

La creación de las Comisiones Regionales de Indemnización y de Conciliación (CRCI) constituyó una gran contribución a la solución amigable de los accidentes médicos en Francia. La composición de la Comisión otorga garantías de imparcialidad y neutralidad que son necesarias para que los pacientes confíen en sus servicios y en sus dictámenes. La formación de solución amigable, con su informe pericial, da una garantía de objetividad a los dictámenes emitidos, que permiten reconciliar los intereses opuestos y llegar a menudo a acuerdos. Pero, este sistema presenta en mi opinión un único inconveniente: los plazos de espera. En efecto, el plazo de seis meses no es respetado y en la práctica el dictamen se emite en promedio nueve meses más tarde.

La formación de conciliación de la CRCI constituye, a mi juicio, la única verdadera mediación de los conflictos médicos en Francia, la sola al menos donde la neutralidad y la imparcialidad del mediador no se cuestionan. Además, las opciones de acuerdo son más amplias, lo que da una libertad absoluta a las partes. Desgraciadamente, este medio es muy poco utilizado en la práctica, aun cuando es necesario reconocer que su recurso comienza a aumentar.

Otra ventaja del sistema francés de solución amigable es la posibilidad de recurrir al consejo directo de los médicos en las distintas instancias que este presenta.

En primer lugar, la mediación intra hospitalaria, porque esta es realizada por médicos con un conocimiento de los hechos.

En segundo lugar, la Dirección de los Asuntos Jurídicos y de Derechos de los Pacientes de la Asistencia Pública es asistida por una comisión de médicos que entregan informes en todos los casos en que

su participación es solicitada por los juristas encargados de la oficina de la responsabilidad médica.

Al nivel de las Comisiones Regionales de Conciliación e Indemnización, la consulta en formación de solución amigable prevé un informe médico.

El apoyo de los médicos hace el procedimiento más objetivo y con un conocimiento evidente de posibles defectos en la asistencia del paciente, lo que será muy útil en el momento de dar una respuesta al paciente así como en el momento de establecer la responsabilidad, si es que esta existe.

Otra ventaja que se puede mencionar es el hecho de que estos procedimientos internos de solución amigable de los accidentes médicos tienen una influencia en el mejoramiento de la calidad de los sistemas de salud.

En efecto, la Comisión de las Relaciones con los Usuarios tiene la misión de mejorar la recepción y la calidad de la asistencia de los pacientes en el hospital, así como la comunicación con la familia del enfermo, lo que favorece a la solución de conflictos dando una garantía de mejoramiento al paciente y al mismo tiempo evitando conflictos posteriores.

Sin embargo, a pesar de las ventajas mencionadas y el éxito evidente de estos medios previstos por la legislación francesa para llegar a una solución amistosa, el sistema presenta un defecto respecto a la experiencia comparada en especial la chilena: ningún procedimiento es obligatorio.

En efecto, las partes tienen varias opciones para solucionar un conflicto y a veces no saben dónde dirigirse, lo que hace que terminen por dirigirse a los tribunales.

El carácter obligatorio de los métodos alternativos de solución de conflictos desempeña un papel a veces decisivo en el éxito del procedimiento. Las partes a través de un sistema obligatorio se invitan a dialogar e intentar encontrar un terreno de acuerdo.

En mi opinión, la mediación intrahospitalaria debería seguir siendo voluntaria, porque se trata de un primer paso que intenta restablecer la confianza, encaminado sólo a dar explicaciones al paciente.

No obstante es necesario dar la mayor garantía posible de neutralidad e imparcialidad en este proceso. En efecto, es necesario formar a los médicos mediadores para la mediación. Una formación sis-

temática que prevea seminarios varias veces al año sería aconsejable. Es necesario dar bases para la negociación y la mediación, así como prever una formación jurídica para evitar que la responsabilidad del hospital pueda verse erróneamente expuesta, simplemente porque no se conozca bien el significado jurídico de los términos utilizados en las entrevistas de mediación o en el acta.

Además sería aconsejable que un 100% de los médicos mediadores fueran médicos jubilados o asesores externos, esto con el fin de evitar la desconfianza sobre la neutralidad del mediador.

Ahora bien, en mi opinión todas las demás reclamaciones que no tuvieron una solución a nivel local del hospital deberían someterse a un proceso obligatorio delante de las Comisiones Regionales de Conciliación y de indemnización, en formación de solución amigable, o en formación de conciliación.

¿Por qué ante las Comisiones Regionales? Porque son estas las que otorgan un criterio de objetividad y neutralidad a los dictámenes que presentan.

A menudo a través del recurso gracioso o jerárquico presentado a la Administración no se soluciona el conflicto, porque cuando la Asistencia Pública tiene dudas sobre su responsabilidad o considera que la responsabilidad puede compartirse con la de otros establecimientos o comprometiendo la solidaridad nacional, prefiere rechazar la demanda y esperar la sentencia definitiva.

Por el contrario, cuando el paciente se dirige a la CRCI, esta después de un peritaje determinará si existe una responsabilidad y quien es el responsable, y en el caso de responsabilidad compartida, determinará cuál es el grado de responsabilidad de cada uno. Esto dará una principal garantía tanto al reclamante como al establecimiento de salud, quien podrá hacer una oferta teniendo certeza de lo que efectivamente debe pagar a título de indemnización.

Más allá de los defectos o inconvenientes que puede presentar el sistema de solución amigable de los conflictos médicos, lo más importante es retener que Francia promovió y con éxito el desarrollo de los métodos alternativos, que son de una importancia vital en este tipo de conflictos que tienen una trascendencia social.

Los métodos alternativos de solución de conflictos producen un cambio positivo en la relación entre las partes, ya que no se trata solamente de solucionar un conflicto puntual, sino de humanizar el

ejercicio de la medicina, donde se pueden cometer errores, se deben reconocer dichos errores y se puede disminuir su incidencia superando las deficiencias detectadas a través de las reclamaciones de las partes; donde es necesario que el paciente sea tratado con la dignidad que se merece para que adquiera o recupere la confianza necesaria en el ejercicio de la medicina.

BIBLIOGRAFÍA

1. Laurence AZOUX-BACRIE, “Un nouveau droit des malades: la médiation”, Revista Medicina y Derecho, N°62, 2003.
2. Laurence AZOUX-BACRIE, “Médiation et système de santé”. Los anuncios del Sena, enero 2007, N°1.
3. René CAQUET, “Conciliation à l’hôpital: où en est-on?” ADSP N°36, septiembre 2001.
4. Pierre CHEVALIER, “Traitement de l’accident médical en établissement de santé”, Coloquio “Derechos de los enfermos, 5 años después: ¿ciertas perspectivas?”, 7 de marzo de 2007.
5. Pierre CHEVALIER, “La médiation médicale institutionnelle AP-HP”, Coloquio Responsabilidad y mediación en genética, 14 de marzo de 2007.
6. José COELHO, “Commission de relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge”. Revista Gestiones Hospitalarias, N°452, marzo de 2003.
7. Marc DUPONT, “La conciliation médicale à l’hôpital”, documento obtenido del sitio web www.institutmauricerapin.org.
8. Claude EVIN, “Les droits de la personne malade”, informe presentado en nombre del Consejo Económico y Social de la República Francesa, 1996.
9. Isabelle GENOT-PORK, “La commission des relations avec les usagers et la qualité de la prise en charge: du texte à l’application pratique en passant par les problématiques posées”. Revista Actualités Jurisanté N°49, marzo/abril 2005.
10. Jean GUIGUE, “Les Commissions régionales de conciliation et d’indemnisation (CRCI) et les procédures d’indemnisation”. Revista Medicina y Derecho N°74-75, septiembre-diciembre 2005, páginas 168 y siguientes.

11. Michèle HARICHAUX, “Modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit de la santé”. Revista de derecho sanitario y social N°2, abril de 1997.
12. Guillaume HOFNUNG MI, Coloquio “L’hôpital et médiation”. Ed. l’Harmattan, 1999.
13. Alain LEVASSEUR, “Les transactions: l’exemple de l’Assistance Publique-Hôpitaux de Paris”, Revista Actualidad Jurídica-Derecho Administrativo, 20 de enero de 1997.
14. Xavier LINANT DE BELLEFONDS et Alain HOLLANDE, “L’arbitrage et la médiation”, Colección Que sais-je?, PUF, 2003.
15. Arnaud LYON-CAEN, “Sur la transaction en droit administratif”, Revista Actualidad jurídica-Derecho Administrativo, 20 de enero de 1997.
16. Jacques MOURNAUD et Guillaume CASANOVAS, “La réparation des risques sanitaires, à l’épreuve de la pratique. Les CRCI: nature juridictionnelle ou non?”, Revista hospitalaria de Francia, N°511, julio-agosto 2006.
17. Gérard MEMENTAU, “Le tango CRCI: deu pas ici, un pas par-là! un guichet ou une commission; une juridiction!”, Revista Medicina y Derecho N°17, 2006.
18. Patrick MISTRETTA, “Les commissions Régionales de Conciliation et d’indemnisation (CRCI) ou les désillusions du règlement amiable des litiges médicaux”, Revista La Semana Jurídica -Edición General N°50, 13 de diciembre de 2006.
19. Catherine PALEY-VINCENT, “Responsabilité du médecin”, Edición Masson, Paris, 2002.
20. Jean PENNEAU, “La responsabilité du médecin”, Dalloz, Connaissance du droit, 2004.
21. Antoine ROGIEZ, revista Medicina física y de readaptacion, N° 64, tercer trimestre 2002.
22. François SALAUN et Marc DUPONT, “L’Assistance Publique-Hôpitaux Paris”, Collection Que sais-je?, PUF, 1999.
23. “Les urgences de la médiation”, IXème Colloque, Accidents Médicaux: Médiation?”, Institut National des Invalides, Paris 30 de noviembre 2002.
24. Guide du représentant des usagers en CRCI, Collectif Interassociatif sur la Santé, édition 2007.

25. “Les réclamations à l’hôpital, Ecouter, Informer, Orienter”. Estudio realizado por el Departamento de los Derechos del enfermo de la Asistencia Pública.Hospitales de París, 1999.
26. Código de la Salud Pública Francés, Edición 2006.
27. Sitio Internet www.ap-hp.fr.
28. Sitio Internet www.commissions-crci.fr.
29. Sitio Internet www.oniam.fr.
30. Sitio Internet www.moteurline.apf.asso.fr.
31. Sitio Internet www.JurisQsanté.com.

LA EVALUACIÓN AMBIENTAL ESTRATÉGICA DE PLANES Y PROGRAMAS EN EL REINO UNIDO Y SU APLICACIÓN AL PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

Ximena Lazo Vitoria^{1, 2, 3}

RESUMEN: *Este trabajo tiene por objeto estudiar la transposición al Reino Unido de la Directiva 2001/ 42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, y realizada mediante la denominada Environmental Assessment of Plans and Programmes Regulations y por las demás leyes aprobadas en Gales, Escocia e Irlanda del Norte⁴. Con anterioridad a dicha fecha, sin embargo, el Gobierno británico había venido desarrollando un buen número de instrumentos similares a los que contempla la Directiva de 2001 con el objeto de incorporar los aspectos ambientales al proceso de planificación estatal, regional y local. Este trabajo*

¹ .- XIMENA LAZO VITORIA. Profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de Alcalá.

² .- Este artículo ha sido publicado en la Revista de Administración Pública ISSN: 0034-7639, N° 175, Madrid, enero-abril (2008), págs. 489-513. Su reproducción en la Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado ha sido expresamente autorizada por la autora.

³ .- Este trabajo es el resultado de una estancia de investigación realizada durante los meses de junio, julio y agosto de 2007 en la Universidad de Oxford, gracias a la gentileza del profesor Paul Craig. Para su realización he disfrutado de una beca de investigación otorgada por la Universidad de Alcalá en el marco del programa “José Castillejo”.

⁴ .- La Directiva contemplaba como fecha límite para su transposición el 21 de julio de 2004. Sin embargo, sólo nueve Estados miembros, incluido el Reino Unido, cumplieron en tiempo con la citada obligación. En el caso español, la transposición de la Directiva se realizó con un considerable retraso —mediante la aprobación de la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente— y sólo después de que la Comisión Europea abriera en contra de España el procedimiento por infracción contemplado en los artículos 226 y ss. del Tratado y que aquél, a su vez, se encontrase en fase judicial (vid. Asunto C-52/06).

dedica una especial atención a los planes urbanísticos, puesto que la nueva legislación británica -The Planning and Compulsory Purchase Act 2004- ha introducido significativas modificaciones al modelo de planeamiento vigente, incorporando, además, las exigencias medio-ambientales que deben incluirse en dichos instrumentos de planeamiento.

DESCRIPTORES: *Evaluación ambiental estratégica - Reino Unido (evaluación ambiental estratégica) - Planeamiento urbanístico (Reino Unido).*

SUMARIO DE CONTENIDOS: *1. Antecedentes generales de la evaluación ambiental de planes y programas; 2. La evaluación estratégica de los planes y programas en el Reino Unido. 2.1. El ámbito de aplicación de la evaluación estratégica. 2.2. Contenido e importancia del informe ambiental. La problemática derivada del análisis de las "alternativas razonables". 2.3. Requisitos y finalidad del período de consultas. 2.4. Integración del informe ambiental y del resultado de las consultas en el respectivo plan o programa. 2.5. La obligación de informar posterior a la aprobación de un plan o programa. 2.6. Las medidas de supervisión posteriores a la aprobación del plan o programa; 3. La evaluación estratégica de los planes urbanísticos. 3.1. El nuevo sistema de planeamiento urbanístico del Reino Unido. 3.2. La experiencia previa a la transposición de la Directiva 2001/42: la técnica de la sustainability appraisal. 3.3. Las exigencias ambientales de los planes urbanísticos tras la entrada en vigor de la Ley de Planeamiento y Expropiación Forzosa. Bibliografía.*

1.- ANTECEDENTES GENERALES DE LA EVALUACIÓN AMBIENTAL DE PLANES Y PROGRAMAS

Las actividades de transformación del medio físico llevadas a cabo por el hombre con la finalidad de establecer desarrollos productivos o económicos producen o pueden producir efectos adversos en el medio ambiente, por lo que resulta imprescindible identificar dichas consecuencias con la finalidad de reducir o evitar su impacto sobre el medio ambiente. Esta idea básica es la que alumbró las técnicas de evaluación ambiental incorporadas al ámbito del Derecho comunitario mediante la Directiva 85/337, sobre evaluación del impacto

ambiental de proyectos y, más recientemente, a través de la Directiva 2001/42, sobre evaluación de planes y programas.

Con anterioridad, sin embargo, varias normas de Derecho internacional ya habían recogido la citada técnica, como es el caso de la Declaración de Río de Janeiro sobre medio ambiente y desarrollo, de 7 de mayo de 1992, según la cual “deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente” (principio 17)⁵. Más específicamente, cabe mencionar también el Convenio sobre evaluación del impacto en el medio ambiente en un contexto transfronterizo (Espoo, 25 de febrero de 1991), elaborado en el marco de la Comisión Económica de Naciones Unidas para Europa. De acuerdo con este tratado, los Estados y organizaciones (como es el caso de la Unión Europea) que sean partes del mismo se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias encaminadas a prevenir y, en su caso, reducir el impacto transfronterizo de las actividades que se propongan realizar o autorizar en su propio territorio. Téngase en cuenta, además, que el citado Convenio ha sido recientemente complementado mediante el Protocolo de Kiev (Ucrania, marzo de 2003) con la finalidad de ampliar su ámbito de aplicación para dar cabida no sólo a los proyectos, sino también a los planes y programas.

Sin perjuicio de lo anterior, el antecedente más importante de esta técnica se encuentra en la legislación norteamericana, la conocida *National Environmental Policy Act* de 1969 (NEPA, 42 USC 4321-4370), que es la norma ambiental federal más relevante del citado país. La NEPA establece que el Gobierno federal debe emplear todos los medios posibles para crear y mantener las condiciones necesarias para que el “hombre y la naturaleza puedan convivir en una productiva armonía”. Con dicha finalidad, obliga a todas las agencias federales a considerar los efectos medioambientales de las decisiones más importantes que adopten (*major federal actions*), especialmente las relativas al planeamiento (Sección 102). Dicha consideración se pro-

⁵ .-En todo caso, nótese que si bien la citada Declaración, así como otros instrumentos internacionales (Convenio sobre biodiversidad ecológica de 1992, artículo 14), recogen la técnica de la evaluación ambiental o recomiendan su adopción por parte de los distintos Estados, no señalan, en cambio, en qué consiste la misma ni proporcionan una definición de sus elementos básicos.

duce, en primer lugar, descartando aquellas actuaciones que, por estar incluidas en alguno de los listados elaborados por las agencias federales, no deban someterse a evaluación ambiental alguna. Respecto del resto, la NEPA obliga a elaborar un informe cuyo objeto es determinar caso a caso si una determinada actuación puede o no afectar significativamente al medio ambiente. Si la respuesta es negativa, la exclusión debe justificarse expresamente mediante una declaración denominada precisamente *Finding of no significant impact* (FONSI). En caso contrario, debe elaborarse una *Environmental Impact Statement* -nótese la identidad terminológica con las normas de Derecho comunitario: declaración de impacto ambiental- en la cual se somete a evaluación la propuesta federal y sus alternativas razonables, permitiendo que otras agencias y el público en general participen en este procedimiento. Finalmente, una vez aprobado el respectivo plan o proyecto, la NEPA obliga a hacer público el modo en que han sido integradas las consideraciones ambientales, especialmente las medidas orientadas a evitar o reducir la agresión al medio ambiente.

En la actualidad, la evaluación ambiental se ha generalizado de tal forma que prácticamente se ha convertido en una técnica de carácter universal. Es cierto que se pueden encontrar diferencias procedimentales entre unos ordenamientos jurídicos y otros, pero en términos generales se trata de una técnica preventiva, con un acentuado protagonismo de la Administración Pública y abierta a la participación pública.

En el ámbito del Derecho Comunitario, la aprobación de la Directiva 2001/42 ha supuesto un notable avance en la protección medioambiental. Ello es así porque esta técnica adelanta la evaluación a un nivel de decisión anterior al que era exigible hasta este momento -sólo proyectos, Directiva 85/337-, obligando a las Administraciones Públicas a considerar también los efectos adversos que sus planes y programas puedan ocasionar al medio ambiente⁶. Con la señalada ampliación se pretende superar las deficiencias observadas en la aplicación práctica de la Directiva 85/337; entre otras, la incapacidad de dicha técnica para considerar adecuadamente los efectos acumulativos de ciertos proyectos -la visión particularizada de este tipo de evaluaciones dificulta o impide análisis globales-, así como de otras

⁶ .- De ahí que esta norma comunitaria sea conocida habitualmente como “Directiva sobre evaluación ambiental estratégica”, y ello a pesar de que la palabra “estratégica” no aparece ni en el título ni en el texto de la Directiva.

actuaciones potencialmente lesivas para el medio ambiente pero que no se someten a este procedimiento. Además, como subrayan Glasson y Chadwick, la EIA puede no ser idónea para identificar las mejores alternativas ni un completo elenco de medidas de atenuación de los efectos sobre el medio ambiente precisamente porque dichos extremos, de ordinario, se encontrarán limitados por decisiones anteriores, realizadas a un nivel estratégico⁷. Del mismo modo, añaden los citados autores, la rapidez con que deben ser realizadas las EIA (condicionamientos financieros, calendario de ejecución, etc.) limita seriamente la cantidad de la información de referencia (*baseline data*) y la calidad de los análisis posteriores, así como la participación pública y la consulta a otras autoridades públicas previsiblemente afectadas⁸.

La anticipación de esta técnica a un nivel estratégico permite, por el contrario, considerar áreas temáticas completas, y con ello se asegura una consideración integral de las alternativas razonables, así como una evaluación afinada de la acumulación de los efectos negativos en una determinada zona o ámbito territorial. De este modo, las decisiones sobre los proyectos singulares se realizan de forma “proactiva” y no “reactiva”, como sucedía, con frecuencia, hasta el presente⁹. A pesar de estos destacados beneficios, la evaluación estratégica debe hacer frente a nuevos problemas tales como la ausencia de experiencia y conocimientos técnicos, así como el carácter abstracto o excesivamente general de algunos planes y programas.

2.- LA EVALUACIÓN ESTRATÉGICA DE LOS PLANES Y PROGRAMAS EN EL REINO UNIDO

La Directiva 2001/42/CE, de 27 de junio, de evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, publicada en el *DOCE* el 21 de julio de 2001, fue transpuesta en el Reino Unido mediante leyes singulares para cada uno de los cuatro territorios en los que se divide: Inglaterra, Escocia, Gales e Irlanda

⁷ .- J. Glasson, R. Therivel y A. Chadwick, “Introduction to Environmental Impact Assessment”, Routledge, Oxon, 2005, pág. 343.

⁸ Ibidem.

⁹ En opinión de C. Wood, “Environmental impact assessment. A comparative review”, Prentice Hall, Essex, 2003, págs. 332 y 333, uno de los beneficios más destacados de la evaluación estratégica es que fortalece y hace más eficiente la evaluación de proyectos. Esta, subraya el autor, reacciona esencialmente ante una propuesta de desarrollo ya elaborada, mientras que la evaluación estratégica “tiene el potencial de ser más proactiva”.

del Norte¹⁰. En términos generales, dichas normas cumplen los requerimientos establecidos por la Directiva 2001/42, aunque especificando en cada caso cuáles son los órganos ambientales competentes en las distintas Administraciones, las autoridades que deben ser consultadas, así como los plazos mínimos de consulta. Sin embargo, en el caso de Escocia, como más adelante se expone, el legislador ha decidido extender esta técnica más allá del ámbito objetivo fijado por la Directiva.

En la exposición de esta materia seguiremos el modelo establecido por la legislación inglesa, es decir, la *Environmental Assessment of Plans and Programmes Regulations 2004* (EAPPR/2004) -aplicable a los planes y programas aprobados para Inglaterra y también para aquellos otros con un ámbito territorial superior-, apuntando oportunamente las diferencias que presentan las leyes regionales. En todo caso, cabe indicar que las cuatro Administraciones regionales aprobaron conjuntamente una guía para explicar el contenido y alcance de la nueva técnica de evaluación y propiciar un adecuado cumplimiento de las exigencias derivadas de la Directiva y, además, guías específicas se han ido elaborando para ciertos tipos de planes y programas (ordenación del territorio, urbanismo, transporte, etc.)¹¹.

2.1.- EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA EVALUACIÓN ESTRATÉGICA

La EAPPR/2004 se aplica a los planes y programas y sus modificaciones elaborados o aprobados por una autoridad pública (nacional, regional o local) cuando vengán exigidos por una disposición legal o reglamentaria y siempre que “puedan tener efectos significativos sobre el medio ambiente”.

¹⁰ Respectivamente, “The Environmental Assessment of Plans and Programmes Regulations 2004” (Statutory Instrument 2004 No 1633); “The Environmental Assessment of Plans and Programmes (Scotland) Regulations 2004” (Scottish Statutory Instrument No 258); “The Environmental Assessment of Plans and Programmes (Wales) Regulations 2004” (Welsh Statutory Instrument No 1656, W. 170); y “The Environmental Assessment of Plans and Programmes (Northern Ireland) Regulations 2004” (Statutory Rule 2004 No 280).

¹¹ - Vid. “A Practical Guide to the Strategic Environmental Assessment Directive”, ODPM Publications, Londres, 2005. También téngase en cuenta que la Comisión ha elaborado un documento guía concebido para ayudar a los Estados miembros a comprender adecuadamente las obligaciones derivadas de la Directiva: “Commission’s Guidance on the implementation of Directive 2001/42/EC on the assessment of the effects of certain plans and programmes on the environment”, disponible en el sitio web de la UE <http://ec.europa.eu/environment/eia/seasupport.htm>.

La ley escocesa somete también a evaluación ambiental a las políticas públicas -el artículo 4º de la *Environmental Assessment Scotland Act 2005* señala que: “En esta ley, cualquier referencia a los planes o programas incluye también a las políticas [*strategies*]”-, una posibilidad desechada en la discusión parlamentaria de la EAPPR/2004 por la enorme complejidad que ello comporta¹².

La EAPPR/2004, en consonancia con la Directiva 2001/41, delimita un grupo de planes o programas respecto de los cuales se presume que tienen efectos significativos sobre el medio ambiente o, lo que es igual, cuya evaluación es preceptiva: Aquellos que establezcan el marco para la autorización de futuros proyectos sometidos a evaluación de impacto ambiental, siempre que digan relación con algunas de las áreas señaladas en el artículo 5º del citado texto legal (agricultura, silvicultura, pesca, energía, industria, transporte, etc.), así como aquellos otros que deban ser evaluados, por su efecto probable en algunas zonas, conforme a lo dispuesto en las normas comunitarias sobre hábitats¹³.

Fuera del ámbito señalado en el párrafo anterior, pueden ser también sometidos a evaluación estratégica otros planes y programas o sus modificaciones por sus probables efectos significativos sobre el medio ambiente. Entre éstos se encuentran no sólo los planes y programas de sectores distintos de los señalados en el citado artículo 5º, sino también aquellos otros que, aun perteneciendo a dichas áreas, den origen a proyectos no sometidos a evaluación de impacto ambiental. Lo mismo sucede con los planes y programas que establezcan el “uso de zonas de reducido ámbito territorial”, así como las “modificaciones menores” de tales instrumentos. En estos supuestos, el criterio determinante no es la escala de la modificación ni el tama-

¹² .- Vid. Parliamentary Office of Science and Technology, “Strategic Environmental Assessment (SEA)”. Postnote, núm. 223, julio 2004, pág. 3.

¹³ .- Los artículos 6º y 7º de la Directiva 92/43/CEE, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, exigen una “adecuada evaluación” de “cualquier plan o proyecto que, sin tener relación directa con la gestión del lugar o sin ser necesario para la misma, pueda afectar de forma apreciable a los citados lugares”. Estos lugares son los designados como zonas especiales de protección para las aves (ZEPA), según lo dispuesto por el artículo 4º de la Directiva 79/409, relativa a la conservación de las aves silvestres, y los propuestos para ser clasificados como lugares de importancia comunitaria en virtud del artículo 4º de la Directiva 92/43/CEE. Téngase en cuenta que el apartado 3 del artículo 6º sólo se refiere a los planes; no obstante, deben entenderse incluidos también los programas a los efectos de la Directiva 2001/42.

ño de la zona afectada, sino, nuevamente, el potencial lesivo sobre el medio de tales instrumentos¹⁴.

Ahora bien, la determinación de dichos efectos puede realizarse mediante un estudio caso a caso o bien especificando tipos de planes y programas; eso sí, en ambos supuestos considerando los criterios que enumera el Anexo II de la Directiva (Anexo I EAPPR/2004). En el caso de que el resultado de dicho estudio excluya la evaluación ambiental, la autoridad competente (*responsible authority*) debe elaborar una declaración que haga públicos los motivos de dicha decisión. Sin perjuicio de lo anterior, la EAPPR/ 2004 atribuye al titular ministerial la potestad para requerir a la autoridad promotora el envío de copias de cualquiera de los documentos tenidos en cuenta u originados a propósito del antes citado procedimiento de estudio, incluidos los propios planes, programas o sus modificaciones, lo que debe cumplirse en el plazo de siete días. En todo caso, el legislador reserva al Ministro la última palabra en esta materia: puede determinar que un plan o programa produce efectos significativos en el medio ambiente, y ello a pesar de que no se le haya remitido la documentación antes indicada (artículo 10 EAPPR/2004).

En el caso de Gales, el órgano promotor está obligado a solicitar informe a las denominadas Administraciones Consultivas (artículo 4º *Environmental Act Wales*), reservándose, al igual que en Inglaterra, la posibilidad de que una autoridad superior (la Asamblea Nacional de Gales) adopte la decisión definitiva (artículos 9º y 10º). Por su parte, la legislación escocesa propicia, en un primer momento, un acuerdo entre el órgano promotor del plan o programa y las Administraciones consultadas. Y sólo en el caso de que éste no se alcance la decisión definitiva es adoptada por el Ministro competente, cuya decisión, tal y como especifica el artículo 14.7 de la Ley escocesa de 2005, “producirá sus efectos como si hubiese sido adoptada por el órgano promotor”. Para terminar, en el caso de Irlanda del Norte, la falta de acuerdo entre órgano promotor y órgano consultivo se resuelve a favor de este último (artículo 9.7 NI)¹⁵.

¹⁴ - “Vid. A Practical Guide to the Strategic...”, cit., págs. 11 y 12. Por otro lado, debe recordarse que la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo (asunto C-392/96, Comisión/Irlanda) determinó que vulneraba la Directiva de Evaluación de Impacto Ambiental la fijación de umbrales, teniendo en cuenta exclusivamente las dimensiones del proyecto con exclusión de su naturaleza y localización.

¹⁵ Esta última solución es la que más se asemeja al modelo español, donde la decisión definitiva se atribuye al órgano ambiental, previa consulta a las Administraciones Públicas que

2.2.- CONTENIDO E IMPORTANCIA DEL INFORME AMBIENTAL. LA PROBLEMÁTICA DERIVADA DEL ANÁLISIS DE LAS “ALTERNATIVAS RAZONABLES”

La evaluación ambiental de los planes y programas descansa, básicamente, en un informe ambiental (*environmental report*) -informe de sostenibilidad, en los términos empleados por el legislador español- en el cual se deben identificar, describir y evaluar los efectos significativos del plan o programa sobre el medio ambiente, así como unas alternativas razonables que tengan en cuenta los objetivos y el ámbito geográfico de aplicación del plan o programa¹⁶. En la determinación de este último aspecto deben ser consultadas las Administraciones Públicas afectadas, las cuales cuentan con un plazo de cinco semanas para manifestarse (artículos 12.6 Inglaterra y Gales, y 11.6 Irlanda del Norte). Por su parte, la legislación escocesa es más estricta en este punto ya que obliga a tomar en consideración -“*the responsible authority shall take account of the views expressed by the consultations authorities*”- las observaciones formuladas por las citadas Administraciones Públicas (artículo 17)¹⁷.

Sin perjuicio de los requisitos básicos antes indicados, el informe ambiental debe respetar el contenido mínimo establecido en el Anexo I de la Directiva y correspondientes de las leyes que aquí se analizan (contenido, objetivos del plan o programa, características medioambientales de las zonas afectadas, probables efectos significativos en el medio ambiente, medidas correctoras, etc.). En el citado Anexo destaca el tratamiento más exigente que se otorga a las “alternativas razonables” en comparación con la normativa comunitaria sobre evaluación de impacto ambiental de proyectos. En este último ámbito se exige, “eventualmente, un resumen de las principales alternativas examinadas” y una “indicación de las principales razones de

pudieran resultar afectadas (artículos 4.1, 9 y 17 de la Ley 9/2006, de 28 de abril).

¹⁶ Para la Comisión Europea, “Commission’s Guidance on the implementation of Directive 2001/42/EC...”, cit., pág. 25, el informe medioambiental es el “núcleo” de la evaluación ambiental puesto que es el instrumento mediante el cual se integran las consideraciones medioambientales en la elaboración y aprobación de planes y programas y, además, porque constituye la “base principal” para supervisar los efectos significativos de la aplicación del plan o programa.

¹⁷ .- En cambio, en la legislación española la determinación de estos extremos -amplitud, nivel de detalle y especificidad del informe de sostenibilidad- corresponde al órgano ambiental, previa consulta de las Administraciones Públicas mencionadas en el artículo 9º de la Ley 9/2006, de 28 de abril.

la elección, teniendo en cuenta el impacto ambiental” (Anexo III Directiva EIA). En cambio, en la evaluación estratégica se deben identificar, describir y evaluar los probables efectos significativos sobre el medio ambiente no sólo del respectivo plan o programa, sino también de las alternativas propuestas.

En todo caso, la Directiva no aclara qué debe entenderse por una “alternativa razonable”, y tampoco si ha de tratarse de planes o programas alternativos o de diferentes alternativas dentro de un mismo plan o programa¹⁸. La Comisión ha subrayado que las alternativas deben ser “auténticas”, lo que significa que deben quedar comprendidas dentro de la competencia funcional y territorial del órgano promotor, y ser, además, “razonables”. En relación con este último rasgo, la Comisión recomienda no considerar aquellas que tengan un potencial lesivo del medio ambiente mucho más intenso que el proyecto, puesto que ello contraría el espíritu de la normativa¹⁹. En la misma línea, la Guía del Reino Unido incorpora una serie de recomendaciones al momento de considerar las diversas alternativas, tales como explicitar de qué forma las alternativas propuestas se distinguen unas de otras; determinar los efectos positivos o negativos de cada una de ellas en relación con los objetivos ambientales establecidos en el Anexo I; en el caso de que produzcan ciertos efectos adversos, un análisis acerca de la posible eliminación o reducción de los mismos o de las probabilidades de maximizar los efectos beneficiosos; etc.²⁰.

En realidad, un análisis completo y riguroso de las diversas alternativas es el punto neurálgico de esta técnica. Dicho procedimiento permite, por la vía de la comparación y descarte sucesivo, escoger aquel medio (proyecto de plan o programa) que de mejor forma satisfaga los objetivos fijados por la norma comunitaria. En este sentido, no está de más recordar que en el ámbito de la NEPA, antecedente directo de las evaluaciones ambientales introducidas en Europa,

¹⁸ .- Aunque esta última opción parece ser la que tendrá mayor aplicación práctica. Así, por ejemplo, un plan de residuos puede considerar diversos sistemas de gestión y tratamiento, así como medios de eliminación de los mismos. Si se entiende de este modo, la alternativa se convierte en un medio -entre otros- para alcanzar los objetivos establecidos por el plan o programa.

¹⁹ .- Tal y como señala en la “Commission’s Guidance on the implementation of Directive 2001/42/EC...”, cit., pág. 28, “hacer, de cara a la evaluación, una selección deliberada de alternativas que tuvieran unos efectos peores, para así promocionar el proyecto de plan o programa, no sería adecuado para cumplir el objetivo de la Directiva”, que no es otro que elegir el instrumento que mejor satisfaga los objetivos establecidos por el artículo 1º de la norma comunitaria.

²⁰ .- “A Practical Guide to the Strategic Environmental...”, cit., págs. 32 y 33.

numerosas guías, trabajos doctrinales e informes científicos vienen insistiendo en la importancia central que el análisis de las alternativas posee en esta materia²¹ y que, a pesar de ello, la adecuada consideración y elección de las alternativas continúa siendo el área más problemática en la aplicación de la legislación norteamericana²².

2.3.- REQUISITOS Y FINALIDAD DEL PERÍODO DE CONSULTAS

La Directiva 2001/42 obliga a conceder a determinadas autoridades y miembros del público la oportunidad de expresar su opinión acerca del proyecto de plan o programa y del contenido del infor-

²¹ .- Vid., entre otros, Ch. Eccleston, "The NEPA process: a comprehensive guide with emphasis on efficiency", John Wiley & Sons, Nueva York, 1999; y R. Basse, A. Herson y K. Bog-Dan, "The Nepa book: a step-by-step guide on how to comply with the national environmental policy act", Solano Press, Point Arena, 2001.

²² .- La Sección 102 (2) (c) NEPA exige un análisis de las "alternativas a la actuación propuesta". La parquedad de esta disposición, así como las dificultades surgidas en su aplicación práctica, aconsejaron una regulación más detallada. Ello se produjo en 1978, es decir, prácticamente una década después de su entrada en vigor. Entre otras exigencias, se estableció que cada agencia debería "explorar rigurosamente y evaluar de forma objetiva todas las alternativas razonables y justificar singularmente la eliminación de cada alternativa"; analizar con el mismo grado de detalle el proyecto de actuación y las alternativas de forma de permitir una "evaluación comparativa" de sus aspectos negativos y positivos; inclusión de la alternativa cero; etc. No obstante, tres años después de la entrada en vigor de estas normas, el Council on Environmental Quality (CEQ)—que forma parte de la Oficina Ejecutiva del Presidente de los EE.UU. (Sección 202 NEPA), coordina la política ambiental federal y ejerce las demás competencias asignadas en la Sección 204— se vio obligado a redactar una guía específica para este ámbito—CEQ's Forty Most-Asked Questions, 1981— ante la multitud de preguntas y aclaraciones adicionales solicitadas por los operadores. En opinión de A. Steinemann, "Improving alternatives for environmental impact assessment", *Environmental Impact Assessment Review*, núm. 21, 2001, págs. 3 a 21, estas aclaraciones no resultaron satisfactorias puesto que se centraban exclusivamente en el análisis de las alternativas, descuidando la forma en que aquéllas debían desarrollarse. A juicio de otros autores, esta ausencia de regulación dificulta también el control judicial sobre la actuación de las agencias, puesto que no existe un parámetro lo suficientemente claro para determinar el acierto en la elección de la opción más razonable. Sobre ese punto, véase Lackey, Jr., "Environmental law: misdirecting NEPA: leaving the definition of reasonable alternatives in the EIS to applicants", *George Washington Law Review*, núm. 60, 1992, pág. 1234.

Más recientemente, cabe destacar la constitución por parte de la CEQ de un grupo de expertos de las diversas agencias federales en cuyo trabajo—*Modernizing NEPA Implementation: The NEPA Task Force Report to the Council on Environmental Quality, 2003*— se proponen mejoras en el proceso de análisis de las diversas opciones. Y, por último, un nuevo grupo de trabajo se conformó en 2005—*Task Force on Improving the National Environmental Policy Act*—, el cual a fines del mismo año presentó un borrador de informe en el cual se sugiere modificar la NEPA para, entre otros extremos, restringir el análisis de las alternativas únicamente a aquellas que sean "económica y técnicamente viables"; e incluir la obligación de analizar los efectos sobre el medio ambiente derivados de la alternativa cero (no realización del proyecto).

me ambiental. La norma comunitaria subraya la importancia de las consultas al considerar que estas, junto con los demás elementos que menciona en su artículo 2.b), forman parte inseparable de la evaluación ambiental; de forma tal que la ausencia de cualquiera de ellos implica la no realización de la citada evaluación. Las consultas tienen por finalidad garantizar la participación de todos aquellos que puedan resultar afectados por la adopción de un plan o programa en el procedimiento decisorio. Sin perjuicio de ello, tal y como señala la Comisión Europea, las consultas contribuyen a mejorar la calidad de la información facilitada a los responsables públicos ya que pueden revelar nuevos datos que conlleven, a su vez, la introducción de cambios sustanciales en el plan o programa y, por consiguiente, en los probables efectos significativos en el medio ambiente²³.

La EAPPR/2004 no fija un plazo dentro del cual deban producirse estas consultas, dejando este extremo a la determinación del órgano promotor. No obstante, sí establece que dicho plazo debe tener una duración suficiente para asegurar que “el público y los órganos consultados tengan la oportunidad de expresar su opinión” (artículo 13.3. La misma regla es reiterada por la legislación de Gales, aunque añadiendo un plazo mínimo de veintiocho días para la realización del citado trámite. Escocia e Irlanda del Norte presentan una regulación más exhaustiva al establecer que el órgano promotor debe declarar, dentro de los catorce días siguientes a la elaboración del informe ambiental (*relevant documents*): a) el título del proyecto de plan o programa o de la respectiva modificación; y b) el sitio (incluida la dirección web) donde se pueden consultar y obtener copias de los citados documentos, así como adoptar medidas adicionales de publicidad en esta materia; manteniendo en lo demás la norma antes expuesta.

En cuanto a la determinación de los sujetos que deben ser consultados, la norma comunitaria menciona a las autoridades públicas que “debido a sus responsabilidades especiales en materia de medio ambiente tengan probabilidades de verse afectadas por las repercusiones medioambientales de la ejecución de los planes y programas”, y al “público” susceptible de ser afectado por estas decisiones. Por lo que se refiere al primer grupo, la Directiva establece que su determinación puede realizarse caso a caso o bien de un modo general; es

²³ - “Commission’s Guidance on the implementation of Directive 2001/42/EC...”, cit., págs. 37 y 38.

decir, designándose a una autoridad que deba ser consultada respecto de todos los planes o programas o respecto de tipos específicos de los mismos. Las normas aprobadas para cada uno de los territorios en los que se divide el Reino Unido optan por esta última alternativa, designando a las autoridades específicas (*consultation bodies*) que deben ser consultadas de forma general en la evaluación estratégica de los proyectos de planes o programas²⁴. No obstante, en el caso de que alguna de dichas autoridades fuese, a su vez, la promotora del plan o programa deberá ser excluida de la consulta, puesto que en caso contrario se pondría en riesgo la imparcialidad con que deben ser tratadas estas iniciativas (artículo 4.5 EAPPR/2004).

Sin perjuicio de lo anterior, también debe ser consultado el público interesado (*the public consultees*), que no es todo el público, sino sólo aquel que tiene derecho a expresar su opinión, aunque, en algunos casos, es posible que uno y otro coincidan. De acuerdo con la legislación del Reino Unido, la determinación de las personas que forman parte de este círculo de interesados corresponde al órgano promotor del plan o programa²⁵. En el caso español, por el contrario, la determinación de dichas autoridades, así como de quienes deban formar parte del “público interesado”, corresponde al órgano

²⁴ .- Estas autoridades son las siguientes: Para el caso de Inglaterra: a) The Countryside Agency; b) The Historic Buildings and Monuments Commission for England (English Heritage); c) English Nature; y d) The Environment Agency. En Escocia: a) The Scottish Ministers; b) The Scottish Environment Protection Agency; y c) Scottish Natural Heritage. En Gales: a) The National Assembly for Wales; y b) The Countryside Council for Wales. Por último, en Irlanda del Norte, el Departamento de Medio Ambiente (artículo 4 EAPPR/2004). No obstante ello, de acuerdo a lo establecido en “A Practical Guide to the Strategic Environmental...”, cit., pág. 16, los órganos promotores deberán consultar, además, a otros órganos o Administraciones en el curso de la aprobación de un plan o programa (entes locales, agencias de desarrollo regional, etc.).

²⁵ .- Vid. artículo 13.2.b) EAPPR/2004. Por otro lado, de acuerdo con el contenido de “A Practical Guide to the Strategic Environmental...”, cit., pág. 19, este período de consultas requiere de unas adecuadas habilidades, conocimientos y experiencia, y, además, la forma de llevar a cabo estas consultas varía según la escala y naturaleza que posea el respectivo plan o programa. De este modo, se afirma, para un grupo de representantes locales puede resultar, en ocasiones, complejo adoptar una perspectiva regional precisamente porque su trabajo e intereses están focalizados exclusivamente en el ámbito local; y lo mismo sucede con cuerpos regionales que pueden no estar lo suficientemente familiarizados con los problemas de menor ámbito territorial. Por estos motivos se aconseja asegurar que los participantes en la fase de consultas se correspondan con los niveles apropiados de decisión, lo cual, a juicio de los redactores de la Guía, contribuye a reducir lo que han denominado el “agotamiento de las consultas”.

Por otro lado, se recomienda tener en cuenta que el público interesado no es un todo homogéneo (mientras algunos querrán formar parte activa del procedimiento, otros, por el contrario, sólo desean que se les mantenga informados) y, por esta razón, es fundamental diferenciar medidas apropiadas para cada uno de ellos.

ambiental mediante un estudio caso por caso, lo que debe realizarse en el momento de determinar el alcance del informe de sostenibilidad ambiental (artículo 9º de la Ley 9/2006, de 28 de abril). En todo caso, el citado órgano cuenta con un mayor margen de decisión en la determinación de las autoridades competentes -que son aquellas, según la Ley de 2006, que tengan atribuidas competencias en biodiversidad, población, salud humana, fauna, flora, etc. (artículo 9.1)- que respecto del público interesado, puesto que éste viene delimitado de forma muy específica en el artículo 10.2 del citado texto legal.

La Directiva establece que en esta fase de consultas los documentos antes indicados deben, además, ser puestos a disposición del público. Las modalidades de información, al igual que en el caso de las consultas, se dejan a la decisión de los Estados miembros, aunque la Comisión aconseja elegir la modalidad más adecuada de información para cada tipo de plan o programa (audiencias públicas, grupos de orientación, grupos de discusión, comités consultivos, comités de entrevistas, etc.), dando cabida, incluso, a métodos de información y debate más modernos -foros de debate en Internet-, siempre y cuando, como subraya la Comisión, su utilización no excluya a sectores del público²⁶.

Por otro lado, en el caso de que un proyecto de plan o programa pueda causar efectos significativos en el medio ambiente de otro Estado miembro, la Directiva establece la obligación de promover “consultas transfronterizas”. La EAPPR/2004 regula con bastante detalle esta materia, distinguiendo entre aquellos planes y programas del Reino Unido con probables efectos extraterritoriales, así como el supuesto contrario²⁷. En el primer caso, el órgano promotor debe comunicar al Ministro su parecer acerca de los efectos del respectivo instrumento y remitirle una copia del mismo y del informe ambiental, así como de cualquier otro documento relevante en esta materia. A la vista de esta información, corresponde al titular ministerial invitar o no a otro Estado miembro a participar en las consultas. Dicha potestad puede ser ejercida igualmente respecto de cualquier plan o programa, y ello aunque no haya recibido la documentación antes referida. En

²⁶ .- “Commission’s Guidance on the implementation of Directive 2001/42/EC...”, cit., pág. 42.

²⁷ .- Cualquiera que sea el órgano promotor, las consultas internacionales corresponde efectuarlas al gobierno del Reino Unido, salvo en el caso de los planes y programas promovidos por Irlanda del Norte o que, en su caso, puedan afectar a su territorio.

lo subsiguiente, ambos Estados acuerdan las autoridades y el público interesado que deben ser preceptivamente consultados²⁸. La consulta transfronteriza, por tanto, añade un trámite adicional al procedimiento de evaluación con la finalidad de garantizar la participación de todos los sujetos que puedan verse afectados a consecuencia de la adopción de un instrumento de planeamiento.

2.4.- INTEGRACIÓN DEL INFORME AMBIENTAL Y DEL RESULTADO DE LAS CONSULTAS EN EL RESPECTIVO PLAN O PROGRAMA

La Directiva 2001/42 establece que durante la tramitación del respectivo plan o programa, pero en todo caso *antes* de su adopción, se deberá tomar en consideración el informe ambiental, así como los resultados de las citadas consultas (artículo 8º). A juicio de la Comisión, esta disposición refleja la naturaleza “reiterativa” del proceso de evaluación ambiental aplicado a planes y programas²⁹. Ello es así puesto que mediante esta técnica se pretende que el informe ambiental y el resultado de las consultas se integren efectivamente al plan o programa que finalmente se adopte; o, lo que es igual, que el instrumento elegido sea el que de mejor forma satisfaga el objetivo de la Directiva, que no es otro que evitar o minimizar los efectos significativos sobre el medio ambiente. Además, el contenido de la citada disposición recoge la obligación contenida en el artículo 7 de la Convención de Aarhus, según la cual las decisiones sobre planes y programas deben tener en cuenta los resultados de la participación pública.

La regla contenida en el artículo 8º de la Directiva ha sido transpuesta literalmente por la Ley de Escocia. En cambio, en la EAPPR/2004, al igual que la legislación galesa y la de Irlanda del Norte, ni siquiera aparece una mención de la misma. Ello, a mi juicio, no significa necesariamente que estemos ante un caso de infracción del Derecho comunitario por inadecuada transposición de la Directiva, puesto que en otras partes de la misma aparece una idea similar.

²⁸ En el parecer de la Comisión Europea, “Commission’s Guidance on the implementation of Directive 2001/42/EC...”, cit., pág. 44, la Directiva permite que se establezcan disposiciones ad hoc para las cuestiones transfronterizas, lo cual puede resultar de utilidad cuando un Estado miembro desee designar diferentes autoridades o diferentes partes del público para someter a consulta, a su vez, distintos planes o programas.

²⁹ “Commission’s Guidance on the implementation of Directive 2001/42/EC...”, cit., págs. 44 y 45.

Ya hemos dicho que, a juicio de la Comisión, se trata de una regla reiterativa y, quizás por lo mismo, las citadas Administraciones han estimado innecesaria su plasmación legal³⁰. Otros Estados miembros, por el contrario, han optado por plasmar esta obligación de un modo más riguroso -como es el caso de Alemania-³¹ o señalar un mecanismo concreto mediante el cual se produzca la integración de los aspectos ambientales en el respectivo plan o programa. En el caso español se ha creado *ex novo* una nueva figura, la denominada “memoria ambiental”. Este instrumento se intercala entre la fase de consultas y la aprobación final del respectivo instrumento de planeamiento, a modo de resumen final de todo lo actuado hasta ese momento. Su objeto es valorar la integración de los aspectos ambientales en el respectivo proyecto, analizar al completo el proceso de evaluación, la calidad del informe ambiental, el resultado de la fase de consultas y la previsión de los impactos significativos de la aplicación del respectivo programa. La memoria ambiental tiene carácter preceptivo y, lo que es más relevante, contiene “las determinaciones finales que deben ser incorporadas a la propuesta de plan o programa” (artículo 12 Ley 9/2006).

Según mi parecer, dicha figura garantiza de un modo más intenso las exigencias derivadas de la Directiva 2001/42. Ello deriva no sólo del señalado carácter preceptivo y de la posibilidad de fijar el contenido final ambiental del plan o programa, sino especialmente del cauce procedimental elegido para su aprobación: debe ser acordada entre el órgano promotor y el órgano ambiental³². En contraste, es

³⁰ De hecho, en la Guía adoptada por las cuatro Administraciones del Reino Unido este punto se trata conjuntamente con las obligaciones de información posteriores a la adopción del plan o programa, entre las que destaca la elaboración de una “declaración” en la que se explique de qué forma se han incorporado los aspectos ambientales al respectivo instrumento. Vid. “A Practical Guide to the Strategic Environmental...”, cit., págs. 37 y 38.

³¹ La Directiva 2001/42 ha sido incorporada al ordenamiento jurídico alemán en 2005, mediante una modificación de la Ley sobre evaluación de impacto ambiental, “Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung (UVPG)”, de 1990. En su artículo 14.k, “Evaluación y consideración final” (Abschließende Bewertung und Berücksichtigung), se establece la obligación del órgano promotor del plan o programa de evaluar todos los documentos producidos hasta ese momento (informe ambiental, resultados de las consultas de las Administraciones, personas interesadas, público en general) a los efectos de aprobar o modificar el respectivo instrumento.

³² - En el ámbito de la Administración General del Estado, el órgano promotor y el Ministerio de Medio Ambiente deben elaborar “conjuntamente” la memoria ambiental; mientras que en el caso de las Comunidades Autónomas su elaboración se encomienda al órgano u órganos que aquéllas establezcan, pero, en todo caso, contando con el “acuerdo del órgano ambiental” (artículos 12 y 22 Ley 9/2006).

útil recordar que la declaración de impacto ambiental (DIA, relativa a proyectos) se elabora exclusivamente por el órgano ambiental y que la autoridad competente puede, según los casos, aprobar o autorizar el respectivo proyecto a pesar de que la DIA sea negativa; es decir, cuando se recomiende la no realización del respectivo proyecto por sus efectos probables sobre el medio ambiente. La Ley 9/2007 se aleja de este esquema tradicional -dos procedimientos que discurren en paralelo y que se interconectan mediante un informe preceptivo y no vinculante- y obliga, en cambio, a que el órgano promotor y órgano ambiental acuerden el contenido de la citada memoria; o, dicho en otros términos, que se ponderen y equilibren los intereses públicos de los que es titular cada uno de ellos.

2.5.- LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR POSTERIOR A LA APROBACIÓN DE UN PLAN O PROGRAMA

Una vez aprobado un plan o programa, el órgano promotor tiene la obligación de adoptar algunas medidas de publicidad que tiendan a garantizar ulteriormente la corrección del procedimiento de evaluación. En concreto, debe informar a todas las autoridades y sujetos consultados y poner a disposición del público en general: *a)* el texto del plan o programa finalmente aprobado; *b)* una declaración en la que se resuma la manera en que se han integrado en el mismo los aspectos ambientales (informe ambiental, el resultado de las consultas ordinarias y transfronterizas), así como las razones de la elección del plan o programa a la vista de las alternativas razonables consideradas; y *c)* las medidas para supervisar los efectos del citado instrumento sobre el medio ambiente (artículo 9º Directiva 2001/42)³³. Por su parte, la EAPPR/2004, así como las leyes del resto de territorios que conforman el Reino Unido, recogen íntegramente estas consideraciones, aunque añadiendo algunos aspectos específicos relacionados con este deber de información. Así, por ejemplo, se establece que el órgano promotor debe indicar una dirección (la cual puede incluir una website) donde se pueda obtener una copia del plan o programa, del informe ambiental, de la forma en que se han incorporado los as-

³³ .- Nótese que la evaluación ambiental estratégica no ha incluido, a diferencia de la declaración de impacto ambiental, normas relativas a la confidencialidad del plan o programa o del informe medioambiental.

pectos ambientales, etc.; así como el plazo dentro del cual se pueden consultar tales documentos y el carácter gratuito de las consultas.

2.6.- LAS MEDIDAS DE SUPERVISIÓN POSTERIORES A LA APROBACIÓN DEL PLAN O PROGRAMA

El artículo 10º de la Directiva 2001/42 amplía las obligaciones de los Estados miembros más allá de la fase de planificación, puesto que obliga a supervisar los efectos significativos en el medio ambiente de la aplicación de los planes y programas previamente aprobados (fase de ejecución). La supervisión permite comparar los resultados de la evaluación medioambiental con los efectos sobre el medio ambiente que de hecho se producen³⁴. La norma comunitaria no especifica qué medidas en concreto se deben adoptar ni menciona ningún requisito técnico sobre los métodos a emplear en la supervisión. A juicio de la Comisión, los métodos elegidos deberán ser los más adecuados para comprobar en cada caso si los efectos previstos son realmente los que se están produciendo en la fase de ejecución del plan y para identificar con prontitud los efectos adversos no previstos. De acuerdo con el citado órgano, resulta evidente que la supervisión se inscribe en el contexto de la evaluación ambiental y no requiere de actividades de investigación científica³⁵. Por lo demás, el carácter y grado de detalle de la información necesaria para realizar estas labores dependen, a su vez, de las características particulares de cada plan o programa. En todo caso, la supervisión debe incluir un estudio de los efectos significativos para el medio ambiente, lo cual incluye todo tipo de efectos: positivos, negativos, previstos e imprevistos. Respecto de estos últimos, señala la Comisión, es normal que se refieran a deficiencias en las previsiones recogidas en el informe ambiental o a cambios de circunstancias que hayan invalidado parcial o totalmente algunos presupuestos realizadas en el procedimiento de evaluación.

Por último, cabe añadir que uno de los objetivos más destacados de la supervisión es activar medidas de reparación establecidas en el informe ambiental o implementar las que se consideren adecuadas, en el caso de que se trate de efectos adversos no contemplados en la fase de planificación.

³⁴ .- Según la “Commission’s Guidance on the implementation of Directive 2001/42/EC...”, cit., pág. 46, la actividad de supervisión “consiste en seguir la evolución, en magnitud, tiempo y espacio, de los parámetros de interés”.

³⁵ .- Ibidem, pág. 47.

3.- LA EVALUACIÓN ESTRATÉGICA DE LOS PLANES URBANÍSTICOS

Antes de exponer la forma en que tiene lugar la evaluación estratégica de los planes urbanísticos en el Reino Unido, es aconsejable hacer una breve referencia al sistema de planeamiento en dicho país, dado que desde 2004 una nueva legislación ha rediseñado el esquema tradicional de aprobación de dichos planes y, lo que es más importante, dichas normas incorporan las exigencias de la Directiva 2001/42 en este ámbito.

3.1.- EL NUEVO SISTEMA DE PLANEAMIENTO URBANÍSTICO DEL REINO UNIDO

Después de un largo trámite parlamentario, la Ley de Planeamiento y Expropiación Forzosa del Reino Unido, *The Planning and Compulsory Purchase Act* (en adelante, PCPA/2004), entró en vigor en julio de 2004³⁶. En lo que aquí interesa, dicho texto legal tiene por objeto simplificar el procedimiento de aprobación de los planes urbanísticos y de ordenación del territorio, así como incrementar el nivel de participación de los vecinos en la determinación del contenido de dichos documentos³⁷. En todo caso, dichas normas son aplicables sólo en Inglaterra y Gales y no, en cambio, en Escocia. Ello es así porque a partir de la entrada en vigor de la Ley de Escocia de 1998 (*Scotland Act 1998*) dicho territorio cuenta con un ejecutivo y un Parlamento propios. Y este último tiene potestad para aprobar legislación primaria (*primary legislation*) en diversos ámbitos competenciales, entre los que se encuentran el planeamiento urbanístico y el medio am-

³⁶ - La iniciativa legislativa fue presentada en la Cámara de los Comunes en diciembre de 2002 y, tras dieciocho meses de discusión parlamentaria, recibió la aprobación real (Royal Assent) el 13 de mayo de 2004, entrando en vigor dos meses después, esto es, en julio de 2004. En todo caso, dadas las dimensiones de la reforma, buena parte de sus prescripciones han ido entrando en vigor de forma paulatina, según un calendario incluido en la propia Ley.

³⁷ - Adicionalmente, también persigue acelerar el procedimiento de aprobación de los proyectos de grandes infraestructuras, mediante la determinación de un plazo común —y no sucesivo, como regía hasta la actualidad— para que todos los interesados manifiesten su parecer; simplificar el régimen de expropiación forzosa con el objeto de facilitar la ejecución de grandes obras de infraestructura y de regeneración urbana; y, por último, poner término a la inmunidad de la Corona en materia de planeamiento. Vid. ODPM, *Planning and Compulsory Purchase Act 2004. Explanatory notes*, disponible en <http://www.opsi.gov.uk/acts/en2004/2004en05.htm>; y Local Government Association, *Planning and Compulsory Purchase Act 2004 explained*, Londres, 2004.

biente³⁸. En el caso de Gales, por el contrario, la Ley del Gobierno de Gales de 1998 (*Government of Wales Act 1998*) establece una Asamblea Nacional, la cual, a diferencia del Parlamento escocés, no cuenta con potestad para aprobar legislación primaria. Sin embargo, sí tiene competencias para regular la denominada “*secondary or subordinate legislation*” en ciertas materias (medio ambiente, urbanismo, turismo, etc.), lo que significa que la citada Asamblea puede decidir cuál es la mejor forma de implementar, por ejemplo, una política de transporte público en su territorio, pero siempre respetando el marco o los límites establecidos por la Ley (Act) aprobada por el Parlamento del Reino Unido³⁹.

Volviendo al tema principal, cabe señalar que desde sus orígenes la legislación británica ha otorgado importantes competencias urbanísticas a los entes locales, reservando al Gobierno nacional las funciones de supervisar y coordinar el modo en que dichos poderes son ejercidos⁴⁰. En términos generales, este modelo se mantiene en la reforma de 2004, la cual, sin embargo, incorpora dos importantes novedades. Por un lado, la PCPA/2004 refuerza el nivel intermedio o regional de planeamiento, puesto que crea un nuevo instrumento de ordenación del territorio denominado *Regional Spatial Strategy* (RSS).

³⁸ - Vid. V. Moore, “A practical Approach to Planning Law”, Oxford University Press, Oxford, 2005, págs. 9 a 26.

³⁹ - Se trata, tal y como subraya P. Craig, *Administrative Law*, Thomson/Sweet & Maxwell, Londres, 2003, pág. 201, de un poder “limitado” ya que debe ejercerse en el marco de la legislación primaria (Westminster primary legislation) y con la amplitud que esta determine en cada caso. Nótese, sin embargo, que, siguiendo el modelo escocés, la recientemente aprobada Ley del Gobierno de Gales de 2006 contiene previsiones para que la Asamblea Nacional —en la actualidad, la Tercera Asamblea Nacional de Gales, producto de las últimas elecciones celebradas el 3 de mayo de 2007— pueda adquirir, luego de un referéndum, poderes legislativos exclusivos o primarios. Sobre la situación futura de Gales, véase H. Williams y J. Milwyn, “Planning policies and development plans in Wales. Change and coexistence”, *Journal of Planning & Environmental Law*, julio 2007, págs. 985 a 1001.

⁴⁰ - En la actualidad, estas funciones son desarrolladas por un Ministerio denominado Department of Communities and Local Government, creado en mayo de 2006 y sucesor en este ámbito competencial de la Oficina del Primer Ministro (Office of the Deputy Prime Minister). Además, existen numerosas Agencias que apoyan la labor gubernamental en materia de planeamiento territorial y medio ambiente (Environment Agency, Natural Agency, English Heritage, The Regional Development Agencies y The Urban Development Corporations, entre otras) y, por último, el Gobierno nacional cuenta con oficinas gubernamentales en cada una de las regiones de Inglaterra para la gestión desconcentrada de las funciones de los diferentes Ministerios. Una relación actualizada de los diversos departamentos ministeriales, vigente desde la asunción del nuevo Gobierno en julio de 2007, puede verse en <http://www.number-10.gov.uk/>.

Sobre los orígenes del urbanismo en el Reino Unido y su desarrollo posterior, vid. J. Ratcliffe, M. Stubbs y M. Shepherd, “Urban Planning and Real Estate Development”, Routledge, Londres, 2004.

Dicho documento contiene una previsión a largo plazo del desarrollo del respectivo territorio (quince a veinte años), a cuyo contenido deben ajustarse los planes urbanísticos locales⁴¹. Los órganos encargados de preparar, supervisar y revisar dichas estrategias se denominan entes regionales de planeamiento (*Regional planning bodies*, sección 2 PCPA/2004), los cuales cuentan con una importante presencia de representantes locales⁴². Sin embargo, la aprobación de las estrategias regionales es competencia del respectivo Ministro, el cual recibe además un informe anual de la aplicación de tales estrategias en cada una de las nueve regiones en las que se divide Inglaterra.

La segunda novedad que aporta la PCPA/2004 es el establecimiento de un nuevo sistema de planeamiento urbanístico local. Los planes urbanísticos hasta ahora en vigor serán reemplazados por un grupo de instrumentos relativos al uso de suelo, denominados, en su conjunto, *Local Development Framework* (marco de desarrollo local). Estos, a su vez, se dividen en los “documentos de desarrollo local” (*Local Development Documents*, LDDs), los cuales contienen la visión general del uso del suelo, así como los objetivos que deben alcanzarse durante la vigencia del plan (*Core Strategy*), la representación gráfica del destino del suelo (*Adopted Proposal Map*) y, por último, la denominada *Site Specific Allocations*, en la cual se recogen ciertos usos especiales del suelo y se autoriza a los entes locales a actualizar las disposiciones del plan, a la luz de las nuevas necesidades de cada término municipal.

Por otro lado, el nuevo marco legislativo obliga a cada ente local a elaborar un calendario de aprobación de los diversos planes urbanísticos, una “declaración de participación ciudadana” en la cual se debe explicitar quién será consultado y cuándo en el proceso de elaboración de los diversos instrumentos de planeamiento. Por último, cada año se debe confeccionar un informe *-Annual Monitoring Report-* destinado a controlar el adecuado cumplimiento de los objetivos y demás prescripciones contenidas en los instrumentos locales antes expuestos.

⁴¹ .- Vid. Sección 24.1.b) PCPA/2004.

⁴² .- Al menos un 60% y no más de un 70% de los miembros de estos órganos son Concejales electos, designados por los respectivos entes locales de cada región. El resto de los miembros proviene de organizaciones dedicadas a la protección medioambiental, asociaciones de empresarios, organizaciones educacionales y otros entes que representan a los diversos intereses regionales. En el caso especial de Londres, los miembros de este órgano son elegidos al mismo tiempo que su presidente (el Alcalde de la ciudad).

En términos similares a lo que acontece a nivel regional, el legislador de 2004 otorga un papel decisivo al Gobierno nacional en la aprobación y supervigilancia de los planes urbanísticos locales. Este aspecto se pone de manifiesto, por ejemplo, en la obligación de los entes locales de presentar al Ministro el denominado *Local Development Scheme* o calendario específico de aprobación de normas urbanísticas —el primer documento de cuantos se aprueban en esta materia—, pudiendo el citado titular ministerial introducir las modificaciones que considere oportunas (sección 15.4 PCPA/2004).

Por lo que se refiere a los documentos incluidos en el denominado *Local Development Framework*, el legislador ha establecido que también estos sean remitidos a la citada autoridad estatal para ser objeto de un examen independiente a cargo de una persona designada por él mismo (Sección 20.1 PCPA/2004). En la práctica, tales funciones son desarrolladas por una agencia independiente denominada Inspección del Planeamiento⁴³. En cuanto al contenido de dicho examen, la Ley se limita a señalar que su objeto es verificar el adecuado cumplimiento del nuevo sistema de planeamiento urbanístico y que, a resultas del mismo, se pueden formular “recomendaciones” al texto presentado por la respectiva entidad local (sección 20.7 PCPA/2004). A pesar de que el término empleado sugiere la no obligatoriedad del informe técnico, la lectura de las siguientes disposiciones del texto legal revela que su contenido es vinculante para la autoridad local; lo que significa que sólo pueden aprobarse planes y demás documentos relativos al uso del suelo, en los términos en que se recomiende en el respectivo informe⁴⁴. Como es fácil adivinar, la controversia originada por esta modificación legal ha sido enorme puesto que supone una pérdida de competencia de los entes locales frente al nivel nacional,

⁴³ .- Planning Inspectorate es una Agencia ejecutiva creada en 1992 y que, en la actualidad, se encuentra adscrita al Ministerio de Asuntos Sociales y del Gobierno Local (Department of Communities and Local Government). Además de la ya mencionada evaluación de los planes urbanísticos, la Agencia se ocupa de conocer y resolver los recursos interpuestos en contra de las decisiones de las autoridades locales relativas al uso del suelo (denegación de licencia, licencia sujeta a condiciones, etc.), salvo aquellas que afecten a intereses supralocales, cuya decisión corresponde al Ministro.

⁴⁴ .- La LCPA/2004 utiliza una fórmula más pedagógica para expresar la misma idea al señalar, en su Sección 23.2 y 3, que “la autoridad [urbanística local] puede adoptar el plan originalmente elaborado si la persona encargada de realizar el examen recomienda que el plan originalmente preparado sea adoptado”, y que dicha autoridad “puede adoptar el plan con modificaciones si la persona encargada de elaborar el examen independiente recomienda dichas modificaciones”.

o, lo que es igual, el criterio democrático cede a favor de criterios técnicos⁴⁵.

Sin perjuicio de lo anterior, el propio Ministro cuenta con ulteriores potestades en esta materia, según lo prescrito en las secciones 26, 27 y 35. En primer lugar, puede intervenir en el procedimiento de aprobación de los planes urbanísticos ordenando a la autoridad local que introduzca modificaciones en su contenido o bien avocando su resolución (“*call-in*” decisions). Sin embargo, estos poderes sólo pueden ejercitarse en un número limitado de casos, en los cuales la intervención del Gobierno nacional aparezca claramente justificada y a modo de *ultima ratio*⁴⁶. En segundo término, la legislación también otorga al secretario ministerial la potestad para suplir las eventuales omisiones en las que incurran las autoridades locales durante la aplicación de sus prescripciones (*Defaults Powers*, Sección 27 LCPP). Y, por último, los entes locales deben elaborar un informe global del proceso de planeamiento en sus respectivos territorios, el cual debe ser remitido anualmente al titular ministerial⁴⁷.

3.2.- LA EXPERIENCIA PREVIA A LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 2001/42: LA TÉCNICA DE LA SUSTAINABILITY APPRAISAL

Algunas modalidades de evaluación ambiental de planes y programas públicos fueron implementadas en el Reino Unido a principios de 1990, y ello a pesar de que dichas evaluaciones no venían

⁴⁵ .- De todas formas, el modelo no es enteramente novedoso puesto que informes parecidos ya se contemplaban en la legislación anterior a 2004. Sin embargo, bajo la vigencia de dicho régimen los entes locales poseían la competencia para rechazar las recomendaciones que se formularan en relación con sus planes urbanísticos. Vid. S. Tromans, M. Edwards, R. Harwood y J. Thornton, “Planing and Complusory Purchase Act 2004”, The Law Society, Londres, 2005, págs. 29 a 47.

⁴⁶ .- De acuerdo con lo establecido en uno de los reglamentos aprobados por el Gobierno para la ejecución de la PCAC/2004 —Office of Deputy Prime Minister, Planning Policy Statement 12: Local Development Frameworks, Londres, 2004, pág. 43—, dicha intervención gubernamental sólo es posible cuando el proyecto de plan incida en intereses de importancia regional o bien cuando se extienda más allá de los límites competenciales de la respectiva autoridad local. Sin perjuicio de lo anterior, añade el documento antes citado, tales potestades también pueden ejercerse en los casos en que, en opinión del Secretario de Estado, el contenido del informe técnico de la Inspección de Planeamiento incurra en idéntico exceso.

⁴⁷ .- El informe debe cubrir el período comprendido entre el 1 de abril y el 31 de marzo del respectivo año y debe elaborarse dentro de los nueve meses siguientes a la finalización del mismo (31 de diciembre).

exigidas por el ordenamiento jurídico de dicho país⁴⁸. El Gobierno británico comenzó a impulsar la utilización de esta técnica en los diversos niveles de planeamiento (nacional, regional y local), con el resultado de que, después de una década, su práctica se había generalizado considerablemente⁴⁹.

Un hito importante en el impulso de esta técnica está representado por la aprobación en 1990 del “Libro Blanco sobre el Medio Ambiente”, en el cual se instaba a integrar los aspectos ambientales en los planes y demás instrumentos de desarrollo⁵⁰. Posteriormente, las ideas básicas o compromisos (*commitments*) contenidos en el citado texto fueron desarrollados en diversas guías y documentos de trabajo dirigidos a apoyar la labor realizada por las autoridades competentes en la ordenación del territorio y el medio ambiente. En todo caso, tal y como daba cuenta un informe del Ministerio de Medio Ambiente de 1992, esta técnica se afianzó con rapidez especialmente en el ámbito del planeamiento local; probablemente porque la revisión periódica de los planes urbanísticos (cada cuatro o cinco años) mediante un procedimiento formalizado permitía incorporar con mayor facilidad las exigencias derivadas de la evaluación ambiental⁵¹. Estas primeras experiencias —a pesar de que realizaban una evaluación más simple y parcial que la técnica actual— fueron muy provechosas puesto que permitieron la elaboración, en 1993, de una nueva Guía mediante la cual se normalizaron las etapas que se deberían cumplir en la evaluación de cualquier plan urbanístico⁵².

⁴⁸ - Este desarrollo precoz se explica por la necesidad de proteger la enorme biodiversidad que alberga parte del territorio del Reino Unido. Pero, al mismo tiempo, téngase en cuenta que Inglaterra es uno de los países más densamente poblados del mundo: sólo el 8% de su territorio es urbano y el 90% de la población vive en ciudades. Sobre este tema, véase Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions, “Planning: delivering a fundamental change”, Londres, 2000 (disponible en <http://www.communities.gov.uk/archived/publications/planningandbuilding/planningdelivering>).

⁴⁹ - Vid. R. Therivel, “Strategic environmental assessment of development plans in Great Britain” Environmental Impact Assessment Review, núm. 18, 1998, págs. 39 y 40.

⁵⁰ - Vid. “White Paper on the Environment. This Common Inheritance, Britain’s Environmental Strategy”, Londres, 1990.

⁵¹ - Vid. Department of the Environment, Development Plans and Regional Guidance. Planning Policy Guidance Note 12, Londres, 1992. En contraste, nótese que en 1996 ningún departamento ministerial con competencia en estos asuntos había sometido sus propios instrumentos a evaluación ambiental alguna, lo que es muy demostrativo de las dos velocidades a las que ha estado sometida la reforma en el Reino Unido.

⁵² - Vid. Department of the Environment, “Environmental Appraisal of Development Plans: A good practice Guide”, Londres, 1993.

Este considerable acervo de experiencia práctica alumbró una técnica *sui generis* denominada *sustainability appraisal* (SA) -evaluación de sostenibilidad- que se caracteriza por incluir no sólo un análisis de los efectos sobre el medio ambiente de los planes urbanísticos, sino también consideraciones económicas y sociales. Y, lo que es más importante, es un instrumento mediante el cual se deben equilibrar las exigencias derivadas de los citados ámbitos. Para entender esta evolución puede resultar útil recordar que, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, el sistema británico de toma de decisiones no está excesivamente regulado, caracterizándose más bien por la “discrecionalidad, la negociación y la persuasión”⁵³. Además, durante el período al que nos estamos refiriendo este tipo de evaluaciones se recogían en instrumentos de *soft law*, lo que otorgaba un mayor margen en la aplicación de esta técnica. De hecho, en la Guía de buenas prácticas (1993) se listaban los criterios (todos ambientales) que debían ser considerados al momento de elaborar o revisar un plan urbanístico; no obstante, en la práctica un número creciente de autoridades locales comenzaron a añadir criterios sociales (accesibilidad, salud, participación, empleo) y económicos, transformando el tipo de evaluación recomendada en la Guía (*environmental appraisal*) en una de mayor espectro o alcance, la ya mencionada *sustainability appraisal*⁵⁴.

Posteriormente, ha sido el propio Ministerio el que ha hecho suya esta técnica, recomendando en las Directrices Gubernamentales de 1999 que las autoridades locales aplicasen una evaluación de sostenibilidad de sus instrumentos de planeamiento. A fines de 2002, es decir, dos años antes de la incorporación de la Directiva 2001/42, dichas autoridades habían realizado al menos una evaluación de estas características, al aprobar o modificar sus planes urbanísticos⁵⁵. En este sentido, los entes locales cuentan con un largo camino recorrido, lo cual les permite afrontar de mejor forma los nuevos desafíos derivados de la Directiva 2001/42⁵⁶.

⁵³ .- Vid. R. Therivel, “Strategic environmental assessment...”, cit., pág. 41.

⁵⁴ .- No obstante ello, tal y como advierte Therivel en el trabajo citado en nota anterior, pág. 55, la técnica de la *sustainability appraisal* es sólo una evaluación estratégica parcial (no incluye, por ejemplo, un análisis de las alternativas razonables al proyecto de plan).

⁵⁵ .- Vid. P. Minas y R. Therivel, “Sustainability appraisal of English regional plans”, *Impact Assessment and Project Appraisal*, núm. 19, 2001, pág. 267.

⁵⁶ .- De todas formas, no todo son aplausos y vítores en relación con la experiencia inglesa. Muchos técnicos y autoridades locales han mantenido una opinión muy crítica acerca

3.3.- LAS EXIGENCIAS AMBIENTALES DE LOS PLANES URBANÍSTICOS TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY DE PLANEAMIENTO Y EXPROPIACIÓN FORZOSA

Como ya hemos indicado, la Directiva 2001/42 establece una evaluación estratégica para determinados planes y programas, entre los cuales se encuentran los planes urbanísticos y las estrategias regionales⁵⁷. El problema reside en determinar si la citada técnica se integra al ordenamiento jurídico como una exigencia distinta de la SA -recuérdese que la SA, aunque contiene un análisis ambiental, no cumple los requisitos de la Directiva- o si, por el contrario, se busca algún mecanismo de integración de ambas técnicas. En este estado de cosas fue aprobada la PCAC/2004, la cual estableció como una obligación separada el sometimiento de los citados instrumentos a la *sustainability appraisal* (artículo 19.5); es decir, la técnica tradicional y la nueva evaluación discurren por caminos paralelos.

Como es imaginable, esta opción ha sido objeto de severas críticas por parte de las autoridades locales, ya que éstas no sólo han debido adaptar el sistema de planeamiento a las nuevas exigencias de la PCAC/2004 -deben elaborar un conjunto de nuevos y complejos documentos-, sino que, además, se les impone una duplicidad de análisis en lo que respecta a los aspectos ambientales de sus actuaciones.

de la complejidad, gasto de tiempo y, quizás lo que es más relevante, la efectividad que la SA supone como mecanismo de protección del medio ambiente. Así, por ejemplo, M. Broad, "Fine intention adds to workplace grief", *Planning*, núm. 13, enero 2006, págs. 14 y 15, sistematiza las siguientes deficiencias del sistema: a) La SA plantea el reto de integrar y compatibilizar diversos intereses (sociales, económicos, ambientales, etc.) en el instrumento de planeamiento. Sin embargo, con frecuencia, ello no tiene lugar puesto que "la SA, lejos de integrar, desintegra el plan creando un proceso distinto y en paralelo del definido en el propio plan"; b) La mayoría de las SA realizadas hasta la fecha son más extensas que el propio plan; c) La existencia de un claro distanciamiento entre los responsables políticos encargados de supervisar la SA y los operadores encargados de su implementación efectiva. Ello se manifiesta, a juicio del autor, en el contrasentido que supone que las autoridades del Gobierno animen a las entidades locales a redactar SA breves y concisas pero, al mismo tiempo, subrayen los problemas legales que podrían surgir si dicho informe es insuficientemente robusto; d) Las dificultades que encuentra el público para entender las propuestas cuando se tiene que enfrentar a un volumen ingente de documentos y a una compleja terminología; y e) La falta de criterios o parámetros para ponderar adecuadamente los intereses medioambientales, sociales, etc., o incluso para dar preferencia a unos sobre otros. En la práctica, sin embargo, como señala en tono irónico Broad, todos esperan que los responsables del planeamiento "tengan en consideración los aspectos sociales, sean concientes de los ambientales y se conviertan en campeones del desarrollo económico".

⁵⁷ - De hecho, en las primeras propuestas de la Comisión Europea preparatorias de la vigente Directiva figuraban, básicamente, instrumentos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo. Vid. R. Therivel, "Strategic environmental assessment...", cit., pág. 55.

Es probable que estas consideraciones críticas hayan impulsado al Gobierno del Reino Unido a introducir en la nueva Guía, aprobada en 2005, una solución diversa⁵⁸. De acuerdo con sus directrices, se promueve ahora la integración completa de la evaluación estratégica en el marco de la SEA⁵⁹, la cual es reformulada para dar cumplimiento a las exigencias contenidas en la Directiva 2001/42. Así, por ejemplo, se declara que la nueva SA deberá contener información mucho más detallada (deberán incorporarse análisis de las alternativas razonables, describirse y evaluarse los efectos significativos sobre el medio ambiente, etc.) y que su elaboración requerirá de un incremento significativo de los medios humanos y materiales⁶⁰. De todas formas, como ha subrayado Broad, la incorporación de la evaluación estratégica bajo el paraguas de la SEA implica necesariamente que los intereses ambientales no tendrán un lugar preeminente en la formulación de los planes urbanísticos, puesto que deberán equilibrarse con las exigencias derivadas de los aspectos económicos, sociales, etc.⁶¹.

Aún es pronto para sacar conclusiones generales acerca de las bondades o desventajas de la solución adoptada por el legislador inglés; sin embargo, los resultados de un trabajo de campo publicado a finales de 2006 nos permiten conocer algunos datos prácticos de la aplicación del nuevo modelo de SA⁶². En primer término, en relación con los sujetos que han elaborado la SA, la encuesta revela que más de la mitad de las evaluaciones han sido realizadas exclusivamente por autoridades y técnicos municipales, en casi un 20% de los casos se ha externalizado esta actividad, y en el resto se ha formado un tán-

⁵⁸ .- Office of the Deputy Prime Minister, *Sustainability Appraisal of Regional Spatial Strategies and Local Development Documents*. “Guidance for Regional Planning Bodies and Local Planning Authorities”, Londres, 2005.

⁵⁹ .- Véase el apartado 1.4 de la Guía citada en la nota anterior.

⁶⁰ .- En realidad, de acuerdo con el texto de la Directiva, en la SEA (reformulada) quedan englobadas todas las evaluaciones que se deban realizar en relación con los efectos del plan que se pretenda aprobar o modificar (Equality Impact Assessment, Integrated Impact Assessment or Health Impact Assessments, etc.), y cuando ello no fuese posible —lo que, a tenor de la Guía, sólo puede tener lugar en circunstancias excepcionales— se establecen una serie de medidas para coordinar tales evaluaciones: normalizar la información y los aspectos técnicos con la finalidad de obtener resultados que sean comparables, evitar los procedimientos paralelos, etc. (apartado 1.15 de la Guía).

⁶¹ .- Vid. “Fine intention adds...”, cit., pág. 15.

⁶² .- Vid. R. Therivel y F. Walsh, “The strategic environmental assessment directive in the UK: one year onwards”, *Environmental Impact Assessment Review*, núm. 26, 2006, págs. 663 a 675. Además, este trabajo tiene el valor añadido de comparar sus resultados con los obtenidos en una encuesta previa realizada antes de la transposición de la Directiva 2001/42, es decir, bajo la vigencia de la SA tradicional.

dem entre representantes locales y consultores externos⁶³. Además, los encuestados han estimado que la elaboración de las nuevas SA ha exigido el doble de tiempo que las SA tradicionales y un significativo aumento de los recursos materiales y humanos que deben destinarse a dicha finalidad⁶⁴. La respuesta de las autoridades consultadas arroja, en líneas generales, unos resultados positivos, puesto que sólo una parte residual de las autoridades locales considera que el resultado de las consultas no fue de utilidad para incrementar la calidad del proyecto de plan. Por último, casi tres cuartas partes de las autoridades locales que han completado la evaluación han incorporado alguna modificación a la propuesta original como resultado del proceso de evaluación estratégica.

BIBLIOGRAFÍA

- BASSE, R.; HERSON, A.; y BOGDAN K.: *The Nepa book: a step-by-step guide on how to comply with the national environmental policy act*, Solano Press, Point Arena, 2001.
- BROAD, M.: "Fine intention adds to workplace grief", *Planning*, núm. 13, enero 2006, págs. 14 y 15.
- CRAIG, P.: *Administrative Law*, Thomson/Sweet & Maxwell, Londres, 2003.
- DEPARTMENT OF THE ENVIRONMENT: *Development Plans and Regional Guidance. Planning Policy Guidance Note 12*, Londres, 1992.
- *Environmental Appraisal of Development Plans: A good practice Guide*, Londres, 1993.
- ECCLESTON, Ch.: *The NEPA process: a comprehensive guide with emphasis on efficiency*, John Wiley & Sons, Nueva York, 1999.
- GILDER, I.: "The Impact of the SEA Directive", *Journal of Planning & Environmental Law 2005* (Occasional Paper No 33).

⁶³ .- Ello supone que la contratación externa se ha triplicado en relación con la situación precedente.

⁶⁴ .- C. Nelson, "Strategic environmental assessment: implementation within the United Kingdom", *Environmental Liability*, vol. 13 (1), 2005, pág. 26, muestra un cierto escepticismo en cuanto a la capacidad real de los entes locales para asumir el coste económico de la reforma. Esta supondrá un esfuerzo económico para todo el sector público de 10 a 30 millones de libras anuales.

- GLASSON, J.; THERIVEL, R.; y CHADWICK, A.: *Introduction to Environmental Impact Assessment*, Routledge, Oxon, 2005.
- LACKEY, Jr.: "Environmental law: misdirecting NEPA: leaving the definition of reasonable alternatives in the EIS to applicants", *George Washington Law Review*, núm. 60, 1992.
- LOCAL GOVERNMENT ASSOCIATION: *Planning and Compulsory Purchase Act 2004 explained*, Londres, 2004.
- MINAS, P.; y THERIVEL, R.: "Sustainability appraisal of English regional plans", *Impact Assessment and Project Appraisal*, núm. 19, 2001.
- MOORE, V.: *A practical Approach to Planning Law*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- NELSON, C.: "Strategic environmental assessment: implementation within the United Kingdom", *Environmental Liability*, vol. 13 (1), 2005.
- ODPM: *Planning and Compulsory Purchase Act 2004. Explanatory notes*, Londres, 2004.
- *A Practical Guide to the Strategic Environmental Assessment Directive*, ODPM Publications, Londres, 2005.
- *Sustainability Appraisal of Regional Spatial Strategies and Local Development Documents. Guidance for Regional Planning Bodies and Local Planning Authorities*, Londres, 2005.
- PARLIAMENTARY OFFICE OF SCIENCE AND TECHNOLOGY: "Strategic Environmental Assessment (SEA)", *Postnote*, núm. 223, julio 2004.
- RATCLIFFE, J.; STUBBS, M.; y SHEPHERD, M.: *Urban Planning and Real Estate Development*, Routledge, Londres, 2004.
- SECRETARY OF STATE FOR TRANSPORT, LOCAL GOVERNMENT AND THE REGIONS: *Planning: delivering a fundamental change*, Londres, 2000.
- STEINEMANN, A.: "Improving alternatives for environmental impact assessment", *Environmental Impact Assessment Review*, núm. 21, 2001.
- THERIVEL, R.: "Strategic environmental assessment of development plans in Great Britain", *Environmental Impact Assessment Review*, núm. 18, 1998.
- THERIVEL, R. y WALSH, F.: "The strategic environmental assessment directive in the UK: one year onwards", *Environmental Impact Assessment Review*, núm. 26, 2006.

TROMANS, S.; EDWARDS, M.; HARWOOD, R.; y THORNTON, J.: *Planning and Compulsory Purchase Act 2004*, The Law Society, Londres, 2005.

WILLIAMS, H. y MILWYN, J.: “Planning policies and development plans in Wales. Change and coexistence”, *Journal of Planning & Environmental Law*, julio 2007.

WOOD, C.: *Environmental impact assessment. A comparative review*, Prentice Hall, Essex, 2003.

Página web <http://www.planningportal.gov.uk>

DERECHO PENAL**Corte Suprema
Fisco de Chile y otros con Carlos Cruz Lorenzen y otros
19 de mayo de 2008**

RECURSO PLANTEADO: Recurso de casación en el fondo.

DOCTRINA:

I.- En los delitos especiales propios las circunstancias personales concurrentes se comportan como fundantes del injusto, en forma tal que no existe un delito común al cual reconducir los hechos si esa cualificación no se presenta. En cambio, en los delitos especiales impropios la calidad personal solamente produce el efecto de agravar o morigerar la culpabilidad, pero la conducta sigue siendo punible, aun sin esa cualificación. Sucede así con el delito de malversación de caudales públicos o con el fraude al fisco, pues separando la condición personal de funcionario público del interviniente, el ilícito sigue existiendo, pero con otro título.

La calidad de funcionario público en los delitos especiales impropios se comunica a los autores en que concurran, tanto si integran el tipo penal, como si no lo integran, quedando todos los partícipes regidos por la única figura penal aplicable. En el caso del fraude al Fisco, la circunstancia personal de ser empleado público integra el tipo delictivo, de manera tal que ella se comunica a los copartícipes que estaban en conocimiento de ella.

II.- El concepto de “empleado público”, contenido en el artículo 260 del Código Penal, posee dos elementos constitutivos principales: a) que debe ejercer un “cargo o función pública”; y b) que dicha tarea

debe servirse en un “organismo creado por el Estado o dependiente de él”, sea o no de elección popular

Para los fines del Código Penal, es empleado público no solamente quien ocupa un cargo creado por ley en la estructura de un servicio, sea de planta o a contrata, permanente o transitorio, sino también quien ejerce una “función pública”. En efecto, si bien para el Estatuto Administrativo no son funcionarios públicos quienes se desempeñan sobre la base de honorarios, sí lo son para efectos penales, toda vez que la norma aludida extiende el concepto de “empleado público” a quienes ejercen una “función pública”, y no ya únicamente a la Administración del Estado, sino también a otros organismos creados por o dependientes del mismo Estado.

Pueden cometer delitos ministeriales no sólo quienes ocupan un cargo público sino también quienes adscriben a una “función pública”, incluyendo a todos los que cumplen tareas en el sector público, con el solo requisito de prestar servicios en un órgano del Estado, englobando la función pública administrativa, judicial y legislativa, resultando irrelevante que el empleado ocupe o no un cargo público, o que lo sirva a honorarios o, incluso, “ad honorem”.

III.- (Voto disidente) A juicio de los disidentes, en los tipos calificados de impropios las cualidades personales determinantes sólo de un incremento o disminución del injusto básico no se comunican. En estas condiciones, no resulta comunicable a un particular la condición de empleado público de uno de los coautores, puesto que tal circunstancia es una condicionante de la culpabilidad inherente a la conducta del delito de fraude al Fisco, razón por la cual el “extraneus” es autor del delito de estafa.

Santiago, diecinueve de mayo de dos mil ocho.

VISTOS:

En esta causa rol N° 15.260-L-IV-2004 del Decimoséptimo Juzgado del Crimen de Santiago, se dictó con fecha ocho de junio de dos mil seis, sentencia definitiva de primer grado -la que rola en su Tomo III, de fojas 1.390 a fojas 1.580, ambas inclusive- por la Sra. Juez Gloria Ana Chevesich Ruiz, en calidad de Ministro en Visita Extraordinaria en el ya mencionado juzgado, por la cual se condenó a las siguientes

personas: a) Carlos Enrique Cruz Lorenzen, ya individualizado, a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo; inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y la de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena; y al pago de las costas, como autor de los delitos de falsificación de instrumento público y fraude al Fisco de Chile, sin perjuicio de la unificación de penas que correspondiere, en el evento que se dicte sentencia condenatoria en las otras causas que se tramitan en conformidad a lo previsto en el artículo 160 del Código Orgánico de Tribunales; b) a Sergio Alberto Cortés Castro, ya individualizado, a la pena de quinientos cuarenta días de presidio menor en su grado mínimo, multa equivalente al diez por ciento del perjuicio causado; suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena; y al pago de las costas, como autor del delito de fraude al Fisco de Chile, sin perjuicio de la unificación de penas que correspondiere, en el evento que se dicte sentencia condenatoria en las otras causas que se tramitan en conformidad a lo previsto en el artículo 160 del Código Orgánico de Tribunales; c) Raúl Alejandro Herrera Labarca, ya individualizado, a la pena de tres años de presidio menor en su grado medio; suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena; y al pago de las costas, como autor de los delitos de uso malicioso de instrumento público falso y estafa al Fisco de Chile; y d) se absolvió a Carlos Patricio Aravena Salinas de la acusación formulada en su contra como autor del delito de falsificación de instrumento público. En el mismo veredicto, se concedió a los condenados Cortés Castro y Herrera Labarca el beneficio de la remisión condicional de la pena, debiendo quedar sujetos a la discreta observación y asistencia por la autoridad administrativa durante el tiempo de la condena y cumplir los requisitos establecidos en la Ley N° 18.216, con excepción del establecido en la letra d) de su artículo 5° y, en el caso de Cruz Lorenzen, el beneficio de la libertad vigilada, debiendo quedar sometido a un régimen de libertad a prueba que tenderá a su tratamiento intensivo e individualizado, bajo la vigilancia y orientación permanente de un delegado por el tiempo de la condena, además de cumplir los requisitos establecidos en la Ley N° 18.216.

En cuanto a la acción civil deducida por el Fisco de Chile, se condenó a Carlos Enrique Cruz Lorenzen, Sergio Alberto Cortés Castro y a Raúl Alejandro Herrera Labarca a pagar la suma de \$ 39.000.000.-,

más reajustes, según la variación experimentada por el Índice de Precios al Consumidor entre el mes de diciembre de 1999 y la fecha del pago efectivo, e intereses corrientes desde que la sentencia quede ejecutoriada, con costas, rechazándose la demanda interpuesta en contra de Carlos Patricio Aravena Salinas.

Recurrida de casación en la forma y apelación por parte de la defensa del acusado Cruz a fojas 1589, y sólo de apelación respecto del sentenciado Cortés y el Fisco de Chile, según consta de fojas 1587 y 1601, respectivamente, y evacuado que fuera el informe del Ministerio Público Judicial de fojas 1.599, a cargo del Fiscal Sr. Carroza, quien fue partidario de confirmar y aprobar el respectivo fallo con determinadas rebajas de las penas impuestas, la Sexta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de 30 de marzo de 2.007, rolante de fojas 1.707 a 1.775, luego de rechazar el recurso de casación en la forma interpuesto por una de las defensas, la reprodujo, con una serie de modificaciones, eliminando once de sus razonamientos, y tuvo además, presente, otros doce, para en definitiva decidir revocarla, en aquella parte que condenó a Cruz Lorenzen como autor del delito de falsificación de instrumento público y a Herrera Labarca en la misma calidad en el ilícito de uso malicioso de instrumento público falso, resolviendo en su lugar que ambos quedan absueltos de las acusaciones que por esos delitos les fueron formuladas, confirmando en lo demás apelado y aprobando en lo consultado el ya aludido fallo, con declaración de que Herrera Labarca queda sentenciado, en calidad de co-autor del delito de fraude al Fisco, a la pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo; multa del diez por ciento del perjuicio causado; accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo que dure la condena; y al pago proporcional de las costas de la causa; y se redujo la pena que por idéntico delito se impuso a Cruz Lorenzen y Cortés Castro, a sesenta días de prisión en su grado máximo, más la accesoria y multa que en el fallo de primer grado se les determinó, debiendo igualmente contribuir al pago proporcional de las costas, las que se tienen por cumplidas con el mayor tiempo durante el cual permanecieron privados de libertad en este proceso y que les reconoce el veredicto del a quo, limitando a un año el período de observación y control ante Gendarmería de Chile, respecto de la remisión concedida al sentenciado Herrera Labarca.

En contra de la anterior sentencia recurrieron, en representación de los querellantes, los abogados don Cristián Letelier Aguilar y doña Glenis Sánchez Lillo y, por los sentenciados Herrera Labarca y Cruz Lorenzen, sus abogados señores Samuel Donoso Boassi y Alberto Coddou Claramunt, respectivamente, a fojas 1.776, 1.787 y 1.812, en sendos recursos de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación a fojas 1.853.

CONSIDERANDO:

1.- Respecto del recurso de casación en el fondo interpuesto por los querellantes particulares. (fs. 1.776)

PRIMERO: Que este primer impugnante funda su libelo en las causas primera, cuarta y séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, “En que la sentencia, aunque califique el delito con arreglo a la ley, imponga al delincuente una pena más o menos grave que la designada en ella, cometiendo error de derecho, ya sea al determinar la participación que ha cabido al condenado en el delito, ya al calificar los hechos que constituyen circunstancias agravantes, atenuantes o eximentes de su responsabilidad, ya, por fin, al fijar la naturaleza y el grado de la pena”; “en que la sentencia, calificando como lícito un hecho que la ley pena como delito, absuelva al acusado”; y “en haberse violado las leyes reguladoras de la prueba y siempre que esta infracción influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo”, respectivamente.

SEGUNDO: Que, en relación a las motivaciones cuarta y séptima del artículo anteriormente citado, éstas se dirigen en contra de la decisión del fallo de segundo grado que absuelve a los acusados Cruz y Herrera de los cargos de ser autores de los delitos de falsificación y uso malicioso de instrumento público falso, respectivamente.

TERCERO: Que, en tal sentido, reconoce que, aunque se califica y se da por probada la adulteración de un instrumento público y el uso malicioso del mismo, la consecuente absolución no se aviene con lo establecido en el proceso. Agrega que, en su razonamiento noveno, el fallo atacado sostuvo correctamente que se procedió a adulterar una resolución de la Dirección General de Obras Públicas, por la que se adjudicó a la Sociedad Gesys Limitada una consultoría en mate-

ria comunicacional, mediante la erradicación de la fecha y posterior sustitución por la data que se tiene a la vista, y, dada la urgencia en el pago de la suma pactada, ascendente a \$39.000.000 (treinta y nueve millones de pesos), un funcionario, cumpliendo instrucciones de un superior jerárquico, procedió a la adulteración y luego a falsear las anotaciones que se registran en el libro de la oficina de partes de la Dirección de Obras Públicas del año 1999. De esa forma, la resolución adjudicatoria quedó con fecha 15 de noviembre, lo que motivó que la representante de la consultora emitiera una factura con fecha 14 de diciembre del mismo año, por la suma ya señalada, presentándola a cobro, no obstante que la asesoría nunca se realizó efectivamente.

CUARTO: Que a la fecha -continúa el recurso- Cruz era Coordinador General de Concesiones y tuvo cabal conocimiento de todo lo obrado ilícitamente, dando instrucciones que se dictara una resolución adjudicando a Gesys Ltda. la asesoría en cuestión, lo que motivó el pago ilícito a su representante Herrera Labarca, de tal forma que sus respectivas participaciones en calidad de autores en el delito está más que clara, de conformidad al artículo 15 N° 1 del Código Penal, en términos que la Corte de Apelaciones no pudo absolver a los dos acusados como si sus acciones fueran lícitas, pues tanto el cuerpo del delito, como sus intervenciones, están probadas en el juicio, y no se trata sólo de indicios de culpabilidad -como erróneamente sostiene el fallo- que no alcanzarían a producir convicción condenatoria.

QUINTO: Que, en lo que hace a la causal basada en el ordinal 1° del artículo 546 es suficiente, para desestimarla, con señalar que el recurso sólo observa que “está clara su participación y responsabilidad en tales delitos” (de falsificación de instrumento público y uso malicioso del mismo), mas no aporta elemento o antecedente de ninguna especie para demostrar el error de derecho en que habrían incurrido los sentenciadores al expresar que únicamente hay indicios de culpabilidad, insuficientes para producir convicción sobre la participación punible de ambos imputados en los respectivos ilícitos, que sí se tuvieron por configurados.

SEXTO: Que en seguida, pero dissociada de la anterior causal sustantiva, se razona sobre la violación de las leyes reguladoras de la prueba, cuya infracción habría influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia, cual es el vicio contemplado en el numeral 7° del artículo

546, citado. Sin embargo, el discurso no se centra en los medios de prueba en particular, para demostrar cómo los hechos quedaron establecidos contra la forma en que deben ser legalmente apreciados, sino que simplemente refiere la disposición del artículo 488 del Código de Instrucción Criminal, pero sin especificar cómo fue violentado.

Manifiesta, además, que el encausado Herrera Labarca habría incurrido en el delito de falsificación ideológica, sancionado en el artículo 193, N° 4° del Código punitivo, “al presentar como verdadera una oferta que no es verdadera oferta”, pero no asocia este ilícito a la transgresión de ningún canon probatorio o a cualesquiera otra causal de nulidad de fondo, lo que priva a esta alegación de sustento técnico como motivo de invalidación del fallo que se cuestiona.

Aduce, por último, que Cruz Lorenzen tuvo participación en calidad de autor del delito de falsificación de instrumento público y que existirían presunciones judiciales al efecto, que cumplirían los requisitos del artículo 488 del Código pertinente, pero no desarrolla este aserto relacionándolo con cada una de las exigencias que el legislador prevé para que esa prueba sea completa, ejercicio a todas luces insuficiente para tener por establecida la contravención de esa categoría probatoria, como lo ha expresado esta misma Corte en múltiples pronunciamientos.

SÉPTIMO: Que, en lo que respecta a la infracción de las leyes reguladoras de la prueba, insiste el fallo en que no se cuenta con prueba legal suficiente e idónea que justifique una condena de los acusados como autores de los hechos punibles antes relacionados, por no existir indicios que permitan suponer que hayan empleado efectivamente, como tal, la resolución adjudicatoria falsificada, ni que se hubiere hecho uso de ella a sabiendas de que había sido adulterada. Específicamente en relación al uso, manifiesta el recurso que existen presunciones graves, precisas y concordantes para estimar que Herrera Labarca cometió ese delito, dado que presentó la oferta por los treinta y nueve millones de pesos, con la absoluta convicción de que no iba a prestar el servicio que se le requería, lo que sirvió de antecedente para emitir a nombre de la sociedad la resolución investigada en autos. Estima que, por el contrario, no se han desvirtuado las exigencias establecidas en los numerales 1° a 5° del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal -que cita en forma genérica- en torno al mérito probatorio de

las presunciones derivadas de hechos conocidos o manifestados en el proceso en cuanto a la perpetración de los delitos.

OCTAVO: Que, en lo tocante al uso malicioso, éste concurriría en la medida que la oferta presentada por Herrera es precisamente el antecedente de la resolución falsa, configurándose así su participación como autor de falsificación ideológica, de conformidad al artículo 193 N° 4 del Código Penal, desde que existe falsedad al alterar la verdad contenida en un documento dotado de significación jurídica, presentándose como verdadera una oferta que no lo es. En cuanto al delito de falsificación de instrumento público cometido por Cruz Lorenzen, existen en autos un cúmulo de antecedentes -que el recurso no especifica- configurantes de presunciones judiciales, por fundarse en hechos reales y probados, siendo múltiples y graves, precisas, directas y concordantes con otras, confluyentes todas en la misma dirección, en el sentido que Carlos Cruz tuvo participación en calidad de autor en el delito de falsificación de instrumento público, lo que sus declaraciones de fojas 114 vuelta no vienen sino a ratificar, pese a que el fallo de alzada no les atribuye ese alcance.

NOVENO: Que, en una segunda parte del recurso, los querellantes dirigen, además, su reproche respecto de la sentencia de segundo grado, fundados en la causal primera del artículo 546 del Código de Enjuiciamiento Criminal, en relación a aquella parte del fallo que redujo las penas a los enjuiciados Herrera, Cortés y Cruz, atribuyendo una calificación errada a la participación del primero en el delito de fraude al fisco, en tanto que respecto de los dos últimos, estima errónea la aplicación de la media prescripción, establecida en el artículo 103 del Código Penal, con lo que se redujeron considerablemente sus penas, citando al respecto el razonamiento octavo del fallo en análisis.

Sostiene que para la tipificación de la figura penal de fraude al Fisco, del artículo 239 del texto penal, no basta que el empleado público, usando cualquier artificio, haya defraudado o consentido que se defraudara al Estado, sino que es menester que lo haya efectuado con motivo de su actuación oficial en alguna operación en la que haya intervenido por razón de su cargo, siendo indudable que los empleados públicos, partícipes en los hechos, actuaron en ejercicio de su cargo, de modo que el sujeto activo del delito es calificado, por revestir el carácter de empleado público, en los términos del artículo 260 del

Código Penal. Pero, si hay participación en el ilícito de otros sujetos, como es el caso, esos particulares estarán cometiendo el de estafa, porque son sujetos activos indiferentes, que con su actuar doloso satisfacen el tipo penal de la estafa, como ocurre con Herrera Labarca, quien no puede ser condenado como autor de fraude al Fisco.

DÉCIMO: Que, el otro error -continúa el recurso- es en relación al artículo 103 del código criminal, pues de la sentencia atacada se colige que la Corte cuenta la suspensión de la prescripción penal desde la fecha del auto de procesamiento, lo que se aparta del verdadero sentido y alcance del artículo 96 del mismo texto, desde que la propia Corte Suprema ha sentado jurisprudencia acerca del momento inicial de aquélla, la que opera desde que se inicia el procedimiento penal, por cualquiera de las formas señaladas en el artículo 81 del Código de Procedimiento Penal.

DECIMO PRIMERO: Que, finalmente, sostiene la recurrente que los errores de derecho mencionados, han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, puesto que de no haber existido tales yerros, los sentenciadores de segundo grado habrían llegado a la misma conclusión que la sentencia de primera instancia, que sancionó a los tres acusados como autores de los delitos de falsificación de instrumento público falso, uso malicioso del mismo, estafa y fraude al Fisco, debiendo mantener las penas impuestas en el fallo del a quo. Solicita, en tal virtud, que se acoja el presente reclamo, anulando la sentencia de segundo grado, y dictando una de reemplazo por la que se resuelva condenar a los tres acusados, por las participaciones, delitos, y sanciones señalados en el pronunciamiento de primer grado.

DÉCIMO SEGUNDO: Que, en relación a aquella parte del recurso reseñada en la consideración séptima precedente, consistente en estimar errónea la condena del particular Raúl Herrera Labarca en calidad de autor del delito de fraude al Fisco, en circunstancias que debió ser condenado como autor de uno de estafa, cabe expresar que esta Corte Suprema ha apuntado, en forma reiterada que la única forma de modificar los hechos establecidos por los sentenciadores del fondo, y permitir, en consecuencia, entrar a estudiar una eventual procedencia de la o las demás causales invocadas, es mediante la invocación adicional de aquélla del numeral séptimo del artículo 546, para los casos en que en el establecimiento de los hechos, por los jueces del fondo

se haya vulnerado las leyes reguladoras de la prueba, y ello hubiere influido de manera sustancial en lo dispositivo del fallo.

Sin embargo, dado que en el caso planteado lo que se cuestiona es la calificación jurídica que de los hechos hicieron los falladores de segundo grado, no se hace necesario examinar la procedencia o improcedencia de la causal séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, alegada por estos recurrentes.

DECIMOTERCERO: Que el tema en cuestión se encuentra directamente vinculado con los principios que reglan la participación criminal, por medio de los cuales se busca determinar el título de imputación de los partícipes (inductores, cómplices y encubridores) en el delito del autor. En general, la doctrina reconoce la importancia de cuatro, denominados como accesoriedad, exterioridad, convergencia; y el que aquí interesa, el de la “comunicabilidad”, referido a aquellos tipos penales que requieren la intervención de un sujeto activo especial, como ocurre en el fraude al Fisco, respecto de la calidad de funcionario público de su autor.

Al respecto, resulta pertinente traer a colación un distingo, que ha originado un interesante debate en la dogmática nacional, entre los llamados delitos especiales propios y los impropios. Pertenecen a la primera categoría aquéllos en que las circunstancias personales concurrentes se comportan como fundantes del injusto, en forma tal que no existe un delito común al cual reconducir los hechos si esa cualificación no se presenta, como sucede en el incesto o en la prevaricación, figuras ambas en que, suprimida mentalmente la cualificación, desaparece el ilícito, a cualquier título. Tratándose, en cambio, de un delito especial impropio, la calidad personal sólo produce el efecto de agravar o morigerar el juicio de reproche, pero la conducta sigue siendo punible, aun sin esa cualificación: es lo que sucede con la malversación de caudales públicos o con el fraude al Fisco, aquí investigado, porque, separada hipotéticamente la condición personal de funcionario público del interviniente, el ilícito sigue existiendo, aunque sea a otro título (v. gr., como una apropiación indebida, del artículo 470, N° 1°, o estafa, del artículo 468, ambos del Código Penal).

Pues bien, en doctrina no hay consenso acerca del papel que las circunstancias personales o subjetivas deben jugar en el ámbito de la

comunicabilidad. Así, NOVOA (Eduardo Novoa M., “Curso de Derecho Penal”, T. II, Ed. Jurídica Conosur Ltda., Stgo., 1.996, págs. 239 y siguientes), SCHEPELER (Enrique Schepeler, “Comunicabilidad y parricidio”, en Revista de Ciencias Penales, T. 13, 1.953, págs. 49 y ss.) y, si bien con matices, GARRIDO, quien sostiene la comunicabilidad de las circunstancias personales, a partir del dolo del coautor, pero sólo respecto de las atenuantes y agravantes no incluidas en la descripción típica y conocidas por éste (Mario Garrido Montt, “Derecho Penal”, EJCH., Stgo., T. II, pág. 332), abogan por la comunicabilidad de las calidades personales integrantes del tipo, basándose en que un mismo hecho no puede ser jurídicamente calificado en forma distinta respecto de las diversas personas que intervienen en su ejecución.

A contrario, defienden la tesis de incomunicabilidad de las circunstancias personales, en los delitos especiales impropios, ETCHEBERRY (Alfredo Etcheberry O., “Derecho Penal”, Parte General, T. II, 1.997, EJCH., Stgo., págs. 83 a 85) y CURY, quien abandona más tarde esta posición, como luego se verá (Enrique Cury U., “Derecho Penal”, Parte General, EJCH., T. II, Stgo., págs. 232 a 233).

DÉCIMO CUARTO: Que, a criterio de esta Corte Suprema, la calidad de funcionario público, en los delitos cualificados impropios, como lo es el fraude al fisco, castigado en el artículo 239 del Código Punitivo, se comunican a los autores en que concurren, tanto si integran el tipo penal, como si no lo integran, quedando todos los partícipes regidos por la única figura penal aplicable. Así, por lo demás, lo ha resuelto este Tribunal Superior en sentencias Rol N° 5419-03 de fecha dieciséis de octubre de dos mil seis y la de fecha treinta de julio de mil novecientos sesenta y nueve, publicada en la R.D.J. L XVI, 4-170.

Clave en esta reflexión resulta ser la determinación de si el tipo delictivo conserva o no su carácter de tal en el supuesto de eliminarse hipotéticamente la circunstancia personal de ser empleado público uno de los copartícipes, evento en el cual deberá concluirse que aquélla integra el correspondiente tipo y, por tanto, se comunica a quienes estaban en conocimiento de ella.

Tal es, precisamente, la hipótesis de la especie, por existir suficiente evidencia, en el proceso, del conocimiento que Herrera Labarca tenía

de la relación estatutaria que vinculaba a sus co-autores con la Administración del Estado, presupuesto de comunicabilidad que debe, por ende, considerarse concurrente.

DECIMOQUINTO: Que las cavilaciones que anteceden son suficientes para arribar a la deducción de que el sentenciador de segunda instancia dio una correcta interpretación al artículo 239 del Código Penal al estimar que la actuación punible del procesado Herrera Labarca es constitutiva del ilícito allí sancionado, por comunicación de las circunstancias personales concurrentes en sus copartícipes empleados públicos, que le hacen extensivo similar tipo y la consiguiente penalidad.

En consecuencia, no ha incurrido esa sentencia en la causal de nulidad prevista en el numeral 1º del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, relacionado con la referida disposición sustantiva.

DECIMOSEXTO: Que, siempre dentro de la causal del artículo 541 del Código de Procedimiento Penal, entiende el impugnante que el sentenciador de segunda instancia cometió también error de derecho al fijar la naturaleza y grado de la pena, al beneficiar a todos los procesados con la prescripción gradual del artículo 103 del Código Penal.

El vicio se habría producido al computarse la prescripción de la acción penal desde la fecha del auto de procesamiento y no desde que el procedimiento se dirigió contra él, por cualquiera de las formas señaladas en el artículo 81 del señalado cuerpo procesal, interpretación que se apartaría del verdadero sentido y alcance del artículo 96 del Código Penal, acorde jurisprudencia -que no refiere en cuanto a su fuente- de esta misma Corte.

Pero sucede que la explicación de base aducida no se conforma con lo que efectivamente discurrió el veredicto en tela de juicio, en su meditación decimocuarta, donde apunta que procede acoger la denominada media prescripción “porque si bien a la fecha en que se dirigió la investigación en su contra -de Cruz Lorenzen- por la comisión del delito de fraude al Fisco investigador en estos autos y por el cual se le sometió a proceso el 22 de abril de 2.004, se encontraba todavía vigente la acción penal derivada del ilícito, lo cierto es que había transcurrido más de la mitad del tiempo que la ley exige para

la prescripción que empezó a correr en la fecha en que se cometió, noviembre de 1.999, sin que conste de autos que durante ese lapso se hubiere ausentado del país ni cometido nuevo delito”. Luego, no dice ese pasaje que el tiempo correspondiente se haya computado desde la época del auto de procesamiento -como pretende el detractor- sino sostiene que entre la data de comisión del ilícito y la fecha en que “se dirigió la investigación en su contra”, había transcurrido el lapso requerido para la procedencia del beneficio de que se trata, consignándose el antecedente sobre la fecha del sometimiento a proceso como meramente ilustrativo.

Como fuere, ningún antecedente se ofrece en torno al momento en que se habría iniciado el procedimiento contra el o los imputados, omisión inexcusable en un recurso de derecho estricto como el que nos ocupa, pues impide a este Tribunal de Casación ponderar siquiera el fundamento del eventual vicio, con independencia del planteamiento de fondo, el que, consiguientemente, no se analizará en cuanto al fondo, desestimándose la causal.

2.- Respecto del recurso de casación en el fondo interpuesto por la defensa del acusado Herrera Labarca. (fs. 1.787)

DECIMOSÉPTIMO: Que este segundo impugnante funda su recurso en las causales tercera y séptima del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, “en que la sentencia califique como delito un hecho que la ley penal no considera como tal” y “en haberse violado las leyes reguladoras de la prueba y siempre que esta infracción influya sustancialmente en lo dispositivo del fallo”, pues a consecuencia de lo último se estableció erróneamente que Herrera Labarca era autor de un hecho calificado como fraude al Fisco, en circunstancias que se trata de una conducta lícita y penalmente irreprochable, lo que implicó infringir los artículos 10, y 239 del Código Penal; 459, 464, 478, 479 y 488 y 456 bis, todos del Código de Procedimiento Penal, 340 del Código Procesal Penal y 19, inciso 1º y 20 del Código Civil.

DECIMOCTAVO: Que, en relación a la forma en que se produjo la violación de ley, ésta acaeció al no otorgarse a los testimonios y documentos a que se refiere el libelo la valoración conforme a los criterios que establecen las ya citadas normas del Código de Procedimiento Penal, cuya aplicación incorrecta condujo a establecer, como un he-

cho de la causa, la inexistencia de deuda por parte de la Coordinación General de Concesiones (en adelante CGC) para con la empresa Gesys a diciembre de 1.999, deuda real y efectiva que, de haberse tenido por acreditada, conforme a la evidencia rendida, impediría tener por configurado en autos el delito de fraude al Fisco, desde que uno de los elementos centrales de ese tipo penal es el perjuicio, no concurrente si con el pago de \$39.000.000 se solucionaba una obligación preexistente de la CGC con Gesys.

Tal criterio -continúa- es el que sostiene y justifica el voto de minoría contenido en la sentencia de segunda instancia, redactado por el Ministro Sr. Carlos Cerda, el que arriba a tal conclusión sobre la base de un acucioso y detallado examen de la prueba que obra en el proceso, que refiere pormenorizadamente, concluyendo que aquélla, de haber sido apreciada conforme a las reglas que fija el Código de Procedimiento Penal, debía llevar a la conclusión de que no es posible sostener, con plena convicción y más allá de una duda razonable, que no haya existido la deuda con Gesys, pagada a través de la resolución N° 3.246, “por todo lo cual no es posible -en palabras del Ministro disidente- sostener, categórica e indubitadamente, la inexistencia de deuda a por esa suma, de lo que se sigue la falta de sustento de la premisa que descarta que la Resolución N° 3.246 haya perseguido asumirla. Puede que no. Pero más puede que sí y la duda impide el reproche”.

DECIMONOVENO: Que los hechos que la correcta apreciación de la prueba habría permitido tener por acreditados y que son los que permiten arribar al estándar de duda que obliga a absolver, son aquellos que la disidencia consigna en sus literales A) a la L) inclusive, deteniéndose en el análisis particular del mérito probatorio de las declaraciones de Sergio Cortés Castro, ya que, como lo recuerda el voto de minoría, dicho elemento de juicio es el que mayor incidencia ha tenido en el veredicto de condena que nos ocupa.

En este sentido, los hechos que la correcta apreciación de la prueba habría permitido tener por acreditados son, según el voto de minoría del Ministro Sr. Cerda, que el recurso de casación transcribe, los siguientes:

“A) Los años 1.996 y 1997 comenzó a operar un profundo cambio en la estructura, organización y funcionalidad de la sección del MOP que se ocupaba del expectante régimen de concesiones de obras públicas en el país.

“B) En buena medida los estudios para ello necesarios provinieron de especialistas mejicanos que operaban a través de la empresa G y T, sita en esa nación extranjera.

“C) G y T actuaba en Chile por intermedio de GESYS Ltda. siendo cabeza visible de la primera Antonio Medina Mora Icaza y de la segunda Raúl Herrera Labarca.

“D) Una de las adecuaciones fundamentales concirnió a la modalidad de las comunicaciones entre los partícipes que en número creciente iban incorporándose a las novedades del trabajo, que basada como estaba en el correo electrónico clásico, derivaron en el uso generalizado, incluso más allá de la CGC., de los softwares On Track y Lotus Notes, de mutuo requerimiento entre sí.

“E) Uno de los primeros contratos de asesoría celebrados entre la CGC y GESYS comprendió el valor de la licencia para 30 usuarios del software On Track, la que cubría su uso, su mantención y su actualización por un año, desde el 1° de octubre de 1.997 hasta el 30 de septiembre de 1.998, y sólo para 30 usuarios.

“F) El 30 de junio de 1.998 la licencia se extendió a 220 usuarios, siempre por un año, es decir hasta el 30 de junio de 1.999.

“G) No existe evidencia de ninguna clase en orden a que la CGC, el MOP o el Fisco de Chile hayan pagado a GESYS/GyT la masiva utilización de los mencionados software desde marzo de 1.999 en adelante, pues el último pago conocido abarcó 150 licencias hasta el 30 de septiembre de 1.998 y 100 licencias hasta el 23 de marzo de 1.999.

“H) De las quince consultorías adjudicadas a GESYS, desarrolló al menos las nueve últimas sin que el Estado de Chile le cubriera y solucionara el costo del empleo del On Track y el Lotus Notes, si se considera que la sexta en orden cronológico -Resolución N° 1.355- es de 11 de noviembre de 1.999 (sin contar con que a partir de la contra-

tada por Resolución N° 1.637, de 25 de junio de 1.998, no alcanzaba a abarcarse el período de la licencia legítimamente obtenida).

“I) GESYS/GyT procedió reiteradamente a cobrar esos derechos, obteniendo soluciones parciales que llevaron a que desde 1.999 hubiera una deuda de arrastre por los conceptos anotados, sin que conste que la situación haya sido solucionada.

“J) A fines de diciembre de 1.999 el monto de esa deuda pudo ser de \$ 50.000.000, según un dato, o entre US\$ 40.000 y US\$ 100.000, según otros.

“K) Atendida la naturaleza de la asesoría que a la CGC prestaba GESYS, al encararse la materia específica abarcada por un contrato, en el camino surgían otras cuyo estudio se revelaba indispensable e impostergable, estudios y consecuentes actividades éstas que generaban gastos no considerados en el contrato en desarrollo y que impelían el surgimiento de otro que, con el nombre del área temática adicionalmente emanada, venía a financiar los egresos no previstos en que la consultoría había debido incurrir para el éxito de su gestión y para no interferir la dinámica de un veloz proceso de adecuación administrativa que terminó dotando al Gobierno central de un novedoso régimen concesional.

Esto hizo que ulteriores contratos sirvieran para pagar a GESYS -y a otras empresas- los gastos que la CGC le adeudaba por la razón recién explicada.

“L) A diciembre de 1.999 la CGC adeudaba a GESYS/GyT, al menos, los derechos correspondientes al uso generalizado de los software On Track y Lotus Notes desde el 23 de marzo de ese año, con su mantención y actualización, por sumas superiores a los \$39.000.000.”

Al efecto, límitase el recurso a reproducir el razonamiento que al disidente merecen una serie de antecedentes que, en su percepción, privarían de eficacia probatoria a las declaraciones de Sergio Cortés Castro, concluyendo que el análisis de todos estos elementos contribuiría a descartar definitivamente el testimonio de aquél como un elemento de juicio suficiente para justificar la inexistencia de deuda de la CGC con Gesys, a diciembre de 1.999.

VIGÉSIMO: Que -siguiendo siempre textualmente la argumentación del voto disidente- enfatiza el recurso que tanto la sentencia de primera instancia como la de segundo grado insisten en el pago que la empresa R y Q habría efectuado a Gesys, antecedente a partir del cual se da por sentada la inexistencia de la deuda de la CGC para con Gesys.

Destaca, en este sentido que, acorde al pronunciamiento minoritario del fallo recurrido, la disparidad de antecedentes probatorios al efecto no permite tener por acreditado que R y Q haya pagado efectivamente a Gesys \$10.230.000 de lo que le adeudaba la CGC, corolario que extrae de las cavilaciones formuladas en el correspondiente voto, bajo los literales A) a la L), en fojas 1.721 y siguientes.

Por último, existen antecedentes probatorios, que cita el voto de minoría, que permiten tener por acreditadas prácticas poco ortodoxas desde el punto de vista administrativo que fueron generalizadas en la época que ocurren los hechos, contexto que se une a los antecedentes anteriores para sentar la duda razonable en orden a la inexistencia de la deuda de la CGC con Gesys.

Colige, por último, siempre reproduciendo literalmente extensos pasajes del voto divergente, que no concluir sobre la base de los antecedentes probatorios que allí se transcriben, en un detallado y pormenorizado análisis, en el sentido de existir un margen de duda mucho mayor que el que razonablemente admite la actuación jurisdiccional sobre la inexistencia de la deuda que la CGC tenía para con Gesys, lleva a su vez a descartar el elemento perjuicio y con ello a no tener por acreditado el delito investigado, lo que implica que la sentencia incurre en vulneración de las leyes reguladoras de la prueba.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que la sentencia condenatoria -prosigue el recurso- se funda en criterios que violentan las siguientes disposiciones del Código de Procedimiento Penal:

a) El artículo 459 del texto adjetivo criminal, ya que “en autos existen las declaraciones de más de dos testigos hábiles, contestes en el hecho, lugar y tiempo en que acaeció, y no contradicha por otro u otros igualmente hábiles, respecto de hechos que son suficientes para sentar la existencia de hechos o antecedentes que permiten configurar un

estándar de duda razonable en orden a la inexistencia de la deuda que la CGC mantenía con Gesys a Diciembre de 1999, y que fue la que se pagó mediante la resolución cuestionada”;

b) El artículo 464 del Código ya citado, pues “se da el caso de testimonios que no reuniendo los requisitos del artículo 459, constituyen presunciones judiciales en orden a lo mismo, a establecer un margen de duda más que razonable respecto a la inexistencia de la referida deuda. Al efecto existen en autos las declaraciones que cita el voto de minoría, transcrito en el N° 3 del recurso, letras b), h), i), j), t), v), w), y x), en el N° 9 letras A), B), C), y D), y en el N° 10 letras a) a la aa); y dd) a la hh), todas las cuales, valoradas adecuadamente conforme a estas disposiciones, debieron llevar a los sentenciadores de mayoría a considerar acreditados hechos suficientes para tener por sentado un margen de duda más que razonable respecto a tener por acreditado como hecho de la causa la inexistencia de la deuda, y que en consecuencia no se encontraba legalmente acreditado en el proceso la existencia del perjuicio necesario para configurar el delito de fraude al fisco”;

c) “Los artículo 478 del CdPP (sic), ya que tampoco se da a los documentos agregados a la causa, reconocidos por quienes los hicieron o firmaron, la fuerza probatoria que les corresponde, equivalente a la declaración de testigos, en circunstancias que de haberseles dado dicho valor probatorio debió llevar al juzgador a concluir que unidos a las demás probanzas configuraban una duda razonable en cuanto a la inexistencia de la deuda, lo que implicaba abstenerse del reproche penal”; y

d) También se infringe el artículo 479, al no otorgarse valor a los documentos agregados con o sin consentimiento de sus autores o dueños”, de los que cita particularmente los aludidos en el cardinal 3 del propio escrito de casación, designados con las letras a), c), d), e), f), g), k), i), m), n), ñ), o), p), q), r), s), y), y z); así como en el N° 10 del mismo documento, letras bb), cc), dd) e ii)”.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, finalmente, se transgredió -en opinión de la recurrente- el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, por existir presunciones judiciales que pueden constituir prueba completa de un hecho, toda vez que se fundan en los cinco numerales

del artículo -que cita- configurando un margen de duda razonable en cuanto a la inexistencia de la deuda que CGC mantrenía con Gesys a diciembre de 1.999.

Más adelante apunta que la ley autoriza para dar por probado un hecho, mediante prueba testimonial y de presunciones, cuando se dan determinados presupuestos fácticos y jurídicos, como en la especie, “lo cual permite tener por acreditado un estándar suficiente de duda razonable respecto de la inexistencia de la deuda en comentario”, de modo que “no darle tal valoración a un conjunto tan contundente de elementos implica violar las disposiciones procesales que regulan la prueba”.

Haciéndose cargo de la prueba consistente en las declaraciones de Sergio Cortés Castro, remarca que esta no cumple con ninguno de los requisitos del artículo 459 del Código de Procedimiento Penal, para ser considerada plena prueba del hecho de no existir la deuda, atendido que:

- a) se trata de una declaración solitaria, en circunstancias que la norma en cuestión exige que sean dos los testimonios;
- b) se trata de una persona que declaró exhortada a decir verdad, como inculpado principal de la causa, mientras que el artículo 459 exige que lo haya hecho bajo juramento;
- c) se trata, por último, de declaraciones contradichas y contradictorias, como lo demuestra el detallado análisis que efectúa el voto de minoría del Ministro señor Carlos Cerda, reproducido en lo pertinente.

Agrega que, conforme jurisprudencia que no desarrolla, relativa al artículo 459 del Código de Procedimiento Penal, para dar por establecido un hecho se requiere como mínimo de dos testigos, pero en este caso ni siquiera hay uno, pues Cortés Castro no es testigo. De ahí la violación de las leyes reguladoras de la prueba. Y no es testigo pues no declara bajo juramento. Tampoco puede ser tomado como base de una presunción, de acuerdo al artículo 464, ya que, el requisito del juramento rige “siempre”, según el artículo 459.

En conclusión, en el caso de Cortés Castro, el hecho que sirve de base a la presunción es uno solo, de modo que al dar por establecida la inexistencia de la deuda en base a este elemento probatorio, se ha hecho con violación al artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, que señala que las presunciones deben ser múltiples, lo que la jurisprudencia ha resuelto es ley reguladora de la prueba, anulable por la vía de la casación interpuesta.

VIGÉSIMO TERCERO: Que, finalmente, se denuncia la infracción del artículo 456 bis del Código Procedimiento Penal, que establece como un elemento imprescindible para condenar a una persona que: “nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley”.

Reitera que, de acuerdo a los medios de prueba legal que contempla nuestro régimen de enjuiciamiento, no puede sostenerse que su defendido haya cometido el delito de fraude al fisco, por no constituir un hecho de la causa la inexistencia de la deuda que la CGC tenía con Gesys, lo cual obsta a la configuración del elemento central de este tipo penal.

Añade que, encontrándose vigente en todo el país la denominada Reforma Procesal Penal, el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal debe ser interpretado en concordancia con el artículo 340 del Código Procesal Penal, conforme al cual “nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley”, y resulta que respecto del delito de fraude al Fisco, existen en la causa antecedentes probatorios suficientes, que de haber sido valorados de acuerdo a los que establecen las leyes reguladoras de la prueba, debieron llevar al tribunal a tener por acreditado un margen de duda más que razonable respecto a la inexistencia de la deuda que la CGC mantenía, a la fecha de la resolución N° 3.246, con GYT a través de Gesys, por lo cual resulta que no es posible para el tribunal adquirir la convicción que exige el artículo 456 bis, como tampoco

es posible formar la convicción más allá de una duda razonable que exige el 340 del segundo texto citado. En tal escenario, el margen de duda razonable ha debido conducir a la absolución de su representado.

VIGÉSIMO CUARTO: Que, adicionalmente, se infringen diversas normas sustantivas, como el artículo 10 del Código Penal, al calificar erróneamente como delito un hecho que, en base a las disposiciones reguladoras de la prueba, no puede ser calificado de tal y el artículo 239 del Código Penal, que tipifica el delito de fraude al fisco, ya que por una errónea aplicación de las leyes reguladoras de la prueba se entiende que los hechos investigados se enmarcan en dicho tipo penal.

Por último, se transgrede en la decisión recurrida los artículos 19, inciso 1º y 20 del Código Civil, radicando esta vez el error en que el sentido de las disposiciones vulneradas -artículos 10 y 239 del Código Penal; 459, 464, 478, 479 y 488 y 456 bis, todos del Código de Procedimiento Penal, y 340 del Código Procesal Penal- es claro en el sentido de cuál es la valoración que las leyes reguladoras de la prueba dan a los medios probatorios producidos en la causa y sobre qué debe entenderse como tipo penal del delito de fraude al Fisco, de modo tal que, en base a los antecedentes probatorios del proceso, sobre la duda más que razonable respecto a inexistencia de la deuda que la CGC tenía para con Gesys a Diciembre de 1.999, se produjo una violación de las leyes reguladoras de la prueba, con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, estableciéndose erróneamente que don Raúl Herrera Labarca es autor de un hecho calificado como delito de fraude al Fisco, en circunstancias que se trata de una conducta lícita y penalmente irreprochable.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, si el fallo no hubiese violado las leyes reguladoras de la prueba, no habría dado por establecida la inexistencia de la deuda que la CGC tenía con la empresa Gesys, y debió tener por sentado un estándar razonable de duda en torno a la existencia de dicha deuda, y existiendo un grado de duda -mucho mayor que el tolerable por la razonabilidad exigible al juicio jurisdiccional- se debió absolver al ocurrente.

Pide, en consecuencia, que se acoja el presente recurso, se anule la sentencia recurrida, dictando, acto seguido, separadamente y sin nue-

va vista, la correspondiente sentencia de reemplazo, que deberá absolver a don Raúl Herrera Labarca, acogiendo la defensa opuesta en el escrito de contestación de la acusación.

VIGÉSIMO SEXTO: Que la infracción a las leyes reguladoras de la prueba denunciada se habría producido al tener por establecido el fallo en casación la inexistencia de una deuda preexistente de la Coordinación General de Concesiones para con la empresa Gesys, omisión que traería como consecuencia la concurrencia adicional del artículo 546, N° 3° del Código de Procedimiento Penal, toda vez que, desaparecido el perjuicio, que es elemento consustancial del fraude imputado, la conducta correspondiente dejaría de ser penalmente reprochable.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, en orden a la primera de las normas de ponderación de la prueba que se dice vulneradas -la del artículo 459 del Código de Instrucción Criminal- es del caso recordar que, contrariamente a lo argumentado por el recurso, no es la declaración de Cortés Castro el único ni siquiera el más importante de los referentes apreciados por el sentenciador para tener por acreditado el hecho punible, para ratificar lo cual es suficiente remitirse a los razonamientos vertidos en las reflexiones 18ª, 19ª, 20ª y 35ª del veredicto de primera instancia, categóricos respecto de las evidencias que desmienten la aseveración de Herrera Labarca concernientes a la eventual deuda de la Coordinación General para con Gesys.

Se recalca, en la última de esas consideraciones, que las declaraciones prestadas por los testigos Guerrero Sepúlveda, Salinas Rojas y Torres González -además de Cortés Castro-, todos presentados por la defensa del condenado Herrera Labarca, no sirven para el indicado propósito, ponderándolas con lo que sobre el punto declaran el propio Torres González, a fojas 793 y siguientes, así como Marcia de Lourdes Román Morales, a fojas 800 y siguientes; Oscar Montealegre Iturra, a fojas 806 y siguientes, además del mérito de los documentos a que ellos aluden en sus respectivos testimonios, agregados al proceso y mencionados en el fundamento 2° de la resolución recurrida.

En este contexto, carece de toda relevancia que el testigo Cortés Castro no haya declarado bajo juramento, incumpliendo así uno de los requisitos que, para asignar valor de plena prueba a la declaración de

dos testigos hábiles y contestes, plantea el artículo 459 del Código Procesal pertinente. Y es así porque la deposición de ese declarante, aunque prestada sin previo juramento -por ser, además, inculcado en la causa- puede constituirse en presunción judicial, al tenor del artículo 464 del Código citado, sin perjuicio que, reuniendo el resto de los testigos las condiciones exigidas en el artículo 459, sus declaraciones, que armonizan con los documentos antes aludidos, si representan demostración suficiente de que la presunta deuda, que restaría tipicidad al comportamiento del recurrente, no existió realmente.

Este razonamiento resulta entonces suficiente para excluir la procedencia del vicio invocado, en cuanto estima vulnerados tanto el artículo 459 cuanto el artículo 464 del cuerpo procesal que interesa.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que, en lo que concierne a los artículos 478 y 479 del Código Procesal pertinente, ambos relacionados con la prueba instrumental, y que también el recurso aprecia como quebrantados, cabe anticipar que el último de ellos se refiere a los instrumentos que existen en poder de terceros, que se ordena agregar al proceso con o sin el consentimiento de sus autores o dueños, en cuanto sean conducentes a la comprobación del delito o de sus perpetradores, pero nada dice acerca de su eficacia probatoria, lo que obsta a conferirle el carácter de norma regulatoria de la prueba y obliga, por ende, a desestimar su eventual infracción como motivo de nulidad.

En lo que atañe al artículo 478, baste consignar que no se indica en el escrito de casación la forma específica en que los escritos privados reconocidos por el que los hizo o firmó, que se detallan por remisión al voto disidente del Ministro señor Cerda, sistemáticamente citado en el recurso, pudieron conducir, apreciados como declaración de testigos -que es el valor que la disposición les otorga cuando no emanan del procesado- a una conclusión diversa de aquella a que arribaron los jueces del fondo, aun justipreciados en su contexto con otras pruebas concurrentes.

Tal razonamiento conducirá a excluir igualmente la infracción de la anotada regla.

VIGÉSIMO NOVENO: Que el artículo 456 bis de la misma recopilación procesal en análisis contiene “una base general y superior a toda

demostración jurídica (en el sentido) que la convicción del juez adquirida por los medios de prueba legal es de todo punto indispensable para condenar”, como reza el Mensaje del Código. En el parecer del recurrente, el mandato allí consagrado habría sido sobrepasado por el sentenciador, por existir en autos antecedentes suficientes como para producir en él una duda “más que razonable” acerca de la preexistencia de una deuda de la Coordinadora General de Concesiones para con la empresa Gesys, que la resolución adjudicatoria del contrato en que incide la consultoría no realizada se habría limitado a reconocer, al disponer el pago de lo anteriormente adeudado.

Al respecto, cabe desde luego puntualizar que, según reiterada jurisprudencia de esta Corte, la disposición en cuestión no es norma reguladora de la prueba, de modo tal que su presunta transgresión no puede dar lugar a la interposición de un recurso de casación en el fondo.

Pero, sin perjuicio de esa determinante consideración, el discurso del impugnante no es idóneo para el objetivo perseguido, en cuanto confunde el rol que el espíritu de la norma en referencia asigna al juez en cada una de las hipótesis terminales del juicio penal, cuales son la absolución o la condena.

En el primer caso, puede apreciar libremente los antecedentes de la causa y fallar absolviendo a los inculpados cuando no se ha formado convicción acerca de la existencia del delito o de la participación culpable de aquéllos. En cambio, para condenar, la libertad del juzgador queda restringida por el deber legal de asentar el convencimiento en la existencia del hecho ilícito y la responsabilidad del o los procesados, establecidas por medio de prueba legal, indispensables para fundar la convicción.

Y si no se ha logrado demostrar la errónea aplicación o interpretación de ninguna de las probanzas legales objeto del cuestionamiento de la recurrente, no se divisa de qué manera la simple duda en torno a una aparente obligación previa de género del órgano público concernido con una empresa particular, cuyo monto es del todo indeterminado y que, por lo tanto, carecería de objeto -acorde con los principios generales que gobiernan los actos jurídicos- podría importar una contravención a las leyes reguladoras de la prueba en el caso concreto y,

más aún, al artículo 456 bis, que, por consiguiente, no ha sido transgredido de ninguna manera.

TRIGÉSIMO: Que la invocación del artículo 340 del Código Procesal Penal -semejante en lo sustancial al mentado artículo 456 bis referido- como propasado, se rechazará de plano, con solo precisar que ese precepto no se encontraba vigente para la Región Metropolitana al tiempo de los hechos materia de la investigación.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que, en lo que hace a las disposiciones del Código Civil igualmente mencionadas como desconocidas por el fallo que se pretende nulo -los artículos 19, inciso 1° y 20- el arbitrio procesal impetrado no formula consideración alguna sobre la forma en que se pudo contravenir sus respectivos mandatos, circunstancia que impide acoger el vicio alegado por esta causal.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que vincula la recurrente la infracción del artículo 546, N° 7° del Código de Procedimiento Penal -que ya se ha patentizado que no concurre- con la del ordinal 3° del mismo artículo, en cuanto el nuevo hecho que se pretendió establecer, privaría de tipicidad penal al comportamiento del ocurrente.

El señalado argumento, subordinado a la comprobación de nuevos hechos que no se acreditó hubieran sido omitidos con infracción de la leyes reguladoras de la prueba, obsta ciertamente a la aceptación de la última causal aludida, la que, técnicamente, no podrá prosperar, porque su aceptación importaría prescindir de los hechos tal y como éstos han quedado irremisiblemente fijados en el proceso.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que, si bien el recurrente pretende establecer una serie de hechos nuevos que el veredicto de segunda instancia no habría tenido por establecidos, contraviniendo con ello las normas sobre ponderación de la prueba, no realiza un análisis metódico de la forma en que estos nuevos antecedentes de facto habrían influido en lo resolutivo de aquél.

Y para comprobar lo inidóneo de tales nuevos antecedentes, es del caso consignar que el monto de la deuda que presuntamente tendría la Coordinadora de Concesiones para con GESYS, carece de determinación, pues “pudo ser de \$50.000.000, según un dato o entre US\$

40.000 y US\$ 100.000 (literal “J”), reproducido en la reflexión 19^a o tratarse de “sumas superiores a los \$39.000.000 (literal “L”).

Esta indeterminación del objeto constituye un impedimento insalvable para que la presunta convención creadora de la obligación preexistente imputada a la Coordinadora de Concesiones, pudiera adquirir validez y eficacia. En efecto, el artículo 1.461 del Código Civil exige, para que un acto o declaración de voluntad obligue a los contratantes, que la cantidad que constituye su objeto, si fuere incierta, pueda ser determinada conforme a las reglas o datos que fije el propio acto o contrato, certeza de que carecen los hechos presuntamente establecidos en la meditación 19^a, de lo cual es dable inferir que el aparente crédito referido no tiene consistencia jurídica.

TRIGÉSIMO CUARTO: Que, en mérito de todo lo anterior, el recurso de casación en el fondo intentado por la defensa del señor Herrera Labarca será rechazado en su integridad.

3. Respecto del recurso de casación en el fondo interpuesto por la defensa de Cruz Lorenzen. (fs. 1.812)

TRIGÉSIMO QUINTO: Que, respecto del tercer y último recurso intentado, se funda en las causales del numeral 7° en relación con el número 3° del artículo 546 del Código Procedimiento Penal, vale decir, haberse violado las leyes reguladoras de la prueba, a consecuencia de lo cual se estableció erróneamente que Cruz Lorenzen es autor, sin serlo, de un hecho calificado como delito de fraude al Fisco, en circunstancias que se trata de una conducta lícita y penalmente irreprochable, denunciando como leyes infringidas los artículos 1°; 15 números 1° y 2°; 239 y 260 del Código Penal; 456 bis, 459, 464, 478, 479 y 488 del Código Procedimiento Penal; 340 inciso 1° del Código Procesal Penal; 1°, 2° y 3°, letra a) de la ley N° 18.834 sobre Estatuto Administrativo; 24 y 55 bis de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración de Estado (cuyo texto refundido fue fijado por Decreto con Fuerza de Ley número 1/19.653 del año 2.001) y 19, inciso 1° y 20 del Código Civil.

TRIGÉSIMO SEXTO: Que, en relación a la forma en que las infracciones de ley denunciadas se habrían producido, sostiene en primer lugar que, en relación a las leyes reguladoras de la prueba, contenidas

en los artículos 459 y 464 respecto de la testimonial; 478 y 479 en relación a los documentos privados y de terceros y 488, que establece las exigencias que deben cumplir las presunciones para constituir plena prueba de un hecho, fueron omitidas y no observadas por los Ministros de mayoría que concurrieron al fallo de segunda instancia, quienes declararon la inexistencia de la deuda que la Consultora GESYS invocaba en su favor, respecto de la Coordinación General de Concesiones. Sin embargo, como aparece con meridiana claridad en el voto de minoría del Ministro don Carlos Cerda Fernández -continúa argumentando- dicha conclusión no se aviene con el mérito del proceso, sino todo lo contrario, resulta más plausible que esa deuda, por un monto de \$39.000.000 (treinta y nueve millones de pesos), efectivamente existió y fue pagada con la resolución impugnada como constitutiva del delito de fraude al Fisco.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, en orden a la existencia de obligaciones pendientes de la Coordinación General de Concesiones con GESYS/GyT, discurre en forma sustancialmente similar a como lo hace el recurso precedentemente extractado, haciendo igualmente suyo el voto del Ministro Sr. Cerda, que también se reproduce literalmente, en los mismos pasajes, en cuanto reafirman su versión.

Esta reiteración discursiva excusa a esta Corte de volver sobre el alcance de la propuesta fáctica ya expuesta y analizada a propósito de la casación anterior y la autoriza, por tanto, para concluir que los hechos establecidos por el fallo en casación fueron asentados sin violación de los artículos 459, 464, 478 y 479 del Código de Procedimiento Penal o del artículo 340, inciso 1º del Código Procesal Penal.

TRIGÉSIMO OCTAVO: Que el recurso en examen contiene una fundamentación sobre la ineficacia de la prueba de presunciones, medio probatorio que habría conducido a tener por establecida la participación del recurrente en el delito de fraude al Fisco, no obstante no cumplir este medio legal con los requisitos exigidos en el artículo 488 del Código Procesal aplicable, para constituir evidencia completa.

Observa al respecto que no concurre la exigencia del ordinal 1º de este artículo, porque se atribuye la condición de hechos a lo que serían meras presunciones, como que el contrato objetado “sólo beneficia al Coordinador General”; que las comunicaciones estaban radicadas en

la persona del Coordinador General y que éste era el único interesado en disponer del precio del contrato, estimaciones ninguna de las cuales configurarían hechos reales ni probados.

Estos asertos, sin embargo, no son efectivos, como salta a la vista con su sola confrontación con los “hechos” efectivamente tenidos por tales en la consideración 6ª de la decisión inicial, confirmada sin alteraciones por la de alzada, donde no se expresa ninguna de estas apreciaciones, que, más que hechos, son calificaciones jurídicas.

Para refutar la gravedad y multiplicidad de los indicios en que se apoyan las pretensiones, manifiesta el ocurrente que no se hace “ninguna interrelación, ponderación ni menos análisis” de las comprobaciones enumeradas en la reflexión 2ª del fallo, reproducido en alzada, pero tampoco se discurre sobre la efectividad de este tópico, lo que veda entrar a su análisis.

Alega que tampoco las presunciones son precisas, en cuanto el Área de Comunicaciones no depende del Coordinador General, sino de organismos ejecutivos, siendo inefectivas las estimaciones contenidas en los fundamentos 22º, 23º y 25º del fallo, ya que “no llevan necesariamente a la comisión de ilícitos penales, puesto que también sirven para llegar a conclusiones mucho menos dañinas o gravosas”. Pero no se argumenta acerca de por qué se estima inefectivos aquéllos razonamientos y en qué forma la distinta dependencia jerárquica atribuida al área de comunicaciones habría incidido en la deducción sobre la participación culpable del recurrente en el ilícito de que se trata.

Finalmente, se apunta a que las presunciones no son directas, puesto que pueden, en forma lógica y natural, llevar a otros resultados diversos a la comisión del delito imputado, pero esta inferencia tampoco se fundamenta, lo que obliga a excluirla como inidónea.

Toda esta ilación llevará a desestimar la presunta contravención a la norma del artículo 488 del Código del ramo, por no haber la recurrente demostrado, de modo alguno, la inconcurrencia de los requisitos que el precepto requiere para otorgar a las presunciones judiciales valor de prueba completa.

TRIGÉSIMO NOVENO: Que mezcla el recurso los motivos constitutivos de las presuntas infracciones respecto de las causales 3ª y 7ª,

refiriendo una larga serie de disposiciones legales infringidas, pero limitándose, al precisar la forma en que las respectivas contravenciones se produjeron, a mencionar sólo infracciones a las leyes reguladoras de la prueba.

Con todo, en la parte final del recurso, al abordar la manera en que las infracciones de ley habrían influido en lo dispositivo del fallo, manifiesta que “si las normas de los artículos 1° y 239 del Código Penal se hubieren interpretado de acuerdo al artículo 19, inciso 1° del Código Civil y las de los artículos 260 del Código Penal más los 1°, 2° y 3° letra a) de la ley 18.834 sobre Estatuto Administrativo, analizadas conforme al artículo 20 del Código Civil, la sentencia de segunda instancia necesariamente debió declarar que no se tipifica el delito de fraude al Fisco por el cual se condena a Carlos Cruz, pues éste no es empleado público ni su conducta ha causado perjuicio alguno al Fisco, sino -al contrario- enormes beneficios”.

Si bien esas normas no se relacionan con el artículo 546, numeral tercero del Código de Instrucción Criminal, este Tribunal Superior entrará al análisis de fondo propuesto, a partir del alcance que a esa causal se formuló en la página inicial del escrito de casación.

CUADRAGÉSIMO: Que la idea central sustentante de este presunto defecto, que haría anulable la sentencia, consistiría en que don Carlos Cruz no sería funcionario público a la época de ocurrencia de los hechos, siendo ésta una condición objetiva de punibilidad, por tratarse de un delito que sólo puede ser cometido por sujetos calificados, como lo son esta categoría de empleados.

En apoyo de su tesis, cita un informe en derecho elaborado por doña Olga Feliú, que contiene 17 conclusiones generales y 4 particulares, la mayoría de las cuales se reproduce y que son susceptibles de extractarse en los siguientes puntos:

- a) En el Ministerio de Obras Públicas no existe el cargo de Coordinador General de Concesiones, el que no ha podido ser creado por el Director General de Obras Públicas, por ser materia de reserva legal;
- b) Las personas contratadas sobre la base de honorarios -cuyo era el caso del señor Cruz, titular de la Coordinación General, constitutiva de una simple dependencia de carácter funcional en el Ministerio co-

responsdiente- no tienen la condición de funcionarios públicos, conforme al Estatuto Administrativo y a una reiterada jurisprudencia;

c) Las normas contenidas en diversas leyes de presupuesto que otorgan la calidad de agentes públicos a algunas personas contratadas a honorarios, adolecen de inconstitucionalidad, siendo por ello inaceptable argüir que, por una vía indirecta, cual es la facultad de contratar por ese mecanismo, haya de concluirse que las personas sujetas a esa modalidad contractual, puedan cometer delitos propios de los funcionarios públicos.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: Que, a fin de determinar si concurre efectivamente la calidad de funcionario público respecto del Coordinador General de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas, a la época de los hechos, es menester interpretar el sentido y alcance de la o las normas que la definen, a partir de las reglas hermenéuticas que proporciona el párrafo 4° del Título Preliminar del Código Civil, en sus artículos 19 y siguientes.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Que, en este sentido, cabe en primer lugar atender al sentido literal del artículo 260 del Código Penal, que proporciona un concepto de empleado público a efectos penales, toda vez que, si su tenor fuere claro, no es lícito prescindir de él a pretexto de consultar su espíritu, como taxativamente enfatiza el inciso 1° del artículo 19 del citado Código Civil.

El precepto penal en cuestión prescribe: “Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la administración central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldo del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”.

El acápite inicial del artículo comienza por acotar su alcance, en cuanto refiere el concepto que interesa sólo a los agentes públicos que participan en los ilícitos descritos y sancionados en el Título VI y en el Párrafo IV del Título III, todos del Libro II del Código Penal. Entonces, si bien la definición podría no extenderse a otras categorías de

delitos que pueden cometer los empleados públicos, como podrían ser la falsificación de documentos públicos o auténticos, del artículo 193, o la expedición de un pasaporte o porte de armas bajo nombre supuesto o dado en blanco, sancionado en el artículo 199, ambos del Código Punitivo, por no formar parte de esos párrafos o Título -lo que, como fuere, es discutido en el ámbito de la doctrina especializada- fuera de dudas está que la descripción contenida en el artículo 260 de su texto es del todo aplicable en la especie, habida consideración que el delito de fraude al Fisco que se imputa, en calidad de autores, a los señores Cruz Lorenzen y Cortés, en su respectiva condición de funcionarios del Estado, se encuentra tipificado en el artículo 239 del Código aludido, del que se trata en el párrafo 6º del Título V de su Libro II.

CUADRAGÉSIMO TERCERO: Que, definida como está la noción de empleado público a efectos penales en la disposición antes reseñada, debe dársele a ésta su significado legal, por imperativo del artículo 20 del Código Civil, como se intentará en seguida, desglosando el concepto en sus diversos componentes, para su adecuada comprensión.

CUADRAGÉSIMO CUARTO: Que, según se desprende del artículo 260 transcrito, el concepto que interesa es susceptible de desglosarse en dos elementos constitutivos principales, a saber: a) El empleado público, para ser tal, debe ejercer “un cargo o función pública”, y b) Tal quehacer debe servirse en un “organismo creado por el Estado o dependiente de él”, sea o no de elección popular.

CUADRAGÉSIMO QUINTO: Que el legislador penal no ha definido lo que debe entenderse por “cargo público”, pero sí lo ha hecho el Estatuto Administrativo, contenido en la ley Nº 18.834, de 1.989, cuyo artículo 3º, letra a) puntualiza que es tal “aquel que se contempla en las plantas o como empleos a contrata en las instituciones señaladas en el artículo 1º, a través del cual se realiza una función administrativa”. En general, las instituciones concernidas en el precepto son los servicios públicos centralizados o descentralizados creados para el cumplimiento de la función administrativa.

Pues bien, la defensa de los encausados acierta cuando sostiene que las personas que se desempeñan sobre la base de honorarios no son funcionarios públicos para los efectos del Estatuto Administrativo,

atendido que el artículo 10 de su texto -vigente al tiempo de los hechos-, en su inciso final, los margina expresamente de la aplicación de sus normas, remitiéndose a las reglas que establezca el respectivo contrato. Empero, no puede olvidarse que la disposición penal que interesa extiende el concepto de empleado público, disyuntivamente, a quienes ejercen una “función pública” y no ya sólo en la Administración del Estado, sino también en otros organismos creados por o dependientes del mismo Estado, ampliando de este modo la cobertura del artículo 260, en términos de comprender en ella situaciones que claramente desbordan la noción técnica restringida que la legislación administrativa confiere a la voz “funcionario público”.

CUADRAGÉSIMO SEXTO: Que, en efecto, al ser pasibles de cometer delitos ministeriales no sólo las personas que ocupan un cargo público, sea de planta o a contrata, sino también aquéllas que adscriben a una “función pública”, la condición de potenciales sujetos activos de esta categoría de ilícitos se ha ensanchado ostensiblemente, para encerrar en la noción correspondiente a todos los que cumplen tareas en el sector público -y no tan sólo en la Administración del Estado- con el solo requisito de prestar servicios en un órgano del Estado, aun ajeno al Poder Ejecutivo. Así sucede con los parlamentarios, encargados inequívocamente de “funciones públicas” en órganos de creación estatal, según el amplio alcance que a esta noción atribuye el actual artículo 8° de la propia Carta Fundamental, sin que la circunstancia de ser los primeros elegibles por votación popular, altere esta conclusión, por expresa formulación en tal sentido en el acápite final del artículo 260, analizado.

A similar deducción, relativa al alcance amplio de dicho precepto, arriba Etcheberry (Etcheberry, Alfredo, “Derecho Penal”, Parte Especial, EJCH., T. IV, 3ª ed., 1.997, pág. 206).

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO: Que la expresión “función pública” significa “función del Estado”, enfoque desde el cual cabe hablar de una función pública legislativa, administrativa y judicial, siendo bastante, para ser titular de ella, con disponer de investidura suficiente, emanada de autoridad competente. En esta perspectiva, ninguna relevancia tiene que el empleado ocupe o no un cargo público o que lo sirva a honorarios o incluso “ad honores”, en la medida que el propio legislador ha restado toda importancia a este factor remuneratorio

como antecedente para elaborar su concepto, en la disposición penal tantas veces citada.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO: Que, para desestimar la condición de funcionario público que asistiría al Coordinador General de Concesiones al tiempo de los hechos, la recurrente de casación se centra en la circunstancia de no haber sido creado su cargo por ley ni estar contemplado en las plantas del Ministerio de Obras Públicas; en su calidad de contratado sobre la base de honorarios y, especialmente, en el hecho de no estar revestida la respectiva función de potestades públicas.

Respecto de la primera alegación, cabe destacar que, para los fines inherentes al Código Penal, es tan empleado público el que ocupa un cargo creado por ley en la estructura de un servicio, sea de planta o a contrata, permanente o de carácter transitorio, como aquél que ejerce una “función pública”, noción cuyo amplio espectro ha sido ya delimitado.

Por lo demás, la Ley de Presupuestos del Sector Público ha venido consagrando periódicamente en su normativa, desde la época de los ilícitos materia de este proceso, una glosa -Nº 01, de la Partida 12, común para todos los Capítulos del Ministerio de Obras Públicas- autorizando contratar personas a honorarios, “las que tendrán la calidad de agentes públicos, destinadas a desarrollar labores técnicas directamente relacionadas con la infraestructura pública que atiende este Ministerio”. Y la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República ha precisado tenazmente que tales agentes deben ser considerados funcionarios públicos para efectos de su responsabilidad administrativa (dictámenes 22.192, de 1.996; 18.549, de 1.997 y 4.463, de 2.002, entre muchos otros), aproximación que irredargüiblemente conduce a la conclusión que, alcanzando la restringida concepción administrativa de funcionario a los agentes públicos, con mayor razón éstos deben entenderse incorporados a la extensiva que proporciona la legislación penal, para los fines de esa especie de responsabilidad.

En esta perspectiva, la pretensión de inaplicabilidad global de “las normas contenidas en distintas leyes de presupuesto”, consagratorias del concepto de “agente público”, amén de inadmisibles por su im-

precisión, lo es también por razón de incompetencia de esta Corte Suprema para efectuar tal declaración, radicada hoy en el Tribunal Constitucional, luego de la reforma introducida al sistema de control de constitucionalidad represivo por la ley N° 20.050, de 2.005. Ello obsta a la posibilidad de inaplicar preceptos legales a los cuales la propia recurrente reconoce vigencia.

CUADRAGÉSIMO NOVENO: Que, de conformidad con lo razonado, la decisión impugnada de casación no ha podido incurrir en infracción de ley al interpretar la norma del artículo 260 del Código Penal en la forma que lo hizo, toda vez que el Coordinador General de Concesiones del Ministerio de Obras Públicas desempeñaba, a la sazón, una función pública, siendo ello suficiente para entender que revestía la investidura de empleado público, cual es el presupuesto necesario para la tipificación de los delitos especiales de agente público calificado, sancionados en el Título VI del Libro III del Código Punitivo.

Por vía consecencial, resulta manifiesto que el análisis propuesto en la sentencia cuestionada no se apartó sino antes bien se ajustó a la definición legal especial del artículo 260 del Código punitivo, aplicable, por su especialidad, con preferencia a las normas de los artículos 1°, 2° y 3° del Estatuto Administrativo, acorde a las pautas interpretativas de los artículos 19, inciso 1° y 20 del Código Civil, mandatos que, por consiguiente, han sido correctamente apreciados por el jurisdicente impugnado.

Ocurre algo similar con las normas de los artículos 1° y 239 del Código Penal, bases del tipo penal imputado, en cuanto el fundamento para excluir la antijuridicidad del comportamiento del recurrente es específicamente su condición de no funcionario público, al revés de lo establecido, de manera ortodoxa, por la resolución pretendidamente viciada.

Por lo expuesto, no cabe sino coincidir con las conclusiones del veredicto opugnado y rechazar el recurso, en lo tocante al segundo capítulo de casación.

QUINCUAGÉSIMO: Que cuestiona asimismo el impugnante de nulidad la tipificación del delito de fraude al Fisco por el cual viene

condenado el ocurrente, aduciendo que no concurre el perjuicio como resultado del delito, manifestado en la producción de una pérdida o la privación de un lucro legítimo.

Tal aseveración, no obstante, importa una revisión de los hechos del juicio, donde se encuentra claramente establecido que el comportamiento del procesado produjo al ente público un perjuicio por la suma de \$ 39.000.000, el que no ha sido desvirtuado por remisión a las normas reguladoras de la prueba, según ha quedado determinado en el razonamiento que antecede.

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO: Finalmente insiste el recurso en que los jueces del fondo no han podido adquirir la convicción necesaria para condenar, por no haberse concluido, más allá de toda duda razonable, que el hecho punible existió y que en él cupo al inculcado una participación culpable y penada por la ley.

Este discurso pretende la revisión de un hecho definitivamente fijado y no desvirtuado, al tenor de lo ya expuesto, lo que también puede extenderse a la participación acreditada al imputado, sin perjuicio de recordar que la comisión de un error de derecho respecto de la participación que ha cabido al condenado en el delito, es materia de la causal descrita en el ordinal primero del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, el que no ha sido invocado como motivo de nulidad, obstando, por tanto, a que esta alegación pueda prosperar.

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO: Que por los fundamentos desarrollados, el recurso de casación en el fondo interpuesto por la defensa del condenado Cruz Lorenzen, será desestimado en todas sus partes.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 535, 546 y 547 del Código de Procedimiento Penal, se rechazan los recursos de casación en el fondo deducidos a fojas 1.776 por los abogados Cristián Letelier Aguilar y Glenis Sánchez Lillo, en representación de los querellantes Evelyn Matthei Fornet y Víctor Pérez Varela; a fojas 1.787 por el abogado Samuel Donoso Boassi, por don Raúl Herrera Labarca y a fojas 1.812 por el abogado Alberto Coddou Claramunt, por don Carlos Cruz Lorenzen, declarándose, por consiguiente, que la sentencia de 30 de marzo de 2.007, que corre a fojas 1.707 y siguientes, no es nula.

Pronunciada, en lo que dice relación con el rechazo del recurso de casación en el fondo interpuesto por la parte de los querellantes particulares, sólo en el punto concerniente a la participación del encausado Herrera Labarca como autor del delito de fraude al Fisco, con el voto en contra del Ministro Sr. Ballesteros y el Abogado Integrante Sr. Hernández, quienes estuvieron por acoger el recurso a ese respecto y, por consiguiente, anular el fallo y pronunciar sentencia de reemplazo, condenándolo como autor del delito de estafa al Fisco de Chile.

Tuvieron presente al efecto, las siguientes consideraciones:

1°) Que la norma del artículo 64, inciso 1° del Código Penal, conforme al cual “las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de sólo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurren”, se refiere tanto a las atenuantes y agravantes propiamente tales como a las privilegiantes y calificantes.

2°) Que, a consecuencia de ello, debe afirmarse -como observa con agudeza CURY en la última edición de su Derecho Penal, Parte General- que la citada disposición “surte sus efectos también para los tipos calificados impropios, respecto de los cuales, por consiguiente, las cualidades personales determinantes sólo de un incremento o disminución del injusto básico, no se comunican” (Ob. y aut. cit., 8ª. Ed. 2.005, Ed. Universidad Católica de Chile, págs. 646 y 647).

3°) Que, en el indicado contexto, y por no ser comunicable al “extra-neus” la condición estatutaria particular propia del agente público, que es condicionante del juicio de reproche inherente a la conducta del delito de fraude al Fisco, no es pertinente sancionarlo como coautor de esa figura penal, sino que como autor de la estafa prevista en el artículo 468 del Código punitivo, por el cual fue acusado.

4°) Que, en consecuencia, se ha infringido por el sentenciador -en opinión de los disidentes- las normas de los artículos 239 y 468, ambos del Código Penal: el primero, al darle falsa aplicación al caso y el segundo, por omitirla, concurriendo los supuestos propios del tipo, antecedentes que bastan para acoger la nulidad de fondo impetrada, sólo en esta parte.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Abogado Integrante Sr. Hernández.

Rol N° 2.321-07.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante Sr. Domingo Hernández E. No firma el Ministro Sr. Segura, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con permiso.

Autorizada por la Secretaria Subrogante de esta Corte Suprema doña Carola Herrera Brummer.

DERECHO PREVISIONAL

**Schaffahouser Camposano, Francisco y otros con Fisco de Chile
y Caja de Previsión de la Defensa Nacional
Corte Suprema
14 de abril de 2008**

RECURSO PLANTEADO: *Recurso de casación en el fondo.*

DOCTRINA: *La controversia de autos pasa por determinar la forma de cálculo del remanente del desahucio que a la época de retiro y jubilación les correspondía percibir a los actores, como miembros de las Fuerzas Armadas y en conformidad a lo previsto en la letra b) del artículo 6° de la Ley N° 18.747. La acción deducida busca obtener la reliquidación del desahucio que corresponde a los demandantes, es decir, se cobran las diferencias que se habrían producido por un errado cálculo en cuanto a la forma de imputar el anticipo recibido para la compra de acción CORFO, al optar los actores por hacer uso del denominado “capitalismo popular”, que la citada ley autorizó en el año 1988.*

La norma en estudio otorgó a los personales afectos a los regímenes de desahucio contenidos en los Decretos con Fuerza de Ley N° 1 (G) y N° 2 (I), ambos de 1968, y el Decreto Ley N° 2.049, de 1977, la opción de destinar la cantidad que se fije conforme a este artículo, a título de anticipo de desahucio, a la adquisición de acciones de propiedad de la Corporación de Fomento de la Producción.

La correcta interpretación de la norma contenida de la letra b) del artículo 6° de la Ley N° 18.747 conduce a concluir que cuando el precepto alude al número de mensualidades está haciendo referencia a los años de servicio considerados para el cálculo del anticipo, de

modo que lo que cabe deducir de la liquidación definitiva es, precisamente, lo pagado, esto es, parte del desahucio a que tendrían derecho a la época del retiro, pero en el entendido que lo adelantado fue un número de años servidos, según liquidación al tiempo en que los interesados ejercieron el derecho a opción que les reconoció la Ley N° 18.747, y no la suma dineraria que los representó.

Tratándose de trabajadores del sector público, regidos por esta norma, no se les anticipó dinero para efectos de adquirir acciones CORFO, sino que se les indemnizó un número de años trabajados para el empleador y ese concepto es el que corresponde descontar o deducir al término de los servicios. A los trabajadores se les anticipó el desahucio a que tendrían derecho al momento del retiro de la institución, con el único fin de comprar acciones. En consecuencia, a la data del retiro, se les descuenta lo entregado por ese concepto -tiempo servido- utilizado en la determinación del monto pagado. Conforme a lo razonado ha de concluirse que la demandada realizó un cálculo correcto del desahucio que correspondía a los actores, por cuanto entendió anticipado el tiempo servido y solucionado, razón por la cual los demandantes carecen del derecho que reclaman.

Santiago, catorce de abril de dos mil ocho.

VISTOS:

En estos autos, Rol N° 2.902-2001, seguidos ante el Vigésimo Segundo Juzgado Civil de Santiago, caratulados “Schaffhauser Camposano y otros con Fisco de Chile y Caja de Previsión de la Defensa Nacional”, por sentencia de nueve de agosto de dos mil dos, escrita a fojas 325, el Tribunal de primer grado rechazó en todas sus partes la demanda intentada, sin costas, por estimar que los actores tuvieron motivo plausible para litigar.

Se alzaron los demandantes y una de las salas de la Corte de Apelaciones de Santiago, por sentencia de veintidós de octubre de dos mil siete, que se lee a fojas 385, con distintos fundamentos, por decisión de mayoría, confirmó la de primer grado.

En contra de esta última decisión, los actores dedujeron recurso de casación en el fondo pidiendo que se la invalide y se dicte una de reemplazo en los términos que exponen.

Se trajeron estos autos en relación.

CONSIDERANDO:

Primero: Que el recurrente basa su recurso de nulidad, en un primer capítulo, en las infracciones a los artículos 6° de la ley 18.747 y 5° transitorio de la ley 18.948, argumentando, en síntesis, que el citado artículo 6° se refirió específicamente al personal de las Fuerzas Armadas de Orden y Seguridad Pública, reiterando los conceptos de aplicación general a todo el sector público, pero agregó disposiciones de tipo particular para esta clase específica de funcionarios. Los demandantes resolvieron optar por el sistema de “capitalismo popular” que les ofrecía la ley 18.747, obtuvieron la autorización necesaria para anticipar su desahucio y este les fue calculado, obviamente, en la proporción de un mes por cada año de imposiciones efectuadas a la fecha en que se hizo el cálculo. Los dineros así anticipados fueron entregados directamente a la CORFO, en el pago del precio de las acciones que cada uno de los interesados escogió. Finalmente, los actores obtuvieron su retiro de la institución militar a la que pertenecían y, con ello su respectiva jubilación y el saldo del desahucio. En opinión del recurrente para efectos de determinar el remanente adeudado era necesario calcular primeramente el desahucio completo, que correspondía a cada cual según el número de años efectivamente trabajados y a esa suma era necesario deducir el anticipo que ellos hubieran recibido. El error en que se incurrió al efectuar estas liquidaciones corresponde a la segunda parte de los cálculos, pues se tomó cada mensualidad anticipada, según el valor que ella tenía al momento del retiro y no al tiempo del anticipo, como debía hacerse.

Expone que debió considerarse que en la especie se trata de funcionarios de las Fuerzas Armadas, que ordinariamente van ascendiendo en la escala de jerarquía y que los grados obtenidos implican siempre una mayor remuneración.

Agrega que los actores no recibieron mensualidades como anticipo de un desahucio, sino una suma de dinero, de la cual no pudieron disponer porque estaba destinada a ser entregada a la CORFO, como precio de las acciones que compraron. La interpretación equivocada de los sentenciadores acerca del alcance del artículo 6° letra b) de la Ley 18.747, los llevó a concluir que es correcto descontar ahora las

mensualidades de su última remuneración y no de aquellas que se utilizaron para el cálculo del anticipo.

Indica que el artículo 3° de la ley 18.747 se aplica a los organismos y servicios del sector público cuyos personales se rigen por las normas del Código del Trabajo. Estos trabajadores gozaron también del derecho a opción que se ofreció a los funcionarios de las Fuerzas Armadas y la letra f) de la citada norma estableció que si los contratos de trabajadores terminaran posteriormente por la causal de la letra f) del artículo 155 del Código del Trabajo, del valor de la indemnización que les correspondiere se descontaría el anticipo recibido, en la forma establecida en el inciso 3° de su artículo 160. El descuento, en este caso, se ordenó hacer en dinero, sin considerar el grado o la remuneración en el tiempo intermedio. El recurrente cita la norma del artículo 22 del Código Civil y sostiene que su parte pide se aplique a la resolución del conflicto la interpretación lógica sin perjuicio de la gramatical. Aplicar a un funcionario un descuento calculado en dinero y a otros según la remuneración que mucho más tarde llegaron a tener es además de ilegal una discriminación arbitraria.

En cuanto a la conculcación de la norma del artículo 5° de ley 18.948, Orgánica Constitucional de la Fuerzas Armadas, expone que el precepto no hace más que reiterar que el cálculo del desahucio se hace sobre la base del número de años efectivos de servicios al momento del retiro y en relación con la última remuneración imponible, lo que en la especie no ha sido respetado.

La naturaleza jurídica del anticipo a que se refiere la ley 18.747 y el artículo 5° transitorio de la ley 18.948 no es otra que la de un mutuo o préstamo de dinero y lo recibido debe restituir en la misma cantidad, con sus respectivos reajustes, más los intereses, de ser ello procedente, sin otro agregado.

Segundo: Que dilucidar la controversia de autos pasa por determinar la forma de cálculo del remanente del desahucio que a la época de retiro y jubilación les correspondía percibir a los actores, como miembros de las Fuerzas Armadas y en conformidad a lo previsto en la letra b) del artículo 6° de la ley 18.747. La acción deducida busca obtener la reliquidación del desahucio que corresponde a los demandantes, es decir, se cobran las diferencias que se habrían producido por un

errado cálculo en cuanto a la forma de imputar el anticipo recibido para la compra de acción CORFO, al optar los actores por hacer uso del denominado “capitalismo popular”, que la cita ley autorizó en el año 1988.

Tercero: Que la norma en estudio previene: “Otórgase a los personales afectos a los regímenes de desahucio contenidos en los decretos con fuerza de ley N° 1 (G) y N° 2 (I), ambos de 1968 y el decreto ley N° 2.049, de 1977, la opción de destinar la cantidad que se fije conforme a este artículo, a título de anticipo de desahucio, a la adquisición de acciones de propiedad de la Corporación de Fomento de la Producción, que esta ofrecerá con tal objeto. La determinación de dicho anticipo y la deducción del beneficio que les corresponda al momento del retiro se sujetarán a las normas siguientes: a) se considerará para estos efectos un mes de la última remuneración imponible al Fondo de Desahucio respectivo anterior a la fecha de la toma de razón por la Contraloría General de la República de la liquidación del beneficio, por cada año de imposiciones efectuadas a tal fecha, con un máximo de 24 mensualidades, respecto del personal que tenga 20 o más años de servicios imputables para el desahucio...”; en su letra b) dispone: “Del número de mensualidades que por concepto de desahucio les corresponda al momento del retiro, se deducirá el número de éstas que se hubieren utilizado en la determinación del monto a que se refieren las normas anteriores”.

Cuarto: Que, para mejor comprensión del asunto propuesto, es del caso consignar que el artículo 210 del decreto con fuerza de ley (G) N°1, de 1968, prevenía: “El desahucio consistirá en el pago de un mes de remuneración sobre las cuales se efectúen imposiciones a la Caja de Previsión de la Defensa Nacional, por cada año o fracción superior a seis meses de servicios efectivos válidos para este efecto, y hasta enterar un máximo de 24 mensualidades”. Esta franquicia indemnizatoria se determina en función del tiempo servido y la remuneración imponible.

Quinto: Que, en este contexto, considerando que los elementos que delimitan el desahucio son -como ya se dijo- el tiempo y la remuneración imponible, es a ellos a los que ha de estarse para determinar el sentido y alcance del artículo 6° de la Ley 18.747.

Sexto: Que del tenor del precepto antes referido se desprende que el legislador no autorizó a los funcionarios públicos, en este caso, al personal de las Fuerzas Armadas de Orden y Seguridad, para recibir dineros a cuenta de su desahucio, sino que les adelantó el beneficio correspondiente a un determinado lapso servido y el dinero en que se concretó, por imperativo legal, debió destinarse a la compra o adquisición de acciones de la Corporación de Fomento de la Producción. La correcta interpretación de la norma contenida de la letra b) del artículo 6° de la ley 18.747 conduce a concluir que cuando el precepto alude al número de mensualidades está haciendo referencia a los años de servicio considerados para el cálculo del anticipo, de modo que lo que cabe deducir de la liquidación definitiva es, precisamente, lo pagado, esto es, parte del desahucio a que tendrían derecho a la época del retiro, pero en el entendido que lo adelantado fue un número de años servidos, según liquidación al tiempo en que los interesados ejercieron el derecho a opción que les reconoció la ley N° 18.747, y no la suma dineraria que los representó.

Séptimo: Que la conclusión anterior se ratifica con el artículo 3° de la ley 18.747, pues contrario a lo sostenido por el recurrente, la indemnización por antigüedad a que tienen derecho los trabajadores regidos por el Código del Trabajo, nace para el dependiente en el evento que el término de la relación laboral obedezca a causales no imputables al afectado. Este resarcimiento se cuantifica en relación al tiempo laborado y a la última remuneración mensual devengada. Tratándose de trabajadores del sector público, regidos por esta norma -como lo ha resuelto esta Corte con anterioridad- tampoco se les anticipó dinero para efectos de adquirir acciones CORFO, sino que se les indemnizó un número de años trabajados para el empleador y ese concepto es el que corresponde descontar o deducir al término de los servicios. Así lo establece el artículo 10° transitorio del Código del Trabajo y, a diferencia de lo afirmado por el recurrente, no existe discriminación en relación a la situación que se revisa, pues en la hipótesis de esta regla, igualmente, debe descontarse el tiempo servido y pagado en forma anticipada y no la suma de dinero debidamente reajustada.

Octavo: Que, en fin, la Ley 18.747 tiene su origen en el denominado “capitalismo popular”, programa impulsado por el Gobierno de la época con el fin de privatizar empresa del Estado, cuyas acciones serían vendidas por la CORFO. La citada ley otorgó a los funcionarios

públicos la opción de destinar la cantidad que se fije conforme a esa normativa, a título de anticipo de desahucio, a la adquisición de acciones de propiedad de la Corporación de Fomento de la Producción, que esta ofreció con tal objeto. Si los trabajadores optaron por ella se les anticipó el desahucio a que tendrían derecho al momento del retiro de la institución, con el único fin de comprar acciones. En consecuencia, a la data del retiro, se le descuenta lo entregado por ese concepto-tiempo servido- utilizado en la determinación del monto pagado.

Noveno: Que el artículo 5° transitorio de la Ley 18.948, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, no hizo más que precisar la forma de liquidar el remanente de desahucio de aquellos funcionarios que ejercieron, en su oportunidad, la opción de compra a que se refiere el tantas veces citado artículo 6° de la ley 18.747, disponiendo que tendrán derecho a que el saldo del beneficio les sea liquidado de acuerdo con el número de años efectivos de servicios al momento de producirse el retiro y el relación con su última remuneración imponible, lo que en nada altera lo antes concluido.

Décimo: Que conforme a lo razonado ha de concluirse que la demandada realizó un cálculo correcto del desahucio que correspondía a los actores, por cuanto entendió anticipado el tiempo servido y solucionado, razón por la cual los demandantes carecen del derecho que reclaman.

Undécimo: Que, en estas condiciones, no cabe sino el rechazo del recurso de nulidad en estudio, toda vez que los sentenciadores asignaron a los artículos decisorio litis su real sentido y alcance.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 765, 766, 767, 768, 769, 783 y 785 del Código de Procedimiento Civil, **se rechaza, sin costas, el recurso de casación en el fondo** deducido por los demandantes a fojas 389, contra la sentencia de veintidós de octubre de dos mil siete, que se lee a fojas 385 y siguientes.

Regístrese y devuélvase.

N° 264-08.

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Patricio Valdés A., señora Gabriela Pérez P., Mi-

nistro Suplente señor Julio Torres A., y los Abogados Integrantes señores Roberto Jacob Ch., y Ricardo Peralta V. No firma el Abogado Integrante señor Peralta, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por estar ausente. Santiago, 14 de abril de 2008.

Autoriza el Secretario de la Corte Suprema, señor Carlos Meneses Pizarro.

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

Arturo Felipe Onfray Vivanco¹

RAÚL TAVOLARI OLIVEROS: *“Instituciones del Nuevo Procesal Penal”*. Editorial Jurídica de Chile, 2007, 440 páginas.

Permitaseme la licencia de comenzar con un recuerdo personal. El 24 de julio de 1996 presenté una ponencia relativa a la verificación de la proponibilidad de la acción, la fijación y la depuración de la litis, en el marco de una jornada de reflexión sobre los elementos para la preparación de un proceso civil eficaz. Con gran generosidad, Raúl Tavolari, aun sin conocerme personalmente, tuvo la delicadeza de aceptar ser el comentarista de mi trabajo, reflejando así su humanidad.

Han pasado los años y Raúl Tavolari no solamente ha seguido apoyando a quienes nos hemos vinculado con el Derecho Procesal sino que se ha convertido en uno de los más importantes representantes chilenos de la disciplina en el foro internacional, acortando el aislamiento propio de una posición periférica. Reflejo de ello es su actual cargo de Secretario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y la reciente publicación del Instituto Chileno de Derecho Procesal, coordinada por su discípulo Alejandro Romero Seguel, *“Estudios de Derecho en Homenaje a Raúl Tavolari Oliveros”*, con ocasión de sus treinta y cinco años de actividad docente en las cátedras de Derecho Procesal Civil y de Derecho Procesal Penal en la Universidad de Chile y en la Universidad de Valparaíso. Tal obra contó con la participación de granados cultores de la Ciencia Procesal iberoamericana, incluyendo, por

¹ .- ARTURO ONFRAY VIVANCO. Abogado Jefe del Departamento de Estudios del Consejo de Defensa del Estado y Profesor de Derecho Procesal de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Licenciado en Derecho y Educación, Magister en Sociología del Derecho (MA) y en Teoría del Derecho (LLM), miembro de los Institutos Chileno de Derecho Procesal e Iberoamericano de Derecho Procesal.

nombrar solamente a algunos, a Roberto Omar Berizonce, Manuel Ortells Ramos, Jairo Parra Quijano, Ada Pellegrini Grinover y Joan Picó y Junoy.

Su libro "*Instituciones del Nuevo Proceso Penal*" no es sino el reflejo de su experiencia, profundidad y, diría yo, amor por la ciencia procesal. En él se revisa el gran cambio que ha experimentado Chile con la reforma procesal penal, antecedente de una serie de otras transformaciones, que incluyen a la justicia de familia y laboral y las ya anunciadas modificaciones a la justicia civil y tributaria.

El autor, a la remembranza de la escuela socrática, analiza transversalmente la reforma procesal penal -a partir, fundamentalmente, de preguntas formuladas sobre la base de casos reales- a lo largo de las cuatro partes en que se divide el libro: (I) generalidades sobre el proceso penal, (II) la prueba en el proceso penal, (III) los sujetos y (IV) las medidas cautelares.

En la primera parte -generalidades sobre el proceso penal- se consideran los fenómenos de la seguridad ciudadana y del proceso penal en la sociedad del riesgo, para luego revisar el Código Procesal Penal chileno y la experiencia de su implementación.

Destaca -a propósito de los fenómenos de la seguridad ciudadana y del proceso penal en la sociedad del riesgo- la existencia de un desafío cultural en la reforma procesal penal, el que resulta de la necesidad de armonizar los valores jurídicos de la libertad y de la seguridad. Tal desafío demanda fortalecer la seguridad pública a partir de la existencia de un proceso penal de garantías, en concordancia con un sistema democrático y republicano respetuoso del Estado de Derecho. A tal tarea deben sumarse la profesionalización y delimitación del trabajo policial y el armonizar, en la perspectiva procesal, las nociones del derecho procesal mínimo y de acto antes que de autor y la del derecho penal como última *ratio*, con las ideas de la seguridad ciudadana y de la presunción de inocencia, a la cual el autor prefiere denominar principio de inocencia.

A la hora de revisar el Código Procesal Penal, el autor analiza las bases del nuevo sistema procesal, en lo orgánico y en lo funcional. Tal ejercicio permite advertir al lector el profundo cambio que supone un nuevo proceso penal en Chile, con su organicidad -constituida por los tribunales penales (juzgados de garantías y tribunales orales en lo penal), el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública, actores que constituyen la trílogía estructural del nuevo sistema procesal penal- y su dimensión funcional, la cual incorpora importantes instituciones procesales, entre ellas los mecanismos de solución

temprana de los asuntos (los acuerdos reparatorios, el archivo provisional, el principio de oportunidad y la suspensión condicional del procedimiento).

Los antecedentes aportados por una Comisión de Expertos de amplia representación política indican que el proceso de la reforma procesal penal en Chile ha sido muy exitoso en diversos aspectos tales como el calendario de implementación, la instalación de las instituciones, la implementación de la oralidad, el resguardo del debido proceso y de los derechos de las personas, la consideración de la situación de la víctima, la eficiencia y la eficacia del sistema, la transparencia y la atención al público.

En la segunda parte del libro -la prueba en el proceso penal- se revisan, en el orden que se indica, la declaración de testigos en la investigación, como condición para su testimonio en el juicio oral; la prueba pericial por videoconferencia; la prueba ilícita; el testimonio policial de oídas; las competencias probatorias y los deberes del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal; las atribuciones del tribunal que conoce del recurso de nulidad, en relación a los hechos consignados en la sentencia; y las posibilidades de investigar que tiene la defensa en el nuevo sistema procesal penal.

A partir de un fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, el cual acogió un recurso de nulidad entablado por la defensa en contra de la sentencia de un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal que había dictado sentencia condenatoria, sobre la base de prueba en la que figuraba el testimonio de dos funcionarios de Carabineros de Chile y de las dos víctimas, todos los cuales no habían prestado declaración ante el Ministerio Público, durante la investigación, el autor analiza la declaración de testigos en la investigación, como condición para su testimonio en el juicio oral, concluyendo que la referida sentencia *“altera y distorsiona principios del enjuiciamiento penal y, definitivamente, no se ajusta a la filosofía sobre la que opera el nuevo régimen procesal vigente”*.

Una autorización del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama en orden a que una perito prestara su declaración a través de una videoconferencia, permite al autor revisar la procedencia de esta forma probatoria en el nuevo proceso penal, a cuyo respecto señala que dado que ella es una modalidad de comunicación integral, interactiva y sincrónica, *“admitir y ponderar una prueba pericial producida a través de videoconferencia no infringe garantía constitucional alguna y no importa incurrir en la causal de anulación prevista en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal”*.

En la revisión de la prueba ilícita, Raúl Tavolari considera el estado de situación de la misma y denuncia la aparición de un proceso lamentable,

según indica, “*encaminado a relativizar la dureza del principio de exclusión de prueba obtenida con vulneración de garantías y derechos constitucionales, para concluir que, bajo determinados supuestos, el ordenamiento permita su valoración*”.

A propósito de un recurso de nulidad de la defensa destinado a restarle valor probatorio a las declaraciones de los funcionarios policiales ante los cuales declaró el acusado, por dudar de la credibilidad de las mismas, se revisa el testimonio policial de oídas, indicándose que “*es posible que terceros atestigüen en juicio lo que escucharon decir al imputado, sin que ello represente infracción constitucional alguna. Si se trata de agentes estatales, para calificar la situación es necesario atender a la eventual amenaza a la libertad del sujeto declarante que resulte de las circunstancias específicas que rodearon la declaración*”.

Son los “*problemas suscitados en los juicios orales cuando en ellos se promueve discusión referida a la procedencia de la prueba cuya producción ha dispuesto el auto de apertura dictado por el juez de garantía*”, lo que lleva al autor a considerar las competencias probatorias y los deberes del Tribunal de Juicio Oral, concluyendo que “*un Tribunal de Juicio Oral que abre debate sobre el rechazo de prueba ya aceptada por el juez de garantía, o sobre su licitud, previamente admitida por dicho juez, o finalmente sobre cualquiera otra mención del auto, no sólo actúa fuera de su competencia, en términos jurídicamente inaceptables, sino, además, vulnera la autoridad de cosa juzgada de que está revestido el mismo auto, por su condición de firme o ejecutoriado*”.

Frente a un recurso de nulidad acogido por la Corte de Apelaciones de Temuco, el cual nace de la convicción de la Corte de no encontrarse acreditadas las circunstancias fácticas que la ley penal emplea para tipificar el delito de robo con fuerza en las cosas, se analizan las atribuciones del tribunal que conoce del recurso de nulidad en relación a los hechos consignados en la sentencia, consignándose que “*determinar los hechos que resultan o no acreditados en el juicio oral es atribución exclusiva y excluyente del Tribunal de Juicio Oral*”.

Las posibilidades de investigar que tiene la defensa en el nuevo sistema procesal penal chileno son analizadas también por Raúl Tavolari, quien concluye que “*el abogado, público o privado, al que la Constitución Política le entrega la tarea de llevar a cabo la promesa de garantía de la defensa jurídica, tiene no sólo la posibilidad jurídica, sino el deber ético y legal de averiguar los hechos y determinar los medios con los que podrá probar en el*

juicio: esta tarea constituye una investigación que, por la diferente finalidad a la que apunta, no reemplaza ni puede confundirse con la que privativamente debe desarrollar el Ministerio Público”.

En la tercera parte del libro -los sujetos- se pasa revista a temas tan relevantes como lo son los reproches defensivos a los “*vicios formales*” de la acusación; los estándares de actuación de la defensa penal; el derecho del Ministerio Público a un debido proceso; el juez de garantía; la situación de la víctima del delito en el proceso penal; el principio de inocencia y la destitución de jueces; los desafíos actuales de la Policía; los fiscales, defensores y jueces; y las consideraciones históricas y dogmáticas sobre el desafuero de los parlamentarios.

La Corte de Apelaciones de Punta Arenas en un fallo ha mantenido un sobreseimiento definitivo, dictado en aplicación de lo señalado en el artículo 270 inciso 3° del Código Procesal Penal, como consecuencia de la negativa del Ministerio Público a modificar la petición de pena consignada en su acusación, accediendo a una solicitud de la defensa en orden a que se efectuara tal cambio por constituir un “*vicio formal*” de la acusación. A propósito de tal reproche defensivo a los “*vicios formales*” de la acusación señala Raúl Tavolari que, constitucional y legalmente, corresponde al Ministerio Público, y a otras personas que señala la ley, entre las que no figuran los órganos jurisdiccionales, ejercer y sustentar la acción penal. En consecuencia, “*comete gravísima falta y abuso judicial el juez de garantía -y los jueces superiores que lo respaldan- que, arrogándose atribuciones que constitucional y legalmente son privativas del fiscal, intenta, o en los hechos impone, que este cambie su petición de penalidad*”.

El autor presenta, a continuación, detalladamente y a través de las distintas etapas del proceso los estándares de actuación de la defensa penal; esto es, los “*parámetros de conducta profesional, con arreglo a los cuales se medirá la calidad e idoneidad del trabajo profesional de quienes presten tal defensa pública*”.

A propósito del derecho del Ministerio Público a un debido proceso, concluye que “*es procedente que el Ministerio Público deduzca recurso de nulidad fundado en el desconocimiento del señalado deber constitucional por parte del órgano de la jurisdicción que, correlativamente, importa un desconocimiento de una garantía/derecho que como litigante procesal penal tiene reconocida*”.

El autor estudia, a continuación, el rol del juez de garantía, en particular en cuanto cautelador de los derechos de las personas. Tal competencia

conservadora en función del imputado puede ser ejercida antes de la judicialización o bien después de la formalización.

La situación de la víctima del delito en el proceso penal es objeto de una preocupación particular en cuanto el Código Procesal Penal la ubica como una persona que merece la atención y protección del sistema de justicia penal, razón por la cual los órganos de la prosecución penal tienen el deber de asistirle y proporcionarle la información necesaria para que adopte las decisiones que estime pertinentes para el adecuado resguardo de sus intereses, sin perjuicio de la posibilidad de actuaciones directas durante el desarrollo del proceso penal. Una especial referencia se hace a la víctima colectiva, considerada en el artículo 111 del Código Procesal Penal.

A propósito del requerimiento en contra de un juez por conducir en estado de ebriedad el autor verifica si se está ante una causal de expiración de sus funciones, de acuerdo a lo señalado en el artículo 332 N° 1 del Código Orgánico de Tribunales; y si la circunstancia de suspenderse, de conformidad con el artículo 398 del Código Procesal Penal, una eventual sentencia condenatoria importaría incurrir en la causal de cesación ya mencionada, en relación con los numerales 5° y 6° del artículo 256 del Código Orgánico de Tribunales. Raúl Tavorlari opta por considerar a las normas de los artículos 256 N°s 5 y 6 y 332 N° 1 del Código Orgánico de Tribunales como expresiones del derecho sancionatorio y, como tales, amparadas por el principio de inocencia, el principio de reserva legal y el criterio hermenéutico del *in dubio pro reo*. A ello, agrega que “*la suspensión de los efectos de la sentencia condenatoria, decretada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 del Código Procesal Penal, impide que el fallo cuya vigencia queda sujeta a una condición resolutoria, consistente en que no se formule nuevo requerimiento al sujeto ni se formalice una investigación penal en su contra en el lapso de la suspensión, sirva de base o fundamento de sanciones, en tanto no haya transcurrido el período de la suspensión*”.

El autor explora los desafíos actuales de la Policía -a cuyo respecto sugiere, entre otros aspectos, la necesidad de incorporar un modelo de policía comunitaria (o de proximidad)- y luego la situación de los fiscales, defensores y jueces en el actual sistema procesal penal.

Concluye esta parte del libro con una serie de consideraciones históricas y dogmáticas sobre el desafuero de los parlamentarios con una revisión crítica de un fallo de la Corte de Apelaciones de Rancagua, el cual, según indica el autor, incurre en numerosas insuficiencias al momento de establecer los requisitos que deben concurrir para que se pueda otorgar el desafuero.

En la cuarta parte del libro -medidas cautelares- se analiza la evolución de las medidas cautelares alternativas y la posibilidad de las medidas cautelares en el procedimiento simplificado. En cuanto a lo primero, el autor destaca que la ampliación de tales medidas resulta en un desafío para la dogmática procesal, la cual frente a la prisión preventiva reconoce una serie de otras medidas, las cuales son de mayor importancia práctica que la primera e incluyen, en orden de frecuencia decreciente, la presentación ante el juez u otra autoridad, el arraigo, la prohibición de acercarse a la víctima, la prohibición de visitar lugares, el arresto domiciliario, la sujeción a vigilancia, la prohibición de comunicarse, la prohibición de asistir a reuniones y la obligación de salir de la morada. En cuanto a lo segundo, Raúl Tavolari considera “*que no es posible imponer medidas cautelares en el procedimiento simplificado*”, considerando para ello que toda norma que autorice limitaciones a la libertad debe ser interpretada restrictivamente y el que las normas que autorizan la disposición de medidas cautelares personales en contra del imputado exigen que ello ocurra una vez formalizada la investigación, no existiendo esta etapa en el procedimiento simplificado y considerando que el requerimiento no constituye una formalización.

La lectura de este libro nos confirma el gran impacto de la reforma procesal penal, lo que habla de una dimensión dinámica del derecho, la que, normalmente, fue poco considerada en Chile ya que, en oposición a la evolución de las tecnologías, el derecho nacional se abrazó a cuerpos legales más que centenarios. El asumir tal realidad de quietud jurídica como un paradigma de nuestra cultura de pronto comenzó a ser desafiado por la aparición de nuevas instituciones, lejanas a la insular realidad nacional. Era el hado inevitable del impacto de las evoluciones recientes de los sistemas jurídicos, en particular en el ámbito del acceso a la justicia y de la constitucionalización e internacionalización del derecho. Tales derroteros -sumados, en este caso, a la urgencia de los problemas de la justicia penal- permitieron la aparición de respuestas tan profundas como la reforma procesal penal.

El autor revisa la referida reforma con la claridad y la profundidad que le son habituales, reuniendo exitosamente en este volumen textos pertenecientes a diferentes épocas. Se trata de un logrado esfuerzo de sistematización, sin perjuicio de la necesidad de considerar la conveniencia de mantener ciertas discusiones o referencias que, al día de hoy, han perdido actualidad.

Sin duda el presente libro es una importante contribución a la ciencia procesal en Chile. Es una obra rigurosa en lo científico y testimonial de un proceso histórico y de los desafíos que su implementación ha planteado. La ciencia y la realidad se combinan armoniosamente en el texto. No estamos

en el cielo de los conceptos -que denuncia Ihering en “*Jurisprudencia en Broma y en Serio*”- sino en la armónica equidistancia entre práctica y teoría. Bien hace, entonces, a la comunidad de lectores de obras jurídicas esta reimpresión de la primera edición de “*Instituciones del Nuevo Proceso Penal*”, de Raúl Tavolari.

