Oficio N° 31

INFORME PROYECTO LEY 8-2008

Antecedente: Boletín Nº 5671-07

Santiago, 30 de enero de 2008

Por Oficio Nº 7212, de 03 de enero de 2008, el Presidente de la H. Cámara de Diputados, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 16 de la ley Nº 18.918 y 77 de la Constitución Política de la República, ha recabado la opinión de esta Corte respecto del proyecto de ley recaído en el Boletín Nº 5671-07, que modifica las disposiciones que indica estableciendo un nuevo régimen respecto del curador ad-litem.

Impuesto el Tribunal Pleno sobre el proyecto señalado, en sesión del día 25 de enero de 2008, presidida por el titular don Urbano Marín Vallejo y con la asistencia de los Ministros señores Marcos Libedinsky Tschorne, Ricardo Gálvez Blanco, Nibaldo Segura Peña, Adalis Oyarzún Miranda, Jaime Rodríguez Espoz, Rubén Ballesteros Cárcamo, Sergio Muñoz Gajardo, señora Margarita Herreros Martínez y señores Juan Araya Elizalde, Patricio Valdés Aldunate, Héctor Carreño Seaman y Pedro Pierry Arrau, señora Gabriela Perez Paredes, Sonia Araneda Briones, señor Carlos Künsemüller Loebenfelder acordó informar el proyecto, formulando las siguientes observaciones:

AL SEÑOR
PRESIDENTE
H. CAMARA DE DIPUTADOS
PATRICIO WALKER PRIETO
VALPARAISO

I. Aspectos Formales

En primer término corresponde destacar la impropiedad que se advierte del proyecto de que se trata, específicamente en su consideración novena cuando, al hacer referencia a la norma procesal penal, menciona al “Código de Procedimiento Penal”. Similar error se advierte en la frase introductoria del artículo 2° del proyecto de ley, cuando al referirse al Código Procesal Penal, en su artículo 11 expresa “Introdúcense las siguientes modificaciones al Código de Procedimiento Penal.”.

Según se aprecia, la finalidad que se ha tenido a la vista por los miembros de la Cámara de Diputados es fortalecer la defensa de los incapaces en cuanto a que éstos sean debidamente representados. Es así como se indica que, si bien la ley N° 19.968 -en su artículo 19- se refiere a que el juez de familia debe cautelar debidamente los intereses de “niños, niñas, adolescentes, o incapaces, ”, designando a un curador ad litem para que los represente en los asuntos de su competencia, y también el Código Procesal Penal, en su artículo 459, al tratar de los sujetos inimputables por enajenación mental, dispone que al imputado que padece de enajenación mental se le designará un curador ad litem y que el artículo 108 del mismo cuerpo legal señala a quienes se considera como víctima u ofendido por el delito y, más aún, el mismo Código Procesal Penal -en su artículo 6° inciso primero-, se refiere expresamente a la protección de la víctima, no es menos cierto, en opinión de los señores parlamentarios que debe perfeccionarse la normativa del Código Civil “estableciendo los supuestos de nombramiento del curador ad litem, para todos los procesos en que puedan verse afectados los derechos de los niños, niñas y adolescentes”.

Asimismo, se propicia adecuar las normas “del Código de Procedimiento Penal” (sic), estableciendo de manera expresa la obligación del señor Juez de Garantía de propugnar la designación de un

curador en los casos en que concurran los supuestos establecidos en el Código Civil.

II. Contenido del proyecto

A.- Artículo 494 del Código Civil

En lo que concierne a esta Corte, como se ha dicho inicialmente, se le solicita su informe acerca de dos modificaciones contenidas en el proyecto de ley, esto es, la de los artículos 494 del Código Civil y 111 del Código Procesal Penal.

La primera modificación, cuyo informe se solicita a este máximo tribunal, tiene por objeto incorporar determinados requisitos de carácter no copulativos que deben concurrir para estar en presencia de un curador ad litem; la forma en que el nombramiento debe efectuarse y, la mención en cuanto al efecto que produce la resolución que dispone el nombramiento del citado representante legal, esto es, que ella exime del trámite del discernimiento.

Para lograr la finalidad expresada, esta indicación propone reemplazar el artículo 494 del Código Civil, de la siguiente manera:

Texto actual	Texto modificado
Artículo 494.- Las curadurías especiales son dativas. Los curadores para pleito o ad litem son dados por la judicatura que conoce en el pleito, y si fueren procuradores de número no necesitarán que se les discierna el cargo.	*Artículo 494.- Las curadurías especiales son dativas. Los curadores para pleito o ad litem son aquellos dados por la judicatura en todos los juicios en que intervengan incapaces, concurriendo alguno de los siguientes supuestos:*

	1. Cuando no tuviere representante legalmente constituido. *2. Cuando teniéndolo tuviere un interés independiente o contradictorio con éste.* *3. Cuando fuere víctima de actos culpables o dolosos cometidos por su representante.* *4. En los demás casos previstos por la Ley, y sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales.* *El nombramiento podrá efectuarse de oficio por el Juez, a solicitud del incapaz o por cualquier persona capaz de comparecer en juicio, debiendo éste recaer en la persona que el juez prudencialmente estime conveniente.* *La resolución que dispone el nombramiento, eximirá del trámite del discernimiento.*

B.- Artículo 111 del Código Procesal Penal

Una segunda modificación, ubicada dentro del párrafo 7° denominado “el querellante”, está referida al artículo 111 del Código Procesal Penal (erróneamente denominado Código de Procedimiento Penal), por medio de la cual se pretende incorporar al artículo un nuevo inciso que pasaría a ser el inciso segundo, el que sería del siguiente tenor:

Texto actual	Texto modificado
Artículo 111.- Querellante. La querella podrá ser interpuesta por la víctima, su representante legal o su heredero testamentario. También se podrá querellar cualquier persona capaz de parecer en juicio	*Artículo 111.- Querellante. La querella podrá ser interpuesta por la víctima, su representante legal o su heredero testamentario.* *En caso que la víctima fuere menor de edad y se encontrare en alguno de los*

domiciliada en la provincia, respecto de hechos punibles cometidos en la misma que constituyeren delitos terroristas, o delitos cometidos por un funcionario público que afectaren derechos de las personas garantizados por la Constitución o contra la probidad pública. Los órganos y servicios públicos sólo podrán interponer querella cuando sus respectivas leyes orgánicas les otorguen expresamente las potestades correspondientes.	*supuestos del artículo 494 del Código Civil, deberá el juez nombrarle un curador ad litem, debiendo recaer dicho nombramiento, en lo posible, en abogados de instituciones públicas o privadas especializadas en la protección y promoción de sus derechos. En estos casos no tendrá lugar lo dispuesto en el artículo 852 del Código de Procedimiento Civil.* *También se podrá querellar cualquier persona capaz de parecer en juicio domiciliada en la provincia, respecto de hechos punibles cometidos en la misma que constituyeren delitos terroristas, o delitos cometidos por un funcionario público que afectaren derechos de las personas garantizados por la Constitución o contra la probidad pública.* *Los órganos y servicios públicos sólo podrán interponer querella cuando sus respectivas leyes orgánicas les otorguen expresamente las potestades correspondientes.*

III. Conclusión

Esta Corte considera que el sistema legal actual, mediante el Código Civil, como el Código Procesal Penal, y al igual que la Ley N° 19.968, de Familia, regula de manera íntegra y acabada la representación de los incapaces.

La figura del curador ad litem es de muy antigua data. En efecto, en la Siete Partidas de Alfonso, (Alonso), El Sabio, se lee en la Ley 18 del Título XVI de la Partida Quinta: "Tutela tanto quiere decir en latín, como guarda en romance, que es dada é otorgada al huérfano libre

menor de 14 años, é á la huérfana menor de 12 años, que non se puede nin sabe amparar. Esta guarda la concede el derecho a los tutores sobre los menores, aunque no la quieran, o no la pidan. Si a algún menor le moviesen pleito de servidumbre, el juez puede darle un guardador para que le defienda, tanto su persona como sus bienes, y no para una cosa solamente".

Que, en el mismo orden de ideas, cabe tener presente que es un principio del derecho el evitar conflictos de intereses entre representados y representantes o entre los titulares de un derecho y quienes los administran. Así, en el derecho comparado se puede citar el artículo 291 del Código Civil español que señala: " Son aplicables a los curadores las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores". Por su parte, el artículo 244 del mismo texto legal, expresa: "Tampoco pueden ser tutores. N°4: Los que tuvieren importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado."

De igual manera, el artículo 424 del Código Civil italiano, refiriéndose a la tutela del interdicto e inhabilitado señala que a éstas se les aplica las normas relativas a la tutela del menor y. por su parte, el artículo 347 del referido Código, expresa que de existir un conflicto de intereses entre el menor y el tutor, se le debe designar al menor un curador especial.

Finalmente, en el orden americano es útil hacer presente lo que dispone el Código Civil Peruano en su artículo 606: "CURATELA ESPECIAL.- Se nombrará curador especial cuando: 4°: Los intereses de los sujetos a tutela o a curatela estén en oposición a los de sus tutores o curadores, o a los otros menores o incapaces que con ellos se hallen bajo un tutor o curador común".

El principio recién señalado no es desconocido por el ordenamiento jurídico chileno. En efecto, numerosas normas jurídicas lo aplican. Por ejemplo, dentro del mandato se prohíbe a los mandatarios por sí o por interpuesta persona, comprar las cosas que el mandante le ha ordenado vender, ni vender lo de lo suyo al mandante lo que éste ha ordenado comprar (Art. 2444 del Código Civil).- Así también, frente al

conflicto de intereses, hace al comodatario responsable incluso del caso fortuito, (artículo 2178 N°3 del Código Civil). Y finalmente, el artículo 2092 del Código Civil, establece que "Si un socio que administra es acreedor de una persona que es al mismo tiempo deudora de la sociedad, y si ambas deudas fueren exigibles, las cantidades que reciba en pago se imputarán a los dos créditos a prorrata, sin embargo de cualquiera otra imputación que haya hecho en la carta de pago, perjudicando a la sociedad.

En materias de guardas la doctrina está conteste en el sentido que, cuando ocurre un conflicto de intereses, entre incapaz y su representante, es preciso nombrar un curador especial para que represente al primero, y en tal caso dicho guardador toma el nombre de curador ad litem. (Somarriva, Derecho de Familia, ya citado, N°680).

En efecto, el destacado tratadista, profesor Claro Solar en su obra Derecho de Familia y el profesor Somarriva, señalan que las guardas tienen por objeto velar por la persona y los intereses de los incapaces. Es así como la doctrina está conteste en manifestar que las tutelas y curadurías son “instituciones de orden público, aunque sean de derecho privado”. El profesor Alessandri expresamente indica que las disposiciones que reglamentan las guardas, como dicen relación con los derechos de familia, son de orden público y no pueden ser modificadas, en consecuencia, por la voluntad de las partes. Precisa -el profesor Somarriva- que cuando ocurre un conflicto de intereses entre un incapaz y su representante, es preciso nombrar un curador especial para que represente al primero y, en tal caso, dicho guardador toma el nombre de curador ad litem.

De lo que se lleva expuesto y, en especial del tenor de las normas tanto del Código Civil - artículo 494 -, como del Código Procesal Penal – artículo 459 – y del artículo 19 de la Ley N°19.968 de Familia, toda esta señalada normativa, interpretada armónicamente, precave la debida representación del incapaz, por lo que se estiman innecesarias las modificaciones propuestas en el proyecto de que se trata.

Especial mención debe hacerse, también, que esta Corte, por oficio de 12 de junio del año recién pasado, y en respuesta a un oficio del Sr. Presidente del Senado de la República del 2 de mayo del mismo año, hizo presente su opinión acerca de la moción destinada a introducir en el Código Procesal Penal los nuevos artículos 78 bis, 157 bis y 226 bis. En la referida comunicación de junio de 2007 (oficio N° 182), ya se hizo referencia a la figura de curador ad litem al referirse a las normas de los artículos 411 bis y 411 quater del Código Penal y 111 y 459 del Código Procesal Penal.

Finalmente, esta Corte estima que el artículo 494 que se ha propuesto en el presente proyecto de ley, la expresión ubicada en su último inciso y que reza: "la resolución que dispone el nombramiento, eximirá del trámite del discernimiento"; es también del todo innecesaria. Ello es así, puesto que si el discernimiento de acuerdo al artículo 373 es el "decreto judicial que autoriza al tutor o curador para ejercer su cargo", no tiene sentido hablar de ese trámite cuando el nombramiento ha sido, precisamente, ordenado por el juez, razón por la cual tal expresión estaría demás.

Se deja constancia que dos señores Ministros plantearon la improcedencia del informe solicitado, toda vez que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 77 de la Carta Fundamental, disposición que se cita en el oficio por el cual la Cámara de Diputados requiere opinión a esta Corte, no se está, en el presente caso, frente a un asunto que incida en una materia propia de Ley Orgánica Constitucional del Poder Judicial. En efecto, la regulación propuesta no atañe a aspectos orgánicos, ni tampoco se asocia a atribuciones básicas del Poder Judicial, que es el ámbito de reserva que el Constituyente le ha asignado a su ley orgánica constitucional. Lo anterior tiene implicancias significativas, puesto que, en cada oportunidad en que se emita un informe en torno a un proyecto de ley que luego es aprobada y sus normas se incorporan al orden jurídico, la opinión que se haya expresado por la Corte Suprema será invocada como un criterio de hermenéutica en su futura aplicación. Con todo, y sin perjuicio de que se emita en esta oportunidad

u otra, opinión por este máximo Tribunal en torno a un proyecto de ley que regule una materia que no es propia de la ley orgánica constitucional a que se refiere el artículo 77 de la Constitución Política de la República, debiera hacerse presente esa circunstancia y emitir el informe dejando constancia de que se evacua en respuesta a lo solicitado por la rama del Congreso Nacional respectiva al margen del procedimiento regulado en el precepto constitucional citado.

Es todo cuanto puedo informar

Dios guarde a V.E

Urbano Marín Vallejo
Presidente

Carola Herrera Brümmer
Secretaria Subrogante