

# INFORME EN DERECHO. DESAFUERO CIVIL DE LOS MINISTROS DE ESTADO

FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA\*

**Informe presentado a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en la solicitud de desafuero del Ministro de Transportes, Telecomunicaciones, René Cortázar Sanz.**

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado con motivo del examen de la solicitud de desafuero del Ministro de Transportes y Telecomunicaciones, solicita opinión sobre dos aspectos: primero el sentido y alcance del numeral 2 del artículo 53 de la Constitución Política de la República y segundo el desarrollo histórico de esta atribución exclusiva del Senado.

A efectos expositivos nuestra opinión se desagrega: primero en una sumaria referencia histórica de la atribución exclusiva del Senado, segundo una referencia a la naturaleza del desafuero civil de los Ministros del Estado y tercero un compendio de conclusiones sobre las materias analizadas.

## I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS ACERCA DEL DESAFUERO CIVIL DE LOS MINISTROS DE ESTADO

La Constitución Moralista de 1823 establece el primer antecedente del denominado desafuero civil de los Ministros de Estado, al disponer: “artículo 26. Para hacer efectiva la responsabilidad de un Ministro actual, declara el Senado si ha lugar a la formación de causas, juzgándole después la Corte Suprema de Justicia bajo principios de prudencia y discreción sobre lo puramente ministerial”, lo que es concordante con la competencia de excepción de la Corte Suprema de Justicia establecida en el artículo 146 de la misma Carta.

Ciertamente la declaración de “insubsistencia” de la Constitución Moralista de 1823 debilita el carácter de fuente material o ideológica de las torales Constituciones de 1828 y 1833 delineando esta última el instituto del desafuero civil de los Ministros del Estado. El artículo 86 de la Consti-

---

\* Abogado, Universidad de Chile. Profesor de derecho Constitucional, Universidad de Chile.

tución Liberal de 1828 establece un principio de responsabilidad de los Ministros secretarios de Estado por los decretos que firman. La Constitución Conservadora de 1833 delinea el instituto del desafuero civil de los Ministros de Estado en los artículos 99 y 100, usando fórmulas que son recogidas más tarde por la Constitución Democrática de 1925 en su artículo 42, N° 2 que dispone: “Son atribuciones exclusivas del Senado:... decidir si ha o no lugar la admisión de las acusaciones que cualquier individuo particular presente contra los Ministros con motivo de los perjuicios que pueda haber sufrido injustamente por algún acto de éstos, según los mismos procedimientos del número anterior”. Un jurista de la talla de Jorge Huneeus comentando los artículos 99 y 100 de la Carta Pelucona, a pesar de la imperfección del lenguaje del constituyente al referir que los ministros puede ser “acusados”, entiende que se trata de una acción civil reparatoria, puesto que el “...objeto es obtener el pago de los perjuicios sufridos” (“La Constitución ante el Congreso”, Tomo II, pp. 206-208).

La Constitución vigente en cambio en el artículo 53 N° 2 establece como atribución exclusiva del Senado: “si ha o no lugar la admisión de las acciones judiciales que cualquier persona pretende iniciar en contra de algún Ministro de Estado, con motivo de los perjuicios que pueda haber sufrido injustamente por acto de éste por desempeño de su cargo”. En nuestro medio el jurista Alejandro Silva Bascañán, apegado a una regla hermenéutica de raíz originalista ha examinado el alcance de los cambios introducidos por el constituyente en relación a los antecedentes históricos de la Constitución de 1833 y 1925 (“Tratado de Derecho Constitucional”, segunda edición pp. 218-229).

A nuestro juicio la lectura de la norma del artículo 53 N° 2 de la Constitución desde coordenadas originalistas es muy limitada en sus alcances, por lo que más bien resulta de utilidad el análisis teórico constitucional asilado en una regla sistemático-finalista y contextual del instituto del desafuero civil de los Ministros de Estado.

## II. NATURALEZA DEL DESAFUERO CIVIL DE LOS MINISTROS DE ESTADO

El principio de responsabilidad del Estado y de sus agentes es basal a la definición de la forma política del Estado como República democrática recogida en el artículo 4° de la Constitución y es una buena medida del republicanismo imperante. Con todo subsisten resabios monárquicos en las formas republicanas, una de cuyas expresiones es la irresponsabilidad civil del Presidente de la República por actos expedidos en el ejercicio del cargo, transfiriéndose esta responsabilidad por actos expedidos en el desempeño

del cargo a los Ministros de Estado, en que la “firma-refrendo” puesta en actos estatales permite tal transferencia.

La Constitución a partir de la decisión acerca de la forma política republicana democrática de Estado y de la decisión acerca de la forma jurídica política de Estado de Derecho, fija un plexo de responsabilidades en el ejercicio del poder estatal y de sanciones o nulidades para corregir o reintegrar el ordenamiento jurídico. La mencionada pluralidad de responsabilidades está ligada a las decisiones anotadas acerca de cómo se organiza el Estado y a una concepción del Estado, que subordina el sistema de potestades a un conjunto de fines y deberes de bien común, enderezados al pleno desarrollo de la persona humana, y con pleno respeto de sus derechos y garantías. En este contexto es posible distinguir la responsabilidad del Estado en cuanto a sujeto (Estado Fisco y personificaciones estatales) de la responsabilidad de los agentes del Estado. La responsabilidad del Estado en cuanto sujeto o persona jurídica de derecho público es de carácter patrimonial y se proyecta a sus funciones legislativas, administrativas y judiciales. La responsabilidad de los agentes del Estado puede ser política, constitucional, civil, penal ministerial, administrativa, sin perjuicio de las responsabilidades de derecho común civil y penal (L. Duguít “Manual de Derecho Constitucional”, 2ª edic., pp.512-520, ídem G. Jellinek “Teoría General del Estado”, pp. 594-595, ídem H. Kelsen “Teoría General del Estado”, pp. 371-372).

La responsabilidad política de los agentes del Estado pueden ser directa o indirecta, lo que está en estrecha dependencia del mecanismo de legitimidad democrática presente en la conformación de los órganos políticos de dirección del Estado. Tratándose de regímenes parlamentarios (fundados en un principio de separación flexible de poderes) la responsabilidad política es directa dada la relación fiduciaria de Gobierno frente al Parlamento, en especial la Cámara Baja de este instrumentándose a través de la censura o confianza; y en regímenes presidenciales o presidencialistas (fundados en un principio de separación rígida de poderes) en que el Gobierno y Congreso Nacional tienen legitimidades democráticas que arrancan directamente de la confianza que el cuerpo electoral deposita en sus integrantes, tal responsabilidad política es indirecta y conecta con las elecciones periódicas que permiten privar o renovar de la confianza mayoritaria del electorado.

La responsabilidad constitucional de los agentes del Estado está taxativamente establecida en la Constitución en el artículo 52 Nº 2 y 53 Nº 1 y se hace efectiva a través de la acusación del juicio político; instituto que arranca del *impeachment* anglosajón y que persigue una responsabilidad jurídica a través de un instrumento de “justicia política”, que deja subsistentes eventuales responsabilidades civiles o penales en caso de declaración de culpabilidad del funcionario acusado por el Senado.

La responsabilidad civil de los agentes del Estado establecida por la Constitución es subjetiva, personal y de carácter subsidiaria como ocurre con la responsabilidad del funcionario público con motivo de responsabilidad patrimonial del Estado Administrador (artículo 38 inciso 2° C.P.R. y artículo 42 de la Ley N° 18.575 orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado). Una modalidad de esta responsabilidad es la que se persigue de funcionarios públicos cuentadantes por la infracción de legalidad en el empleo o inversión de recursos públicos través del juicio de cuentas por un tribunal especial de doble instancia: el Tribunal de Cuentas residenciado orgánicamente en Contraloría General de la República (Ley N° 10.336).

La responsabilidad penal ministerial de los agentes del Estado arranca de la tipificación de inconductas graves en la ley penal como delitos cometidos en ejercicio de funciones públicas.

Finalmente, la responsabilidad administrativa de los agentes del Estado surge de la infracción de normas estatutarias acerca del desempeño de la función pública como son prohibiciones e inhabilidades.

En este contexto especial interés tiene el instituto del desafuero civil de los Ministros del Estado, ya que establece un principio de responsabilidad civil especial y único, sobre el cual amerita detenerse. Según dispone el citado N° 2 del artículo 53 de la Constitución al Senado le compete: “Decidir si ha o no lugar la admisión de acciones judiciales que cualquier persona pretenda iniciar en contra de algún Ministro de Estado, con motivo de los perjuicios que pueda haber sufrido injustamente por acto de éste en el desempeño del cargo”; de lo cual podemos colegir que se trata de una responsabilidad civil especial y única, reconducible al género de responsabilidad civil extracontractual, por lo que debe reunir los requisitos básicos de culpa, nexo causal específico y directo, y daño o perjuicio injusto. Esta caracterización primaria arranca de la norma citada al referir la declaración de admisibilidad a las “acciones judiciales” del tipo civil reparatorias del daño injusto, en la que el solicitante o sujeto activo del desafuero debe tener un derecho subjetivo o interés comprometido y en que el sujeto pasivo debe ser Ministro de Estado, por actos en el desempeño del cargo. En materia penal ministerial o funcionaria el Ministro de Estado se somete al derecho común procesal penal.

Ahora bien, sobre este particular el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de 19 de marzo de 1991 consigna una, a nuestro juicio insatisfactoria, definición acerca de la naturaleza de este instituto: “un procedimiento que contempla el pase o permiso previo del Senado, destinado a allanar el fuero de los ministros de Estado, con el exclusivo objeto de permitir a los particulares perseguir ante los tribunales ordinarios de justicia la responsabilidad civil que pudiere haber a los secretarios de Estado por algún acto de éstos en el desempeño de sus cargos”

(anexo Gaceta Jurídica Nº 129, 1991). El contenido de este informe fue ampliamente debatido en la sesión 3ª ordinaria, de 6 de junio de 1991 del Senado (*El Mercurio*, 12 de junio de 1991).

El quid de la naturaleza del instituto del desafuero civil de los Ministros del Estado estriba en su finalidad y en la calificación del “perjuicio injusto”. En cuanto a su finalidad el desafuero no despoja del “fuero” a los Ministros de Estado (manteniéndose el fuero procesal civil para determinar el tribunal competente), sino que levanta una verdadera inmunidad que protege a estos agentes frente a una eventual litigiosidad temeraria, hostil o impeditiva del desempeño de su cargo. Como bien indica A. Roldán: “La Constitución, en el temor de que se pueda molestar a los Ministros con acusaciones injustificadas, dispone que la queja se dirija previamente al Senado, para que declare si ha lugar o no a la admisión de ella” (“Elementos de Derecho Constitucional”, 1ª edic., p. 426) y aclara Alessandri: “La procedencia de la responsabilidad está condicionada a esa declaración previa precisamente como un medio de poner a cubierto a estos funcionarios de persecuciones injustas o infundadas” (“De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno”, 2ª edic, tomo II, pp. 517). Luego de no haber desafuero no podrá perseguirse la responsabilidad civil extracontractual de los Ministros de Estado. En cuanto a la calificación del injusto, se presenta un problema grueso, en la medida que la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, a partir de la sentencia de 24 de septiembre de 1943 de la Corte Suprema, en sede de casación en el fondo, estableció que la intervención de la justicia no tiene otro objeto que sustanciar y fallar con arreglo a derecho, la demanda civil entablada con la finalidad de “establecer los perjuicios” que se han originado con motivo de la dictación del decreto con que se trate. Esto significa que la doctrina jurisprudencial le asigna a la decisión del Senado recaída en desafuero civil de Ministros de Estado una naturaleza jurisdiccional, ya que el desafuero importará una suerte de sentencia firme acerca de la existencia de la responsabilidad civil correspondiéndole a los tribunales de justicia determinar las especies y monto de los perjuicios sufridos, como bien lo observaron en su época los jurista Arturo Alessandri R. (RDJ, Tomo 41, sec. 1ª) y Mario Bernaschina G. (“Constitución Política y Leyes Complementarias”, p. 379).

En consecuencia determinar la naturaleza del desafuero civil de los Ministros de Estado es de capital importancia, no bastando con negar la naturaleza jurisdiccional del desafuero, ya que la definición dada por el citado precedente parlamentario resulta notoriamente insuficiente y no se hace cargo del alcance que la doctrina jurisprudencial confiere a la calificación del “perjuicio injusto”.

En razón de lo expuesto y dando cuenta de este divorcio entre la definición acerca de la naturaleza del instituto dada por la Comisión de Constitu-

ción, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado en contraste con el alcance que la doctrina jurisprudencial confiere a esta atribución exclusiva de la Cámara Alta, el ex Senador señor Máximo Pacheco G. en el informe antes citado planteó que la declaración de admisibilidad tiene un alto estándar (cognitivo y garantístico) en la medida que el desafuero exige estudiar y resolver la concurrencia de los siguientes requisitos: “a. Que se trate de un acto personal del Ministro o Ministros acusados, realizado en el desempeño de su cargo o cargos; b. Que ese acto sea injusto, por ser contrario a la Constitución, las leyes, la justicia o la razón, y c. Que de ese acto se deriven perjuicios para el particular afectado”. Esta supuesta naturaleza jurisdiccional del desafuero civil de los Ministros de Estado exigiría establecer el perjuicio injusto contrario a la Constitución y las leyes, lo que importaría un juicio de fondo del Senado, actuando este como tribunal.

A nuestro juicio este es un planteamiento acerca de la naturaleza del desafuero civil de los Ministros de Estado errado, ya que admitir la naturaleza jurisdiccional del desafuero nos sitúa ante lectura problemática y no conforme a la Constitución, que quiebra el basal principio de separación de poderes ordenador de las funciones y potestades del Estado de Derecho, contrastando, además, con el reconocimiento iusfundamental de los principios de jurisdicción e independencia del Poder Judicial consagrados en el artículo 76 de la Constitución y que residencia en los tribunales establecidos por ley la potestad jurisdiccional, prohibiendo, al mismo tiempo, al Presidente de la República y al Congreso Nacional ejercer funciones judiciales. Por lo demás la atribución al Senado de función jurisdiccional y su conversión en tribunal o alta Corte de Justicia, fue objeto de una admirable discusión en el derecho público francés de la III República (Esmein, Duguit, Carré de Malberg), recordándonos el jurista R. Carré de Malberg que la función jurisdiccional no es solo una cuestión de forma o procedimiento sino de sustancia o cualidad y conformación orgánica del tribunal en la heterocomposición de conflictos y controversias, concepción de tribunal de la que está muy lejana una Cámara Alta. (“Teoría General del Estado”, pp. 708-725).

En consecuencia resta inclinarse más bien por la naturaleza cuasi judicial del desafuero civil de los Ministros del Estado en que la declaración de admisión de acciones judiciales es un pase o permiso previo que levanta la inmunidad y permite perseguir la responsabilidad civil de estos conforme a las reglas del derecho común; por lo que la calificación de perjuicios injustos es solo un acto de juicio (conocimiento y juzgamiento o decisión) sobre la plausibilidad de la petición de desafuero a efecto de despojar de la inmunidad o “fuero”, y no es una calificación apta para predeterminar la responsabilidad civil del o los ministros de Estado. Lo dicho modula los estándares cognitivos y garantistas mínimos que rodean al procedimiento de desafuero y sus momentos de conocimiento y juzgamiento o decisión.

En consecuencia la mentada naturaleza cuasi judicial del desafuero civil es un mixtum de sustancia moderadora y de forma judicial. En su sustancia el desafuero civil habilita a interponer acciones judiciales civiles adscribiendo a la función moderadora del Senado, ponderando la Cámara Alta la plausibilidad de la acción en conexión con la finalidad misma del fuero civil: evitar la interposición de demandas infundadas o temerarias o simplemente obstructivas de la gestión ministerial, muy propia del fenómeno de la judicialización de la política. En su forma judicial el Senado debe estudiar, examinar y ponderar todos los antecedentes relativos a la petición de desafuero, lo que exige (en especial en su momento de cognición) reunir estándares garantistas básicos como ocurre con la acusación constitucional, estándares recogidos muy sobriamente por el Reglamento del Senado (arts. 198-204) y que probablemente deberían estar a cubierto de una reserva legal, consistentes con la garantía del artículo 19 Nº 26 de la Constitución y la delimitación del dominio de ley recogido en el artículo 63 de la propia Carta.

Asimismo antes de finalizar estas notas relativas a la naturaleza del instituto, se hace necesario puntualizar algunos aspectos esenciales acerca del desafuero civil de los Ministros de Estado.

Primero, se trata de un instituto excepcional, ya que la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado (estructura a la pertenecen los ministerios) tiene un amplio desarrollo en la legislación de derecho público, oprándose por el sistema de responsabilidad denominado de “falta de servicio”, como regla general para la Administración del Estado y las Municipalidades, siendo subsidiaria la responsabilidad de los funcionarios públicos (artículo 38 inciso segundo C.P.R., artículos 4º y 42 de la Ley Nº 18.575 orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y artículo 142 de la Ley Nº 18.695 orgánica constitucional de Municipalidades).

Segundo, también el desafuero civil de los Ministros de Estado persigue hacer efectiva una responsabilidad personal y directa por los actos que firmaren y solidariamente por los actos que suscribieren o acordaren con otros ministros (artículo 36 C.P.R.), de lo que se colige que estamos en presencia de una responsabilidad derivada de actos positivos y formalizados en que intervenga el ministro aforado.

Tercero, el desafuero civil persigue hacer efectiva la responsabilidad civil de los Ministros de Estado por “acto... en el desempeño de su cargo”, precisión incorporada por la Junta de Gobierno al texto de los anteproyectos de la Comisión Ortúzar y del Consejo de Estado que sirven de fuente material de la Constitución de 1980, por lo que el “fuero” desaparece tan pronto cesan los Ministros en sus funciones (v. gr. informes de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de 8 de junio de 1943, 7 de julio del mismo año y 10 de septiembre de 1952).

Cuarto, la responsabilidad civil de los Ministros de Estado y el consiguiente desafuero concierne a actos en el desempeño del cargo, y no de los Ministros sirviendo otros órganos unipersonales o colegiados.

Finalmente, el desafuero civil de los ministros de Estado en la medida en que persigue establecer un “perjuicio injusto” exige que el o los solicitantes del desafuero hayan sufrido un daño patrimonial injusto, no siendo posible por ende incoar el procedimiento ante el Senado en ejercicio de una acción popular.

### III. CONCLUSIONES

A modo de conclusiones cabe recoger sumariamente las siguientes:

1. Los antecedentes históricos permiten establecer que el desafuero civil de los Ministros de Estado es un instituto que se remonta a las Constituciones históricas correspondiéndole al Senado decidir acerca de la admisibilidad de “acusaciones” o “acciones judiciales”.
2. El desafuero civil de los Ministros de Estado despoja al aforado de la inmunidad de que esta revestido y permite hacer efectiva la responsabilidad civil de los secretarios de Estado: responsabilidad personal, directa, excepcional y que exige establecer una precalificación del perjuicio injusto, que no es determinante para el juzgamiento civil de las acciones declarativas reparatorias que se impetren por los tribunales de justicia.
3. En consecuencia el desafuero civil de los Ministros de Estado tiene una naturaleza cuasi judicial en la medida que el Senado allana el “fuero” o despoja de la inmunidad, para que las personas puedan demandar la responsabilidad civil ante los tribunales ordinarios de justicia; decisión de admisibilidad necesaria para acceder a la tutela judicial.
4. Luego es menester rechazar por errada la lectura judicialista del desafuero civil de los Ministros de Estado, ya que esta es incompatible con el principio de separación de poderes y quiebra los principios de jurisdicción e independencia del Poder Judicial, limitando la potestad jurisdiccional de los tribunales a la determinación de la especie y monto de los perjuicios sufridos por el particular demandante.

Es todo cuanto puedo informar a US.