

## Actuales desafíos del derecho.

PABLO RODRÍGUEZ GREZ

Decano

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

**RESUMEN:** El presente trabajo tiene por objeto describir diez capítulos que corresponden al momento histórico que vive nuestro derecho. Se trata de cuestiones vinculadas a los cambios que plantea el notable desarrollo científico tecnológico que seguirá modificando el ámbito de nuestra actividad, y numerosos otros problemas que han aparecido a medida que se masifica la actividad jurídica. Viejos y nuevos desafíos que deben encararse a la brevedad si queremos evitar un colapso del sistema. Especialmente preocupante resulta la multiplicidad de “tribunales especiales”, que va restando la plena jurisdicción a los Tribunales Ordinarios de Justicia, unida a la “descodificación del derecho privado”, y la “especialidad” en la formación y el ejercicio profesional. Súmese a ello, el aumento desmesurado de abogados y la necesidad de resguardar el cumplimiento de normas éticas que informan su conducta, especialmente en el área forense. Se requiere, más que nunca, de una reflexión serena que permita formarse un juicio objetivo sobre cómo enfrentar esta etapa en la vida del Derecho. Nada será más dañino para el buen funcionamiento del sistema jurídico que la inmovilidad, la cual, lamentablemente, se arrastra desde hace muchos años. Conocer y profundizar esta problemática ayudará a resolverla.

\* \* \*

El sistema jurídico vigente sufre, como nunca antes, enormes desafíos, cuya insatisfacción pone en grave entredicho la fe de la población en el “Estado de Derecho”. Existe un peligroso descontento con la tarea de los tribunales de justicia y la interpretación de las leyes, sea porque, con muy sofisticados pretextos, o no se aplican o se aplican mal.<sup>1</sup> Todas las encuestas colocan a los jueces entre las autoridades menos confiables de la sociedad. Por otra parte, la cultura jurídica de la población es mínima y acusa un desconocimiento abismante de las instituciones fundamentales que no se aviene con la adecuada participación de la ciudadanía en los organismos llamados a representarla.<sup>2</sup> A

<sup>1</sup> Sobre la crisis del “Estado de Derecho” y la responsabilidad que en ello cabe al Poder Judicial, véase “Actualidad Jurídica” N°32 correspondiente a julio de 2015, págs. 11 y ss.

<sup>2</sup> A este respecto la última encuesta de la Serie Estudios de Opinión Pública de Actualidad Jurídica, separata N°16, correspondiente al año 2015, pone de relieve el alto grado de desconocimiento e

lo anterior debe agregarse, aún, el trabajo deficiente del Congreso Nacional y del Poder Ejecutivo (órganos colegisladores), en lo relativo, particularmente, a la elaboración de las leyes. La representación parlamentaria (dominada absolutamente por los partidos políticos) constituye el instrumento mediante el cual se articulan los intereses en juego. Es allí donde se consagran las pretensiones que prevalecen y las que se postergan o rechazan. Por ende, es el centro en que se “cocinan” –como dijo un senador– los proyectos de ley que dirimen las aspiraciones de cada sector.

Predomina en el país una sensación, más o menos generalizada, en orden a que el sistema legislativo funciona mal y se aleja, cada vez más, de las necesidades ciudadanas. El Congreso no genera confianza en los imperados, entre otras razones porque la tramitación de las leyes se extiende exageradamente, durante varios años, desatendiendo requerimientos urgentes de la comunidad, sin perjuicio de la mediocre calidad (a veces pésima) de la legislación aprobada. Probablemente sea ésta una de las razones que impulsan a quienes son partidarios de reemplazar la Carta Política Fundamental. Estos rasgos parecen reflejarse en las nuevas leyes, muchas de las cuales han sido bautizadas y se conocen con el nombre de las personas que sufrieron el problema que provocó la moción o el mensaje (Ley Ricarte Soto, Ley Zamudio, Ley Emilia, etcétera). De la misma manera, tan pronto surge un escándalo, sea este de carácter financiero, deportivo, económico o cultural, se anuncia la presentación de un proyecto de ley, el cual, por lo general, queda abandonado apenas decae el ánimo informativo de los medios de comunicación, cuyo aprovechamiento parece ser lo único que persiguen los parlamentarios. Hoy por hoy, la política se hace a través de los medios de comunicación, única forma de llegar a millones de electores y simpatizantes, el acceso a ellos reporta ventajas inalcanzables. No es exagerado decir que la legislación dictada en los últimos años es “oportunista” y, en cierta medida, “casuística”, lo cual desvaloriza considerablemente su importancia y los principios en que se inspira.

Paradójicamente, al menos en una parte de la población, subsiste la idea de que las leyes resuelven todas las insuficiencias y conflictos, lo cual acarrea, como es natural, otra causa de callada insatisfacción. Para muchos chilenos la ley es la vía para solucionar cualquier problema, razón por la cual sus representantes (parlamentarios) promueven iniciativas legislativas, a sabiendas que los proyectos ni siquiera serán discutidos, cosechando frustración y desengaño. Incluso, diputados y senadores compiten por el número de “mociones” presentadas, aun cuando muchas de ellas no sean más que la reproducción de proposiciones que se extraen de wikipedia.

---

ignorancia cívica de la población. De aquí la urgente necesidad de promover la difusión de las instituciones fundamentales y los elementos que integran un sistema jurídico. No se divisa de qué manera puede la ciudadanía realizar un aporte valioso al proceso constituyente que ha abierto el actual Gobierno, mientras no se extienda el conocimiento en materias elementales de carácter jurídico.

De lo dicho se infiere que el modelo constitucional, en lo relativo a la gestación de la ley, ha dado malos resultados y debería modernizarse para adecuarlo al tiempo que vivimos. Sentado lo anterior, resumiremos, brevemente, los desafíos que enfrenta la juridicidad, los cuales, de ignorarse, irán erosionando la adhesión mínima que requiere la institucionalidad para dar estabilidad y solidez al régimen democrático establecido. Se intenta, por lo mismo, un diagnóstico objetivo para descubrir aquello que mayores peligros representa para el derecho en la etapa histórica que ha abierto el siglo XXI. De no abordarse los vacíos y reformas que se proponen, además del peligro ya indicado, seguirá profundizándose un abismo entre **“Estado de Derecho”** y **“Democracia”**, puesto que el primero constituye una condición del sistema político. **Sin Estado de Derecho no hay Democracia, porque aquél ha pasado a ser requisito esencial de ésta, en cuanto sistema de organización y convivencia social.**

## **I.- Incapacidad de los mecanismos jurídicos para adaptarse a los avances científicos y tecnológicos y descodificación del derecho.**

### **A.- Sobre la revolución científico-tecnológica y su recepción en la generación de la ley.**

Es un hecho indiscutible que los avances científicos y tecnológicos no han sido recepcionados por el derecho común, generándose una especie de legislación paralela e independiente. Desde luego, la ley mantiene errores científicos (como ocurre, por ejemplo, al establecerse la época de la concepción mediante una presunción de derecho en el artículo 76 del Código Civil), que se han ido esquivando con disposiciones disgregadas en textos especiales. Desde otra perspectiva, la ley no contempla regulaciones necesarias y cada día más urgentes en la experiencia diaria (como el tratamiento a los embriones implantatorios, preservados o precoces). El llamado bioderecho ha cobrado en el último tiempo una importancia trascendental en todo lo que se relaciona con la persona humana, su protección y seguridad. Las investigaciones jurídicas han avanzado enormemente en este campo, pero la normativa no opera con la velocidad que se requiere.<sup>3</sup> Basta con examinar la Ley N°20.120 de 22 de septiembre de 2006 “Sobre la investigación científica en el ser humano, su genoma, y prohíbe la clonación humana”, para constatar que más parece un estatuto penal que una regulación jurídica biomédica. No deja de ser curioso –por decirlo suavemente– que el legislador, en el artículo 1° de la mencionada Ley N°20.120, declare expresamente, enunciando el principio rector en la materia,

<sup>3</sup> Nuestra Facultad fundó hace cuatro años un Observatorio de Bioética, junto a la Facultad de Medicina de la misma Universidad. Sus trabajos han sido comentados y adoptados por varios centros científicos y desarrollado un programa nacional e internacional de notable importancia.

que **“Esta ley tiene por finalidad proteger la vida de los seres humanos, desde el momento de la concepción, su integridad física y psíquica, así como su diversidad e identidad genética, en relación con la investigación científica biomédica y sus aplicaciones clínicas”**. Ciertamente, no se aviene este “principio” con una legislación posterior propuesta que, por razones de carácter estrictamente social, autorizan de modo indirecto el aborto cuando el nasciturus es perfectamente viable y no existe peligro para la vida de la madre o del hijo (caso de violación). Nótese que la ley alude al “ser humano” y lo califica como tal “desde el momento de la concepción”. Así las cosas, mientras una ley ampara la vida desde la concepción, otra autorizaría, hasta bien avanzada la gestación, su eliminación.

¿Es legítimo entre nosotros la preservación de los embriones?

¿Pueden ellos conservarse y utilizarse, incluso, después de la vida de sus titulares?

¿A quién corresponde determinar su destino final?

¿Es lícito el arrendamiento de vientre para el desarrollo del proceso de gestación?

Cuando una criatura se desarrolla en un vientre alquilado, ¿quién es la madre, aquella que la cría o aquel que aporta el óvulo?

Una sucesión de preguntas, tan elementales como las enunciadas, exigen una respuesta inmediata. Nada de lo cual se encuentra resuelto en la ley. A lo anterior debe agregarse, todavía, la existencia de estatutos jurídicos aislados, como la citada Ley N°20.120 sobre el genoma humano y la prohibición de clonación, la Ley N°20.584 sobre derechos y deberes del paciente, la Ley N°19.451 que establece normas sobre trasplante y donación de órganos. Se trata, entonces, de un derecho disgregado, disperso, que debería constituir un todo orgánico, coherente y unitario.

Reconocemos que no es fácil instaurar un sistema más fluido para legislar. Las nuevas normas demandan un contenido científico tecnológico cada día más exigente y extendido, y un lenguaje propio de los especialistas. En consecuencia, la tarea de normar las nuevas situaciones creadas por el avance de que damos cuenta se hace cada vez más difícil.

A nuestro juicio, la insuficiencia legislativa, atendidas sus causas, puede superarse por diversos medios. Desde luego, fortaleciendo la asesoría técnica especializada de que gozan los personeros que ejercen la potestad legislativa, obligándolos a incorporar o al menos considerar, al adoptarse las respectivas decisiones, dichas opiniones y dictámenes. Lo que no puede volver a ocurrir es que un represen-

tante del pueblo, titular de parte del ejercicio de la soberanía, se pronuncie sobre un proyecto de ley sin haber siquiera leído el mensaje o la moción y los informes y antecedentes recogidos por las comisiones.<sup>4</sup> Un observador imparcial debería reconocer que las "comisiones legislativas", que tuvieron a su cargo preparar las leyes dictadas por el Gobierno Militar, operaron adecuadamente al introducir cambios e innovaciones que afectaron, prácticamente, a toda la estructura jurídica del Estado, privilegiando la intervención de expertos en cada una de las áreas afectadas.

Otra solución podría consistir en la revisión forzosa de los aspectos técnicos especializados del texto en discusión, por un órgano paralelo que entrara a conocer de él una vez propuesto o aprobado el proyecto de ley. La sola circunstancia de que se denuncie una falencia de esta naturaleza, retraería a los parlamentarios, muy probablemente, de insistir en errores que se conocen y evidencian en el proceso legislativo. Claro está, que tal alternativa se juzgaría, sin la menor duda, como una verdadera usurpación de las facultades de los parlamentarios.

Por último, nada obsta crear una instancia técnico-legislativa que ponga atajo a todo proyecto de ley en que se deslicen u observen errores de importancia en lo que concierne a sus disposiciones científicas y/o tecnológicas. No se intenta con ello desplazar las funciones que corresponden a los parlamentarios, sino evitar que las leyes recojan yerros que, en definitiva, paga el tribunal llamado a aplicar la ley o el imperado.

Lo que proponemos no resulta fácil porque los poderes públicos son celosos, a la hora de ejercer sus funciones. Pero una legislación exenta de errores implica un provecho manifiesto para la ciudadanía y, en general, para todos los llamados a aplicarla.

## **B.- Sobre el proceso de descodificación.**

De igual manera, debe ponerse fin al proceso de descodificación que estamos viviendo, incorporando a la legislación común las leyes especiales que versan sobre materias que desde siempre se han comprendido en los códigos tradicionales. Esta tarea modernizaría el derecho común, actualizaría instituciones que siguen funcionando, a pesar de sus vacíos y falencias, y daría una visión renovada a las principales ramas del derecho. Basta con imaginar, por vía de ejemplo, lo que ganaría la dogmática jurídica si a la regulación del dominio se incorporaran las normas y principios sustantivos del derecho ambiental (Ley

<sup>4</sup> No hace mucho un parlamentario reconoció públicamente haber votado un proyecto de ley que no había leído, desconociendo, por consiguiente, su contenido y trascendencia. Esta situación, según comentaristas autorizados, es frecuente en el ejercicio de la función legislativa.

N°19.300), o al mutuo las normas que regulan las operaciones de crédito (Ley N°18.010), o al efecto de las obligaciones algunos preceptos sobre cláusulas abusivas de la ley sobre protección del consumidor (Ley N°19.496).

No se pretende, al plantear estas ideas, modificar la ley, sino integrarla ordenadamente a un cuerpo común, simplificando lo que se ha transformado en una selva de disposiciones, no pocas veces contradictorias. Lo que señalamos ahorraría al país la elaboración de nuevos códigos y dotaría a los actuales de rasgos modernos en aquellas materias que hoy día se emplean con mayor intensidad en el tráfico jurídico. Nótese que la mayor parte de las actividades más frecuentes y trascendentes para la economía, la organización de la familia, la defensa de los consumidores, el cumplimiento de las obligaciones, etcétera, se regulan en estatutos especiales ajenos a la legislación común, que sigue, sin embargo, inspirando la mayor parte de las instituciones fundamentales.

El proceso de descodificación de que damos cuenta es fruto de la incapacidad de nuestros órganos legislativos para asimilar las nuevas regulaciones al derecho común, lo que supone un trabajo más complejo y un conocimiento jurídico que los parlamentarios no tienen y que suplen con asesorías ocasionales o institucionales. De la manera señalada, se ha ido formando un derecho **“paralelo”**, desligado de las instituciones que inspiran la legislación tradicional, perdiéndose parte fundamental de la capacidad pedagógica de que está dotado el cumplimiento de la ley. Hay que comprender que el derecho va moldeando las costumbres, corrigiendo hábitos defectuosos, imponiendo soluciones que dejan huellas en la conciencia de la comunidad civil. Todo este trasfondo se pierde por efecto de una descodificación, fruto de la torpeza y la falta de visión, y no necesariamente de una concepción filosófica diferente. Como hemos sostenido en varias otras publicaciones, el derecho que estudiamos se va **“internalizando”** en cada uno de los imperados, afectando, inclusive, su sentido de la equidad.<sup>5</sup> En la medida que los grandes principios se vayan diluyendo en una normativa dispersa y difusa, indudablemente el derecho pierde una de sus más calificadas virtudes como instrumento de convivencia.

El proceso de descodificación, en consecuencia, no solo afecta la vetustez de los códigos tradicionales, sino que, de igual manera, incide directamente en la enseñanza jurídica y el ejercicio de la jurisdicción, cuestiones ambas que deberían estar implicadas en beneficio de los imperados.

No sin razón varios comentaristas, incluyendo entre ellos autoridades judiciales de alto rango, han manifestado una legítima preocupación por la ignorancia

<sup>5</sup> Véase a este respecto nuestro libro *Teoría de la interpretación jurídica* (Editorial Jurídica de Chile. Edición de 1995), en el cual se analiza la equidad natural y la manera en que ella opera en el proceso de aplicación de la ley.

de los justiciables respecto de la terminología que se emplea en las sentencias judiciales. Lo anterior redundaría en la falta de comprensión, lo cual se traduce, finalmente, en un distanciamiento entre la población y los tribunales de justicia. Entendemos que este diagnóstico se profundiza gracias a los efectos de la descodificación. No nos cabe duda, que la desintegración de los principios fundamentales impide que opere, con la debida intensidad, lo que hemos llamado **"internalización"** del derecho, restándonos el mejor recurso para aproximar el mandato normativo a la valorización de la justicia y la equidad al momento de resolver un conflicto en el orden temporal.<sup>6</sup> Ciertamente este fenómeno es de mayor entidad, puesto que no se limita a la dispersión de los principios generales de derecho, sino a su vigencia y anemia valórica. Pero es igualmente cierto que la descodificación contribuye a que dichos principios se perciban en un estrecho marco regulatorio y, por lo mismo, de menor trascendencia.

En suma, el ordenamiento jurídico carece de instrumentos idóneos para incorporar con fluidez y oportunamente los adelantos científicos y tecnológicos que caracterizan nuestro tiempo. Lo manifestado, con el agravante de que el actual desarrollo científico y tecnológico difiere de otras experiencias (particularmente de la revolución industrial), por cuanto ahora se trata de un proceso continuo, permanente y constante, y no de uno o varios descubrimientos o creaciones debidamente acotados. Igualmente, la nueva realidad ha provocado la dispersión y segregación de los grandes principios jurídicos, consagrados originalmente en la legislación común, en los cuales se asienta toda una tradición de larga data.

Tanto la incapacidad para acoger el acelerado desarrollo científico-tecnológico que experimentamos día a día, como la descodificación del derecho patrio, que se expresa en una sucesión de leyes especiales que abordan las más disímiles materias, constituyen, en el día de hoy, un factor de retroceso y decaimiento del derecho como consecuencia de la obsolescencia de sus normas y debilitamiento de sus principios fundamentales.

## II.- Globalización.

La llamada "globalización" es producto, principalmente, de la transformación experimentada por los medios de comunicación. La aspiración de muchas naciones por incorporarse al "club" de las economías desarrolladas, ha intensificado el tráfico comercial y de personas, integrando poblaciones y grandes

<sup>6</sup> Especial mención merece el hecho de que algunas leyes especiales (como la de protección de los derechos del consumidor), han atentado contra principios tan caros como el *pacta sunt servanda* o la "cosa juzgada" o la "relatividad de las sentencias judiciales", etcétera. De la manera indicada, se han puesto en grave entredicho soluciones pragmáticas con principios jurídicos fundamentales. Sobre esta materia véase nuestro libro *Derechos del Consumidor. Estudio crítico*. Colección Monografías. Thomson Reuters. Año 2015.

áreas geográficas, a través, especialmente, de tratados de libre comercio y cooperación económica. Si algo condiciona las relaciones entre países es precisamente el intercambio comercial y los diversos instrumentos de integración a que ello da lugar. Muchas de las disputas internacionales se resuelven, en el día de hoy, no por medio de la fuerza, como ocurría con frecuencia antaño, sino por entendimientos de tipo financiero y ventajas en el intercambio.

Surge, entonces, un nuevo derecho, esta vez conformado por tratados, convenios, protocolos, acuerdos y otros instrumentos similares, destinados a regular las operaciones de intercambio y de cooperación entre las diversas naciones, no tan solo en el área económica, sino cultural, científica, social, jurisdiccional, etcétera. Europa, desde hace ya varios años, ha logrado crear una comunidad que, con altos y bajos, ha regulado la mayor parte de las actividades comerciales y de intercambio, incluyendo un Banco Central de la comunidad europea, una moneda común y un Parlamento con representación de los diversos países.

¿Contempla el ordenamiento jurídico nacional la manera en que debe asimilarse cada uno de estos instrumentos al derecho interno? ¿Existen reglas claras que deban cumplirse para armonizar los diversos sistemas jurídicos de manera que puedan los interesados conocer con antelación las normas que regulan sus actos? ¿Pueden las empresas y las personas asociarse bajo una regulación cierta y conocida? ¿Existe una jurisdicción eficiente que facilite la solución de los conflictos entre nacionales de diversos Estados?

Si bien es cierto que los instrumentos mencionados, por lo general, aluden a varias de las cuestiones planteadas, ello ocurre inorgánicamente, muchas veces en pugna con normas de derecho interno, y sin seguir un procedimiento de integración confiable y cierto. Es indiscutible que el derecho nacional establece la forma en que un tratado se integra al ordenamiento jurídico interno (cuestión incluso regulada en la Constitución). Pero dicha regulación es insuficiente ante la avalancha de acuerdos, convenios, protocolos, convenciones, etcétera, que se suscriben y celebran entre las diversas naciones como consecuencia del fenómeno de la globalización.

Como puede deducirse, aparece aquí un nuevo factor de debilitamiento del derecho común, esta vez por efecto de una legislación (internacional) paralela, ajena a la legislación interna y que cada día, justo es reconocerlo, adquiere mayor importancia.

La cuestión que planteamos se ve magnificada por el hecho de que los sistemas jurídicos de las diversas naciones afectadas por el fenómeno de la globalización tienen raíces muy distintas (p.ej. derecho anglosajón, derecho asiático o musulmán). No se trata solo de formular la distinción, es necesario, además,



encontrar mecanismos o procedimientos para armonizar los principios y preceptos de una y otra normativa.

Así las cosas, se advierte claramente que el derecho común, que debería ser el sostén de los grandes principios del ordenamiento jurídico y de su aplicación, se ve, en cierta medida, cercado por un proceso de descodificación y por el surgimiento cada vez más abundante de normas internacionales, todo lo cual va minando su importancia y apartándose de la misión que le corresponde.

De aquí nuestra conclusión en orden a que lo señalado en lo precedente representa un desafío que no podrá esquivarse, y que pone en un duro aprieto la estructura misma de la institucionalidad vigente.

### **III.- Tres reformas legislativas urgentes.**

Un análisis de la legislación común –particularmente del Código Civil– lleva a la convicción que existen tres materias que demandan una modificación urgente que no debería postergarse sin perjuicio de otras de más largo aliento.

#### **A.- El Libro Primero del Código Civil: "De las Personas".**

Las disposiciones sobre "principio y fin de la existencia de las personas" (Título II), ha dado lugar a debates interminables, precisamente por la indefinición de cuestiones que en este momento deben dilucidarse y que científicamente han suscitado debate y desencuentro. Lo peor que puede sucedernos es mantener esta ambigüedad y evitar definiciones que la comunidad demanda cada día. Desde el debate sobre la "píldora del día después", que llegó, incluso, al pronunciamiento del Tribunal Constitucional, pasando por el controvertido proyecto sobre la "despenalización del aborto", ha quedado de manifiesto la necesidad de introducir reformas porque el derecho no puede callar. No menos necesario es definir el fin de la existencia natural (la muerte), concepto que hoy se extrae de una interpretación analógica gracias a lo regulado a propósito del trasplante de órganos y tejido orgánico.

Otro tanto debería hacerse con el Título VII sobre "La Filiación". Creemos que esta materia (relativa a la organización de la familia como núcleo fundamental de la sociedad de acuerdo a la Constitución) requiere de una mejor sistematización, despejando varias dudas interpretativas que han dado lugar a la declaración de normas inaplicables por contravenir la Carta Fundamental y sentencias judiciales contradictorias. Algunos precedentes parecen excesivos, como, por ejemplo, la posibilidad de reclamar la filiación de hijo después de la muerte del progenitor, interponiéndose la demanda respectiva contra la suce-

sión. Lo propio podría decirse del Título VIII sobre “Las Acciones de Filiación”, que derivan de los principios enunciados en el Título precedente.

La filiación tiene gran importancia, especialmente atendido el hecho de que nuestra ley consagra un sistema de asignaciones hereditarias forzosas que, sin duda, es la causa principal para deducir pretensiones de esta índole.

Conviene preguntarse si no habrá llegado la hora de elaborar un Código de Familia, habida consideración de que estas relaciones han sido profusamente reglamentadas en ciertas áreas (violencia intrafamiliar, nueva ley de matrimonio civil, acuerdo de unión civil, sanción penal al “femicidio”, etcétera). No hay duda de que una reglamentación unitaria, coherente y sistemática, permitiría una aplicación más razonable y justa.

Finalmente, convendría reformar el Título IX sobre “Los derechos y obligaciones entre padres e hijos”. Como es sabido el rol de los adolescentes ha cambiado radicalmente en los últimos tiempos, lo cual exige una nueva regulación, especialmente sobre la responsabilidad de los padres en su control, formación y educación. La exaltación de los “derechos humanos” ha permitido poner énfasis en las prerrogativas y protección de la juventud, dejando de lado otros aspectos que requieren un máximo cuidado. El incremento de la delincuencia juvenil es provocado, en medida no menor, por estas falencias y por una tolerancia que, unida al flagelo de la droga, destruye el destino de nuestros menores. De aquí la urgencia en introducir estas modificaciones.

## **B.- Régimen de bienes en el matrimonio y la unión civil.**

Las normas contenidas en el Libro IV, Título XXII del Código Civil, relativo a “las convenciones matrimoniales y la sociedad conyugal” son, para el momento que vivimos, demasiado engorrosas y escapan a la comprensión del hombre medio. Cabe destacar que, en general, existe una clara preferencia por este régimen patrimonial entre las personas que contraen matrimonio, cuestión que se explica por la larga tradición de los chilenos sobre la materia y la circunstancia de que se trate de un régimen de comunidad de bienes. Sobre la base de mantener este modelo, que es, sin duda, el que mejor se adapta a nuestros hábitos y costumbres, parece indispensable simplificar dicha normativa, sin alterar sus rasgos esenciales, pero abriendo espacio a una comprensión cabal de parte de los contrayentes sobre su significado, funcionamiento y destino.

A nuestro juicio, la dictación de la Ley N°20.830 sobre “unión civil” constituye un retroceso en esta materia. Lo que hemos calificado como **submatrimo-**

**nio**, no hace más que confundir las cosas al establecerse una “comunidad de bienes pactada” y remitirse en su reglamentación al respectivo cuasicontrato de comunidad.<sup>7</sup> Habida consideración de que la dictación de esta ley no ha dado satisfacción a quienes postulan derechamente el “matrimonio” entre personas del mismo sexo, sería altamente conveniente sustituir este estatuto legal y abordar el desafío de dar una adecuada regulación jurídica a este tipo de uniones, pero sin confundirla con el matrimonio que por naturaleza constituye la unión estable entre un hombre y una mujer, con fines previamente definidos en la ley.

### **C.- Derogación del régimen patrimonial de participación en los gananciales.**

El régimen patrimonial de “participación en los gananciales”, consagrado en el Título XXII-A del Libro IV del Código Civil, artículo 1792 con 26 numerales, no ha encontrado arraigo alguno en nuestra sociedad. Demasiado engorroso, lleno de exigencias contables, ha hecho decir a más de un abogado que para preferirlo se debe ser contador o vivir asistido por un contador.

La introducción de este régimen, en el año 1994, se basó en el derecho comparado, copiando experiencias extranjeras sin mayor arraigo entre nosotros. Es el destino que aguarda a este tipo de influencias que suelen presentarse como expresión de un progreso legislativo de importancia, cosa que lamentablemente no ocurre. Con el propósito, como se dijo, de simplificar esta normativa, convendría derogar dichas disposiciones, facultando, a quienes han optado por él, para escoger entre la separación total de bienes o la sociedad conyugal.

No podríamos concluir estas reflexiones sin dejar sentado que la preferencia de la población por el régimen de bienes en el matrimonio implica un reconocimiento a la comunidad de bienes y que ello está bien resguardado, en el día de hoy, en el Código Civil.

Hasta aquí las reformas que visualizamos como aquellas de mayor importancia para el perfeccionamiento de nuestro sistema legal.

<sup>7</sup> El “acuerdo de unión civil”, introducido en la Ley N°20.830 de 21 de abril de 2015, ha sido analizado por el autor de este trabajo en Actualidad Jurídica N°33 correspondiente al mes de enero de 2016, Sección “Monografías”, págs. 63 y ss. En dicho comentario se analiza el régimen de bienes y los reparos e inconvenientes que presenta, en lo fundamental a causa de la precariedad de las relaciones que reglamenta y la inestabilidad del vínculo creado. Cabe observar que esta legislación revela la falta de creatividad e imaginación de nuestros legisladores, que se limitaron a instituir una “especie de matrimonio”, superficialmente regulado y en que predomina la inestabilidad de la relación, sea entre personas heterosexuales u homosexuales.

#### **IV.- Nuevas regulaciones jurídicas en el área contractual.**

Desde hace varios años está pendiente la regulación legal de nuevas figuras contractuales, nacidas al calor de las renovadas bases de nuestro sistema productivo. Es un hecho vastamente conocido que nuestro país abrió su economía, estimulando el intercambio e incorporándose de lleno al mercado mundial. Mientras el país estaba sujeto a una política de sustitución de importaciones, las nuevas formas de contratación no tenían la importancia que cobraron posteriormente. A partir de la década del 80 en el siglo pasado, una serie de contratos pasaron a constituir elementos recurrentes para empresas y productores en general. Ninguno de dichos contratos estaba reconocido en nuestra legislación. El año 1991 Alvaro Puelma Accorsi se refería en una de sus obras a la "Representación Comercial, Agencia, Concesiones Mercantiles, al Franchising o Contrato Sobre Franquicias, al Contrato de Suministro, al Leasing, a los Contratos sobre Traspaso de Tecnología (contratos de licencia o royalty, contrato de licencia, contratos de know how), al contrato de apertura de Crédito, al Fideicomiso anglosajón (trust), al Contrato estimatorio, al Underwriting, al Factoring, al Forfaiting, etcétera".<sup>8</sup> Más adelante, el año 2003, Ricardo Sandoval López, analiza varios otros contratos (Engineering, franquicia comercial, mediación o corretaje comercial, distribución, concesión mercantil, franquicia comercial, merchandising, joint venture, de hosting, outsourcing, etcétera).<sup>9</sup>

Como puede advertirse estamos ante una tendencia contractual distinta, propia de economías que intervienen en el comercio mundial, que requiere una incorporación especial y cuidadosa a nuestra legislación. Se trata de admitir figuras contractuales modernas que de manera alguna afectan los contratos típicos reconocidos en nuestro Código Civil y Comercial, ya que ninguno de ellos contraviene la reglamentación que rige en el exterior. Hasta este momento la insuficiencia que advertimos ha sido sustituida por la interpretación –tanto legal como contractual–, pero no es ello una solución óptima en la que debemos perseverar.

En síntesis, la nueva contratación que, a nuestro juicio, ha nacido como consecuencia de la integración de Chile al mercado mundial (globalización), requiere de un reconocimiento y reglamentación local y de su incorporación a la legislación nacional, no a través de leyes o reglas especiales, sino de una reforma de nuestros códigos. No nos cabe la menor duda de que en los próximos años operará un proceso de integración en todo orden de cosas, particularmente en el área comercial. Dicho proceso demandará un esfuerzo adicional del derecho interno con miras a hallar una necesaria concordancia y armonía legislativa en las diversas áreas del quehacer jurídico. Por ende, debemos prepararnos para

<sup>8</sup> Alvaro Puelma Accorsi *Contratación Comercial Moderna*. Editorial Jurídica de Chile. Año 1991.

<sup>9</sup> Ricardo Sandoval López. *Contratos Mercantiles*. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. Año 2003.

salir al encuentro de este desafío que bien puede calificarse como el mayor imperativo de nuestro tiempo.

## **V.- El peligro del activismo judicial.**

Definimos el “activismo judicial” como la actitud que adopta un tribunal, llamado a aplicar la ley para resolver la contienda de que conoce, superponiendo los valores éticos y el sentido de la equidad al mandato normativo que lo obliga.

En otras palabras, el ejercicio de la jurisdicción deja de estar fundado en la aplicación de la ley y pasa a ser de dominio del respectivo funcionario judicial. Como es obvio, el mandato objetivo de la norma es substituido por un imperativo de conciencia moral del respectivo magistrado.

Lo más lamentable, al constatarse esta disfunción, es que, por lo general, este propósito se encubre con razonamientos o consideraciones especiosas, para justificar una conducta indudablemente torcida. No puede negarse que algunos jueces, haciendo ostentación de ilustración y pirotecnia jurídica, construyen una argumentación, casi siempre artificiosa, que justifica formalmente la decisión. De esta manera, se aparenta el cumplimiento de la ley sobre la base, generalmente, de una abusiva interpretación.

Para comprender el problema en su raíz, debemos comenzar constatando que los conflictos temporales que son sometidos al conocimiento de los tribunales de justicia persiguen que se reconozca e imponga, mediante la declaración de un juez, la solución contemplada en la ley. Por consiguiente, el conflicto planteado se resuelve indirectamente por los poderes colegisladores, vale decir, en ejercicio de la soberanía nacional. De aquí que, si se esquiva o se burda la ley, se infiere un agravio a la potestad legislativa. Si no hay ley que resuelva la contienda, en cumplimiento del principio de “inexcusabilidad” (artículo 76 de la Constitución), el juez deberá llenar el vacío legal (integración de la laguna legal), extrayendo del sistema en su totalidad los principios de equidad que le sirvan para fallar la causa (artículo 170 del Código de Procedimiento Civil). Para estos efectos se opera inductivamente, de modo que los principios generales de derecho resultan develados en el análisis del sistema como un todo.

Para alcanzar sus objetivos, el “activismo judicial” se vale aparentemente de las normas y los elementos dispuestos en la misma ley para “interpretarla”. Conviene recordar que la llamada “interpretación de la ley” (Título Preliminar. Párrafo 4° del Código Civil) es el mecanismo que debe seguirse (por mandato legal) para aplicar la norma a los casos particulares y concretos que deben ser resueltos.

De lo dicho se desprende que al fallar prescindiendo de lo que ordena la ley, se vulneran, no solo las facultades que corresponden a uno de los Poderes del Estado, sino también el funcionamiento del sistema judicial en su totalidad.

No puede negarse que los jueces viven y están inmersos en la sociedad civil y, por lo mismo, sometidos a las presiones e influencias que afectan a todos sus integrantes. Pero al desligarse de sus deberes, quebrantan el compromiso primordial que los distingue de los demás: aplicar lealmente la ley aun cuando no compartan ni adhieran a su contenido. Peor aún, creemos que los jueces que conscientemente incurrir en estos hechos (sin perjuicio de la comisión de un delito), generan actos nulos y de ningún valor, a pesar de que en la práctica sea difícil, sino imposible, obtener que ello se reconozca y se sancione.

En el último tiempo ha aumentado esta tendencia, especialmente en causas penales contra los uniformados por presuntas infracciones de todo orden, y en materia laboral. Ello ha provocado el desconcierto de la ciudadanía y un creciente debilitamiento de los tribunales ordinarios de justicia. Lamentablemente no ha habido una reacción de quien corresponde, lo cual compromete su rol histórico en un período de normalidad institucional.

Como hemos sostenido en numerosas oportunidades, el juez es creador de derecho. A él le asiste la tarea de singularizar el mandato normativo, lo cual equivale a llenar un cuadro incompleto (contenido en la ley que, a su vez, es una creación política de quien, por voluntad del electorado, es llamado a legislar). Como la ley no contiene (en la inmensa mayoría de los casos), todos los elementos que componen la solución que debe darse al conflicto, es el juez el llamado a hacerlo, pero sin contrariar, por cierto, ni los elementos de la norma superior que da validez a la inferior (Constitución), ni los contenidos normativos de la ley que se invoca.<sup>10</sup>

Lo anterior explica que el juez sea un creador de derecho, pero enmarcado en los límites impuestos en la ley, siempre en el marco que el sistema le asigna. Dicho de otro modo, la ley es una "creación incompleta", correspondiéndole al juez, al momento de aplicarla a un caso concreto y particular, la delicada tarea de integrar todos sus elementos.

Se ha señalado muchas veces que la grandeza del juez radica en su voluntad de aplicar la ley, aun cuando con ello contraría sus concepciones políticas, éticas o ideológicas. De no ser así, viviríamos en un medio de constante incertidumbre e inseguridad, entregados a la determinación de una persona cuyas valoracio-

<sup>10</sup> Esta materia está latamente tratada en nuestro libro *Teoría de la Interpretación jurídica*. Editorial Jurídica de Chile. Año 1994. Además en el libro *El derecho como creación colectiva*. Ediciones Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Año 1999.

nes internas, por respetables que sean, no pueden imponerse al margen del mandato legal.

No cuesta demasiado descubrir, entonces, el peligro que para el buen funcionamiento del Estado de Derecho, representa el "activismo judicial", y la manera que él afecta el prestigio del sistema normativo y sobre todo la "certeza jurídica". Sería largo, y no es el objeto de este trabajo, examinar los numerosos casos en que este fenómeno negativo ha operado en el último tiempo. Ello puede encontrarse en varias publicaciones y comentarios jurisprudenciales.<sup>11</sup> Sin perjuicio de lo anterior, y aunque esto se calle por temor o conveniencia, no es lo mismo aplicar el derecho en una época de turbulencia política interna que hacerlo en una época de normalidad institucional. Esto no requiere de mayores explicaciones. No es justo, por ende, condenar a los tribunales de justicia por lo obrado en el pasado y celebrar lo que hacen en el día de hoy. Sobre este tema, la historia tendrá mucho que decir más adelante...

## **VI.- Control de la actividad forense.**

Entre los problemas que mayor gravitación tendrán en el futuro se halla el aumento exponencial del número de abogados que, titulados en los más disímiles programas de licenciatura, ejercerán en un mercado saturado de profesionales. Se calcula que en corto tiempo (en un lapso no superior de cinco años) el contingente de abogados superará los 40 mil. Para medir la importancia de este antecedente basta con considerar que hace 50 años el número de abogados no superaba los 5 mil.

El hecho que comentamos generará a corto plazo, principalmente, dos tipos de problemas.

Por un lado, la competencia desatada en el mercado jurídico erosionará gravemente la ética profesional, cuestión que se verá incrementada por la circunstancia de que la colegiatura seguirá siendo voluntaria y, con ello, voluntaria también la pertenencia al Colegio de Abogados, encargado de velar por el recto comportamiento de estos profesionales, a través del Código de Ética Profesional. Muchos de los nuevos abogados rehusa formar parte del Colegio de la Orden con el fin de esquivar el cumplimiento de las obligaciones éticas que éste impone y el obrar de sus órganos disciplinarios (aun cuando las sanciones son extraordinariamente benignas). Se dirá, seguramente, que ante la inconducta del abogado queda expedita la vía judicial (disposición vigésima

<sup>11</sup> Entre los libros relativos al "activismo judicial" debemos citar *Activismo Judicial en Chile. ¿Hacia un Gobierno de los Jueces?*, de José Francisco García y Sergio Verdugo. Ediciones LYD. Año 2013. Véase, además, "Proceso contra los militares: ¿un problema sin solución?", de Adolfo Paúl Latorre y "Miguel Krassnoff prisionero por servir a Chile", de Gisela Silva Encina.

transitoria de la Constitución), pero no puede perderse de vista que un cliente que entra en conflicto con su abogado no se halla predispuesto a ahondar sus dificultades, extendiendo sus pretensiones, esta vez, además, contra quien fue su defensor. Probablemente esto explique el escaso uso que de esta facultad hacen los interesados.

Por otro lado, no puede perderse de vista que el abogado, en nuestro sistema legal, es un **“colaborador de la justicia”**. Lo que señalamos implica que este profesional interviene activamente en el ejercicio de una potestad pública: la jurisdicción. Por consiguiente, su actividad desborda el carácter meramente particular de su relación con el sistema. De lo señalado se sigue que los órganos del Estado deben supervisar sus actividades y controlar la participación que le cabe al abogado en el desarrollo del quehacer jurisdiccional. Así, por lo demás, está previsto en el Código Orgánico de Tribunales (Título XV), que reserva a la Corte Suprema la prerrogativa de otorgar el título de abogado, confiriéndole atribuciones bastante amplias. De lo señalado se desprende que un comportamiento ético inadecuado del abogado no solo lesiona intereses particulares, sino intereses públicos, confiados, en cuanto a su realización, a la Corte Suprema primordialmente.

¿Cómo encarar estos problemas?

Lo primero problema puede corregirse dando cumplimiento al mandato contenido en el artículo 19 N°16 inciso 4° de la Constitución Política de la República, que ordena, para sancionar a los profesionales no colegiados infractores de sus deberes éticos, ser sometidos a tribunales especiales: *“Los profesionales no asociados (a los colegios profesionales) serán juzgados por los tribunales especiales establecidos en la ley”*.

Por lo tanto, bastaría con dictar la ley que ordena la Constitución para disponer, al menos, de tribunales especiales encargados de aplicar sanciones a quienes infrinjan sus deberes profesionales. En todo caso, las sanciones deben ser proporcionales al carácter y gravedad de la infracción que haya promovido la reclamación. Si bien es cierto que esta medida, por sí sola, no solucionará el problema planteado, al menos atenuará sus nefastas consecuencias para el prestigio de la Orden.

El segundo problema tiene ribetes más delicados. Creemos que la Corte Suprema, en ejercicio de sus facultades económicas, debería limitar la participación en juicio (de cualquier índole) solo a aquellos abogados que demuestren poseer una formación académica compatible con las responsabilidades que se asumen al conferírseles patrocinio y/o mandato en una contienda judicial. No se trata, como lo han sostenido los detractores de esta idea, que deba la Corte Suprema *“examinar a los postulantes”*, tarea dilatada e imposible de imponer al Tribunal



Supremo. Pero debería ella delegar esta función en una entidad especial, o en una comisión integrada por catedráticos de su confianza, o en personeros de reconocida solvencia, siempre bajo su supervisión, para ejercer este control, cada día más necesario. Es frecuente escuchar críticas al Poder Judicial y, más específicamente, a la calidad y preparación de los jueces. Sobre esta materia habría mucho que decir, pero no es este el objeto del presente trabajo. Sin embargo, poco o nada se repara en la mala calidad de los abogados que, lejos de aportar una efectiva contribución al Tribunal, dilatan, entorpecen y obstruyendo la tarea jurisdiccional. Una selección de los abogados litigantes, contribuiría, de manera automática, al mejoramiento paralelo de la calidad de la Justicia. No está de más recordar que en la mayor parte de las naciones occidentales existen controles de la más diversa naturaleza, precisamente para asegurarse de que los abogados cumplirán su cometido como corresponde y está previsto en la ley.<sup>12</sup> Todavía más, en otras profesiones (especialmente medicina y pedagogía) se han incorporado varios tipos de controles, precisamente para asegurarse de la calidad de los servicios.

No faltarán los que reclamen que se coarta a los abogados la ejecución de una de las actividades más importantes de la profesión. No es así. La inmensa mayoría de estos profesionales no ejerce en el área forense, sino en el área corporativa (diplomacia, carrera judicial, funciones públicas, asesoramiento a empresas, actividades docentes, etcétera). Por lo mismo, la restricción no es importante cuantitativamente (en su número), sino en la naturaleza de la actividad a que no referimos.

Finalmente, no puede ignorarse que el enfoque dado en la ley (Código Orgánico de Tribunales) a la profesión de abogado corresponde al del litigante. Basta para ello atender al artículo 520, que dice: *“Los abogados son personas revestidas por la autoridad competente de la facultad de defender ante los Tribunales de Justicia los derechos de las partes litigantes”*. Asimismo, la enseñanza del derecho puso acento en la litigación, dejando de lado otros recursos que, con el correr del tiempo, fueron adquiriendo mayor relevancia. De la manera indicada, el abogado, hasta hace medio siglo, se caracterizó, en lo fundamental, por su calidad de litigante. A este carácter debe ponerse fin entre otras medidas, mediante la restricción del ejercicio profesional en el área forense.

<sup>12</sup> Sobre este punto consultar el trabajo de José Manuel Díaz de Valdés, titulado “Requisitos para el ejercicio de la abogacía en el derecho comparado”. Revista Actualidad Jurídica. Edición N°16 correspondiente al mes de Julio de 2007. Pág. 23. En este trabajo se analiza la situación en Inglaterra, Francia, Estados Unidos, España, Alemania, Italia y Suiza. A la luz de estos antecedentes, no resulta explicable la actitud pasiva de nuestras autoridades, tanto más cuanto que lo que proponemos redundaría en ventajas significativas para la práctica de la profesión, la calidad de la función judicial y el interés público comprometido en ello.

## VII.- La especialización.

Para examinar con rigor lo que consideramos constituyen las insuficiencias de mayor importancia en nuestro sistema jurídico debemos referirnos a la “especialización”.

Comencemos por destacar el hecho de que la especialización en una cierta rama de las ciencias jurídicas supone la existencia previa de un núcleo de conocimientos esenciales sin los cuales resulta imposible dotar al abogado de “criterio jurídico”. Este calificativo lo empleamos en el sentido de estar “capacitado para conocer un problema jurídico, insertarlo en el ordenamiento normativo, aplicar las disposiciones que conciernen a él y ofrecer una solución fundada en los parámetros y principios que inspiran la juridicidad.” Como puede comprobarse, el “criterio jurídico” es la máxima expresión de conocimientos y capacidad reflexiva de que puede estar dotado un abogado. La especialización, entonces, la concebimos como la actualización y profundización de los conocimientos en una determinada área del derecho, luego de una sólida formación general, lo cual permite integrar los nuevos conocimientos en el marco general de la teoría jurídica.

Es un hecho indiscutible que el sistema jurídico se ha ido fraccionando (algo semejante a lo que sucede en el área de la medicina), a medida que se extienden y consolidan los conocimientos en las diversas ramas de las ciencias del derecho. A este incremento de conocimientos debe agregarse un fraccionamiento paralelo de carácter jurisdiccional (creación de tribunales especiales). Este hecho ha ido delimitando la plenitud de la jurisdicción, la misma que hasta hace algunos años se depositaba en los Tribunales Ordinarios de Justicia. El indicado fenómeno ha alcanzado incluso a la Corte Suprema, que ha perdido, por ejemplo, su competencia para conocer de los recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, materia que hasta 2005 correspondía al Tribunal Pleno.

Así las cosas, los abogados, en razón de interés u otras circunstancias, se han incorporado a la especialización, sea a través de cursos de educación continua, magister, doctorados u otras alternativas especialmente ofrecidas por universidades nacionales o extranjeras. Este hecho puede tener consecuencias nefastas si los especialistas carecen de una sólida formación general (matriz), porque ninguna solución jurídica puede concebirse al margen de sistema en su totalidad. Velar por la coherencia, unidad e integridad del derecho es condición primordial para la consecución de una recta receta jurídica, adecuada y consistente.

De lo dicho se infiere que la especialidad representa un avance significativo para las ciencias jurídicas (puesto que se basa en la profundización de los conocimientos), pero, de la misma manera, un peligro, si ella no va unida a una sólida formación general.

Deducimos, por lo tanto, que para contrarrestar los peligros de la “especialización”, particularmente en relación al ejercicio de jurisdicciones especiales, es de vital importancia mantener una “revisión jurisdiccional” de cada decisión (como sucede en materia de libre competencia, tribunales ambientales, justicia arbitral, etcétera). De esa manera, sin desconocerse las nuevas fronteras del conocimiento, se vela por la preservación de las bases generales del derecho.

Otro tanto deberíamos decir del legislador, en cuanto a que la regulación de cada rama especializada del derecho debe insertarse en la teoría general del sistema y no pretender una autarquía opuesta a lo que conforma uno de los rasgos esenciales de toda construcción jurídica.<sup>13</sup> Con todo, bien vale reconocer que la “especialización” se instaló definitivamente, tanto en el estudio como en el ejercicio del derecho, y que, bien o mal, ella subsistirá cualquiera que sea el rumbo que sigan las ciencias sociales en el futuro.

Finalmente, debemos reconocer que la especialización a través de grados y títulos obtenidos en universidades extranjeras no tiene para los hombres de derecho la misma importancia que para otras disciplinas. Lo indicado no importa un comentario despectivo o peyorativo, ni mucho menos. Lo que sucede es que entre nosotros prevalece el sistema normativo por sobre teorías, a veces extravagantes, cuando ellas proceden, por ejemplo, de un sistema consuetudinario. Lo que puede desmerecer en el área profesional, se enriquece en el área académica en que estos estudios cobran una importancia muy especial. Dígase lo que se quiera, pero lo cierto es que nuestros tribunales no se hallan preparados para absorber doctrinas foráneas, aduciendo razones jurídicas y filosóficas propias de la cátedra o el foro universitario. Por lo mismo, y en buena hora, hay que reconocer que en materias propias del ejercicio profesional, la doctrina, en cuanto tropiece con la letra de la ley, quedará subordinada por esta última. Lo que advertimos no impide reconocer la importancia del “derecho comparado”, el cual gravita cada día con más fuerza en el campo legislativo, no así en la jurisprudencia de nuestros tribunales. Muchas leyes importantes (yo diría la mayor parte) o están inspiradas o plagiadas de sistemas jurídicos afines. En el campo del “derecho económico”, por vía de ejemplo, son numerosísimas las normas cuyo antecedente se halla en la legislación extranjera (particularmente anglosajona). Lo propio ocurre con la legislación civil en relación a España. Es interesante delimitar el campo de influencia del derecho comparado, ya que, como queda explicado, éste no gravita de la misma manera en el trabajo legislativo que en el ejercicio de la jurisdicción.

<sup>13</sup> De aquí nuestra acerva crítica al mal llamado “derecho del consumidor”, consagrado en la Ley N°19.496. Muchas de las disposiciones allí contenidas, sobrepasan criterios y principios jurídicos de muy larga data. Sobre esta materia puede consultarse nuestro libro *Derecho del Consumidor. Estudio Crítico*. Editorial Thomson Reuters. Monografías. Año 2015.

## **VIII.- Traspaso a los tribunales de decisiones de orden político.**

No podríamos concluir estas reflexiones sin referirnos a uno de los fenómenos institucionales que mayores consecuencias negativas pueden causar a nuestro país. Nos referimos a la constante transferencia de cuestiones políticas a la esfera judicial. Muchos acontecimientos de este carácter –políticos– son eludidos por la autoridad llamada a resolverlos, en una actitud que bien podríamos calificar de “escapista”.

Como se dijo en lo precedente, es en el ejercicio de la potestad legislativa en donde se articulan los intereses que se entrelazan y entran en conflicto en la comunidad civil. Mediante las leyes se asignan y privilegian ciertos intereses en desmedro de otros. Como es obvio y no requiere de mayores explicaciones, ello afecta expectativas y prospecciones electorales (los votos son a la política lo que el dinero es al mercado). De aquí la tendencia a traspasar el problema a la esfera jurisdiccional, transformándolo, aun cuando aparentemente, en una “cuestión técnica” de carácter jurídico.

De este modo, el conflicto, en lugar de alojarse en el órgano que corresponde se desplaza a una instancia diferente sin “costo político” para nadie.

Un ejemplo bastaría para comprender, en toda su magnitud, lo que aseveramos. La falta de una legislación sobre el reajuste anual de los planes de salud de las instituciones privadas (Isapres), implica la tramitación judicial de más de 100 mil recursos de protección, todos los cuales deben fallarse como si fuera el único, incurriéndose en elevadísimos costos. Solo se requiere de una simple ley para evitar este derroche escandaloso. Los ejemplos podrían multiplicarse indefinidamente. A tal extremo se ha llegado en esta materia, que en la tramitación del proyecto de ley sobre reforma laboral, por expresa voluntad de los legisladores, se han dejado vacíos destinados a que sean resueltos por los tribunales. Nada tiene de extraño, entonces, que se acuse a la Corte Suprema de legislar a pretexto de ejercer jurisdicción.

Si a lo anterior agregamos el hecho de que contencioso administrativo ha quedado radicado en los tribunales ordinarios de justicia (artículo 38 inciso 2° de la Constitución), se podrá dimensionar en toda su extensión la transferencia que opera en nuestro sistema.

Por ende, debe buscarse un mecanismo para evitar que persista este traspaso que, ciertamente, es otro factor que distorsiona el funcionamiento del sistema institucional. En cierta medida, no cabe reclamar contra la politización de los jueces si los otros poderes del Estado ponen en sus manos decisiones que no les conciernen o que asumen ante la ausencia de una regulación indispensable. Al final de cuentas,

el Poder Judicial va acumulando responsabilidades que en un eficiente de sistema institucional deben ser asumidas por otros personeros (políticos).

Para quienes piensen que exagero, otro botón de muestra. ¿A quién corresponde la pacificación de la Araucanía? ¿Es suficiente con una querrela criminal dirigida contra “quienes resulten responsables” en cada ataque terrorista? La respuesta, creemos nosotros, está de más. Suele sostenerse que la actividad jurisdiccional puede desbordarse dando lugar a la “dictadura de los jueces.” Ello sería consecuencia del activismo judicial unido a la transferencia de funciones político-administrativas a los tribunales de justicia. Ambos fenómenos están acusando su presencia en Chile sin que hasta la fecha se observe una conducta rectificadora. Como puede apreciarse, los peligros de una “deformación institucional” de envergadura son una amenaza cierta que debería encararse a la brevedad.

### **IX.- El influjo de los medios de comunicación social.**

Los medios de comunicación social –especialmente la televisión– han cobrado un influjo determinante en el destino de los procedimientos judiciales. Tan pronto surge un juicio que compromete a personas o instituciones de importancia, sean ellas políticas, financieras, públicas, privadas, nacionales, extranjeras o de cualquier identidad, casi automáticamente los medios de comunicación absuelven o condenan, como si se tratara de una sentencia fundada en el escarnio público.

No me excedo si digo que existen juicios cuyo destino está sellado de antemano, por efecto de la repulsa ciudadana creada por quienes controlan la comunicación social. Como hemos manifestado reiteradamente, no puede hacerse justicia en una atmósfera enrarecida por la propaganda, el prejuicio y, por qué no decirlo, el odio que ciertos sectores cultivan cuidadosamente para alcanzar una revancha histórica de carácter político. Lamentablemente, es lo que ocurre con los uniformados comprometidos con el Gobierno Militar. En estos procesos no se ha aplicado la ley como tradicionalmente ocurrió en el pasado, sino que se ha buscado la manera de esquivarla con los más diversos argumentos (desde ficciones, torcidas interpretaciones, desconocimiento de instituciones fundamentales, etcétera), eludiendo, de esta manera, una decisión pronunciada en estricto derecho.

Pero no se crea que lo anterior ocurre solo en el campo penal y respecto de las personas referidas. El problema se extiende a toda clase de procesos, incluso, sin una connotación política especial. Se ha ido abriendo camino una especie de repulsa hacia los empresarios, las instituciones financieras, las organizaciones empresariales, el mercado y la libertad económica. Este ambiente aparece estimulado por las “redes sociales”, en donde, valiéndose del anonimato, se

descarga una odiosidad que, salvo resentimientos sociales de muy larga data, no tiene una explicación clara. Ciertamente, todo esto gravita poderosamente, al extremo de hacer imposible imponer la justicia en un ámbito contaminado por una multiplicidad de factores que son la negación misma de la recta aplicación de la ley.

Encarar este problema es difícil. Quienquiera que lo intente pondrá en entredicho la libertad de expresión y la transparencia, derechos ambos que prestan un servicio invaluable a la sociedad, en tanto custodios de una sociedad libre. Con todo, debemos hallar, si no una solución, al menos algunas medidas destinadas a morigerar un mal tan profundo que pone en duda la existencia de un "Estado de Derecho". Cualquier medida sobre esta materia pasa por el control, preparación y ejercicio de la judicatura. Todo el andamiaje comunicacional está destinado, en definitiva, a los jueces, pues son ellos quienes tienen la última palabra.

Desgraciadamente nada se ha hecho a este respecto. Es más, lo obrado por los tribunales superiores de justicia o ignoran el problema o indirectamente lo estimulan con su tolerancia. Los jueces (principalmente los fiscales, aun cuando ellos no dependen de la estructura judicial) son sensibles y hasta aficionados a toda suerte de publicidad. Se atribuye a algunos un afán desmedido por aparecer en los medios de comunicación o exaltar sus investigaciones, punto menos que compitiendo con los agentes políticos. Esta realidad ha impulsado a reclamar sanciones penalmente para aquellos fiscales que filtren antecedentes o diligencias durante una investigación, lo cual da una medida de la magnitud del problema. Claro está que dicha preocupación ha surgido de la "clase política", que se ha visto severamente cuestionada como consecuencia de los procesos abiertos en relación al financiamiento de la actividad política y su arista electoral. Como quiera que sea, el problema excede lo tolerable y demanda una reacción congruente de parte de los legisladores y de la Corte Suprema, como órgano superior del Poder Judicial. De lo contrario, la justicia agregará otro factor negativo para medir la confianza que proyecta en el ámbito público, y dejará abierta la puerta para que estas lacras se sigan profundizando en un medio ya saturado de influencias indebidas.

## **X.- Independencia judicial.**

No podríamos cerrar estas reflexiones sin antes referirnos, aun cuando muy brevemente, a la independencia del Poder Judicial (uno de los grandes desafíos de la judicatura), tema recurrente desde hace varios años. No reiteraremos lo que hemos manifestado tantas veces, sin conmovir el ambiente judicial y profesional, pero, al menos, enumeraremos los factores que mayor gravitación tienen en la subordinación de la judicatura al poder político.

Reclamamos, desde luego, la reglamentación de la institución de los “abogados integrantes”. No se trata de eliminarlos, puesto que prestan un servicio valioso, sino de darles un estatuto que les asegure su absoluta prescindencia de las influencias ejercidas por los diversos gobiernos que se suceden en el mando de la Nación. Su designación (anualmente en las Cortes de Apelaciones y cada tres años en la Corte Suprema) los transforma en funcionarios transitorios, dependientes de quien los nombra y al servicio de la autoridad ejecutiva. A esta altura parece increíble que no se haya adoptado una decisión sobre la materia y que todos los proyectos que se refieren a este problema “duerman” en las comisiones parlamentarias.

Otro tanto debemos decir a propósito de las organizaciones gremiales que agrupan a los jueces, ministros y relatores de los tribunales superiores de justicia. La dinámica que ha tomado este proceso hace necesaria la regulación de dicha actividad, fijándole las limitaciones, objetivos y propósitos a que puede abocarse este tipo de organismos. No debe esperarse que una materia de esta importancia se desborde sin anticiparse a posibles nefastas contingencias.

Finalmente –materia que debe discutirse y analizarse sin premura, pero sin retardo–, se hace cada día más urgente buscar los medios y procedimientos para que la generación de la judicatura no pase “por coladores políticos”, que en mayor o menor medida, comprometen la independencia de los jueces y el contenido de sus decisiones. Insistamos que ello contraviene la tarea judicial, proyecta una imagen de sometimiento de los magistrados a quien detenta el poder político y estimula la desconfianza en la tarea de los tribunales.

Resulta inútil e innecesario reproducir los argumentos que avalan estas inquietudes, pero no pueden dejar de mencionarse como un desafío pendiente en el día de hoy.

Hasta aquí nuestras inquietudes más urgentes.

No es malo que, de tiempo en tiempo, se practique un ejercicio crítico, sea que éste proceda dentro o fuera del “sistema”. Solo de esta manera es posible diagnosticar males susceptibles de corregirse. Debemos pensar que en este momento vivimos grandes transformaciones, que no son fruto de una revolución ideológica, sino de un avance científico tecnológico que no se detendrá. Por consiguiente, o nos sumamos a él o vegetaremos a la sombra de una nefasta inmovilidad. Si efectivamente aspiramos a ser un país desarrollado debemos asumir los retos y desafíos que nos impone el futuro en todas y cada una de las áreas del saber y, muy principalmente, en el campo jurídico.