

La justicia civil

PABLO RODRÍGUEZ GREZ

Abogado

RESUMEN: En este trabajo se analiza la actividad jurisdiccional, observando que los jueces eluden la aplicación de la ley, sobreponiendo en sus sentencias el sentido de justicia (equidad) por encima del mandato legislativo. Así las cosas, el sistema normativo sirve, entonces, otros propósitos: vestir formalmente las sentencias, adaptando la aplicación de la ley a lo resuelto con antelación. De este modo, el juez invierte el orden en que debe proceder, siguiendo los dictados de su conciencia en lugar de aplicar el contenido de la ley. Para demostrar lo anterior se examinan los pasos teóricos que debe dar el Juez para establecer la solución que dispone la ley. Asimismo, se describe el “abuso judicial”, el retardo de la justicia civil, sus causas y posibles remedios, volviendo al tema de la independencia, cuestión que sigue gravitando poderosamente en el funcionamiento del sistema judicial. Una vez más, queda de manifiesto la necesidad de encarar las debilidades de la judicatura civil y la urgente necesidad de innovar en esta materia.

* * *

I. ¿Qué hacen los jueces?

La respuesta usual a esta interrogante sería tan simple como decir, por ejemplo, que ellos, los jueces, “aplican la ley” para resolver un conflicto intersubjetivo de relevancia jurídica. Esta afirmación envuelve, sin embargo, un trasfondo importante. Lo que se quiere significar es otra cosa: quiénes en verdad resuelven los “conflictos sociales” son los legisladores al elaborar las leyes u oponerse a una cierta reglamentación. En efecto, la solución del caso *sub lite* –sometido a la decisión judicial– está dado en la ley y, por lo tanto, la actividad del juez consiste en aplicarla, tarea que denominamos “interpretación” y que abre un capítulo muy controvertido en las ciencias jurídicas. Sin adentrarse en esta materia, digamos sí que cualquiera que sea la doctrina o procedimiento de interpretación por el cual optemos, lo que busca y cree encontrar el juez es el mandato legislativo que le indicará la respuesta (resolución) que debe darse a los litigantes en la respectiva controversia. Digamos, además, que puede el legislador negarse a reglamentar una materia y dicha determinación importa una forma indirecta de normativizar la conducta social, porque ello explicita

la voluntad de dejar que aquella quede sometida a los principios generales que informan la situación. Recuérdese que para Kelsen no existen las “lagunas legales”, ya que ellas no son más que aspiraciones ideológicas que contrastan el derecho que existe con el que se quiere que exista¹.

Sobre este último punto, creemos nosotros que se ha dado poca trascendencia al silencio del legislador, puesto que esta omisión reconduce al problema de las “lagunas legales” que, a juicio nuestro, es una manifestación de la voluntad legislativa². Si el conflicto sometido a la potestad jurisdiccional, no está resuelto en la ley, el juez será llamado a investigar cuál habría sido el contenido de la norma en el evento hipotético de que el legislador se hubiere abocado a ello. En este contexto tiene sentido invocar la analogía, sobre la base de la coherencia que suponemos en las reflexiones y determinaciones del legislador. No cabe discusión sobre el hecho de que el sistema normativo no admite contradicciones y si estas se presentan, es el mismo sistema el llamado a corregirlas (contradicción y antinomia). Aquí puede descubrirse cómo entronca la “analogía” con los “principios generales de derecho” (segundo elemento para la integración de las lagunas legales), por cuanto estos últimos son obtenidos inductivamente del sistema normativo como un todo. Dicho de otro modo, son los “principios generales de derecho” los que permiten descubrir y aplicar la analogía, pasando de la abstracción a la concreción. Más claro aún, los “principios generales de derecho” son, a juicio nuestro, una manifestación, todavía más abstracta de la analogía, porque concentran en su manifestación la tendencia de una parte del sistema jurídico³. La manera de establecer y precisar los “principios gene-

¹ A este respecto Han Kelsen dice: “Un papel peculiar se reserva a la interpretación al llenar las ‘lagunas de la ley’. Sin embargo, urge advertir que no existen ‘lagunas’ auténticas en el sentido de que no fuese posible decidir un litigio con arreglo a las normas vigentes porque no se pudiese aplicar la ley por falta de un precepto que hiciese referencia al caso. Todo litigio consiste en el hecho de que una parte hace valer su pretensión jurídica contra la otra; y la decisión afirmativa o negativa depende del hecho de que la ley, es decir, la norma válida aplicable al caso, contenga o no el deber jurídico afirmado. Puesto que no hay una tercera posibilidad, siempre es posible una decisión ‘sobre la base’ de la ley, es decir, al ‘aplicar la norma legal’. También en el caso de declararse que no ha lugar a la pretensión planteada, se aplica el orden jurídico en vigor. Pues desde el momento que éste obliga a los hombres a una conducta determinada, les garantiza la libertad allí donde no les prescribe una obligación”. Hans Kelsen. “La Teoría Pura del Derecho”. Editorial Gernika. México. Año 1993. Pág. 72.

² A este respecto conviene recordar la situación que se ha planteado sobre cuestiones como el reajuste que deben cobrar las ISAPRES, materia que debe resolverse por medio de una ley que no se ha dictado, a pesar de las demandas del Tribunal Constitucional (que recomendó regular esta situación), y los miles de recursos interpuestos por los afiliados. A tal extremo se ha llegado en este orden de cosas, que dichas entidades han debido pagar miles de millones de pesos por concepto de costas judiciales (al punto de arriesgar su solvencia futura), sin que se visualice una solución a corto plazo. No faltan quienes afirman que esta política omisiva obedece al propósito de terminar con el sistema de salud privada.

³ Particularmente interesante nos resulta el planteamiento de Enrique Alcalde Rodríguez, quien propone una clasificación de los principios generales de derecho: “En el sentido que comentamos y con el riesgo que supone todo intento de categorizar conceptos, pensamos que es factible reconocer al menos dos clases de principios generales de derecho. Primeramente, nos hallamos con aquellos –los más relevantes y trascendentes– que directa o indirectamente emanan de la propia naturaleza humana (expresada aquí en el *derecho natural*), por lo cual su validez y obligatoriedad se nos impone como una realidad que no depende nuestra mera voluntad; y, en segundo lugar, con otros que siguiendo la terminología

rales de derecho”, obliga en la práctica a ejecutar de una función inductiva al intérprete, forzado a extraer del sistema los lineamientos comunes que quedan depositados en la normativa objetiva. Se trata, entonces, de descubrir qué tendencias y propósitos inspiran continuamente a los poderes colegisladores y se reproducen en las diversas manifestaciones del derecho legislado.

Finalmente, la “equidad natural”, definida como un “sentido intuitivo de justicia, aplicado a un hecho concreto, al margen del ordenamiento jurídico”, cierra los recursos de que dispone el Juez para sobreponerse al silencio formal del legislador. Acerca de este punto se ha reflexionado poco. Como quiera que se considere este recurso, deberá reconocerse que está condicionado, en medida trascendental, por el propio sistema normativo, lo cual ocurre por el hecho de que los grandes principios que inspiran su existencia se “internalizan” en el imperado y definen sus preferencias. No es extraño, por lo mismo, que el alcance y contenido de la “equidad natural” no difiera entre una y otra persona. No cabe duda que el derecho cumple un cometido pedagógico y que cuerpos legales, como nuestro Código Civil, han contribuido poderosamente a la formación cívica de los chilenos, mucho más allá de lo que regularmente se admite. De aquí que la equidad esté íntimamente condicionada por la legislación vigente –en especial cuando ella se mantiene vigente a través del tiempo– lo cual ocurre con mayor fuerza en el ámbito de nuestra profesión.

Así las cosas, forzoso resulta concluir que el “silencio legislativo” es una forma de regulación negativa de la conducta social, pero regulación, a fin de cuentas, puesto que se extrae del sistema normativo la solución que debe darse al conflicto de que conoce el Juez.

A lo señalado puede agregarse uno de los principios rectores en materia interpretativa, aún con todos los reparos que se formulan en este momento: “*en el campo del derecho público es legítimo hacer solo aquello ordenado o expresamente permitido en la ley; en tanto en el campo del derecho privado todo aquello que no esté expresamente prohibido*”. El debilitamiento de este principio es consecuencia de la dificultad que ha provocado determinar la naturaleza en muchas normas referidas a escenarios jurídicos que comparten caracteres propios del derecho público y del derecho privado. A medida que se han ido desarrollando diversas ramas del derecho, se ha hecho más difícil clasificar, con cierto rigor científico, cuando una norma puede encuadrarse en el marco del derecho público y cuando en el marco del derecho privado⁴.

de Esser, podríamos denominar ‘institucionales’, cuyo fundamento descansa en la propia estructura de las diversas instituciones jurídicas, recibiendo por ende, de ellas mismas, la necesidad de respetar su observancia.” Enrique Alcalde Rodríguez. “Los principios generales de derecho”. Ediciones Universidad Católica de Chile, Año 2003, Pág. 58.

⁴ Entre los muchos criterios de distinción, que prácticamente cruzan la historia del derecho, se ha formulado la “teoría sobre la naturaleza de la relación”. En ella se distinguen las llamadas “relaciones de

Volviendo al tema que nos ocupa, el Juez, enfrentado al conflicto promovido ante él, en el marco de su competencia y sujeto al principio de “inexcusabilidad”, lo que le obliga a resolver (haya o no ley que disponga la decisión que debe adoptar), dispondrá de todo un instrumental normativo y de la “legislación negativa” (silencio de la ley), pudiendo de ese modo extraer, como se explicó, una solución⁵.

II. Pasos teóricos en el desarrollo del conflicto

Cabe preguntarse qué debe hacer el Juez en ejercicio de su función y cómo debe abordar la solución del caso que se somete a su consideración. Fijaremos en los párrafos siguientes los deberes que le asisten, haciendo hincapié en el hecho que de ello depende el buen funcionamiento del sistema.

Primero, establecerá, aplicando las leyes reguladoras de la prueba, los hechos de la causa, debiendo fijarlos uno a uno, respetando el valor probatorio que asigne la ley a cada medio probatorio o haciendo uso de sus atribuciones y facultades (“sana crítica”).

Segundo, seleccionará aquellas disposiciones legales atinentes al caso, tanto las que puedan referirse directamente a él, como aquellas que tienen conexión (analogía).

Tercero, para aclarar el contenido preciso de las normas, por nítido que pueda parecernos, empleará los criterios que le proporcionan los elementos de interpretación (literal, lógico, histórico y sistemático). Prevalece en la legislación chilena el elemento literal a la luz de previsto en el artículo 19 del Código Civil: *“Cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”*. Los cuatro elementos mencionados tienen por finalidad

coordinación” y “relaciones de subordinación”. En las primeras ambas partes se hallan situadas en el mismo nivel y sujetas al derecho común. En las segundas una de las partes está ubicada jurídicamente por encima de la otra. Las relaciones de coordinación están regidas por normas de derecho privado, salvo que se trate de aquellas reguladas por el Derecho Internacional Público (en las cuales los Estados y los organismos internacionales actúan como tales). Las relaciones de subordinación están regidas por normas de derecho público, debiendo entenderse que actúa el Estado como tal. Para determinar esta última condición debe atenderse al hecho que la relación jurídica esté regulada por una ley especial, caso en el cual prevalece esta última legislación por encima del derecho común. Así, por vías de ejemplo, si la relación se encuadra en la Ley N°18.695 (orgánica constitucional de Municipalidades), nos hallaremos ante una relación jurídica regida por el derecho público.

⁵ Debemos recordar sobre esta materia el libro de Donald Dworkin “Los derechos en serio”. Plantea allí los llamados “casos difíciles”, que son, precisamente, aquellos en que no hay norma que permita resolver el conflicto. Como queda en evidencia, según lo manifestado precedentemente, entre nosotros dichos casos no existen, porque el juez está dotado de los instrumentos que le permiten integrar una “laguna legal”. Es acertado sostener, entonces, que la ley tiene lagunas, pero no el derecho porque el sistema sale en auxilio del intérprete.

descubrir (destapar) el significado de la norma, cualquiera que sea el nivel de claridad que podamos atribuirle. Atenderá el intérprete, por lo mismo, preferentemente al elemento "literal" y si este no soluciona el problema y subsiste la oscuridad del texto del precepto, recurrirá a cualquiera de los otros elementos o a todos ellos, según disponga⁶.

Cuarto, determinado el sentido de la norma o normas que, a juicio del intérprete corresponda aplicar, elaborará una "regla" (individual), sobre la base de las disposiciones legales escogidas y fundará en ellas su construcción. En esta tarea va implícita la solución que debe darse al conflicto que se trata de juzgar.

Quinto, en el evento de que no encuentre las normas indicadas (laguna legal), invocará los "principios generales de derecho" en los que fundará la construcción de la "regla", o los principios de equidad con arreglo a los cuales pronunciará su decisión.

Del procedimiento descrito se deduce que la "regla" (sentencia judicial en este caso), se desprenderá de un mandato legal (general y abstracto), el cual ha sido singularizado por el intérprete, respetando los elementos normativos extraídos de la ley y completado en ejercicio de las atribuciones que le son propias. Sobre esta materia Hans Kelsen, en la Teoría Pura del Derecho, es particularmente elocuente:

"Precisa establecer si es dado o no in concreto un hecho que la norma general ha determinado in abstracto, y para este caso concreto precisa realizar un acto concreto de coacción, es decir, precisa, en primer término, disponerlo y, después, realizarlo, aplicando las determinaciones abstractas de la norma general. Esto es lo que hace la sentencia judicial, que es una función de la jurisdicción o 'poder judicial'. Esta función no tiene, en modo alguno, carácter meramente declarativo—como lo da a entender su etimología: 'iuris dictio', 'declarar el derecho', y como lo sostiene la teoría en algunas ocasiones—; el tribunal hace más que declarar o constatar el Derecho ya contenido en la ley, en la norma general. Por el contrario, la función de la jurisdicción es más bien constitutiva: es creación de Derecho, en el

⁶ En esta materia nos remitimos a la "Teoría de la Interpretación." (Pablo Rodríguez G. Editorial Jurídica de Chile. Año 2004. Reimpresión de la segunda edición). A nuestro juicio, la interpretación, en general, es un mecanismo destinado a aplicar la norma jurídica, en el cual se distingue una "interpretación formal" y una "interpretación sustancial". Mediante la primera, se determina con precisión el significado del mandato normativo; mediante la segunda, se elabora un "regla" o mandato particular y concreto (sentencia judicial), sobre la base de la o las normas aplicables (previamente seleccionadas por el intérprete). La interpretación formal está regulada en la ley (Párrafo 4° del Título Preliminar del Código Civil); la interpretación sustancial es de libre creación del intérprete, pero debiendo siempre hallarse fundada en las normas aplicables (la sentencia vale porque así lo determina la ley). De lo anterior extraemos que el intérprete (el juez en este caso), es un creador de derecho, pero siempre en el limitado campo que le corresponde (cerrar el marco incompleto que ofrece el legislador en los casos sobre los cuales se pronuncia).

sentido auténtico de la palabra. Pues la sentencia judicial crea por completo una nueva relación: determina que existe un hecho concreto, señala la consecuencia jurídica que debe enlazarse a él, y verifica en concreto dicho enlace. Así como dos hechos –condición y consecuencia– van unidos por la ley en el dominio de lo general, tienen que ir enlazados en el ámbito individual por las sentencias de los tribunales de justicia. Por esta razón la sentencia judicial es norma jurídica individual: individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta, continuación del proceso de creación jurídica, de lo general a lo individual; solo el prejuicio según el cual todo Derecho se agota en la norma general, solo la errónea identificación del Derecho con la ley, pueden oscurecer una idea tan evidente”⁷. Siguiendo el pensamiento de Kelsen, debemos destacar el hecho de que el contenido de la “regla” (sentencia) está dado, en parte, por el contenido de la norma (ley), cuyos elementos se transfieren a aquélla, lo cual determina su validez jurídica. “Pero esta determinación no es nunca completa. La norma de la grada superior no puede vincular exhaustivamente el acto que la ejecuta. Siempre tiene que quedar un margen más o menos amplio de libre apreciación: de modo que, por relación al acto ejecutivo de creación o mera ejecución material, la norma de la grada superior tiene siempre el carácter de un marco que dicho acto se encarga de llenar”⁸. De lo dicho se deduce que la facultad del intérprete para crear derecho existe, pero está limitada, debiendo respetar los elementos normativos que son los que dan validez a su creación.

De la concatenación lógica de las etapas antes descritas, se sigue que ellas deben cumplirse rigurosamente en el orden preestablecido. Esta exigencia es condición sine qua non para dar a la “regla” (sentencia) elaborada validez jurídica. En consecuencia, como puede constatarse, el conflicto no se resuelve de acuerdo a las preferencias y concepciones íntimas del magistrado (o de quien ejerza una potestad regulatoria), sino conforme lo señalado y previsto en la norma jurídica, aplicada por medio del procedimiento interpretativo ya comentado.

Como se ha adelantado en otros trabajos, el “drama” del juez, cuando discrepa del contenido de la norma, tiene sus raíces en la frustración de que aquello que resuelve puede contrariar su conciencia y sus ideales, a pesar de lo cual él debe ser fiel al compromiso de aplicar la ley, por errado y doloroso que resulte. Si el juez optara por prescindir del mandato normativo proveniente del legislador y obrara sin fronteras a su leal y saber y entender, se destruiría todo el sistema jurídico, al desconocerse el principio de separación de poderes del Estado y, por ende, lesionarse la potestad legislativa, confiriendo a los jueces facultades que el sistema no les reconoce. Ciertamente los jueces no son “prisioneros de las leyes”, como más de alguien lo ha planteado, pero tampoco libres creadores de derecho sin sujeción ninguna al ordenamiento jurídico.

⁷ Hans Kelsen. “La Teoría Pura del Derecho”. Editorial Gernika. Año 1993. Pág. 57.

⁸ Hans Kelsen. Obra citada. Pág.64.

Pero, volviendo a las etapas que, a nuestro juicio, debe recorrer el juez al encarar su tarea creadora, cabe preguntarse: ¿es esto lo que efectivamente hacen nuestros jueces? ¿se ciñen al procedimiento descrito con el rigor indicado? ¿aplican lealmente la ley como está previsto?

Me temo que la respuesta, a cada una de estas interrogantes, sea negativa. Cualquier análisis que se intente, llevará a la conclusión que nuestros jueces **han invertido el orden en que se ejecutan las cinco etapas mencionadas**, incorporando a su decisión un elemento que, en la mayor parte de los casos, debería estar ausente de su tarea jurisdiccional o influir indirectamente (como elemento de interpretación formal).

Enfrentado a la decisión del asunto controvertido, el Juez hace un **análisis de equidad**, cuestión que, por cierto, depende, única y exclusivamente, de sus convicciones más íntimas. De esa manera, opta por la posición sustentada por una u otra parte, arguyendo que obra conforme el mérito general del proceso (como lo exige la ley). Ya adoptada la decisión, procede a justificarla, valiéndose para estos efectos del sistema normativo. En otros términos, el intérprete acomoda el mandato legal de manera que sirva para vestir su decisión y presentarla como si fuera fruto solo de las normas que estima aplicables. No es extraño que, bajo este proceder, se llegue a artilugios interpretativos difíciles de justificar, y a sentencias contradictorias respecto de materias largamente debatidas. Si nos fuera posible indagar en la conciencia de los jueces, tengo la certeza de que todos ellos entienden ser “justos” más allá de su deber de lealtad con lo que disponen las leyes. De la manera indicada, se enfrenta, en cierta medida, el sentido de justicia con la lealtad al mandato de la ley, cuestión que en todo caso queda debidamente disfrazada.

Lo manifestado reviste una enorme importancia porque, en cierta medida, debilita las virtudes del sistema y transforma el rol que corresponde a los jueces en él.

El mayor daño que provoca esta anomalía radica en la falta de certeza jurídica, la cual solo puede alcanzarse en la medida que se aplique la ley siguiendo el procedimiento antes descrito. Lo indicado queda de manifiesto en la medida que, como consecuencia de lo denunciado, nadie puede asegurar razonablemente el destino final de un litigio. Si el sistema jurídico hace imposible prever razonablemente un cierto resultado en un proceso judicial, ello debilita la confianza que requieren los imperados para organizar y desarrollar sus actividades. La seguridad jurídica, vale decir, la firme convicción de que todos nuestros actos están regulados por el Derecho y que sus normas se cumplirán, sea espontánea o coercitivamente, constituye el aporte más valioso de la ciencia jurídica a la organización de la sociedad. La anormalidad que denunciemos, atenta contra este valor que, al decir de los filósofos del derecho, es el único propiamente

jurídico, puesto que solo puede darse en el ámbito de un sistema normativo (Estado de Derecho)⁹. De más está advertir que abiertas las compuertas que permiten al Juez inclinarse por una u otra posición en razón de sus convicciones personales, se introduce con ello el “activismo político”, desfigurándose absolutamente el ordenamiento jurídico. No es fácil, sin embargo, precisar si el “activismo político” es consecuencia de no respetarse las fases de aplicación de la ley antes analizadas, o si es este el que desata el efecto que comentamos.

No faltará quien se pregunte cómo no se ha reaccionado ante un fenómeno de esta importancia que, como lo destacábamos, desvirtúa el sistema en sus bases más profundas. La respuesta incluye varios factores. Desde luego, la apariencia formal que adopta la decisión jurisdiccional, se presenta como si estuviera fundada efectivamente en las normas que se invocan, lo cual induce a pensar que para resolver no se han considerado otros elementos que no sean los normativos extraídos de las leyes que se dicen aplicadas. En el evento que lo decidido contravenga la jurisprudencia, ello no incide ni en el contenido de la resolución ni en las facultades propias del fallador (independencia interna). Pero, quizás si lo más importante sea la sensación generalizada de que la “sentencia pronunciada es justa” y, por lo mismo, pocos se detienen a examinar sus fundamentos que, por lo demás, atendido su carácter técnico, queda reservada para el juicio de los abogados. Tan evidente es lo que manifestamos, que ha sido la propia Corte Suprema la que ha instado a los jueces a expresarse con una terminología que no impida la comprensión del hombre medio.

De ser efectivo lo que examinamos en este artículo, el sistema jurídico, en cierta medida, se vería burlado, principalmente por afectación de la certeza jurídica. Entre las virtudes del “Estado de Derecho”, no puede dejarse de ponderar que los efectos de los actos ejecutados por los imperados son previsibles, vale decir, susceptibles de anticiparse razonablemente por un hombre medio. Quien vive al alero del derecho sabe, con antelación, qué consecuencias se seguirán de sus actos, de qué manera compromete su responsabilidad, de qué derechos es titular y de qué medios dispone para hacerlos valer. En otras palabras, estará en situación de controlar dichos efectos (producirlos o cancelarlos). Es este,

⁹ Conviene dejar constancia que no es esta nuestra posición sobre los valores propiamente jurídicos. La idea de que existe un solo valor jurídico (la seguridad jurídica) corresponde al profesor Jorge Millas. Nosotros estimamos que puede constatarse la existencia de otro valor jurídico, tan importante como el anterior. Se trata de la “normativización coercitiva de la conducta social”. El fundamento de esta concepción radica en que el derecho supone que todas las conductas sociales están reguladas por el ordenamiento jurídico, sea por efecto de una prescripción directa o indirecta, y su incumplimiento es sancionado coercitivamente. Así las cosas, el sistema jurídico se asienta en la admisión colectiva de que toda conducta social está regida por una norma que se cumplirá espontánea o coercitivamente. Hemos tratado esta materia en “El Derecho como creación colectiva” (Ediciones Jurídicas. Universidad del Desarrollo. Año 1999), “Estructura Funcional del Derecho” (Ediciones Facultad de Derecho. Universidad del Desarrollo. Año 2001) y “Sobre el origen, funcionamiento y contenido valórico del Derecho” (Facultad de Derecho. Universidad del Desarrollo, Año 2006).

muy probablemente, el mayor perjuicio que desencadenará la alteración del proceso de aplicación de la ley descrito en las páginas anteriores.

No es extraño, entonces, que los abogados no profundicen en sus defensas los aspectos jurídicos del conflicto, y pongan mayor acento en situaciones de hecho que sirven para inclinar las simpatías del tribunal en uno u otro sentido. Lo que advertimos se evidencia con mayor nitidez en el área penal.

III. El abuso judicial

La misión fundamental de los abogados no consiste solo en comparecer ante los tribunales de justicia en defensa de los derechos que se le confían, como lo dispone el artículo 520 del Código Orgánico de Tribunales. Antes que ello, debe esmerarse en procurar un entendimiento que zanje de común acuerdo el conflicto suscitado. En materia civil la *"última ratio"* debería ser el requerimiento al tribunal. De aquí la importancia que cobran cada día las técnicas de mediación que culminan con un convenio que sustituye el costo material y moral que implica un juicio, cualquiera que sea su naturaleza. Hay que tener en consideración que la apertura de un proceso judicial, sea civil o penal, implica siempre un daño para la sociedad y los intervinientes. Lo anterior, sumado al hecho que, por lo general, el conflicto surge de interpretaciones encontradas, hace evidente la conveniencia de instar por un entendimiento razonable y equilibrado. La llamada "justicia de los acuerdos" es una corriente que se abre paso con fuerza a fin de evitar litigios inútiles de alto costo para las partes y perjuicio para la sociedad toda.

Ocurre, sin embargo, que suele emplearse la libertad de ocurrir ante los tribunales de justicia en demanda de una cierta pretensión, no para obtener una respuesta jurisdiccional, sino para generar una presión indebida y obtener aquello que no corresponde o más de lo que corresponde. En cierto tipo de conflictos (de libre competencia, ambientales, sobre servicios públicos, etc.), se usa y abusa de este recurso, a fin de intimidar a la parte contraria e imponerle condiciones que en otro contexto serían ilusorias. Son numerosos los casos en que una empresa o una persona natural, para intervenir en un negocio, no puede hallarse afectada por una acción judicial. En tal supuesto, quien es arrastrado a los tribunales queda "en manos" de su contraparte premunido de armas desiguales¹⁰.

¹⁰ Lo que anotamos se hace todavía más evidente en el campo penal. Frecuentemente, quien detenta una pretensión civil, prefiere invocar la comisión de un supuesto delito, lo cual, por cierto, coloca la contraparte en situación desmedrada atendida la naturaleza de la acusación. Así, por vía de ejemplo, el mandatario es acusado de apropiación indebida, el comodatario de usurpación, el socio de defraudación. De aquí nuestra insistencia en el sentido de facultar al juez para declarar la inadmisibilidad de una demanda civil.

Este tipo de situaciones se da preferentemente ante grandes inversiones (generadoras de energía eléctrica, proyectos mineros, inmobiliarios, industriales, etc.), invocándose, por lo general, la lesión a las normas medioambientales. Es frecuente observar que a propósito de la “judicialización” de un conflicto, se organizan “movimientos” paralelos, que le dan una cierta legitimidad social a las cuestiones planteadas. De este modo, se obtiene un respaldo público que hace verosímil y justo lo demandado, todo lo cual no implica desconocer legítimas aspiraciones que merecen respeto y consideración. Precisamente de estas últimas se aprovechan aquellas. Tampoco podría nadie desentenderse de los espacios que ha conquistado en la conciencia pública todo lo concerniente al derecho ambiental. Cada día se incorporan nuevas exigencias fruto de la preocupación que despierta esta temática en todos los sectores de la comunidad. ¿Cómo encarar esta realidad? ¿Cómo evitar este abuso que se sirve de la jurisdicción para obtener un provecho indebido?

Reducido el problema al ámbito judicial, existen varios medios que bien empleados pueden poner fin o, al menos, atenuar estos abusos: así, por ejemplo, las costas judiciales, la indemnización de perjuicios, el examen previo de admisibilidad de las demandas y recursos que se deduzcan, la caución anticipada, la solidaridad entre cliente y abogado para los efectos del pago de costas y los daños. Ninguno de ellos se ha incorporado a la tradición de nuestra judicatura, razón por la cual no resultará fácil su utilización.

Sobre las costas judiciales, remedio clásico para sancionar a quienes litigan sin fundamento plausible o son vencidos totalmente, se presenta un inconveniente difícil de remover: los jueces no han logrado armonizar la realidad con sus determinaciones. La fijación de costas no refleja, en la mayor parte de los casos, los gastos en que incurre el litigante, sino, muchas veces, una parte ínfima de éstos. De allí que, a pesar de haber tenido éxito en el litigio promovido infundadamente, no consigue el afectado ser resarcido en su integridad. A lo señalado hay que agregar que los daños que causa un litigio malicioso o irresponsablemente intentado, no solo se reflejan en los costos directos (costas procesales y personales), sino que en daños reflejos o derivados. ¿Cómo recuperar los daños del negocio que no se hizo o que se hizo en condiciones desmejoradas por efecto del juicio? ¿Cómo evitar que la imagen de una persona sufra un detrimento de importancia si el juicio lo coloca en situación desdolorosa? Las costas, ciertamente, ni siquiera se aproximan a dar una solución efectiva y real.

La indemnización de perjuicios, se presente como otro medio idóneo para los fines que se proponen. Esta solución tiene dos inconvenientes graves: por una parte, los jueces suelen sostener la tesis de que un juicio no da lugar sino al pago de las costas judiciales y no a otras prestaciones resarcitorias, por cuanto ello atentaría contra el derecho de recurrir a los tribunales en procura de expectativas que –aun infundadas– son expresión del ejercicio de una garantía

constitucional; por otra parte, concluido un juicio, iniciar otro respecto de los efectos del anterior, no parece ser una receta muy atractiva para el dañado. De aquí que no sea este medio utilizado en el mundo judicial, sino excepcionalmente.

Otra medida, por la cual nos inclinamos decididamente, consiste en modificar las normas procesales para introducir un control de admisibilidad, a requerimiento del afectado, respecto de las acciones temerarias e infundadas que se intenten. Este procedimiento tendría la ventaja de atajar las demandas abusivas y solucionar en tiempo breve las consecuencias dañosas que se reclaman. No se trata de crear una nueva instancia, sino solo de incorporar un procedimiento expedito y rápido para resolver situaciones excepcionales (demandas temerarias, infundadas, dolosamente planificadas para obtener beneficios indebidos o un provecho que no corresponde a quien lo demanda). También esta medida ofrece resistencia porque se teme que dicho procedimiento no sea más que nuevos recursos dilatorios para retardar la acción de la justicia.

Habida consideración del hecho de que tras un exceso como el analizado, aparecerá invariablemente la dirección de un abogado, debería volverse a instaurar lo que existió hasta hace algunos años, la obligación solidaria del abogado con su cliente. Esta medida servirá para disuadir a quienes proyectan un aprovechamiento ilícito. Todavía más, responsabilidad solidaria debería extenderse, en casos calificados, a todos los daños que se provoquen, no solo a los costos del juicio.

Finalmente, es posible exigir, en determinados casos y a petición del directamente afectado, caucionar los daños que puedan causarse cuando se advierta una grave inconsistencia en la acción ejercida o se vislumbre que ella sirve para la consecución de objetivos indebidos. Como es obvio, todas las medidas enunciadas pueden combinarse de manera de hacer más efectivo este procedimiento.

Lo cierto e indesmentible es que debe buscarse y ponerse en funcionamiento algún recurso para evitar el abuso judicial, el cual parece haberse incrementado en el último tiempo con un perverso exhibicionismo que sirve para advertir la efectividad de esta maligna receta.

No creo que puedan nuestros legisladores mantenerse indiferentes ante esta realidad que afecta por igual a todos quienes intervienen en proyectos o inversiones de importancia. No es exagerado decir que tan pronto se comunica la intención de iniciar un emprendimiento de envergadura, casi automáticamente, surge la oposición de vecinos, competidores, organizaciones no gubernativas, etc., que se empeñan en hacerlo fracasar. Esto, como se dijo, se da de preferencia en el área ambiental e industrial, frenándose iniciativas provechosas. Incluso más, hay áreas como la ecológica, en que se movilizan organismos internacionales

especializados en alertar a los grupos afines para la realización de campañas destinadas a paralizar inversiones y proyectos de desarrollo.

IV. Retardo de la justicia civil

Uno de los problemas que más pesa a la hora de calificar la eficiencia de la justicia civil, es el retardo con que se tramitan los procesos, se dictan las sentencias y se hacen cumplir. Se ha dicho y con razón, que la justicia, para tener el carácter de tal, debe ser oportuna. Cuando ella demora demasiado no pasa de ser un remedo de justicia que no satisface a quienes legítimamente la demandan.

Cabe preguntarse: ¿Sobre quién recae la responsabilidad de un hecho de esta naturaleza? La respuesta compromete un sinnúmero de factores que concurren en su producción.

En primer lugar, debe advertirse el exceso de trabajo que pesa sobre los jueces. El ingreso anual supera el millón ochocientos mil causas civiles. Es cierto que de ellas solo un porcentaje menor se tramitan íntegramente, la mayor parte de las causas “quedan en el camino”, sea porque se abandonan, las partes se avienen, no se notifican, etc. Pero, por alto que sea el porcentaje en que se rebaje la carga laboral de los tribunales, el número de causas a que es llamado un juez (especialmente en las grandes ciudades), es enorme frente a la capacidad normal de un tribunal. Dictar una sentencia implica un estudio, a veces profundo, de cuestiones complejas, que exigen reflexión, estudio y conocimiento de la jurisprudencia. De aquí que no pueda exigirse, como ocurre a menudo, buenas y oportunas sentencias. Piénsese solo en el hecho de que en el Gran Santiago funcionan 30 juzgados civiles. Por otra parte, no existe un examen de admisibilidad inicial, razón por la cual, si una persona deduce una demanda reclamando la propiedad del Palacio de Gobierno, el juez está obligado a tramitarla, incluso, a dictar sentencia de término.

En segundo lugar, no cabe duda de que coadyuva a la “parsimonia judicial” el llamado “principio de pasividad” que impera en materia civil, debiendo el juez, a través del tiempo, ir acumulando antecedentes que solo vendrá a evaluar al momento de pronunciar su sentencia, no antes. Algunos intentos por romper esta inercia (como ocurre con el trámite de conciliación, que en su oportunidad se estimó como un avance efectivo y que ha terminado en el más rotundo fracaso), no han permitido dar a los juicios civiles mayor celeridad.

En tercer lugar, debemos remitirnos a las normas procesales, vigentes desde hace muchos años con escasas innovaciones, que en el día de hoy no satisfacen las necesidades económicas y sociales que debe resolver la jurisdicción. Para demostrarlo, basta un ejemplo. El llamado juicio sumario –regulado en los ar-

títulos 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil— concebido para las acciones que requieren de una tramitación rápida para ser eficaces, demoran tanto o más que un juicio de lato conocimiento. No existe un procedimiento expedito que impida un retraso indebido y perjudicial para aquellos que con urgencia ponen en movimiento la actividad jurisdiccional¹¹.

En cuarto lugar, el curso que debe seguir el fallador (exposición de los hechos, acciones y defensas sostenidas por las partes, consideraciones de hecho y de derecho que sirvan para justificar la decisión, y resolución de la cuestión debatida), no se cumple a cabalidad y, parte de esta tarea, se delega en funcionarios inferiores. De esta manera, la sentencia no siempre representa el análisis coherente previsto y querido por el legislador. No admite discusión la circunstancia de que una mala sentencia abre camino a los recursos judiciales, muchos de los cuales aumentan considerablemente el tiempo de tramitación.

En quinto lugar, los abogados utilizan torcidamente, en muchos casos, los vacíos procesales para extender indebidamente el curso de los procesos civiles. En lugar de asumir la posición que les corresponde, esto es, de colaboradores de la justicia, abusan de los recursos y los plazos para retardar la tramitación y mejorar la posición de sus representados. Nos remitimos a lo aseverado precedentemente, en orden a que es esencial buscar una solución para evitar el abuso procesal, reiterando que se trata de una materia delicada porque compromete el ejercicio de los derechos fundamentales.

Solo comprendiendo esta realidad es posible medir la importancia que nosotros asignamos al “examen de competencia para el ejercicio de la actividad jurisdiccional”, lo cual evitaría que puedan participar en el funcionamiento de la potestad jurisdiccional quienes no cumplen las exigencias mínimas para su desempeño. No es esta la problemática que nos ocupa, pero no debe ella dejarse de mencionar.

En suma, es cada día más urgente ocuparse del retraso de la justicia, especificando los factores que concurren en este fenómeno y abordándolos con soluciones creativas y, sobre todo, prácticas.

V. Independencia Judicial

Para cerrar estas apretadas reflexiones, no puede faltar una referencia sobre la independencia de los jueces. De poco sirven las encuestas realizadas a

¹¹ No podemos dejar de mencionar el hecho de que algunos abogados recurren, muchas veces infructuosamente, a procedimientos excepcionales concebidos para otros fines. Así, por ejemplo, se acomoda la situación para deducir un recurso de protección o de amparo económico, eludiendo, de este modo, los procedimientos que corresponden.

quienes han tenido una experiencia en el ámbito judicial. Como se ha dicho muchas veces, en el ejercicio de la jurisdicción hay vencedores y vencidos y, como es natural, los primeros alabarán a la judicatura, en tanto que los otros la menospreciarán. Lo que señalamos queda de manifiesto frente a la actitud de la parte vencida, la cual, por lo general, atribuye su derrota, no a la justicia o falta fundamentos de su causa, sino a la existencia de factores ocultos (amistad, influencia, afinidades religiosas o políticas, simpatías personales, etc.) que condicionan la decisión.

Es frecuente escuchar que la balanza de justicia se inclina siempre en favor de los “ricos” y los “poderosos”, sin concretar una aseveración de esta gravedad. Sostenemos que los jueces en Chile son honestos y honrados y que se hallan al margen de cualquier sombra de duda a este respecto. Más aún, la Corte Suprema ha sido implacable cada vez que un juez o un auxiliar de la administración de justicia ha incurrido en una falta que comprometa el ejercicio de sus funciones, asumiendo en plenitud sus facultades disciplinarias y apartando del Poder Judicial al infractor.

En el plano institucional lo que sí preocupa y puede ser considerado como un factor altamente negativo, es la intervención de los otros poderes del Estado en la designación y ascenso de nuestros magistrados. Como es sabido los jueces de primera instancia, los ministros de las cortes de apelaciones y los de la Corte Suprema son designados por el Presidente de la República. Es cierto que ello ocurre a proposición de los tribunales (terna o quina), y tratándose de los miembros del Tribunal Supremo, además, con aprobación de los 2/3 de los senadores en ejercicio. Pero las facultades de los poderes Ejecutivo y Legislativo –de génesis y naturaleza política– en la designación de los jueces, sin duda afecta la prescindencia política de los magistrados y enturbia la imparcialidad que se exige a nuestros magistrados. Quienes admiten la intervención de los poderes de naturaleza política (Legislativo y Ejecutivo), en la designación de los jueces, arguyen que la legitimidad para el ejercicio de la función pública solo puede provenir de la voluntad popular que se expresa en elecciones periódicas. Limitan, de esta manera, lo que la propia Constitución expresa en su artículo 5, según el cual el ejercicio de la soberanía se **“realiza por el pueblo través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece”**. Por consiguiente, la potestad puede hallarse fundada tanto en el poder electoral como en el mandato normativo y en ambos casos su ejercicio es igualmente legítimo.

Tampoco es dable ignorar que en la práctica todos los organismos políticos intentan influir en el Poder Judicial y en los tribunales especiales (cada día más importantes y numerosos), sin que se pueda advertir en qué medida lo consiguen. Lo que anotamos se ha visto incrementado por dos hechos. Desde luego, el contencioso administrativo que, a partir del año 1989, ha quedado en

manos del Poder Judicial (artículo 38 de la Carta Constitucional), lo cual implica la revisión de actos administrativos y el establecimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado, cuestiones tradicionalmente ajenas a la judicatura ordinaria. Asimismo, es un hecho que la misma autoridad con frecuencia traspasa a los tribunales de justicia conflictos y controversias de raíz políticas, como una manera de eludir su responsabilidad en conflictos de esta índole.

Quienes consideramos la independencia judicial como una exigencia esencial en el marco de un “Estado de Derecho” (sin apellido), no podemos menos que proclamar nuestros deseos más fervientes de que se encuentre una fórmula que excluya toda injerencia de la política en el ejercicio de la judicatura. Lamentablemente esta posición no es compartida por algunas agrupaciones de jueces que postulan, incluso, la existencia de organismos ajenos a la judicatura llamados a designar y promover a quienes forman parte de la carrera judicial. La experiencia comparada revela que todas las naciones que han intentado esta solución, han fracasado rotundamente y terminado por transformar a los tribunales en parte del botín político.

Muchas otras observaciones podrían agregarse a la hora de hacer un juzgamiento objetivo del funcionamiento de nuestros tribunales civiles, pero lo que no puede ignorarse es la falta de interés de los legisladores sobre el tema. Pasan, una a una, las legislaturas, sin que se aprueben proyectos tan necesarios como el relativo a los “abogados integrantes” o la modernización del Código de Procedimiento Civil, no obstante existir proyectos que aliviarían considerablemente las debilidades y defectos de nuestro ordenamiento.¹²

El presente trabajo debe considerarse como complemento del artículo “Actuales Desafíos del Derecho”, publicado en esta misma revista, en el cual se analizan diez reformas urgentes que no pueden mantenerse congeladas sin grave daño para nuestra juridicidad¹³.

¹² La Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo presentó, en el mes de junio de 2013, un proyecto completo de modificación del Código de Procedimiento Civil, que no implica mayores costos y que aceleraría considerablemente el ejercicio de jurisdicción. Salvo la comparecencia a una Comisión de la Cámara de Diputados, que permitió, en líneas muy generales, explicar los alcances del proyecto, nada se ha avanzado sobre la materia. Atendida la actual situación, no parece posible abocarse a este problema.

¹³ “Actuales Desafíos del Derecho”. Revista *Actualidad Jurídica*. N°34. Julio 2016. Pág. 61 y ss.