

Sobre jurisprudencia

EDUARDO SOTO KLOSS

Abogado.

Doctor en derecho

UNIVERSIDAD DE PARÍS/PANTHÉON/SORBONNE.

Profesor Titular de Derecho Administrativo

FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

Introducción

Desde hace algún tiempo –diría que desde hace dos décadas o algo más– el tema de la “jurisprudencia judicial”, es decir, de los fallos de los tribunales de justicia, especialmente superiores, Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, ha despertado la inquietud (por no decir franco malestar) de muchos abogados de ejercicio ante ellos y una creciente preocupación respecto de la incertidumbre que presentan ciertos criterios que chocan con textos expuestos de la Constitución y de las leyes, o bien que presentan los cambios de criterios respecto de hechos idénticos, que hacen tabla rasa de la seguridad jurídica y sobre todo de la justicia, que son la razón de ser de la existencia misma de los jueces, más aún si son supremos.

Casos hay al por mayor que constituyen ejemplos de lo dicho. Valga indicar la *folclórica* creación del llamado “secuestro permanente”, pero al mismo tiempo no se admite el “ilícito continuado” que implica una omisión ilegal y/o arbitraria de la Administración en el recurso de protección; o la dicotomía de aceptar que el acto administrativo nulo es imprescriptible con régimen de derecho público, pero a su efecto dañoso producido en su destinatario se le aplica el derecho privado en cuanto a la prescripción de su demanda, fundado ello sea en razón de que habría un vacío legal y luego puesto que siendo un tema patrimonial ello debe ser regulado por el código civil (sic!); qué decir en materia ambiental –ya desde la época del caso *Trillium*– con unas decisiones contradictorias y también cambiantes; o en materia del llamado “amparo económico”, en donde ya resulta risible advertir el cambio constante de posiciones jurisprudenciales, pues aquí se encuentran decisiones que van desde plantear que no se trata propiamente de un amparo (no obstante que su procedimiento es el del “*habeas corpus*”, amparo por antonomasia), hasta que sólo es procedente en virtud del inciso 2° del artículo 19 de la Constitución, para luego establecer que procede por ambos incisos y más tarde volver a que sólo cabe cuando hay infracción al inciso 2° (quizás qué solución habrá

cuando se publiquen estas líneas...); en lo "laboral" se producen igualmente antinomias, hasta llegarse al mecanismo de la "unificación de jurisprudencia" (que ha producido recientemente no poca perplejidad en algunos respecto del caso de los llamados "contratados a honorarios" en la función pública); qué decir respecto de la procedencia o improcedencia del llamado "reclamo de ilegalidad municipal" cuando se trata de resoluciones de los Directores de Obras, cuyas soluciones varían cada cierto tiempo.

Y así pueden citarse muchos más casos aun en las diversas ramas del derecho, siendo muy útil que los especialistas de ellas pudieran indicar ejemplos para completar este brevísimo cuadro.

¿A qué se deberá ello? ¿Qué causas podrían señalarse que estarían en su origen? ¿Es, acaso, algo programado por alguien y aplicado ex profeso? ¿Es algo puramente casual, espontáneo o fruto de una planificación destinada a corroer la confianza en nuestros jueces y tribunales... y destruir esos "castillos roqueros" que son el último baluarte de protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de quienes ejercen el poder gubernamental de la Nación?

Indaguemos sobre qué causas podrían existir para que se haya producido esta situación que, ciertamente, es preocupante para la comunidad nacional que conformamos.

¿Causas?

Causas siempre hay muchas respecto de los hechos, no todas de la misma entidad y hay veces en que ni siquiera aparecen sino mucho tiempo después.

Causa externa al régimen mismo puede ser una carta u oficio de quien ejerce el cargo de Presidente de la República, que pretende influir en la magistratura suprema y ésta se deja "mandonear", en actitud ciertamente deleznable y deshonrosa por su obsecuencia. Externa también es la causa proveniente de la "hegemonía" (o "vedetismo") que ejerce en una sala determinado ministro, con grave desmedro de la independencia indispensable del resto de ella. Externa, asimismo, es una causa muy chilena, como es el carácter trabajador de algún ministro que por su laboriosidad impone su criterio arrastrando al resto que ve así facilitada su tarea. Causas internas son ya las posiciones ideológicas en lo político que inciden en sus fallos: piénsese en la materia ambiental o laboral o penal o en cualquiera materia, v.gr. si los jueces adhieren a convicciones socializantes y/o totalitarias. Y en este aspecto, en el orden administrativo incide –como tantas veces lo he escrito– la visión estatista que pretende (a la hegeliana) que el Estado es todo y el ciudadano un mero engranaje suyo (un mero rut...) y que lo entiende como "administrado", como si fuera una "cosa", olvidándose nada menos que la persona es el principio, sujeto y fin de

la Sociedad, del Estado y del Derecho.

Aquí en este punto incide la visión del Derecho que tengan los magistrados; así, algunos ven en él un mero sistema de normas, puestas por el legislador, el “positivismo legalista” (sea normativista u otro), es decir el Derecho es la ley (*dura lex sed lex*, olvidando que *summa ius summa iniuria*), no advirtiendo que el Derecho es un medio para la perfección del hombre, del ser humano, para que viviendo en sociedad viva en paz social. Otros entienden el Derecho como el objeto de la justicia, ese hábito de dar a cada cual lo suyo, lo que le pertenece, ya en cuanto ser humano y su intrínseca dignidad ontológica, esto es por el hecho de ser humano, ya en cuanto lo que le pertenece en razón de un título que ha adquirido sea por la ley o por una convención (*lato sensu*) originada en el ejercicio de su autonomía privada,

Estas visiones referidas, unidas a un estatismo (más o menos intenso), o a la primacía de la persona humana, llevan o suelen llevar, con frecuencia, a posiciones que pueden chocar o ser contrastantes y producir soluciones diferentes según sea la mayoría circunstancial del tribunal, fallos que varían según la integración del mismo, sea cuando funciona la sala con todos sus ministros o, lo que es más usual, con abogados integrantes, los que no pocas veces han sido funcionarios públicos en algún organismo de la Administración del Estado e incluso abogados de la propia defensa del Estado. En estas condiciones se comprende que las decisiones vayan cambiando –a veces con diferencia de pocos días o semanas– y se contradigan, afectándose muy gravemente hasta los derechos fundamentales que la Constitución asegura a toda persona, como son, por ejemplo, la igualdad ante el Derecho (art. 19 N° 2), la igual protección de las personas ante el Derecho (art. 19 N° 3 inciso 1°) y, en consecuencia, afectándose muy ostensiblemente la justicia (esa “constante voluntad...” como decían los romanos).

Otra causa puede indicarse en cuanto a no captar los jueces supremos que son *parte* –y de modo muy temporal– de una “institución de la República”, como es la Corte Suprema, la suprema magistratura judicial de la Nación y ejemplo para todos los jueces que le son inferiores en jerarquía. Pareciera que cuando llegan a tan elevado cargo no advierten que ha habido muchísimos otros jueces supremos antes que ellos, tal vez más sapientes, con una larga carrera judicial y con la experiencia correspondiente en el manejo y aplicación del Derecho, cuya labor no puede ser “echada por la borda” (como si fuere lastre). Pareciera que estos nuevos magistrados –venidos a veces de fuera– no captan que la “jurisprudencia” es una labor de muchos, de varias décadas, y es una verdadera obra *polifónica* y no de *solistas* que pretenden alterar una obra finamente urdida que no cabe ser destruida como por “elefantes en una tienda de venta de porcelanas”. Quién sabe si esta causa pudiera resumirse brevemente en una “falta de humildad”, falta como omisión, como ausencia,

como carencia, de esta virtud tan fundamental para quien ejerce la más alta magistratura judicial, la cual es una actividad de "servicio" y no de engolosinamiento narcisista.

Otras causas existirán, sin duda, y que podrían ser caracterizadas por otros colegas a fin de completar este breve recuento.

No puede olvidarse que el Derecho verdaderamente progresa en su finalidad de concretar la justicia en su aplicación, a través de los jueces, cuya diaria labor va construyendo poco a poco, paso a paso, la "jurisprudencia", ese arte de decir el Derecho (el *ius* de los romanos) por los prudentes en un caso concreto. Es decir, se requiere de jueces poseedores de la *prudencia*, sin la cual el derecho se transforma siempre, por desgracia, en iniquidad.