

## ¿CRISIS JURIDICA EN CHILE?

*Carlos Eliseo Concha Gutiérrez*

Abogado. Master of Arts, Universidad de Notre Dame, EE.UU.

Profesor de Derecho, Universidad Católica de Chile.

Cada vez que se plantea la existencia de una posible crisis jurídica en Chile, respondo que, sobre materias de esta naturaleza, ya está todo dicho, y que ninguna idea original podría yo aportar: los criterios para diagnosticar la existencia de una crisis fueron precisados en las Conferencias sobre La Crisis del Derecho Contemporáneo, organizadas en 1951 por la Universidad de Padua, Italia, con asistencia de Ripert, Delitala, Calamandrei y Carnelutti entre otros grandes juristas de este siglo \*.

De la lectura de las Conferencias se desprende que el diagnóstico de una crisis jurídica debe hacerse sobre la base del estudio de tres equilibrios básicos: fuerza y consenso, función judicial y política, moral y derecho. Es la pérdida de estos equilibrios básicos la que caracteriza las crisis jurídicas.

Citando las ideas de Delitala, Calamandrei y Carnelutti sobre esos equilibrios fundamentales, espero que el lector se forme su propia opinión respecto de la apreciación que corresponde hacer en Chile, la que en definitiva dependerá de la intensidad en que cada uno valore los diversos elementos de la ecuación de la crisis \*\*.

### FUERZA Y CONSENSO

El aspecto más evidente de una posible crisis jurídica estaría reflejado en la reducción del cumplimiento espontáneo del derecho, esto es, en el recrudecimiento de la violación de la ley, de la delincuencia y del hábito de fraude.

Como señala Giacomo Delitala en su "Crisis del Derecho en la Sociedad Contemporánea", esos síntomas no son suficientes para admitir la existencia de una crisis jurídica.

"La verdadera crisis —escribe— se presenta en cambio cuando la rebelión es entendida como justicia, como una forma de lucha por un nuevo derecho, pues, a diferencia de la primera, esta forma de rebelión desconoce la autoridad y niega el orden constituido no sólo en el hecho sino también en el espíritu".

Esto lleva a Delitala a sostener que la crisis del derecho es la pérdida de una autoridad capaz de mantener el orden en un cuadro de equilibrio de

\* Las conferencias se encuentran íntegramente reproducidas en los Breviarios de Derecho N° 49, "La Crisis del Derecho", Ediciones Jurídicas Europa-América. Imprenta Balmes, Buenos Aires, 1961.

\*\* Las citas son textuales, y han sido ordenadas por el autor para reflejar el pensamiento de los conferencistas sobre el tema de estas reflexiones. Cuando la versión original contenía alguna palabra en alemán, ella fue traducida al español.

Aún en los espacios en que se alude al pensamiento de los conferencistas, sin citarlos, su pensamiento es reproducido en forma textual.

fuerza y consenso, considerando el orden no tan sólo como conservación del derecho establecido, sino como la modificación del mismo en un marco previamente definido.

Para este jurista, la función esencial del derecho consiste en garantizar un ordenado desarrollo de la vida social, especialmente el de asegurar la transformación ordenada de las instituciones, en base a una equilibrada combinación de fuerza y consenso.

He aquí las palabras de Delitala, que, referidas a la historia italiana de la primera mitad de este siglo, tienen particular relevancia para interpretar la situación chilena en los últimos veinte años:

“A mí me parece que como quiera se conciba el derecho, su función esencial viene a consistir, en cualquier caso, en la garantía de un ordenado desarrollo de la vida social. Pongo el acento sobre el concepto de orden, antes que sobre el de conservación, puesto que sólo el primero me parece en definitiva esencial a la idea del derecho. Verdad es que el concepto de orden implica en cierto grado el de estaticidad y de conservación; pero nada impide en última instancia que también las modificaciones y los cambios resulten ordenados. Y ¡guay si no fuera así! ¡guay si un ordenamiento jurídico no tuviese la posibilidad de renovarse ordenadamente, con procesos más o menos rápidos, aun en sus más profundas estructuras! En la vida no hay lugar para el éxtasis: si la institución desea sobrevivir, la norma se ha de observar concretamente, se ha de poder adecuar incesantemente a las nuevas realidades. Pero esos continuos procesos de transformación y de renovación que se desarrollan en el ámbito del derecho no son signos de crisis sino de vitalidad. Sólo las transformaciones desordenadas, no previstas ni reguladas por el sistema ponen en crisis el derecho; y la forma más violenta de esta crisis es la revelada precisamente por las revoluciones”.

“Ahora bien, la función ordenadora del derecho, a fin de que pueda resultar efectiva y operante, debe estar sustentada tanto por la fuerza como por el consenso. La fuerza por sí sola no basta”. El orden, para ser verdaderamente tal, no debe ser impuesto a la institución, sino nacer y derivar de la misma”.

“Pero así como no basta la fuerza, tampoco es suficiente el consenso. El sueño de un Estado perfecto, que por su absoluta perfección pueda sustentarse sin el apoyo de este aparato ortopédico que se denomina derecho, no es ya —permítamelo Carnelutti— una perspectiva lejana pero segura, sino una ilusión mágica. El reino del Paraíso no se halla en la tierra, sino en el cielo; pero para las almas del Paraíso es un goce inextinguible la contemplación del Señor mientras en la tierra las almas poseen un cuerpo, que siente el hambre y sufre la sed”.

“Y no se objete que, si no del derecho, por lo menos de la fuerza podría muy bien prescindir una sociedad mejor que la nuestra. Todavía es una ilusión”.

“Ciertamente el derecho no puede reducirse a un código de la fuerza; pero el derecho y la sociedad no pueden prescindir de la fuerza, y nadie como el penalista para darse cuenta inmediatamente de esto: sin las cárceles y los carabineros el código penal sería una irrisión”.

“... , no hay pues derecho sin subordinación, pero el concepto de subordinación implica como correlativo el de autoridad, y la autoridad presupone la fuerza. Con esto no pretendo decir que la autoridad del Estado esté en función del número de carabineros; más bien es verdad lo contrario: cuanto más fuerte sea un Estado tanta menor necesidad tendrá de recurrir a la fuerza”.

“Mas para que esto suceda, hace falta que el Estado sea sentido como autoridad: este sentimiento no es simplemente consenso, adhesión intelectual al contenido de la norma, sino reconocimiento de la autoridad y del principio de subordinación”.

“Pretender establecer el punto exacto de fusión entre aquellos dos componentes de cualquier ordenamiento jurídico sería propio de necios. La síntesis se verifica de varias maneras y en varios lugares, con el cambio de épocas y de instituciones; pero en todas las instituciones estos dos componentes se hallan constantemente presentes”.

“El cometido de establecer en concreto aquella síntesis corresponde por otra parte al político: el jurista, en la contemplación naturalística del fenómeno, se limita a constatar que, estando toda institución naturalmente basada sobre el principio de autoridad, es con la disolución de la autoridad que estalla la crisis del derecho”.

Las reflexiones de Delitala nos recuerdan que, en un sentido estricto, la crisis del derecho se manifiesta como la disolución de la autoridad, subsecuente a la pérdida del equilibrio entre los dos supuesto de ella: fuerza y consenso.

#### JUSTICIA Y POLÍTICA

También se puede hablar de crisis del derecho para advertir una suerte de desconfianza en la orientación de la actividad jurisdiccional de los Tribunales de Justicia, que fuera tan profundamente analizado por Piero Calamandrei en su “Crisis de la Justicia”, y cuya raíz arrancarí­a del distanciamiento entre el derecho vigente y el ideal de derecho, que terminaría por politizar la actividad judicial.

La cuestión se plantea en los siguientes términos: ¿Acaso no es un período de crisis aquel en que los jueces se ven constreñidos a aplicar normas que no corresponden a la conciencia social? ¿Acaso no son períodos de crisis aquellos en que se revela que los juristas, aun sin quererlo, se sirven de la lógica para hacer política?

El punto de partida de este problema, señala Calamandrei, es la “disensión entre la legalidad y la equidad que penetra toda la vida jurídica, de esta separación cada vez honda, ante la cual los jueces no pueden permanecer insensibles, entre la ley escrita, que ha sido superada por la política, y la conciencia social que aún no ha logrado afirmarse en nuevas leyes coherentes con la misma”.

Esta crisis, señala Calamandrei, lleva el peligro de la politización de la actividad judicial. Su argumento discurre así.

Juzgar —expresa— ha sido siempre la función más ardua a que los hombres puedan ser llamados. En la práctica de los juicios es raro que el análisis jurídico preceda a la resolución, y que ésta sea el ingenuo descubrimiento derivado al final por las premisas fijadas en la parte considerativa. En realidad, esta última es, con bastante frecuencia, una justificación lógica adaptada a posteriori a una decisión ya tomada, a una elección hecha anticipadamente por motivos subjetivos antes que lógicos.

Señala Calamandrei que “hoy a esta inevitable intromisión en todo juicio de inconscientes elementos sentimentales de orden individual se agregan (y en esto sobre todo consiste la crisis actual) factores sentimentales de inspira-

ción colectiva y social, que tratan de conciliar las leyes de la lógica con las exigencias irracionales de la política”.

El mismo expresa que la separación neta entre justicia y política es posible sólo en los períodos estáticos de la vida social, cuando las leyes vigentes son el producto de una política aceptada por la conciencia social como expresión de la justicia. En estos períodos el juez puede ser y aparecer como un mero lógico; pero existen otros períodos en que la distancia entre el derecho vigente y el ideal de derecho se alarga. Son períodos de crisis de la legalidad donde el juez se ve constreñido a aplicar leyes que no corresponden a la conciencia social, y que, muchas veces, contravienen los principios constitucionales.

Respecto de este último punto, comenta el autor, con referencia a Italia que “contribuye también a agravar la desorientación de los jueces el no haberse completado la Constitución, que en otra ocasión he denominado, con reminiscencias schubertianas, la ‘Inconclusa’ . . . a la que faltan tantos otros acabados legislativos que han sido prometidos y cuya ausencia crea en la práctica del derecho un sentido de penosa incertidumbre”.

Precisando la tragedia, indica Calamandrei que “las Constituciones son una polémica legislativa en contra del pasado: ‘las declaraciones de derechos’ señalando el fin de los privilegios y de los abusos de antiguo régimen, reflejan en fórmulas jurídicas la execración contra un pasado ya superado. Pero en nuestra Constitución se encuentra una polémica de carácter social, no contra el pasado, sino contra el presente” . . . “Se observa así cómo es grande el trecho entre el derecho tal como es consagrado en las leyes vigentes y este ideal de derecho como ha sido preanunciado y descrito en la Constitución”.

Resulta obvio que en estos períodos de crisis ha de ser difícil para los jueces separar la justicia de la política.

Termina Calamandrei señalando que “mejor que recriminar el pasado es oportuno encarar los problemas del porvenir: establecer cuáles pueden ser, en la Constitución democrática que se va ajustando, los sistemas para poner a salvo a los jueces de las intromisiones políticas que puedan venir desde afuera, y para garantizar a los mismos la independencia necesaria a fin de que puedan reconquistar en su interior la serenidad de conciencia”.

#### MORAL Y DERECHO

Por último, se dice que Chile estaría viviendo una profunda crisis moral, que el sistema jurídico se estaría mostrando incapaz de resolver.

Afirmaciones como éstas contienen una contradicción insuperable para los amantes de una sociedad libre, como lo destaca Francesco Carnelutti en “La Muerte del Derecho”.

Enfatiza que la doble crisis de pérdida de prestigio de la ley y del poder judicial emanan, más que de un defecto de buena voluntad de los hombres, de una enfermedad del derecho positivo, que no es adquirida, sino endémica, y que no consiente ningún pronóstico favorable: la incapacidad del derecho, en cualquiera de sus formas, de asegurar, por sí solo, un pacífico desarrollo de la vida social.

Indica el autor que esta insuficiencia del derecho positivo para asegurar tal objetivo podría curarse, en parte, si el poder político promulgase leyes acordes con las reglas superiores de justicia, seguridad y orden incluidas en el derecho natural.

No obstante, reacciona el mismo autor, el acortar la distancia entre el derecho positivo y el derecho natural, beneficioso de por sí, no sería suficiente para asegurar el resultado deseado.

Esto, por cuanto el derecho natural, en cuanto derecho, es una moral puramente negativa: "prescribe, en suma, lo que no se debe hacer; pero prescripción tal no basta para establecer la paz entre los hombres"...

"En suma —repite—, para ser suficiente, el derecho positivo o natural debería no ser ya derecho" sino un ordenamiento moral, que promulgado por la autoridad reclame de los individuos no tan sólo aquello de lo cual deben abstenerse, sino las conductas positivas de dar y hacer al prójimo.

¿Es ello posible? ¿Puede el derecho positivo ir más allá del derecho natural, y dejar de ser una moral puramente negativa, y obligar a hacer y dar lo que el individuo no quiere hacer ni dar a otro individuo? En palabras de Carnelutti "¿hasta qué punto la fuerza puede reemplazar al amor?"

Para el jurista, "la respuesta es infalible: si a quien debiera dar le es quitado lo que no quiere dar, se agota en él el estímulo de producir más allá del límite a partir del cual le sería quitado lo que produce. En términos económicos: no sólo la distribución depende de la producción, sino la distribución reacciona sobre la producción. En términos jurídicos: el derecho a fin de equilibrar la riqueza de los hombres no puede operar más allá del límite en el cual quitar a quien produce compromete la iniciativa de producir".

"¿Liberalismo? —se pregunta Carnelutti—. Así es —responde—. Para el jurista, liberalismo no es otra cosa que el reconocimiento de la eficacia limitada del derecho".

Y aquí hemos terminado el recorrido por los elementos de las crisis del derecho.

Curiosa conclusión ésta de que no hay derecho ni libertad sin una adecuada síntesis de fuerza y consenso.

Igualmente sorprendente es concluir que una parte de la justicia se encuentra en permitir al juez escaparse de la lógica jurídica; pero que la tumba del derecho se encuentra en la politización de la sentencia.

Más sorprendente puede aún resultar percatarse que el mero intento de reclamar por acto de autoridad todo aquello que al hombre le es requerido por la moral, es el principio del fin del derecho y de la libertad.

La dificultad de diagnosticar una crisis jurídica, que queda de manifiesto en este análisis, obliga a ser prudente, pero sensible.