

## **PODER JUDICIAL Y MERCADO: ¿QUIÉN DEBE PAGAR POR LA JUSTICIA?\***

**Jorge Correa S.  
Carlos Peña G.  
Juan Enrique Vargas V.\*\***

### Síntesis:

En este trabajo se examina el papel que cabe al estado, por una parte, y al sector privado, por la otra, en la provisión y en la producción de la justicia. Complementa, y a veces discute, las visiones jurídico-dogmáticas sobre estos temas haciendo uso de un enfoque económico. El estudio indaga en la definición actual del espacio público y privado en la materia, sugiriendo alternativas de política que favorezcan y perfeccionen la administración de justicia. El estudio sugiere que la justicia es uno de aquellos bienes que puede ser producido y financiado, en aspectos relevantes, por los particulares y no sólo por el estado. La razón de ello, sugiere el estudio, es que la justicia es un bien predominantemente privado (son los litigantes quienes hacen suyo el beneficio que reporta el litigio) y sólo en algunos aspectos presenta carácter público (es decir, sólo parcialmente el litigio produce beneficios indiscriminados al conjunto de la colectividad). Desde el punto de vista económico, resulta más eficiente que los bienes privados (como la justicia) sean, en principio, producidos competitivamente y pagados por los particulares. De esa manera la demanda por el bien tiende a mantenerse en niveles óptimos. En cambio, allí donde la justicia presenta un carácter predominantemente público (vgr. en el ámbito de la casación o de la justicia constitucional) el estado debe encargarse de su producción y de su financiamiento.

### La relevancia del problema.

Un debate como el que se acaba de anunciar, resulta imprescindible hoy día atendido el creciente interés que suscitan los sistemas de resolución de conflictos. Estos revisten hoy una importancia en el área de las políticas públicas que históricamente les era desconocida. Muchas razones permiten explicar este fenómeno: el desplazamiento de funciones que, desde la crisis de los años ochenta, viene experimentando el estado; una revalorización del sistema democrático y, por ende, de las formas de solucionar los

---

\* El presente trabajo constituye una versión resumida del informe final del proyecto de investigación denominado "Poder Judicial, Acción de los Privados y de las Agencias Públicas", realizado por el Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales durante el año 1998, gracias al apoyo del Fondo Para el Estudio de las Políticas Públicas que administra el Departamento de Ingeniería Industrial de la Universidad de Chile. El proyecto fue dirigido por Juan Enrique Vargas, interviniendo en él los otros autores de este texto como investigadores principales y los profesores Patricio Ayala y Gastón Gómez como investigadores asociados. Los resultados completos de esta investigación serán próximamente publicados por nuestra Facultad.

\*\* Abogados, profesores e investigadores del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

problemas acordes con los principios que le subyacen; la incorporación de nuevos actores sociales; y, en fin, el surgimiento de conflictos hasta hace poco inéditos, producto del funcionamiento de un mercado competitivo y de una sociedad más compleja y plural.

Fruto de este proceso se han generado diversas iniciativas endientes a modernizar los sistemas de justicia, siendo las más notorias las impulsadas por las instituciones multilaterales de crédito. Tales intervenciones han tenido como objetivos aumentar la eficiencia de los sistemas judiciales, así como aumentar su calidad y cobertura. La razón de ello es que no es posible ni el funcionamiento de un sistema de mercado ni la consolidación de la democracia, si tales sistemas son débiles o funcionan mal. Pese a su notoriedad y al monto de los recursos involucrados, los resultados han sido magros. Si bien las mejoras en gestión y las reformas de los procedimientos han permitido aumentar la productividad de los sistemas judiciales, no logran acortar significativa y permanentemente la brecha entre oferta de justicia y demanda por la misma. Los cambios en el estatuto de los sistemas judiciales y en la integración y carrera de sus integrantes, tampoco se traducen directamente en una mejora en la calidad de las resoluciones judiciales ni en un mayor grado de información confiable acerca de sus decisiones futuras.

#### El problema del enfoque utilizado para examinar la justicia como un problema público.

Una de las principales limitaciones que poseen esas iniciativas de cambio se encuentra en que ellas reposan sobre un conjunto de planteamientos más cercanos a la dogmática jurídica que a un enfoque de política pública, que concilie los principios básicos del estado de derecho con la eficiencia que reclama el subsistema económico y el conjunto del gasto asociado a las tareas estatales.

Es fácil poner de manifiesto lo anterior examinando el carácter que ha solido asignarse a la justicia desde el punto de vista económico.

Tradicionalmente la justicia ha sido concebida como un bien público, es decir como un bien que una vez producido beneficia a un amplio conjunto de consumidores, hayan o no pagado por él. Según este punto de vista, la justicia constituiría un bien en el cual la incorporación de un consumidor adicional carece de costo. Así concebida la justicia el mercado no es, desde luego, el mecanismo idóneo para su provisión. Si, como pretende este punto de vista, la justicia constituyera, en efecto, un bien público, las personas carecerían de incentivos para manifestar su real disposición a pagar por él: los individuos esperarían que sean otros los que paguen, para alcanzar, de esa manera, un beneficio sin soportar ninguno de los costos asociados (tal conducta es la que suele denominarse del free rider o polizón). Si la justicia fuera un bien público, su producción asociada a un sistema de mercado sería socialmente dañina: habría menos justicia de la socialmente necesaria.

Esa visión de la justicia como un bien público permite entender de una manera coherente el modelo predominante asociado a la administración de justicia: un servicio público destinado a proveer este servicio, a cargo de funcionarios remunerados por el estado, financiado con cargo a rentas generales y sin barreras aparentes de acceso, como lo sería, por ejemplo, un sistema de precios.

¿Es correcta esa visión que ha inspirado, hasta ahora, el diseño institucional de la justicia?

La evidencia empírica disponible parece mostrar que se trata de una visión técnicamente incorrecta. Un examen de la justicia civil y comercial -de la composición del litigio y de su comportamiento- ponen de manifiesto que, en esas áreas, la justicia no constituye un bien público. No es verdad, desde luego, que la incorporación de un nuevo consumidor (un nuevo litigante) carezca de costos o que no exista rivalidad por acceder al aparato de justicia o que no sea posible excluir a un costo óptimo a un nuevo consumidor. Ninguno de esos rasgos -propios, como se sabe, de un bien público- los presenta la justicia civil y comercial. En cambio de todo eso, ese tipo de justicia constituye un bien privado, cuyos beneficios -aunque no la totalidad de sus costos- se internalizan predominantemente en los litigantes. Al proveerse ese tipo de justicia como si fuera un bien público, se produce un resultado socialmente dañino: si los litigantes no pagan la totalidad de los costos asociados a ese bien, su tasa de bienestar asociada al litigio se acrecienta. Los sujetos tenderán, entonces, a litigar más, incluso más allá de aquello que resultaría eficiente desde el punto de vista del bienestar social. Aunque los costos asociados al litigio sean superiores al beneficio que con él se obtiene, de todas suertes los sujetos tenderán a demandar. Existe, dicho en términos técnicos, una divergencia entre los costos sociales y privados del litigio.

Con todo, y aunque, en última instancia, sea un bien rival, la justicia o, si se quiere, cada acción judicial, genera importantes externalidades o efectos positivos sobre el conjunto de la sociedad, que no son internalizadas por cada demandante. Un sistema de justicia y la información contenida en la práctica judicial, disminuye los costos de transacción y disuade de cometer ilícitos por la vía de asignarles costos claros y probables. Un sistema de justicia que funciona, produce, entonces, beneficios indiscriminados que se extienden más allá de los litigantes. Es esta la dimensión pública de la justicia.

En presencia de esos beneficios, el óptimo privado en la provisión del bien justicia se diferencia del óptimo social: en una situación como esa hay una parte del beneficio de litigar que no recae en el litigante. El estado debe, entonces, financiar esa proporción de los beneficios con cargo a rentas generales para, de esa manera, favorecer el logro de un óptimo social. En otros términos, sólo es posible alcanzar un óptimo en la provisión de este bien cuando el estado les compensa a los particulares que acceden al sistema el monto de las externalidades que, sobre la comunidad, están generando con su acción.

#### Las dimensiones privada y pública del sistema de justicia en Chile.

Al aplicar el precedente esquema analítico al funcionamiento de la justicia en Chile, se alcanzan evidencias dignas de ser consideradas. Dichas evidencias ponen de manifiesto la posibilidad de una amplia mejora en el área. Estos resultados pueden presentarse como sigue.

La justicia civil y comercial –que ha representado durante el período que corre entre 1977 y 1995, en promedio, un tercio de las causas que ingresan en primera instancia a nuestros tribunales- no constituye un bien público de aquellos que justifica su financiamiento íntegro por el estado con cargo a rentas generales. Solo es pertinente, como se ha dicho, que el estado contribuya a su financiamiento en la medida que genera externalidades positivas sobre la comunidad, pero sólo en el monto suficiente para compensar éstas. Todo ello sin perjuicio de que el estado desee, ya no por razones eficientistas sino distributivas, subsidiar a las personas más pobres para que puedan acceder a estos servicios. El financiamiento íntegro estatal de la justicia, lejos de favorecer a los más pobres, termina perjudicándolos y produciendo efectos muy negativos sobre la calidad del servicio que se ofrece.

Obviamente, conceder en tal medida un rol de actor al estado en la provisión de la justicia no es suficiente argumento para asignarle un rol en la producción del mismo, la que perfectamente puede quedar en manos de privados. Ello no es siquiera algo ajeno a nuestra realidad actual. A la justicia sólo llega una ínfima proporción de los conflictos jurídicos, pues los más de ellos son resueltos directamente por las propias partes afectadas. Incluso en el caso de aquellos en que los involucrados se ven obligados a acudir a un tercero para que los solucione o les ayude en tal tarea, también es posible acceder a servicios de mediación y de arbitraje proporcionados por privados. Es más, nuestra legislación establece expresamente que ciertos tipos de conflictos (como los que ocurren entre los socios de una sociedad comercial) deben obligatoriamente ser resueltos por árbitros, sin que ellos puedan ser llevados nunca ante la justicia ordinaria.

Estos otros sistemas de resolución de conflictos –que operan como bienes sustitutivos de los sistemas adversariales de raigambre estatal-, muestran costos alternativos manifiestamente inferiores a los del sistema judicial. Ello se explica por la mayor flexibilidad que presentan. En ellos es posible adaptar los procedimientos y tiempos de los procesos de solución a las características del caso concreto. También permiten que el tercero que resuelva el conflicto sea una persona especializada en la materia sobre la que versa. En cambio, el sistema judicial es, por definición, rígido. La independencia de que deben estar revestidos los jueces y las garantías procesales de los juicios obligan a estructurar la organización y los procesos en forma aún más pesada y formal que la que comúnmente presenta la administración pública. Nos encontramos, en este caso, con jueces que deben ser inamovibles de por vida, con enrevesados sistemas de nombramiento y promoción. Adicionalmente, las garantías que deben ofrecer a las partes llevan a eliminar, en cuanto es posible, márgenes de discreción, lo que se traduce en que tengan que aplicar procedimientos pensados más en función del caso más complejo y excepcional que del general.

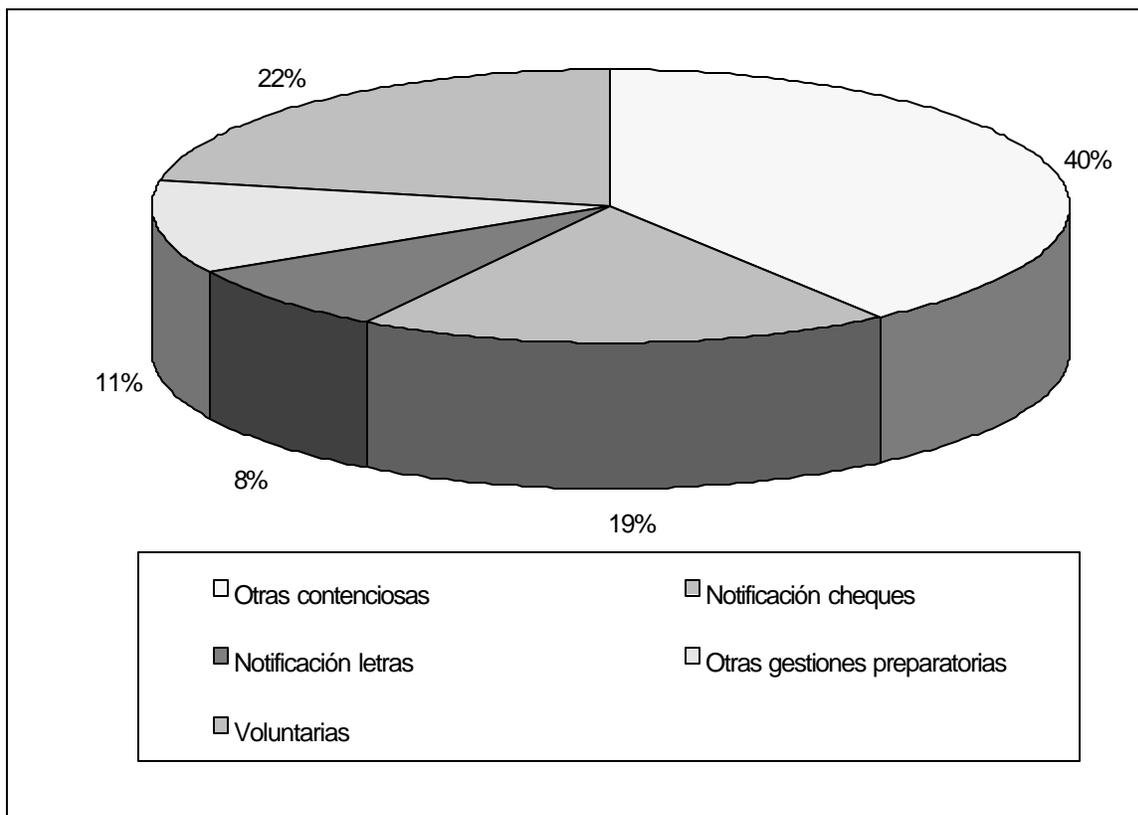
Pero no son sólo estos factores los que hacen que el sistema judicial no sea la alternativa más eficiente para producir estos servicios. La forma como los tribunales resuelven los conflictos no es siempre la más adecuada. La sentencia judicial constituye una solución de suma cero, en que todo lo que gana una parte lo hace a costa de otra. Ello es, en algunos casos, claramente inferior a soluciones cooperativas, particularmente tratándose conflictos que afectan a personas que deberán continuar relacionándose en el futuro, como son aquellos que se generan al interior de una familia o de una relación laboral o vecinal.

La utilización de sistemas alternativos ha experimentado un fuerte crecimiento en los últimos años en nuestro país. El arbitraje ha dejado de ser un instrumento idóneo sólo para resolver conflictos de gran envergadura y complejidad, para pasar a ser utilizado normalmente en las transacciones a que comúnmente accede cualquier ciudadano medio. La mediación, por su parte, es hoy vista como una alternativa insustituible para el proceso de solución de un vasto conjunto de conflictos, como lo son los familiares. En ambas materias, sin embargo, es posible pensar en políticas públicas más agresivas que mejoren el entorno de incentivos en el que se desenvuelven y perfeccionen su funcionamiento. En tal dirección se encuentran, en el caso del arbitraje, medidas tendientes a potenciar el arbitraje institucional, que reduce drásticamente costos de transacción al especificar desde un comienzo un sistema transparente y con plenas garantías para escoger al árbitro y determinar el procedimiento a aplicar. También la ampliación del arbitraje forzoso a todos los conflictos comerciales que excedan determinada cuantía, lo que vendría a marcar el abandono definitivo de la errada concepción de la justicia civil como un bien público.

En lo que dice relación con la mediación se hace necesario establecer un estatuto de la profesión de mediador, que se haga cargo de las aprehensiones que sobretodo en el gremio de los abogados genera el instituto y que, fundamentalmente, especifique sistemas de certificación profesional y de control ético, así como mecanismos efectivos para lograr el cumplimiento forzado de los acuerdos a que se llegue en este procedimiento. Pero, sobretodo, hace falta promocionar y facilitar el empleo de estos sistemas en sectores que hoy en día no los están aprovechando.

Por otra parte, la información de que disponemos sobre el funcionamiento real de nuestro sistema judicial –aunque dispersa, incompleta y muchas veces no del todo fiable–, nos señala que el efecto más “público” que le atribuimos a la justicia civil y comercial, constituido por aquellas externalidades positivas a las que nos referíamos, se encuentra muy disminuido. Primeramente porque un 60% de los asuntos a los que se dedica no constituyen siquiera conflictos judiciales, única hipótesis donde podría esperarse el efecto disuasivo de la justicia, al que le asignábamos consecuencias socialmente beneficiosas. Este 60% de asuntos, como lo indica el gráfico que se inserta a continuación, está conformado por gestiones destinadas a preparar un juicio de cobranza judicial –que curiosamente el sistema conceptúa dentro de los asuntos contenciosos- o gestiones propiamente voluntarias, donde el Poder Judicial actúa como ministro de fe o como una agencia administrativa más. Es lo que sucede con las posesiones efectivas de herencia, trámite necesario para el reconocimiento de la calidad de heredero y para poder disponer de los bienes de la sucesión; o con las manifestaciones mineras, necesarias para constituir una concesión sobre una mina; o con las rectificaciones de partidas, por sólo mencionar algunos ejemplos.

### CAUSAS CIVILES INGRESADAS Promedio 1977 – 1995

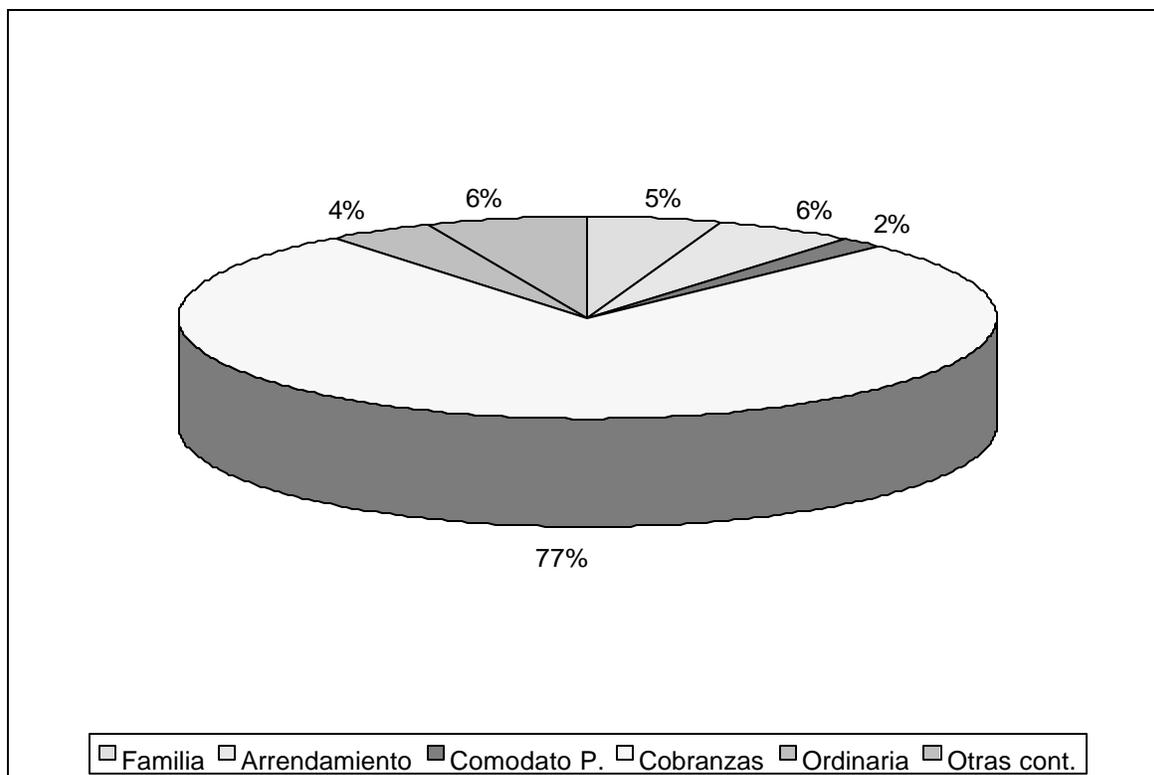


FUENTE. Anuarios de estadísticas judiciales del Instituto Nacional de Estadísticas

Existen muchas vías posibles para desjudicializar estos asuntos cambiando, de esta manera, la composición del trabajo judicial, ya sea eliminando simplemente algunos trámites o confiriendo responsabilidad sobre ellos a otras instituciones públicas o a entidades privadas, como pueden ser las notarías. Un cambio de esta naturaleza no sólo descargaría a los tribunales de un volumen importante de su trabajo, permitiendo que se concentraran en su función propia: resolver conflictos, sino también permitiría tramitar estos asuntos con procedimientos menos complejos que los judiciales.

Por otra parte, los asuntos que ingresan al sistema son en extremo homogéneos. Se concentran tan sólo en un número reducido de asuntos, siendo, entre ellos, lejos el más relevante las cobranzas de deudas, las que en el período 1977-1995 representaron, en promedio, un 77% del total de las causas que se contabilizan en el sistema como contenciosas –es decir, las que aparecen en el gráfico anterior con la sola exclusión de las voluntarias-, como se observa del gráfico siguiente.

### DISTRIBUCIÓN CAUSAS CONTENCIOSAS INGRESADAS Promedio 1977 - 1995



FUENTE. Anuarios de estadísticas judiciales del Instituto Nacional de Estadísticas

Tal concentración de asuntos guarda más relación con el tipo de incentivos que hoy existen para litigar, que con la composición real de los conflictos que aquejan a las personas. En cualquier caso, resulta evidente que la escasa proporción en que llegan a los tribunales problemas relativos a arrendamientos, compraventas o contratos similares permite sostener que el efecto disuasivo que el sistema judicial ejerce en ellos es limitado.

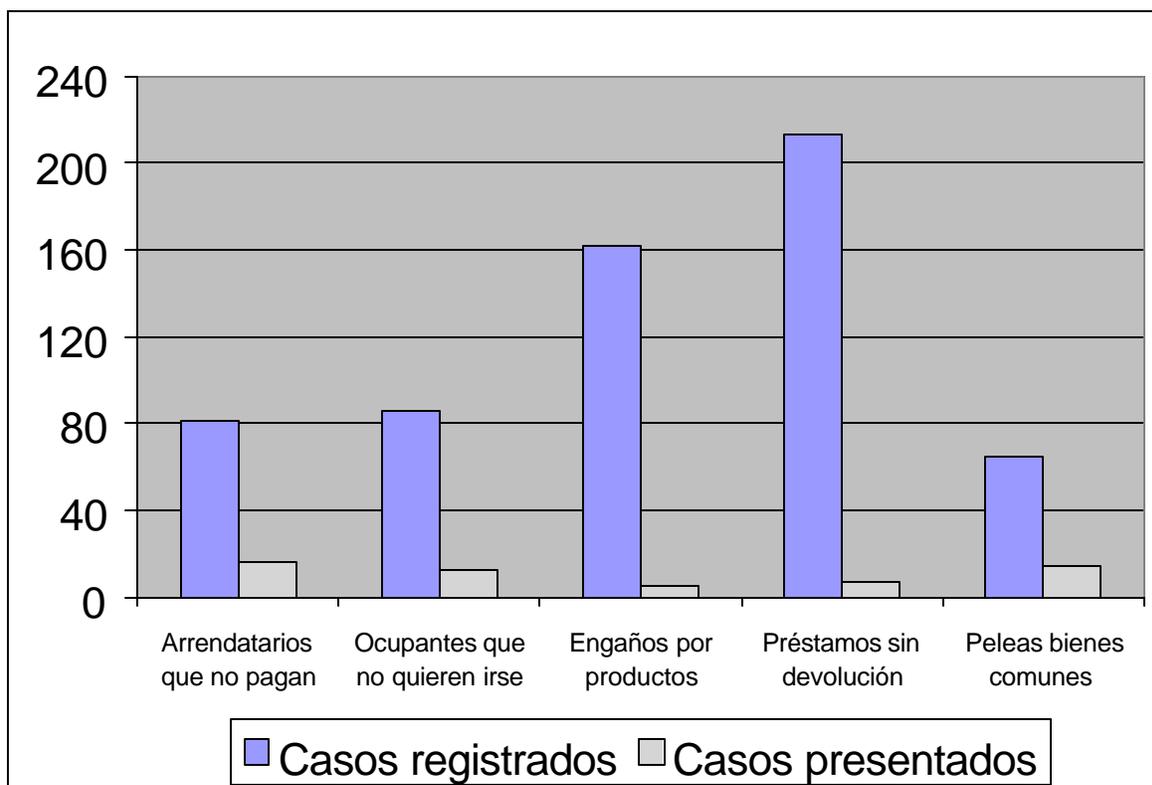
La homogeneidad también es significativa si analizamos las calidades de quienes actúan como demandantes. Para conocer antecedentes al respecto revisamos los ingresos de cobranzas judiciales durante un año a un tribunal de Santiago. Estos datos son representativos de lo que sucede en todos los juzgados de esa jurisdicción, por el sistema computacional aleatorio de distribución de causas que hoy existe. Los resultados indicaron que un 36% de los demandantes eran Bancos e Instituciones Financieras, un 10% eran grandes tiendas comerciales y un 36% lo constituían otras sociedades. Sólo un 17% de los demandantes eran personas naturales. Son entonces las instituciones vinculadas al crédito quienes concentran la más alta proporción de este tipo de ingresos. Si a ello sumamos que muchas de las sociedades que aparecen corresponden a agencias de cobranzas que actúan representando a las primeras, lo que también sucede con las personas naturales –de hecho, 4 de ellas representaban aproximadamente un 75% de los

que están contabilizados en esta categoría-, podemos afirmar que el sistema judicial opera hoy en día básicamente procesando las causas que le ingresan las grandes instituciones de crédito, sin que cobre por ello.

Concordantemente con ello, encuestas practicadas a sectores pobres indican que sus problemas no ingresan al sistema judicial sino en una proporción muy menor. No existen en este ámbito estudios que permitan comparar esta cifra de asuntos no ingresados, por estrato social de los afectados. Sin embargo, si extrapolamos lo que sucede en materias penales –donde sí hay mediciones- podemos afirmar que el fenómeno de la exclusión –y, por ende, ausencia de disuación- afecta principalmente a los más pobres.

En el gráfico siguiente podemos apreciar que una cantidad ínfima de estos problemas ingresan al sistema judicial. Resulta especialmente interesante constatar que los asuntos que presentan una menor proporción de ingreso al sistema formal en relación a su ocurrencia, en el caso de los pobres, corresponden a los préstamos de dinero sin devolución, que son precisamente aquellos litigios que agobian al sistema.

#### PROBLEMAS CIVILES REGISTRADOS Y PRESENTADOS A LOS TRIBUNALES POR PERSONAS POBRES



FUENTE: Justicia y Marginalidad: Percepción de los Pobres. CPU.

La carencia de externalidades en la justicia chilena no sólo se debe a esta extrema homogeneidad de los asuntos de que conoce, tanto respecto a su naturaleza como a la calidad de los sujetos que actúan como demandantes. Refuerza esta misma idea el análisis de los egresos que presenta el sistema, pues si bien en el período 1977-1995, de las causas que ingresaron, un 84% terminaron, lo fueron por sentencia tan sólo un 21% de ellas. Si a las terminadas por sentencia les sumamos las que lo hacen por avenimiento -que es otra forma calificable como exitosa de término- sólo se empujan a un 26% del total. Es decir, un 74% de las causas ingresadas termina en forma anómala. Debe considerarse que dentro de ese porcentaje se encuentran causas que por definición no terminan por una sentencia -como las gestiones preparatorias al juicio ejecutivo- pero ellas, también por definición, no generan el efecto disuasivo que justificaría la intervención pública en la justicia.

Finalmente, no podemos olvidar que se trata de una justicia con bajos índices de confianza -según diversas encuestas se encargan de demostrar-, considerada por los pobres como discriminatoria -como otros estudios lo atestiguan- y con un bajo índice de predictibilidad. Los propios jueces encuestados en este trabajo declaran otorgarle escasa incidencia a lo fallado anteriormente en casos análogos, ratificando así la impresión que lo importante -para ellos como para el sistema- no son las señales generales que mandan a la comunidad, que sirvan para orientar las decisiones de los actores y prevenir litigios futuros, sino única y exclusivamente la resolución del caso específico de que se trata.

Nos encontramos entonces con una justicia civil y comercial financiada hoy en día con cargo a rentas generales, en lo que se refiere al costo de funcionamiento de los tribunales, en circunstancias que no sólo no constituye un bien público, sino que las externalidades que eventualmente podría generar son, en los hechos, muy limitadas. Ello se da, además, en un contexto en que la justicia pública resulta ser crecientemente más cara. La evolución del Gasto Judicial Ejecutado (GJE), en comparación con la del Presupuesto Público Neto (PPN) y del Producto Interno Bruto (PIB) así lo señala:

**VARIACIÓN DEL GASTO JUDICIAL EJECUTADO (GJE), PRODUCTO PÚBLICO NETO (PPN) Y PRODUCTO INTERNO BRUTO (PIB)**

Base 100 1977

Año	GJE	PPN	PIB
1977	100	100	100
1978	121	124	108
1979	125	132	129
1980	172	154	133
1981	190	172	131
1982	204	186	116
1983	179	158	115
1984	175	117	116
1985	167	127	121
1986	172	121	128
1987	168	113	137
1988	193	120	169
1989	199	106	184
1990	172	104	180
1991	221	126	191
1992	263	137	214
1993	300	149	226
1994	332	159	241
1995	389	174	271
1996	417	186	280
1997	465	199	308

Como puede apreciarse, en el período 1977-1997 el GJE crece en un 365%, sustancialmente más que el PPN (99%) y que el PIB (208%). Es decir, en un período en que el aparato público pierde participación en el ingreso nacional, el GJE crece significativamente, a costa de otros rubros del gasto público. Este crecimiento no se traduce en un aumento similar ni de la cobertura judicial ni en las soluciones que genera el sistema, según muestra el cuadro que sigue:

**EVOLUCIÓN DEL GJE, CAUSAS INGRESADAS, CAUSAS TERMINADAS POR SENTENCIA Y AVENIMIENTO Y NÚMERO DE JUZGADOS EN EL PAÍS.**

Base 1977

AÑO	GJE	CAUSAS INGRESADAS	CAUSAS TERMINADAS POR SENTENCIA Y AVENIMIENTO	JUZGADOS
1977	100	100	100	100
1978	121	116	115	100
1979	125	142	135	105
1980	172	150	136	106
1981	190	162	139	111
1982	204	186	150	113
1983	179	196	160	119

1984	175	191	154	119
1985	167	187	165	119
1986	172	192	158	124
1987	168	202	185	124
1988	193	212	192	127
1989	199	232	197	127
1990	172	240	194	127
1991	221	241	201	127
1992	263	238	206	127
1993	300	271	230	136
1994	332	291	245	136
1995	389	328	252	137

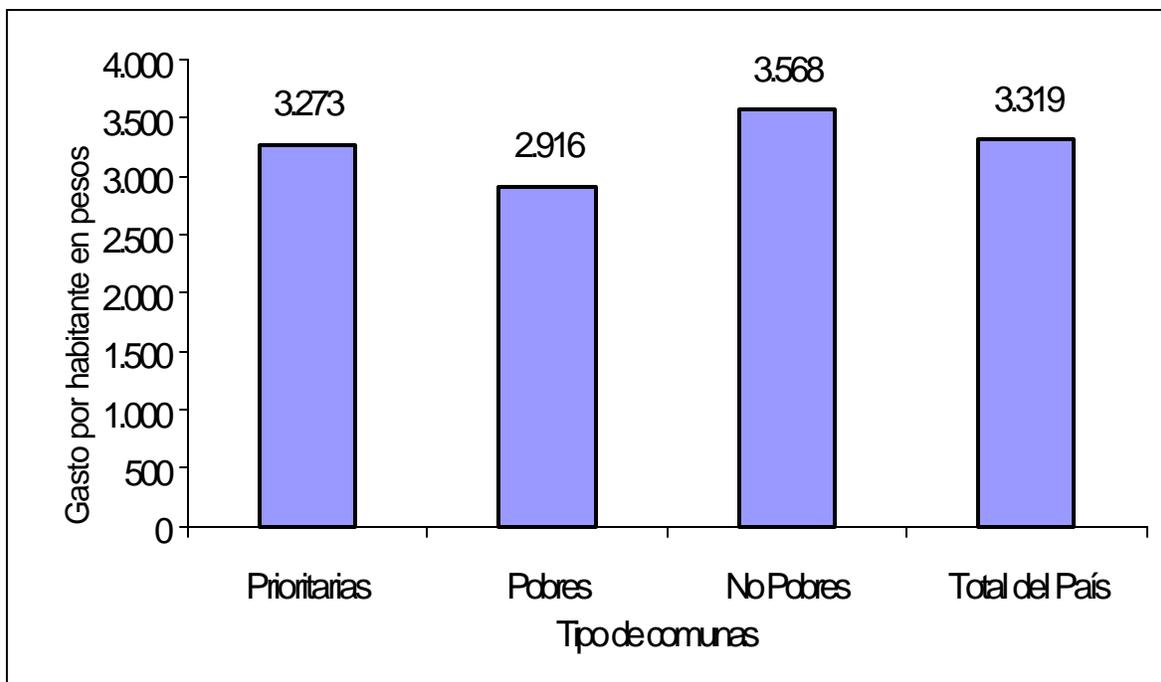
No existe gran diferencia entre el crecimiento del GJE y el ingreso de causas, siendo éste último indicador sólo ligeramente inferior al primero. Pero la diferencia es notable si comparamos el crecimiento del GJE con el de los juzgados (que sólo aumentan en un 37%) y con el de las causas terminadas por sentencia y avenimiento. Cada juzgado es hoy mucho más caro que al principio del período. Lo mismo sucede con cada resolución judicial. Este efecto se acentúa en los últimos años, período que coincide con la implementación de políticas que implicaron un fuerte aumento del gasto en justicia.

El aumento de los costos de la justicia pública constituye una de las razones que permiten explicar el aumento que viene experimentando la utilización de los sistemas alternos de resolución de conflictos, los que, como apuntábamos, crecientemente dejan de estar reservados a un espectro muy limitado de conflictos para pasar a ser utilizados en forma más generalizada.

No debiera causar sorpresa comprobar que esta inversión creciente no beneficia en forma especial a los sectores más pobres de la población. Pese a que en el gasto en justicia no se incorpora ningún criterio de focalización, en el medio jurídico se ha sostenido –y se sostiene– que la gratuidad de los servicios judiciales –o, en otros términos, el financiamiento estatal de la misma– tiene por finalidad que no existan barreras económicas que impidan a los más pobres acceder a estos servicios. Sin embargo, la gratuidad en este, como en otros casos, habiendo otros costos asociados al litigar, sólo beneficia a quienes están en mejores condiciones de asumir tales costos adicionales, convirtiéndose así en una inversión fuertemente regresiva.

El que sean las personas con mayores recursos quienes más se beneficien con la gratuidad de la justicia resulta perfectamente coherente con la composición del litigio que hemos descrito y con la calidad que presentan los demandantes que acuden a los tribunales. Adicionalmente, dentro de los estudios que realizamos en el curso de esta investigación, analizamos la distribución del gasto en justicia por tipo de comuna. Para ello debimos desagregar el GJE por jurisdicción, cifras que comparamos con las comunas que las componen, según la categorización que de ellas ha hecho MIDEPLAN, entre prioritarias, pobres y no pobres. Los resultados se contienen en el siguiente gráfico:

**GASTO ANUAL POR HABITANTE EN JUSTICIA,  
POR NIVEL SOCIOECONÓMICO DE LA COMUNA**



FUENTE: Elaboración Propia a partir datos Corporación Administrativa del Poder Judicial y MIDEPLAN

Como se aprecia, son las comunas pobres las que reciben la menor asignación para justicia por habitante. Las comunas prioritarias también se encuentran bajo la media nacional. Sólo las comunas no pobres, las con mayores recursos, superan tal media.

Las mejoras posibles a la justicia civil y comercial en Chile.

Se hace necesario, entonces, efectuar cambios significativos a la forma como hoy en día se provee la justicia civil si queremos acercarnos a un óptimo en esta materia. Las políticas deben alentar que sean los propios privados los que provean y produzcan el bien justicia. Aún en el caso de que razones culturales o políticas impidan un desprendimiento del rol público en esta materia, manteniendo su producción estatal a través de los

tribunales, resulta pertinente aconsejar que el estado no provea íntegramente el bien sino que cobre tasas a los litigantes que cubran el importe del servicio proporcionado menos el monto proporcional de las externalidades generadas. Sólo poniéndole un precio a la justicia se evitará la litigación ineficiente y se salvará al sistema de su colapso. Ello, por supuesto, en nada se opone al establecimiento de subsidios directos en favor de las personas que carezcan de los recursos necesarios para proporcionarse este bien. De esta forma se podrá poner fin al carácter regresivo de la inversión en justicia.

Paralelamente habrá de actuarse frente a otros factores que intervienen en la decisión de litigar, tales como el sistema de costas o de cobro de honorarios por parte de los abogados. El sistema de costas es el que distribuye los gastos del juicio entre las partes. En Chile, la regla es que paga los gastos del juicio la parte perdedora, a menos que haya tenido motivo plausible para litigar. En principio, esta regla debiera desincentivar la litigación frívola; sin embargo, la forma como es aplicada por nuestros tribunales, que fijan las costas en montos inferiores a los reales, disminuye fuertemente este efecto.

Por el lado de los honorarios profesionales, el sistema de la cuota litis, en que el abogado percibe una parte de lo que efectivamente se obtenga en el juicio, desincentiva también la litigación sin fundamento, básicamente al disminuir el problema de agencia que se produce entre abogado y cliente, alineando al primero en el mismo sentido que los intereses del segundo. Un sistema de esta naturaleza también facilita que personas pobres puedan litigar sin requerir un subsidio para ello, operando los abogados como una suerte de aseguradores de sus clientes. Pese a las ventajas antes señaladas, es común en el país que al menos parte de los honorarios de los abogados correspondan a una suma fija que se le cobra al cliente.

### La justicia en otras materias

Sin perjuicio de que nuestro análisis, tal como señalamos en un comienzo, se centra especialmente en la justicia civil y comercial, es necesario hacer algunos comentarios respecto a las restantes materias: menores, laboral y, principalmente, criminal. En estos asuntos el estado tiene un interés especial que bien puede justificar concurra directamente a su provisión. Lo que sucede en ellos es que el estado tiene una valoración propia de los bienes que están en juego, que puede ser diversa a la de sus titulares. Un estado perfeccionista, por ejemplo, que crea que es intrínsecamente valioso promover una vida autónoma y responsable, tendrá interés en perseguir y castigar ciertos actos aún cuando la víctima directa carezca de todo interés por hacerlo. Ello sucede también en todos los casos en que el estado tiene una motivación especial en proteger a una parte que se encuentra en situación de especial debilidad.

Adicionalmente, en el caso de la justicia criminal, que es sumamente relevante pues representa la mitad de los ingresos al sistema en el período 1977-1995, el componente público es aún más fuerte, ya que ella está íntimamente relacionada con la utilización legítima de la fuerza contra los ciudadanos. Como se sabe, el monopolio de la fuerza constituye uno de los elementos definitorios del estado. Si ella estuviese a disposición de los particulares, sin restricciones, se generarían fuertes externalidades negativas sobre la comunidad: el estado de naturaleza en que, según Hobbes, la vida es "solitaria, pobre, tosca, embrutecida y breve".

Así y todo, las políticas más modernas relativizan la forma como tradicionalmente se ha entendido la preeminencia del fin público en el área de la justicia criminal. Por una parte, al incorporarse criterios de eficiencia y racionalidad para la intervención estatal, reemplazándose así el principio de legalidad que tradicionalmente la ha regido, por el de oportunidad. Según el principio de legalidad el estado debe siempre actuar en la represión de los delitos, no pudiendo jamás excusarse de ello. En cambio, el principio de oportunidad, al reconocer que en ésta, como en todas las situaciones, las necesidades exceden a los recursos disponibles para satisfacerlas, indica que la actuación estatal debe concentrarse en aquellos asuntos de mayor relevancia social y donde existen mejores posibilidades de éxito.

Aún más importante para los efectos de este análisis es el reconocimiento de que muchos delitos involucran intereses en que el componente privado es más fuerte que el público. Ello lleva a reconocer que la satisfacción de tales intereses (cualquier forma de reparación) en esos delitos (por ejemplo, los delitos contra la propiedad), debe tener la virtud de poner fin a la causa criminal, superponiéndose incluso al interés público en la sanción al delincuente.

#### Los bienes públicos más relevantes que debería producir el sistema judicial.

Por otra parte, el Poder Judicial no tiene por única finalidad la resolución directa de los conflictos que aquejan a las partes. Tiene también una misión que consideramos mucho más fundamental, por lo que ocupa una parte central de nuestro trabajo: completar la labor del legislador señalando con precisión el sentido y alcance de los derechos que asisten a las personas. Si bien esta función se realiza a partir de un problema específico que genera tal necesidad de precisión, sus alcances son generales y exceden el caso concreto, enviando señales a toda la comunidad sobre el estatuto jurídico que las rige y al cual deben someterse. Estas señales, que no son otra cosa que información, constituyen un bien público puro. En términos jurídicos se denominan precedentes, cuyo conjunto bien puede ser visto como un stock de bienes de capital, específicamente un stock de conocimientos acerca del producto de varios años de litigación. Esos conocimientos son aprovechados por los actores del sistema para adecuar sus conductas a las reglas y por litigantes potenciales en un conflicto, situándose, así, en mejores condiciones para decidir si invertir o no en un litigio. Este stock de capital se deprecia en función del grado de obsolescencia legislativa y ésta, por su parte, se acrecienta en sistemas en transición o proclives a las fallas del mercado político.

La importante función de completar el significado de las reglas jurídicas debe realizarse -en el sistema continental- principalmente a través de dos instituciones: el recurso de casación y la justicia constitucional. En virtud del recurso de casación, específicamente del recurso de casación en el fondo, la Corte Suprema puede anular un fallo en el que se ha aplicado erróneamente la ley si ello ha tenido consecuencias decisivas en la resolución. Persigue precisamente crear jurisprudencia, uniformando la interpretación judicial de la ley. Por su parte, la justicia constitucional tiene por sentido precisar el alcance de la Carta Fundamental, dejando sin efecto normas inferiores o actos contrarios a su correcto sentido y particularmente a los derechos esenciales que ella consagra.

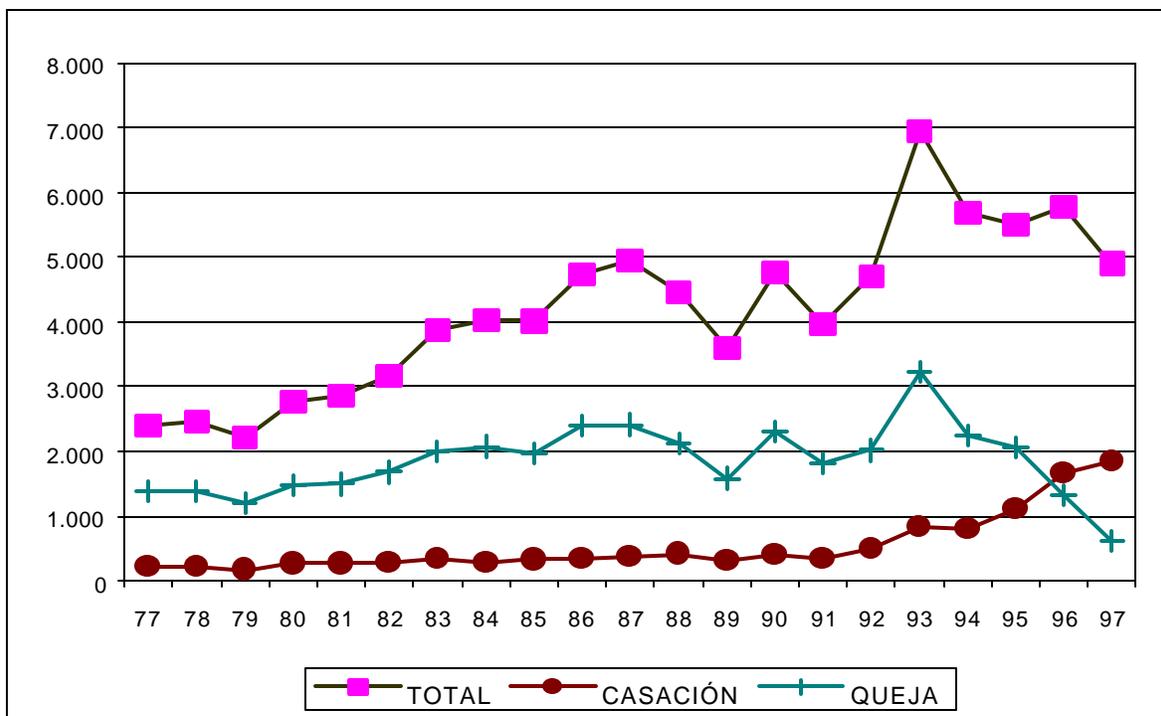
En ambos casos hay buenas razones no sólo para que el estado intervenga proveyendo este bien, sino también produciéndolo directamente, a través de funcionarios públicos. Por lo pronto, no es posible pensar en órganos competitivos que pudieran asumirlo, ya que ello se traduciría en la existencia paralela y competitiva de órdenes constitucionales y jurídicos con sentidos y alcances diversos y en la posibilidad consiguiente para cada parte de elegir el estatuto jurídico que más le convenga. Un estatuto jurídico único y común –especialmente en las normas fundamentales- es característica básica de un estado. Que tales normas sean generadas a través de representantes de los ciudadanos es, a su vez, requisito básico del sistema político que nos rige. Por último, como tales normas no tienen como único destinatario a los particulares, sino antes que nada persiguen someter la política al derecho, es necesario que un órgano independiente de las autoridades ejecutivas intervenga en su interpretación y aplicación, llámese Poder Judicial o Tribunal Constitucional.

Con el mismo énfasis con que en un comienzo sostuvimos que el sistema judicial chileno se concentra fuertemente en la producción de un cierto tipo de justicia para la cual hay soluciones alternativas más eficientes, un análisis de la realidad actual de nuestros tribunales nos lleva a concluir que en estas otras áreas, las de la justicia de casación y constitucional, donde es indispensable su actuación, su presencia es débil, estando además muy disminuida la orientación pública que debe primar en ella.

En el caso de la casación, es notorio como a lo largo de su historia la Corte Suprema ha tratado de evitarla, prefiriendo el conocimiento de otros recursos, como el de queja, que le ha permitido fallar los asuntos como si fuera un tribunal de equidad, sin siquiera tener que extenderse en la fundamentación de sus resoluciones. La Corte por largos años le ha otorgado mayor valor a resolver un conflicto en particular que a definir en modo general el alcance del sistema jurídico. Ello se comprueba tanto al analizar los múltiples obstáculos formales que ha puesto para entrar el conocimiento de las casaciones, siendo mucho más rigurosa que el legislador, como al constatar la nula utilización de la facultad que tiene la Corte para casar de oficio –sin petición de parte- una resolución.

A lo largo de los últimos años se han intentado deliberadamente políticas tendientes a convertir a la Corte Suprema en un verdadero tribunal de casación. Diversas reformas legales así lo han intentado, tanto por la vía de desformalizar este recurso, como por la de limitar la interposición del de queja, que a la larga ha resultado ser lo más efectivo. El análisis de las cifras que se contienen en el gráfico siguiente, muestra la escasa relevancia cuantitativa, dentro del trabajo total de la Corte, que ha presentado la casación. Sólo a partir del fuerte decrecimiento de la queja que comienza el año 1995, en que fue reformada, se detecta un aumento sostenido de la casación, pasando a partir de 1996 los fallos de casación a ser más que los de queja.

## EVOLUCIÓN DE LAS CAUSAS TERMINADAS EN LA CORTE SUPREMA 1977 - 1997



FUENTE: Registros de la Corte Suprema de Justicia

Durante ese proceso el legislador intentó acentuar aún más el carácter público de la casación, incorporando la posibilidad que la Corte rechazara de plano un recurso por “*carecer de relevancia jurídica para la adecuada interpretación y aplicación del derecho*”. Una disposición de tal naturaleza, conocida en el derecho comparado como certiorari, resultaba y resulta indispensable para regular la carga de trabajo de la Corte, asegurando que ella pueda dedicarse con profundidad a los casos en que ello efectivamente se justifica. Sin embargo, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional dicho precepto, pues concibe al recurso de casación, de acuerdo a lo señalado en su sentencia, como un bien privado que debe ser puesto igualitariamente a disposición de todas las partes. Para dicho tribunal, el recurso de casación no es más que una vía adicional para impugnar una sentencia, sin que sea lícito aducir razones de interés general para privar a una parte de él.

Esta misma idea de que el recurso de casación no genera jurisprudencia, sino resuelve casos concretos, permite explicar la escasa incidencia que tienen las sentencias dictadas en estos recursos en el trabajo posterior de los jueces de instancia, según estos mismos declaran. Realmente la casación no ha generado un cuerpo estable de precedentes en el país, que ayuden el trabajo de los jueces y orienten la conducta de los actores. Hoy es posible para cualquier juez fallar contra lo resuelto anteriormente por la

Corte Suprema en una casación sin siquiera tener la obligación de hacerse cargo de tal situación.

En materia de justicia constitucional el problema es análogo. Para analizar lo que sucede en ella es necesario distinguir entre la acción de inaplicabilidad y el recurso de protección. La primera persigue que la Corte Suprema ordene que para resolver un caso concreto, no se aplique una disposición legal que es contraria a la Constitución. En cambio, con el recurso de protección, el titular de un derecho consagrado en la Constitución busca se le ampare ante actos u omisiones ilegales que le privan de él o amenazan o perturban su ejercicio. Este recurso es conocido por las Cortes de Apelaciones en primera instancia y por la Corte Suprema en apelación.

Existen buenas razones para sostener que el efecto público de la inaplicabilidad en Chile es en extremo reducido. Si bien existe la posibilidad que la Corte de oficio pueda declarar inaplicable un precepto, ello no opera en la práctica, por lo que el recurso sólo cobra vida en función del interés particular de una parte. Durante toda su tramitación el recurso queda entregado a la iniciativa de la parte, quien bien puede disponer de él. Es tanta la vinculación entre el recurso y el caso específico en el que incide, que en el caso de no lograrse con su interposición la suspensión del juicio, lo más probable es que no se obtenga en definitiva siquiera una resolución sobre la inaplicabilidad, lo que sólo es posible explicar debido a la pérdida por la parte de todo interés en él. Las cifras se contienen en el siguiente cuadro:

#### **SUSPENSIÓN DEL RECURSO DEL RECURSO DE INAPLICABILIDAD Y FORMAS DE TÉRMINO**

	Suspende	No suspende	Total
Acogido	8	7	15
Rechazado	20	60	80
Desistido	8	31	39
Inadmisible	23	96	119
Archívese y Otros	4	273	277
<b>TOTAL</b>	<b>63</b>	<b>467</b>	<b>530</b>

FUENTE: Registros de la Corte Suprema de Justicia

Estos datos corresponden al total de recursos terminados en el período 1990-1997. Dan cuenta de que sólo en una proporción menor (18%) terminan de una forma que podríamos llamar normal: acogidos o rechazados. Muestra, además, que la productividad de la Corte es escasa en 8 años, pues sólo totaliza en ese lapso 95 sentencias de fondo.

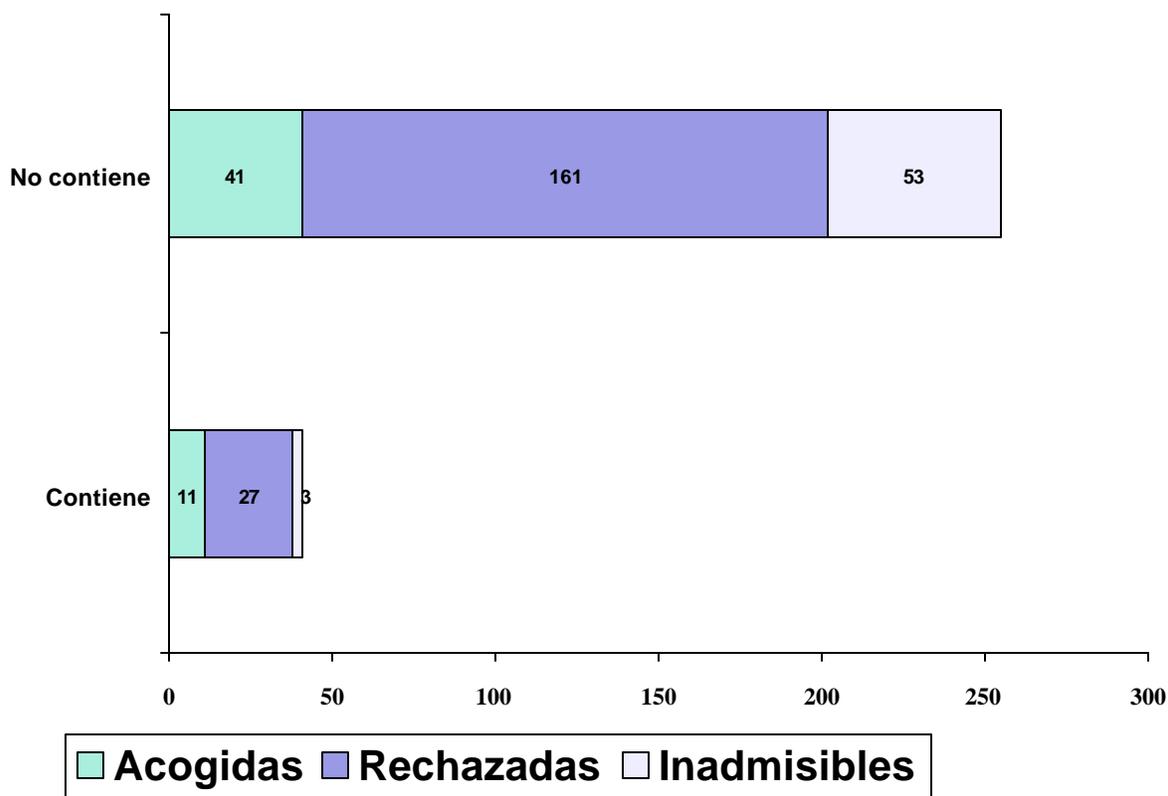
Aún más fuerte que los argumentos anteriores para justificar que esta acción constitucional no opera en función de los bienes públicos que puede entregar, es el carácter limitado de sus alcances. La declaración de inconstitucionalidad sólo afecta al caso específico en que ello solicita, manteniendo el precepto legal impugnado su total validez, incluso para casos idénticos al original. No han prosperado los intentos por dotar de fuerza al precedente constitucional, como han sido las iniciativas de invalidar en forma permanente una norma sobre la cual hayan sido acogidos tres recursos de inaplicabilidad.

No sólo por la falta de fuerza legal propia notamos una ausencia de precedentes en esta materia. También porque frente a la inaplicabilidad nos encontramos con una jurisprudencia errática, donde nuevamente priman las características del caso concreto y no el interés público comprometido en el juicio de constitucionalidad, amén de las deficiencias de fundamentación que caracteriza en general a nuestra jurisprudencia. Debe tenerse presente que son las razones de lo fallado, y no la resolución misma, lo que constituye propiamente un precedente. Analizado en detalle los resultados de las inaplicabilidades deducidas contra el Decreto Ley N° 2.695, sobre saneamiento del dominio de la propiedad raíz, que constituye el precepto legal más impugnado por esta vía, nos encontramos con una jurisprudencia con bruscos cambios en situaciones sino idénticas muy parecidas. De hecho, de los 131 recursos terminados contra esta norma, 9 son acogidos y 6 rechazados. Los restantes terminan en forma anómala. Es posible que tras esa forma de término también haya una señal de la Corte contraria a acoger el recurso. Los argumentos varían de forma radical en unos y otros fallos, produciéndose sucesivos cambios en el período.

Una de las modificaciones que es indispensable emprender para fomentar la jurisdicción constitucional en Chile, consiste en concentrar en un tribunal especializado las facultades de control constitucional –preventivo como represivo-, a diferencia de lo que hoy sucede en el país, lo que facilitaría tanto que hubiese jurisprudencia en la materia, como que ésta fuera constante y predecible.

El recurso de protección presenta una realidad muy distinta a la de la inaplicabilidad. El que sea considerado dentro de la jurisdicción constitucional obedece a su consagración en el texto constitucional y a que su objetivo declarado es dar protección a derechos que este texto consagra. Sin embargo, en la práctica la discusión a que da lugar la protección no guarda relación alguna con la Constitución. Sólo interesa que el acto impugnado sea arbitrario o ilegal para que sea acogido el recurso. De hecho, en muy pocas de las sentencias revisadas en el curso de este trabajo se contiene algún desarrollo o explicación acerca del sentido o alcance de un derecho constitucional, tal como se observa en el siguiente cuadro:

### DESARROLLO DEL PRECEPTO CONSTITUCIONAL INVOCADO EN LOS FALLOS DE RECURSOS DE PROTECCIÓN<sup>1</sup>



La afirmación que la protección no constituye jurisprudencia constitucional no implica sostener la irrelevancia del instituto. Ello no se compadecería con la importancia cuantitativa que éste ha ido alcanzando en el país, con la trascendencia de los asuntos que en ella se discuten y con el impacto de las resoluciones que de allí emanan. Significa simplemente sostener que la protección no genera bienes públicos de la forma como debiera generarlos una genuina justicia constitucional, sino que soluciona problemas urgentes que aquejan al tráfico contractual y comercial, así como también proporciona una vía para el control de legalidad de los actos de la administración, para lo que no se dispone en nuestro sistema de otro camino, al no haberse constituido nunca los tribunales contencioso-administrativos.

De tal modo, las resoluciones en protección se parecen más a una resolución civil, comercial o administrativa –en una acción de urgencia– que a lo que debiera ser una de casación o de inaplicabilidad, en el sentido de no constituir un bien público puro, sino uno

<sup>1</sup> La muestra corresponde al total de fallos a firme en recursos de protección interpuestos contra órganos o agencias del estado y que fueron resueltos en primera instancia en el año judicial de 1995 (277 sentencias).

privado que genera externalidades positivas –nuevamente disuasión- sobre la sociedad. Así, lo dicho respecto a la provisión de la justicia civil y comercial es válido para la protección. Respecto a su producción, la situación es distinta, ya que con frecuencia su resolución implica disponer del aparato coercitivo del estado; y, lo que resulta aún más decisivo, el carácter urgente de los fallos de protección justifica conferir esta función al Poder Judicial, en la medida que no exista otro arreglo institucional que entregue el mismo servicio sin aumentar los costos de transacción. Aun en ese contexto, no parece la mejor solución radicar el conocimiento de estos asuntos en las Cortes de Apelaciones –con la consiguiente competencia en segunda instancia de la Corte Suprema-. Ello presenta inconvenientes para la rápida y adecuada tramitación de estas acciones, así como interfiere en el funcionamiento de los tribunales superiores respecto a las causas que les son propias.