

TIEMPOS DE CONTINUIDAD Y CAMBIO EN EL DERECHO CHILENO: 1973-2004

Eric Eduardo Palma González*

¿Es posible realizar un balance del Derecho chileno de los últimos 31 años? ¿Qué disciplina está llamada a hacerlo? ¿Cuál podría ser el sentido de dicho balance? ¿Cuáles han de ser sus ejes articuladores? ¿Qué aspectos del “mundo” del Derecho deben ser evaluados? Ninguna de estas cuestiones tiene respuesta en la literatura jurídica chilena¹.

Desde el año 1993, vengo sosteniendo la posibilidad de hacer historia a propósito del Derecho contemporáneo chileno. En los últimos años he planteado que incluso se puede historiar el Derecho vigente. Respondo entonces a las primeras cuestiones, que es posible hacer un balance de la historia del Derecho de los últimos 31 años: Dicha realidad constituye en sí misma el objeto de estudio de la disciplina de la Historia del Derecho².

¿Cuál es el sentido de un balance histórico-jurídico? En una renovada óptica histórico-jurídica, el conocimiento del Derecho vigente persigue contribuir a la formación de

* Abogado, Universidad de Chile. Doctor en Derecho. Magíster en Historia. Doctor (c) en Historia. Director de la revista Anuario Iberoamericano de Historia del Derecho e Historia Contemporánea, Profesor de Historia del Derecho. Profesor de Historia Institucional y Constitucional de Chile. Académico de la Universidad Alberto Hurtado en las cátedras de Historia del Derecho y Metodología de la Investigación Jurídica. Escribo este trabajo por invitación de Héctor Hernández, a quien pido disculpas desde ya si no satisface sus expectativas. Por cierto pido disculpas también a los lectores a quienes expongo a un ejercicio intelectual de aproximación a un problema más que a uno de carácter conclusivo. Agradezco a doña Maricruz Gómez de la Torre por sus comentarios al borrador de este artículo. También a mis alumnos del curso de Magíster en Derecho de la Universidad de Chile, “Análisis histórico, dogmático y crítico de los derechos sociales, económicos y culturales”, en particular a don Jaime Bassa y a don José Cortés, con quienes debatí algunos de los temas que aquí se tratan.

¹ Salvo mi trabajo sobre la Historia del Derecho chileno del período 1925-2003 no hay ninguna reflexión articulada sobre estos problemas (véase *Historia del Derecho Chileno Contemporáneo. Tomo V 1925-2003*, Universidad Central de Chile, 2004).

² Esta idea es particularmente fuerte en la concepción polifacética de la Historia del Derecho que sustentó y resulta difusa en la concepción de la Escuela Chilena de Historia del Derecho. Cabe precisar que no estoy hablando de historia institucional, donde hay incursiones de dicha Escuela a través de la obra de Bernardino Bravo, sino de historia del Derecho.

un profesional humanitario, es decir, un abogado que se comporte como sujeto histórico: antes que todo persona, y en tanto que persona, constructor de historia³. Si el profesional del Derecho del siglo XXI aspira a ser algo más que un técnico o un especialista necesita conocer los conflictos de intereses que se producen en su sociedad y la solución que el ordenamiento jurídico da a dichos conflictos.

Para comprender los conflictos y su solución jurídica debe conocer las bases materiales de dicho Derecho, es decir, cómo se configura el poder en la sociedad de que se trate. Además necesita conocer dicha base material para entender el por qué de tal o cual interpretación jurídica. Requiere también de dicho conocimiento para comprender el “mundo” de valores que ampara el Derecho de que se trate. En fin, necesita dicho conocimiento para comprender por qué a determinadas fuerzas sociales, políticas, culturales, el Derecho vigente no les satisface.

Esta comprensión debiera llevar a un profesional humanitario, que se concibe a sí mismo como sujeto histórico, a asumir la responsabilidad de la construcción de la historia (la propia, la comunal, la regional, la nacional, la continental, la mundial, la planetaria).

¿Qué características presenta el fenómeno jurídico en estos 31 años de historia? A modo de ensayo básico, y sin ánimo de dar por agotado el tema, propongo las siguientes: A. El Derecho ha sido utilizado para la restauración de un modelo socioeconómico de larga data en Chile. B. Los protagonistas de la creación y aplicación del Derecho no tienen aceptación social y han perdido estatus: los jueces y los legisladores están desprestigiados; la profesión de abogado camina a la saturación. C. El estudio del Derecho sufrió un proceso de vulgarización del que se viene recuperando lentamente. D. El orden constitucional y legal ha sido objeto de transformaciones radicales, pero aún resulta insatisfactorio desde el punto de vista del sistema democrático y de derechos humanos. E. Se ha venido desarrollando un discurso destinado a deslegitimar el Derecho vigente dada la protección que presta al régimen socioeconómico liberal.

A. EL DERECHO HA SIDO UTILIZADO PARA LA RESTAURACIÓN DE UN MODELO SOCIOECONÓMICO DE LARGA DATA EN CHILE

A partir de 1973, la elite económica chilena ha procurado legitimar, con relativo éxito, una nueva versión del régimen socioeconómico que practicó a lo largo del siglo XIX y las primeras décadas del siglo XX. Este ideario socioeconómico inspira una parte significativa del nuevo Derecho creado entre 1973 y 2004.

1973 es el hito del inicio de un proceso que ha venido generando cambios para la continuidad. Por eso me he atrevido a sostener que el Gobierno Cívico-Militar instaurado

³ Para comprender los alcances de la noción de sujeto histórico puede consultarse mi texto *Historia del Derecho I. Introducción. Los pueblos prerromanos*, Universidad Central de Chile, 2001.

en dicha fecha no es revolucionario, salvo por su secuela de muerte y dolor⁴. La experiencia iniciada en 1973 es ante todo restauradora, regeneradora de una manera de entender la vida socioeconómica que venía en decadencia, mas no había desaparecido, desde la década de 1900 en adelante. Sostengo que la elite recupera para la historia nacional un proyecto socioeconómico que sufrió un proceso de deterioro con ocasión de la cuestión social.

¿Qué se ha venido viviendo entonces en materia jurídica desde 1973 en adelante? A mi juicio la restauración de un modelo de convivencia socioeconómica ya probado en la historia nacional entre 1810 y 1907. No se trata sin embargo de una "copia feliz" del modelo. La historia no es cíclica. Hay continuidad y cambio.

La Constitución y la legislación han pretendido recrear el espacio de libertad económica característico del siglo XIX, pero han debido hacerlo a partir de las peculiaridades de una sociedad que está toda ella abierta, y no sólo la elite, a la influencia de la cultura occidental.

La libertad de los mercados era una apuesta, un proyecto, un sueño para algunos en el Chile que caminaba a la consolidación de su independencia. Dicha apertura es hoy día una realidad y por lo mismo es el gran factor de cambio dentro de la continuidad de una idea amasada desde principios del siglo XIX⁵.

La libertad viene caminando, partió el siglo XIX, desde el espacio de lo económico para llegar hoy al espacio de lo individual. En el pasado se invocó la libertad para comerciar y producir. Hoy día se invoca para consumir. Ayer se la enarbó para construir un nuevo país, es decir, se legitimó desde un valor social: la construcción del Estado. Hoy, en nombre de la libertad se quiere construir una estructura de poder estrictamente individual: se propone la libertad, no en función de un proyecto de país, sino para satisfacer necesidades particulares en una situación particular coyuntural. En nombre de la libertad se construyó una estructura de poder en el Chile decimonónico. Dicha estructura de poder fue puesta en tela de juicio entre 1906⁶ y 1973 y recuperó toda su fuerza material entre 1973 y 1990. Hoy por hoy es una formidable fuerza no sólo material sino también ideal⁷.

Los liberales del siglo XIX eran católicos⁸, los de hoy día no lo son tanto. Es más, me atrevo a sugerir que la influencia que han recibido de Estados Unidos los ha hecho protestantes desde el punto de vista de sus convicciones económicas⁹. En la medida que han

⁴ *Historia del Derecho Chileno Contemporáneo. Tomo V 1925-2003*, Universidad Central de Chile, 2004, pág. 88.

⁵ Jorge Larraín, en "A treinta años del Golpe Militar: Cambios en la identidad chilena", en *Persona y Sociedad*, volumen XVII número 3, diciembre de 2003, repasa en este fenómeno pero sólo lo presenta como un cambio respecto de 1973.

⁶ En este año se dictó la ley 1.838 sobre habitaciones obreras, que introdujo importantes excepciones a principios básicos del Derecho Privado.

⁷ El mismo Jorge Larraín habla de la "preeminencia creciente del discurso empresarial que concibe a Chile como un país emprendedor donde destaca el empuje, el dinamismo, el éxito, la ganancia y el consumo como los nuevos valores centrales de la sociedad chilena" (pág. 151).

⁸ Cabe recordar aquí que la palabra liberal fue inventada en España a propósito de la reunión de las Cortes de Cádiz y que en su matriz inicial el liberalismo fue católico.

⁹ Una aproximación a esta idea se constata también en el artículo ya citado de Jorge Larraín.

dejado de ser militantes católicos no debe extrañarnos que las preocupaciones de corte social den paso a preocupaciones de carácter estrictamente individualista¹⁰.

Los beneficiados con el sistema se han encargado de legitimar este ideario, recurriendo a todas las instancias en las que pueden imponer su voz (escuelas, prensa, televisión, etc.). Han procurado legitimar una fórmula de convivencia social que sólo beneficia efectiva y realmente a un grupo pequeño de la población¹¹. Esta búsqueda de legitimación, que se ha hecho particularmente relevante a partir de 1990, no se viene dando de manera primordial desde el discurso político sino a través de la publicidad¹²: la retórica ha sido reemplazada por el mensaje simple y directo, enteramente entendible en una sociedad embotada por la televisión. Aquí radica a mi juicio la fuerza del nuevo ideario. La ideología del individualismo no recurre al discurso político sino al publicitario. En esta misma medida ha generado una sensación de bienestar, de felicidad, o por lo menos la creencia en la posibilidad de acceder a un estado de placer individual, individualizado.

Bajo el Régimen Cívico-Militar, el Derecho operó como instrumento para la transformación social en aras de fortalecer un proyecto social debilitado. Fue, y sigue siendo, el principal responsable de la restauración de la que venimos hablando¹³. Las reglas de conducta que han venido transformando la sociedad chilena son el resultado de la eficacia coercitiva del Derecho.

Este orden jurídico se creó según el modelo de gestación conservador¹⁴, es decir, fuera del sistema legislativo formal y sin debate público. Entre 1973 y 1990 no hubo actividad legislativa parlamentaria, pero se dictaron decretos leyes y también leyes. La legislación no fue objeto de discusión pública y menos todavía de negociación con los opositores¹⁵. La consecuencia fundamental de esta forma de legislar es que surgió un ordenamiento jurídico muy compacto, con escasas grietas interpretativas, que vino a proteger cabalmente los intereses de los gestores del orden constitucional y legal.

¹⁰ Jorge Larraín señala a este respecto: "Se ha pasado del énfasis en el movimiento colectivo a un énfasis en el consumo como base de la construcción de identidades y de la búsqueda de reconocimiento [...] la búsqueda del reconocimiento a través del consumo es atomizada e individual. Sustituye los logros colectivos por la posesión de cosas, y en esa medida no sólo no cambia nada en la realidad sino que además desarma y desincentiva la lucha colectiva" (pág. 155).

¹¹ Véase para este tema de Hugo Fazio, *Mapa actual de la extrema riqueza en Chile*, Lom, Arcis, Cenda, 1997; para una mirada periodística del mismo asunto de Ernesto Carmona, *Los Dueños de Chile*, Ediciones La Huella, 2ª edición, diciembre de 2002.

¹² El análisis de la publicidad desde el punto de vista del mensaje valórico es tremendamente aleccionador a este respecto. Una parte importante de la misma plantea, ya sea de forma seria o lúdica, que es admisible poner en riesgo la propia dignidad en aras de la satisfacción de un deseo.

¹³ Algunos defensores del mercado desconocen y ponen en tela de juicio el papel del Derecho en esta tarea. Al igual como ocurría con el comerciante don Diego Portales, desconfían de la Constitución y los abogados (véase por todos Hernán Büchi Buc, *La transformación económica de Chile. Del estatismo a la libertad económica*, Grupo Editorial Norma, 1993, págs. 153-157).

¹⁴ Véase para este tema mi artículo "¿Gobierno portaliano o Gobierno conservador-autoritario? De los mecanismos constitucionales para garantizar la eficacia del ejercicio del poder en la Constitución de 1833", en *Revista de Derecho*, volumen XIII, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, diciembre 2002.

¹⁵ Incluso la divergencia existente al interior del régimen fue sofocada con la expulsión del general Gustavo Leigh, Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea, y de sus asesores. Poco se ha destacado esta divergencia para la comprensión de la historia del Régimen Cívico-Militar. Desde el punto de vista de la historia del Derecho estas discrepancias quedan de manifiesto al comparar la visión de Estado y de los derechos de las Actas Constitucionales con lo establecido en la Carta Otorgada de 1980.

Los intelectuales que pensaron y llevaron a la práctica la protección jurídica de los intereses y valores de los detentadores del poder no dejaron nada al azar. En efecto, concibieron para la época de normalidad institucional un régimen electoral que les permitiera tener un papel relevante en el debate político legislativo, y por ende, una posición ventajosa para la defensa del orden monolítico que habían creado.

El Derecho creado por el Régimen Cívico-Militar ha favorecido una visión y una práctica individualista en distintas esferas. A vía de ejemplo podemos señalar los siguientes casos:

1. La intervención del colegio profesional y del sindicato, dos formas tradicionales de fortalecimiento de lo colectivo. En ambos casos la legislación promueve la afiliación voluntaria y no asocia la participación en lo colectivo a beneficios ciertos. Por el contrario, pertenecer a un sindicato o a un colegio profesional implica exponerse a una situación de riesgo.

2. La intervención del sistema de seguridad social. A las fórmulas de solidaridad aplicadas desde las sociedades mutuales, el nuevo ideario enfrentó una fórmula individualista: las AFPs¹⁶ y el sistema de Isapres¹⁷.

3. El mismo individualismo se aprecia a propósito de la regulación constitucional de las limitaciones del derecho de propiedad, en que se dio preeminencia al interés individual por sobre el social¹⁸.

Toda esta liberalización del mercado ha implicado la dependencia de la economía chilena del capital extranjero, tal como ocurrió en el siglo XIX, y ha puesto de lleno a nuestra economía en los circuitos mundiales del comercio¹⁹.

B. LOS PROTAGONISTAS DE LA CREACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO NO TIENEN ACEPTACIÓN SOCIAL Y HAN PERDIDO ESTATUS: LOS JUECES Y LOS LEGISLADORES ESTÁN DESPRESTIGIADOS; LA PROFESIÓN DE ABOGADO CAMINA A LA SATURACIÓN

El período de 1973 a 2004 se caracteriza, a mi juicio, por el desprestigio de los jueces y de los legisladores (o de los políticos), así como por la pérdida de estatus social de la profesión de abogado y del Colegio de Abogados.

¹⁶ Cabe recordar que una parte importante de los afiliados al sistema de AFPs fuimos obligados a la afiliación pues se nos prohibió cotizar en el antiguo sistema. El hecho de estar afiliado implica, para todos aquellos que asumen con responsabilidad el manejo de sus fondos, el surgimiento de un interés por el movimiento del mercado bursátil. A pesar de la conciencia de la irrelevancia como ente económico, las personas ligan su destino a los negocios de los grandes operadores y por ende tienden, a veces sin demasiada conciencia, a identificarse con el sistema económico al cual está ligado su porvenir: la jugada, desde el punto de vista de la legitimación del sistema, es maestra.

¹⁷ Véase la ley 18.933.

¹⁸ La regulación es prácticamente idéntica al régimen constitucional de la propiedad vigente entre 1833 y 1925. Recordemos el famoso suceso de la "casa isla", un inmueble que impidió durante años mejorar la infraestructura vial de Santiago por oposición del dueño del bien raíz a la expropiación.

¹⁹ Esta apertura fue propiciada tempranamente a través del Decreto Ley 600 y más tarde con el Capítulo XIX (conversión de deuda en capital).

En la medida que dos elementos centrales del sistema jurídico (Poder Judicial y Constitución) han estado en permanente cuestionamiento, también lo han estado sus operadores.

1. El Poder Judicial

Una de las cuestiones más relevantes desde el punto de vista de la historia de los operadores del Derecho en esta etapa es la intervención del Poder Judicial luego de los sucesos del 11 de septiembre de 1973²⁰.

Hasta ahora, la literatura histórica ha relegado al olvido uno de los aspectos más vergonzantes de la historia de la judicatura chilena: la colaboración de la Corte Suprema con el Gobierno de facto para la intervención de los Juzgados del Trabajo. En virtud del Decreto Ley número 32 la Junta Militar creó los Tribunales Especiales del Trabajo, a los que encargó conocer de las causas por término de contrato. Dicho tribunal contó con el beneplácito de la Corte Suprema a pesar de que estuvo integrado por un Juez del Trabajo (o Juez Letrado Civil en los casos en que no había judicatura laboral), un representante de las Fuerzas Armadas o Carabineros de Chile y un representante de la Dirección del Trabajo. Se instalaron estos Tribunales Especiales a lo largo del país y funcionaron hasta el año 1974. Al permitir esta figura judicial la Corte Suprema tuvo una actitud de colaboración con la intervención del Poder Judicial²¹.

A esta actitud de colaboración para intervenir el Poder Judicial cabe añadir la falta de diligencia de las máximas autoridades (Corte de Apelaciones y Corte Suprema) en la defensa de la libertad personal y de la seguridad individual ante la represión desatada por la DINA y la CNI, los organismos de inteligencia del régimen Cívico-Militar²².

La década de 1990 se inicia precisamente con una dura declaración del Gobierno de la Concertación de Partidos por la Democracia que hizo responsables a los jueces por su falta de cuidado en la protección de los derechos humanos. Ante el balance hecho por el Informe Rettig, el Gobierno planteó abiertamente al país la necesidad de avanzar hacia una reforma del Poder Judicial.

Ante las críticas el máximo tribunal se puso a la defensiva. El Presidente de la Corte Suprema, ministro Maldonado, señaló en 1991 que se estaba en presencia de una "cam-

²⁰ La historia oficial ha sostenido otra postura a este respecto al afirmar que el Gobierno de facto respetó la independencia del Poder Judicial. El Informe Rettig señala a este respecto: "El Poder Judicial fue el único de los tres Poderes del Estado que continuó funcionando sin que fuera intervenido ni disuelto por las autoridades que asumieron el poder el 11 de septiembre de 1973. El interés por mantener una estructura o una imagen de legalidad por parte de las nuevas autoridades militares las hizo ser especialmente cuidadosas con los miembros de la judicatura" (véase el Informe Rettig, *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, Tomos 1 y 2, Editorial La Nación y Ediciones del Ornitorrinco, mayo de 1991, pág. 96).

²¹ Véase a este respecto mi artículo "De la Intervención del Poder Judicial en Chile", revista *Jueces para la Democracia*, Madrid, 1998. Está en trámite de término en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, una Tesis de Magíster, bajo mi dirección, y de la que es autor don Álvaro Fuentealba, que sostiene esta idea del colaboracionismo de la Corte Suprema para facilitar la intervención del Poder Judicial.

²² De este fenómeno da cuenta el *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*. La revista Mensaje llamó la atención de manera reiterada, en las décadas de 1970 y de 1980, respecto del fenómeno de los detenidos desaparecidos y la indefensión en que se encontraban las personas ante la pasividad de los tribunales. En la inauguración del año judicial de 1975, se sostuvo por el Presidente del Máximo Tribunal que no existían los detenidos desaparecidos y que la presentación masiva de recursos de amparo distraía a la Corte de las materias realmente importantes.

pañía de acusaciones que se ha orquestado, por algunos sectores del país, en contra de este Poder del Estado y en especial de la Corte Suprema²³. Este designio, a mi juicio, ha llegado a niveles que no es posible aceptar por lo agresivo, descomedido e injusto²⁴. Agregaba: “quienes critican al Poder Judicial olvidan que durante casi 17 años nos rigió un sistema de gobierno excepcional para el cual el Poder Judicial no fue estructurado constitucionalmente ni sus integrantes preparados para afrontarlo con algún éxito. Los precedentes históricos conocidos demuestran la incapacidad del Poder Judicial para cumplir su misión cabalmente en los períodos críticos de la Nación. Muy equivocado sería plantear reformas desde una perspectiva de castigo o reprimenda, olvidando que la renovación que se busca pasa necesariamente por asegurar la dignificación de la función y de sus miembros”.

En los años siguientes la Corte recurrió al argumento de la necesaria independencia del Poder Judicial para impedir un avance de este ánimo de reforma. Al cabo de una década, la voluntad inicial de la Concertación en esta materia desapareció.

La cuestión relativa a la responsabilidad del Poder Judicial en las graves violaciones a los derechos humanos en el período 1973-1989 ha sido abordada, a pesar de los cambios en la composición de la Corte Suprema, a partir del mismo discurso. Así en el año 2001 se señalaba: “Durante gran parte del período en que estuvo suspendida la vigencia plena del Estado de Derecho, los tribunales se vieron, en general, impedidos de cumplir a cabalidad con esa función protectora. En efecto, nuestra esfera de acción se vio limitada por una legislación de excepción, y ante las reiteradas denuncias de detenciones ilegales, desaparición de personas, etc., los Tribunales y las Cortes de Apelaciones del país no contaron con una eficaz cooperación de los organismos correspondientes y, en la generalidad de los casos, no se nos proporcionó la información que requeríamos, o derechamente, se ocultó la verdad, lo cual, a mi juicio, ha quedado de manifiesto ahora, luego de que recientemente se diera a conocer, a instancia de la Mesa de Diálogo, la conmovedora realidad de lo que ocurrió con centenares de víctimas, de los llamados detenidos desaparecidos. En consecuencia, si bien podemos admitir que en algunas situaciones se pudo hacer más de lo que se hizo, creemos que en general, en razón de lo expuesto, en buena medida no son justas las críticas que se han dirigido al Poder Judicial, en relación con esta materia durante la época señalada²⁵”.

²³ La ley 18.805, relativa a la jubilación de los ministros de la Corte Suprema, originó ácidas críticas en la prensa por el monto de la indemnización que ella implicaba y porque permitía al Gobierno Cívico-Militar nombrar a jueces que desempeñarían sus funciones en el nuevo gobierno de la Concertación de Partidos por la Democracia. El Presidente del Máximo Tribunal se hizo cargo de este hecho en el discurso inaugural del año 1990.

²⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, Tomo LXXXVIII, número 1, 1991, pág. IX.

²⁵ *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, Tomo XCVIII, núm. 1, 2001. Y en el año 2004: “Se debe considerar el esfuerzo del Poder Judicial para resolver y llevar a término estos casos que, en esta época en que ocurrieron los hechos investigados, resultaban imposibles de pesquisar a fondo desde el momento en que involucraban, como se ha esclarecido posteriormente, a organismos de seguridad, a sus jefes e integrantes. Su efectiva investigación sólo fue posible a partir del retorno de la democracia a nuestro país. No puede desconocerse que la justicia, al igual que la libertad, sólo son viables en democracia. Por lo demás, cabe recordar que, según se ha dicho por un magistrado español -y en esto España tuvo también su experiencia- «los regímenes totalitarios suponen la plenitud de un poder sin verdaderos controles legales e institucionales que, por su propia naturaleza, está por encima de las leyes» (este discurso en www.poderjudicial.cl). Se aprecia, sin embargo, una sutil diferencia en este discurso respecto de la evaluación de la experiencia del período 1973-1989: “En todo caso, estimamos que debido a la experiencia adquirida por nuestro Poder Judicial, nunca volverá a incurrir en deficiencias o inhibiciones en el desempeño de sus dos grandes roles, cuales son tutelar y amparar los derechos y libertades de las personas y controlar los actos de la autoridad.”

Lo que no ha desaparecido, lamentablemente, es la percepción negativa que la ciudadanía tiene de los jueces²⁶. El Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile publicado en los años 2003 y 2004 por el Programa de Acciones de Interés Público y Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, ha vuelto a llamar la atención respecto de la falta de cuidado de la Corte Suprema en materia de protección de derechos²⁷. Respecto de la labor de la Corte Suprema podemos señalar que se aprecia un sostenido y paulatino aumento en la capacidad de la Corte para conocer y fallar los recursos propios de su competencia²⁸.

Sin embargo, no todo ha sido negativo para el período 1989-2004. En efecto, hay aspectos dignos de destacar y que vienen ayudando a mejorar la administración de justicia. Cabe señalar la creación de la Corporación Administrativa del Poder Judicial²⁹, de la Academia Judicial³⁰, del Instituto de Estudios Judiciales, el mejoramiento significativo de las remuneraciones de los funcionarios, jueces y ministros, el aumento del número de tribunales (52 juzgados en la década de 1990 y 10 nuevas Salas de Corte de Apelaciones³¹).

En materia procesal hay que destacar la puesta en vigencia de un conjunto de leyes que han mejorado de manera significativa la tramitación de las causas y en esa misma

²⁶ En el discurso de inauguración del año judicial correspondiente al año 2000 se señalaba: "Las críticas que tradicional y regularmente se formulan a la judicatura se refieren a la lentitud en la tramitación de los juicios en general y a la demora en las decisiones jurisdiccionales, poniéndose el acento con cierta objetividad en la ineficacia de los tribunales en una más oportuna persecución y represión penal [...]. Sin embargo, con igual objetividad, debo expresar que estos defectos no son de la entera y exclusiva responsabilidad de la judicatura, y tienen su origen en las deficiencias del sistema judicial, especialmente del orden penal, y de la Administración de justicia en general, de la que el Poder Judicial forma parte, con otras entidades que son auxiliares, servicios y cuerpos de Policías, por ejemplo, institutos técnicos o asesores especializados, destinados a apoyar la labor jurisdiccional de nuestros tribunales". La Corte ha tomado cursos de acción destinados a resolver este fenómeno de percepción según se da cuenta en el discurso inaugural del año 2004. En una encuesta dada a conocer por Canal 13 el día 2 de julio de 2004 el Poder Judicial, junto con el Congreso Nacional, son las instituciones peor evaluadas, con nota 3,5.

²⁷ Se lee en el Informe: "[...] se constató a propósito del estado de diferentes derechos específicos, que la actuación del sistema judicial resultaba especialmente crítica en el contexto actual, dado que en una serie de materias el mismo aparecería -debido tanto a su diseño orgánico y procesal como a los sustantivos de sus decisiones- como un obstáculo significativo para que tales derechos -consagrados en la Constitución Política y en tratados internacionales de los cuales Chile es parte- adquieran plena efectividad" (*Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2004. Hechos de 2003*, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, mayo de 2004).

²⁸ Así por ejemplo mientras en el año 1989 se fallaron 442 recursos de Casación, en el año 2003 la cantidad subió a 2.977.

²⁹ El año 1999 el Poder Judicial experimentó un déficit presupuestario del orden de los 3.000 millones de pesos cuyo origen estuvo, según el discurso de inauguración del año judicial en: "[...] un manejo presupuestario inapropiado, equivocada política financiera y por deudas de arrastre contraídas sin respaldo". La Corte Suprema contrató una consultoría externa a la que encargó "una auditoría financiera y una evaluación de la gestión al interior de la Corporación Administrativa, dejaron de manifiesto la existencia de problemas y deficiencias en su gestión organizacional y sistemas de información, atribuibles a la dirección y ejecutivos de ese organismo, por ineficiente manejo presupuestario y financiero". Se tomó la decisión de remover a la dirección así como a los jefes de los departamentos de finanzas y presupuestos, de informática y computación (*Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, Tomo XCVII, número 1, 2000, pág. IX). El presupuesto del Poder Judicial ha venido experimentando un aumento progresivo desde 1990 a la fecha, pasando desde 25 mil millones de pesos a la suma de 80 mil millones en el año 2000.

³⁰ Ley 19.346 de 1994.

³¹ Se ha continuado con esta política de aumento de salas (ley 19.805).

medida el acceso a la justicia³². Especial relevancia cobra en este punto la puesta en vigencia de un nuevo proceso penal³³ así como el estudio de la creación de los Tribunales de Familia, de la reforma de los Tribunales del Trabajo³⁴ y de la Justicia Militar, a la que, lamentablemente, no se ha puesto suficiente atención por la opinión pública, los actores políticos y las Escuelas de Derecho.

2. Los abogados y el Colegio de Abogados

En 1989 se invirtió a 363 Licenciados en Derecho con el título de abogado; en 1990, a 371; en 1991, a 355; en 1992, a 482; en 1993, a 508; en 1994, a 634; en 1995, a 649; en 1996, a 736; en 1997, a 814; en 1998, a 995; en 1999, a 1.035; en 2000, a 999; en 2001, a 1.222; en 2002 se titularon 1.331 abogados, y en el año 2003, 1.244³⁵. Para el período 1989-2003, tenemos que se ha otorgado el título a 11.738 personas y se han convalidado más de 350 títulos de extranjeros.

El número de abogados ha crecido de manera tan significativa que el exceso de profesionales amenaza la rentabilidad económica de la profesión: si el fenómeno no se revierte, la actividad caminará indefectiblemente a la pauperización. Un número abundante de profesionales ha debido cerrar sus oficinas individuales y asociarse para bajar los costos, lo que se traduce en pérdida de espacio y bienestar; un número no menor debe esperar al resultado de los juicios que tramita para cobrar sus honorarios³⁶. Esto viene implicando una pérdida de relación entre el costo de la profesión y las ventajas económicas que ella genera³⁷.

Sin embargo, el aumento sostenido en el número de profesionales tiene también aspectos positivos: se ha mejorado el acceso a la justicia en la medida que un mayor número de personas puede contar con asesoría profesional en sus demandas; se ha mejorado la

³² Leyes 19.374, 19.617, 19.637, 19.655, 19.665, 19.676, 19.810, etc.

³³ Por ley 19.640 se promulgó la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público. Por ley 19.696 se promulgó el nuevo Código Procesal Penal. Habría que considerar también las leyes 19.665, 19.708, 19.718, 19.806, 19.815, 19.861, etc.

³⁴ Existe desde el año 2000 un Foro integrado por el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, el Ministerio de Justicia y la Corte Suprema que estudia la reforma procesal laboral.

³⁵ En la obra de Andrés Bernasconi y Fernando Rojas, *Informe de la Educación Superior en Chile*, Unesco / Iesalc, Editorial Universitaria, junio de 2004, se señalan cifras muy distintas a las aquí indicadas. Estimo que nuestra fuente es la que contiene los datos confiables y no la utilizada por los autores.

³⁶ Una percepción muy distinta a ésta se manifiesta en el artículo de Robinson Esparza, "Acceso a la justicia restringido por alto costo de abogados y otras barreras", *Revista Forja* número 28, segundo semestre de 2003, págs. 5-11, quien señala: "Los Tribunales y el Sistema Judicial chileno son gratuitos, los jueces no cobran por impartir justicia ni el Estado por otorgar este servicio. Sin embargo, esto no significa una posibilidad mayor de acceso de los pobres a la justicia. Es la necesidad de un abogado y el costo de sus honorarios, lo que constituye una barrera imposible de cruzar para las personas de menores ingresos [...] El costo de un abogado que se hace cargo de una causa eficientemente es de alrededor de 4 mil dólares" (pág. 7). Creo que el articulista no repara en que hay en Chile una clara diferenciación socioeconómica en el ejercicio de la profesión. Tampoco repara en que los abogados que contrata la Corporación de Asistencia Judicial y el Programa de Asistencia Jurídica cobran al Estado bastante menos que 4 mil dólares, y no por llevar una causa, sino decenas de ellas y trabajando por remuneraciones a honorarios.

³⁷ Es altamente probable que a medida que se socialice esta información baje el número de estudiantes interesados en estudiar Derecho y por ende, es de esperar, cierren las escuelas de peor calidad.

gestión de los tribunales debido a la mayor presencia de egresados o abogados como funcionarios judiciales³⁸. También puede considerarse como un aspecto positivo en esta materia la asesoría que un grupo de abogados viene dando a las víctimas de violaciones de los derechos humanos desde el mismo 11 de septiembre de 1973: su valentía, su tesón, su compromiso intelectual y emocional debiera constituir motivo de orgullo para nuestra profesión³⁹.

Otro fenómeno preocupante en estos 31 años es la pérdida gravísima de protagonismo social y político del Colegio de Abogados. El Colegio se ha transformado en el gran ausente del proceso histórico-jurídico de las dos últimas décadas: su presidente no tiene ninguna influencia en la formación de opinión pública en materias relativas al Derecho. A vía de ejemplo, resulta patético para nosotros los abogados que los médicos y las Isapres tengan el monopolio de la opinión sobre el derecho a la salud, que las AFPs lo propio en materia de derecho a la previsión social, etc. Esta falta de protagonismo es la mejor medida de la pérdida de estatus, de relevancia social de nuestra profesión.

A esto cabe agregar la pésima percepción que la gente tiene de los abogados. De acuerdo con una encuesta de la Universidad del Desarrollo, el 48% de los clientes estiman que los abogados son corruptos y el 73% que mienten para lograr sus objetivos⁴⁰.

C. EL ESTUDIO DEL DERECHO SUFRIÓ UN PROCESO DE VULGARIZACIÓN⁴¹ DEL QUE SE VIENE RECUPERANDO LENTAMENTE

Como señalábamos, en el período 1989-2003 se otorgó el título de abogado a 11.738 personas y se han convalidado más de 350 títulos de extranjeros. Lamentablemente no hay ninguna certeza de que todos estos abogados sean profesionales de calidad pues son muy distintas las exigencias de aprobación de asignaturas y promoción de cursos en las diferentes Escuelas de Derecho del país. No contamos con ningún instrumento que nos permita medir esta calidad, salvo el puntaje de ingreso a la carrera. Cabe presumir, aunque sólo sea "presunción legal" y no "de derecho", que aquellas facultades en las que no se exige puntaje de ingreso o éste no supera los 600 puntos, y existen, sin embargo, altos índices de egreso, están entregando una formación deficiente. Podría pensarse que el defecto de entrada resultó corregido a lo largo de cinco años, pero, no hay, hasta ahora, ninguna demostración empírica de que así sea, es decir, que se haya diseñado e implementado de manera sostenida por alguna Escuela de Derecho un programa especial destinado a remediar las deficiencias iniciales de los alumnos de bajísimo puntaje.

³⁸ Ha habido un interés creciente por la calificación de estos funcionarios, los que han aprovechado la existencia de jornadas vespertinas en diferentes Escuelas de Derecho para cursar la carrera de Derecho.

³⁹ Agradezco a mi alumno del Programa de Magíster en Derecho de la U. de Chile, don José Cortés, el haberme hecho ver esta significativa contribución a la dignificación de la profesión.

⁴⁰ Cit. por Mario Garrido Montt en la inauguración del año judicial 2003.

⁴¹ Empleo la palabra vulgarización en su sentido histórico jurídico.

Por otra parte el número creciente de Facultades y la falta de profesionalización de la docencia jurídica ha significado que impartan clase en las aulas universitarias abogados que no tienen ninguna calificación particular para ejercer la docencia: no tienen formación de postgrado, no tienen formación docente, no investigan, no publican material docente ni artículos en su especialidad.

Estos dos elementos sumados (nivel deficiente en el alumnado y en el profesorado) operan como factores de vulgarización de la enseñanza del Derecho.

La Corte Suprema propuso en el año 2002, en el discurso de inauguración del año judicial, controlar el crecimiento explosivo de Escuelas de Derecho (40 a la fecha) y rodear el otorgamiento del título de abogado de mayores requerimientos para garantizar el profesionalismo y la ética de estos auxiliares de la administración de Justicia⁴²

D. EL ORDEN CONSTITUCIONAL Y LEGAL HA SIDO OBJETO DE TRANSFORMACIONES RADICALES PERO AÚN RESULTA INSATISFACTORIO DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO Y DE DERECHOS HUMANOS

En materia de ordenamiento constitucional sostengo que la Carta Otorgada de 1980, el ordenamiento constitucional que consagró la *democracia protegida*, rigió sólo hasta el año 1990. A partir de esta fecha comenzó a regir un nuevo orden constitucional al que he llamado Régimen Constitucional Provisorio de 1990⁴³. En esta perspectiva no cabe sostener como balance para el período 1973-2004 que hemos tenido una carta constitucional que ha regido a lo largo de 23 años (1981-2004). Carece de todo sentido pretender celebrar el próximo año 2006 los 25 años de la Carta Otorgada de 1980.

La historia constitucional de estos 31 años tiene cuatro grandes hitos: 1. La decisión de la Junta de Gobierno de arrogarse el Poder Constituyente⁴⁴. 2. La promulgación en el año 1976 de las Actas Constitucionales. 3. La promulgación de la Carta Otorgada de 1980. 4. El surgimiento del Régimen Constitucional Provisorio de 1990.

⁴² Se señaló a este respecto por Mario Garrido Montt: "Dignificación y moralización de la actividad judicial globalmente considerada. Esto importa preocuparse del ejercicio de la abogacía en el país, pues son abogados los jueces y abogados los que representan los intereses de las partes ante los tribunales. Por consiguiente, la calidad de los profesionales que tenga el país, en buena parte va a determinar la calidad de la justicia que en él se imparte. Ha de recordarse, además, que quien otorga el título de abogado es esta Corte Suprema, de modo que creemos que ella debe enfrentar esta situación velando porque esos profesionales presten la importante función que les es inherente conforme a los elevados valores y principios que tradicionalmente la han regido. Creemos que es de urgencia crear una normativa que se ocupe de esa materia. Hay dos aspectos que corresponde revisar: el del otorgamiento del título y el del ejercicio profesional" (*Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, Tomo XCIX, número 1, 2002, pág. IX). En el año 2004 no se hizo ninguna mención a este tema al inaugurarse el año judicial.

⁴³ Para el desarrollo de estas dos ideas véase mi trabajo *Historia del Derecho Chileno Contemporáneo. Tomo V 1925-2003*, Universidad Central de Chile, 2004, págs. 105 y ss.

⁴⁴ El artículo 1 del Decreto Ley 128 de 16 de noviembre de 1973 dispuso: "La Junta de Gobierno ha asumido desde el 11 de Septiembre de 1973 el ejercicio de los Poderes Constituyente, Legislativo y Ejecutivo". Posteriormente se dictaron los Decretos Leyes 527 y 778 de 1974 sobre esta misma materia.

Respecto del carácter de auténtica Constitución de la Carta de 1980, el Régimen Cívico-Militar fue majadero en reiterar la legitimidad del plebiscito. Al respecto, el General Pinochet declaró en reiteradas ocasiones que “el pueblo aprobó libre y soberanamente el texto constitucional”⁴⁵. La defensa de la legitimidad de la Carta de 1980 olvida que la convocatoria a plebiscito no contempló una consecuencia jurídica para el evento de la victoria del NO⁴⁶, tampoco se hace cargo de la gravedad de la inexistencia de registro electoral y de un órgano competente para resolver la reclamación de nulidad del acto. En su momento Francisco Cumplido hizo notar que la Carta ya estaba aprobada por la Junta de Gobierno aun antes de plebiscitarse.

Cabe agregar que habiéndose atribuido el Gobierno de facto el Poder Constituyente de manera expresa, al no existir antes del plebiscito de 1980 una resolución de carácter legal que atribuyera este poder al pueblo, el voto popular no tenía carácter de constituyente. Dicho de otra manera, la consulta al pueblo, cuya masa electoral no interesó determinar, fue sólo un acto político (como la consulta de 1978) pero no un acto llamado a tener consecuencias jurídicas⁴⁷, salvo para el evento de que el Sí ganara⁴⁸.

¿Qué habría ocurrido de triunfar el NO? El único efecto habría sido de carácter político, pero jurídicamente la Junta de Gobierno continuaba investida del Poder Constituyente según se desprende de las disposiciones transitorias del Decreto Ley 3464 que estableció el texto de la Constitución.

Por otra parte, a partir de 1990 pueden mencionarse mejoramientos en términos de Derecho sustantivo como las reformas constitucionales⁴⁹, la modificación del Derecho de Familia⁵⁰, la modificación de la legislación sobre protección del consumidor⁵¹, la creación de una legislación que regule los aspectos más sustanciales de la sociedad de la información⁵², las modificaciones del Código Penal⁵³, las modificaciones de la legislación mercantil⁵⁴, etc. Especialmente relevante resulta la promulgación de una nueva Ley

⁴⁵ Diario El Mercurio, jueves 17 de noviembre de 1988, págs. A-1 y A-11, cit., por Carlos Andrade G., en *Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, 1991, pág. 2.

⁴⁶ El artículo 20 inciso final del Decreto Ley 3465 dispuso que las cédulas que aparecieran en blanco serían escrutadas a favor del Sí.

⁴⁷ El Decreto Ley 3464 de 8 de agosto de 1980 señala “Visto: Lo dispuesto en los decretos leyes n°s 1 y 128, de 1973, 527 y 788, de 1974, y 991 de 1976. La Junta de Gobierno de la República de Chile, en ejercicio de la potestad constituyente, ha acordado aprobar como nueva Constitución Política de la República de Chile, sujeta a ratificación por plebiscito, el siguiente Decreto Ley: Constitución Política de la República de Chile”.

⁴⁸ El Colegio Escrutador Nacional de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 29 inciso 4 del Decreto Ley 3465 debía “levantar un Acta del resultado, para su remisión inmediata al Presidente de la República”. No se contempló que fuere al Colegio el que determinara la victoria del Sí o del NO.

⁴⁹ A modo de ejemplo y sin intención de agotar el tema, pueden señalarse las leyes 18.825, 19.055, 19.097, 19.295, 19.519, 19.541, 19.611, 19.643, 19.671, 19.672, 19.742, 19.768.

⁵⁰ Leyes 19.325, 19.585, 19.620, 19.693, 19.711, 19.741.

⁵¹ Ley 19.496.

⁵² Leyes 18.162, 18.168, 19.223, 19.268, 19.628, 19.724, 19.733, 19.799, 19.835, 19.846.

⁵³ Ley 19.172, 19.423, 19.645, 19.734, 19.804, 19.829. Habría que considerar también la ley 19.327 y la ley 19.366. El 14 de septiembre de 2000 la Corte Suprema, el Ministerio de Justicia y la Corporación Paz Ciudadana suscribieron un convenio de cooperación para el estudio de un proyecto de nuevo Código Penal, y surge el llamado Foro Penal.

⁵⁴ Ley 19.207, 19.610, 19.613, 19.667, 19.705, 19.746, 19.749, 19.755, 19.768, 19.769, 19.800, 19.812, 19.826, 19.827, 19.832, 19.840, 19.849, 19.857.

Indígena (19.253), a pesar de las críticas que la misma ha recibido por parte de algunas comunidades indígenas mapuches y ciertos actores empresariales⁵⁵.

Todas estas reformas, tanto constitucionales como legales, resultan insuficientes desde el punto de vista democrático y de los derechos individuales. En efecto, no se han perfeccionado los mecanismos de participación ni se han cautelado adecuadamente los derechos sociales, económicos y culturales. El deterioro de estos derechos es uno de los legados más negativos de la Carta Otorgada de 1980. La regulación constitucional del texto primigenio ha implicado el surgimiento de una dogmática constitucional francamente hostil hacia los mismos, al punto de negarles el carácter de derechos⁵⁶.

Otra nota característica del periodo es la incapacidad de los dirigentes empresariales y políticos para percibir que la aplicación estricta del principio de subsidiariedad estatal está reeditando las bases socioeconómicas de la cuestión social⁵⁷.

E. SE HA VENIDO DESARROLLANDO UN DISCURSO DESTINADO A DESLEGITIMAR EL DERECHO VIGENTE DADA LA PROTECCIÓN QUE PRESTA AL RÉGIMEN SOCIOECONÓMICO LIBERAL

Existe en el seno de la sociedad civil, alejado del Parlamento y del Estado, un conjunto relevante de instituciones formales o informales que vienen estructurando un discurso de crítica en contra de la elite⁵⁸ y su sistema socioeconómico. Frente a la legitimación publicitaria del modo de vida liberal ha venido gestándose, poco a poco, lenta pero vigorosamente, una cultura alternativa. La misma no se constata como fenómeno generalizado debido a su ausencia en los medios masivos de comunicación⁵⁹.

Los pobres y la clase media experimentan una profunda preocupación respecto del futuro y no precisamente por el problema de la delincuencia⁶⁰. A pesar de las tasas de

⁵⁵ El 28 de octubre de 2003 (diez años después de la puesta en vigencia de la ley 19.253) la Concertación de Partidos por la Democracia publicó el *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato de los Pueblos Indígenas* que contiene un diagnóstico de la situación indígena y un conjunto de propuestas a favor de las comunidades autóctonas.

⁵⁶ Por todos véase José Ignacio Martínez Estay, "Acerca de las diferencias entre los derechos y libertades clásicos y los derechos sociales" en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, 1997, págs. 133-140.

⁵⁷ Es más, propuestas como la supresión de la licencia maternal para la madre del hijo menor de un año que se encuentra enfermo, son una prueba contundente de la falta de preocupación por la situación de la clase media y popular. Esta medida, de concretarse, constituiría un caso de regresión prohibido por el orden internacional de los derechos humanos y dejaría expuesto al Estado de Chile a una sanción. Lo que sí puede hacer el Estado es velar por el uso correcto del beneficio contratando las personas que sean necesarias para la fiscalización.

⁵⁸ Es posible sostener cierto grado de continuidad en el modo de ser de la elite a lo largo del siglo XIX y XX. Lo propio hay que señalar respecto de la del siglo XXI: experimenta cierta desconfianza respecto del elemento popular. En el pasado, el roto y el vago representaban el sujeto social del cual desconfiar. Hoy día hay una agravación de la figura en la medida que se asocia directamente pobreza y delincuencia. La elite del siglo XXI ostenta sin ningún tipo de pudor su riqueza: una tienda comercial ofrecía por la prensa para el día del padre en este año 2004 un lápiz cuyo costo era de \$1.050.000 (un millón cincuenta mil pesos), es decir, el equivalente a nueve meses de salario mínimo, que es la suma que ganan 400 mil personas en Chile.

⁵⁹ Véase como muestra de esta potencialidad www.sociedadcivil.cl.

⁶⁰ No tiene sentido negar que la delincuencia es un problema en una urbe como Santiago, pero no es justificable instalarla a la sociedad en el miedo a la delincuencia. Lamentablemente ha surgido toda una red empresarial en torno a este tema que va desde instituciones que se dedican a la producción de estadísticas sobre delincuencia a empresas que proveen recursos materiales y "recursos humanos" para enfrentar el fenómeno. ¿Por qué señalo este hecho como lamentable? Porque la empresa privada podrían no estar sinceramente interesada en la solución del problema: a mayor sentimiento de inseguridad mayor es el lucro.

crecimiento de la década de 1990, a pesar del aumento del ingreso *per capita*, los trabajadores carecen de certezas respecto de que puedan satisfacer sus necesidades más básicas el día de mañana⁶¹.

En 1993 señalaba Hernán Büchi a este respecto: “El objetivo de todo ordenamiento institucional es dar a las personas las posibilidades para resolver sus necesidades. Obviamente una Constitución no puede garantizar la satisfacción de esas necesidades, no obstante que muchas cartas fundamentales por presión del socialismo, sin duda, consagran aparte de las libertades personales, políticas y económicas, garantías individuales de contenido económico, los llamados derechos sociales, como el derecho a comer, el derecho a la previsión, el derecho a trabajar, el derecho a vacaciones placenteras y estivales [...]. De más está decir que todo esto es un gran equívoco⁶²”.

No existe seguridad en el mundo del trabajo de que se pueda gozar de manera estable del derecho a la salud, a la educación, a la seguridad social, a la vivienda, al trabajo, a la estabilidad en el empleo, etc.

La fórmula del Estado subsidiario viene siendo cuestionada y este cuestionamiento hará eclosión como fenómeno social en algún momento⁶³. El problema del modelo no está acotado a la clase popular. Respecto de ella han propuesto algunos autores, sin renunciar a los principios básicos del sistema económico, la configuración del Estado integrador⁶⁴. Meller, siguiendo a Raczynski, lo plantea como una alternativa a la ortodo-

⁶¹ Véase para este tema con gran provecho el volumen XV núm. 1 de mayo de 2001 de la revista *Persona y Sociedad* (Chile después de los noventa: encrucijadas de nuestro desarrollo). En particular los artículos de Mauricio Laborde, Jorge Larraín, Lucía Saldaña.

⁶² Hernán Büchi Buc, *La transformación económica de Chile. Del estatismo a la libertad económica*, Grupo Editorial Norma, 1993, pág. 158. Jorge Gonzalorena ha señalado a este respecto: “...es preciso señalar que si bien en la mayoría de los sectores productivos orientados a la exportación se registra una explotación intensiva de los recursos naturales a base de una elevada composición orgánica del capital, todos ellos se benefician de los altos niveles de superexplotación de la fuerza de trabajo imperantes en el espacio económico nacional, los que ejercen una presión a la baja sobre el nivel general de los salarios [...] Esto se relaciona con el hecho de que la apertura comercial y financiera y los esquemas teóricos empleados para justificarla no tienen como interés y objetivo prioritario el pleno empleo de las fuerzas productivas. Por el contrario, la implementación del modelo económico neoliberal supone una orientación decididamente dispuesta a asumir en este plano un costo social muy elevado, abandonando en los hechos toda pretensión de articular el funcionamiento de la economía a base de un proyecto nacional de desarrollo o «proyecto país». Este es, sin lugar a dudas, uno de los significados más relevantes del modelo” (*El Modelo económico chileno: análisis crítico de sus resultados y perspectivas*, Universidad Católica Silva Henríquez, Facultad de Administración y Economía, Serie Investigación núm. 16, 1999, pág. 62-63).

⁶³ Existe desde el año 2002 un movimiento (www.chilealacarta.cl) que promueve la idea de convocar a una Asamblea Constituyente que redacte una nueva Constitución Política para Chile. Surgió en las aulas de la Universidad Alberto Hurtado y desde ahí se ha expandido a diversas Escuelas de Derecho y a la sociedad.

⁶⁴ Meller ha señalado: “En el siglo XIX el Estado fue responsable de la creación de la nación chilena. En el siglo XXI tendrá una función de envergadura similar: integrar a toda la población chilena a la modernidad. Esto implica darle contenido e implementar plenamente el principio de igualdad de oportunidades. [...] En síntesis, un Estado integrador debe tener como objetivo que todos los niños tengan oportunidades similares, independientemente de su status social. Esto requiere mayor similitud en las calidades de educación y salud públicas y privadas. Para este propósito debiera haber un mayor monto de recursos públicos destinados a la educación y salud públicas, lo que sería concordante con el mayor gasto público en educación y salud observado en países que poseen mayor ingreso per cápita [...] Además no es condición necesaria que sea el Estado quien asuma el papel principal en la producción de estos servicios; también pueden aplicar políticas e incentivos para que el sector privado complemente o ayude a implementar el principio básico de la igualdad de oportunidades. El objetivo de fondo no es que el Estado haga más cosas, sino que todo niño y joven se beneficien de una educación y salud de mejor calidad” (“El modelo económico y la cuestión social”, en *Persona y Sociedad*, volumen XV núm. 1 mayo de 2001, Universidad Alberto Hurtado, Ilades, págs. 45-64, pág. 63).

xia liberal y al Estado de Bienestar. Tal como se presenta en el artículo citado, la fórmula ya fue ensayada por la elite nacional en el período 1906-1925⁶⁵ y no ayudó a resolver el problema de la pobreza y la inequidad del modelo liberal.

El gran problema de esta fórmula de Estado integrador es que no cuestiona la legitimidad de la generación de lucro a propósito de la atención, y digo bien, atención, de necesidades básicas. No resulta posible conciliar la búsqueda del máximo de utilidad por parte del empresario⁶⁶ con la búsqueda del máximo de la satisfacción de la necesidad por el usuario. El primero tiene límites éticos y jurídicos. El máximo del usuario es enteramente legítimo pues es un derecho. Así por ejemplo la persona atendida por una Isapre tiene derecho a recuperar completamente su salud, si ello es posible médicamente, y no podría la institución limitar esta pretensión argumentando que le resulta demasiado oneroso soportar el costo de la recuperación. En la práctica las instituciones limitan gravemente el ejercicio del derecho en aras del lucro⁶⁷, poniendo una duración breve a los planes de salud y reservándose la facultad de modificarlos unilateralmente al término del período pactado. Hasta ahora el funcionamiento de todos los servicios públicos privatizados nos muestra que el gran perdedor en este conflicto es el usuario.

Mucho más relevante todavía para la crítica de la fórmula estatal propuesta por Meller es que no se hace cargo de que existe una categoría de derechos humanos, los sociales, económicos y culturales que constituyen límites objetivos a la destrucción del Estado de Bienestar. El principio de no regresividad en materia de derechos humanos conforma un marco de las políticas públicas en materia socioeconómica y cultural. Estas políticas no se agotan en la salud y la educación, como parece plantear la propuesta del Estado integrador, sino tienen un radio de acción mucho mayor. Comprenden el derecho a la alimentación; al trabajo y su protección; a la previsión social; a la vivienda; a un nivel de vida adecuado; a una justa remuneración; al descanso y a gozar del tiempo libre; a la protección de la familia, de la maternidad; de la infancia; a participar libremente en la vida cultural y a acceder a los beneficios de la cultura, etc. El problema por lo tanto no concierne a la clase popular sino a los chilenos en su conjunto en tanto que titulares de derechos sociales, económicos y culturales.

Se viene desarrollando una conciencia en la clase media en torno a que no resulta legítimo lucrar con los derechos básicos de las personas. Ello porque no hay relación alguna entre la evolución de sus ingresos y los costos que viene soportando para satisfacer sus necesidades. Cada día el Estado la hace responsable de más gastos y al mismo tiempo ese Estado facilita la acumulación de ganancias en manos de los que lucran a costa de la clase media.

⁶⁵ Véase para este tema mi trabajo *Historia del Derecho Chileno Contemporáneo, Tomo IV 1891-1925*, Universidad Central de Chile, 2003.

⁶⁶ Hay consenso unánime en los autores que la base del sistema liberal es el egoísmo y no el altruismo.

⁶⁷ El sistema de Isapres tuvo importantes utilidades en el año de 2003. Una de las causas de este incremento según el diario *El Mercurio* estuvo en que se controló el gasto. Dicho control implicó afectar no sólo las prestaciones a sus usuarios sino también los salarios de su fuerza de venta (el motor del sistema).

El cuestionamiento del Estado subsidiario, del negocio de la salud, de la educación, etc., constituye una crítica radical a la base socioeconómica del sistema y por ende al Derecho que lo ampara y promueve.