

PREMIO DE EXCELENCIA EN EL EJERCICIO DE LA ABOGACIA 2018

23 de noviembre de 2018

Estimados Colegas, Señoras y Señores:

Me refiero a ustedes en esta forma simple, lo que apunta a destacar lo que es común a la mayoría de los presentes: ser abogados.

Debo comenzar agradeciendo al Honorable Consejo del Colegio de Abogados de Valparaíso y, en especial, a su Presidente, por la estimable distinción con que ha tenido la generosidad de favorecerme, aunque la considero un error de hecho, concretamente *in personam*, pues seguramente existen otros más calificados para recibirla. Aún así, se me ha atribuido y quiero decir que es motivo de profunda emoción para quien habla, mis colegas de oficina y mi familia, particularmente mi cónyuge e hijo primogénito, ambos del mismo oficio, y mi hermana, todos presentes. Para mí es una distinción que siento tan honorífica como aquélla con que me favoreciera la Universidad de Valparaíso al atribuirme la calidad de Profesor Emérito de Derecho Civil y de Derecho Marítimo.

Debo agradecer a mi cónyuge y colega Gloria Weitz Bravo, sin cuya paciencia y consejo poco habría podido hacer.

Debo agradecer a mis padres, particularmente a mi padre, quien estoy seguro que si aún me acompañare estaría contento, pues siempre demostró una vocación hacia el Derecho, aunque las circunstancias de la vida le obligaron a trabajar desde muy joven sin poder estudiar lo que deseaba.

Debo agradecer a los establecimientos educacionales de los cuales tuve la suerte de formar parte: en mi educación primaria, el Colegio Saint Paul's, importante en mi Fe; el Liceo Eduardo de la Barra, una suerte de presagio de la Escuela de Derecho de la que luego sería alumno; y, finalmente, la Universidad de Chile, Sede Valparaíso, hoy Universidad de Valparaíso, donde recibí la docencia de destacados profesores que ya nos han dejado. Sin afán de preterir a ninguno, quisiera mencionar a don Sergio Fuenzalida Puelma, mi eximio Profesor de Derecho Civil; don Enrique Correa Labra, mi Profesor de Derecho Procesal, juez desde lo más profundo de su ser, llegando a ser Presidente de nuestra Excelentísima Corte Suprema de Justicia y quien, respecto del *habeas corpus*, nunca reconoció eficacia al artículo 24 transitorio de la Constitución Política de 1980; don Benjamín Melo Freeman, mi Profesor de Derecho Penal, otro juez dotado de un importante acervo de conocimientos que transmitía con gentileza; don Arturo Ewing Graham, mi Profesor de Derecho Comercial que incluía el Derecho Marítimo, dotado de un calor humano y rectitud reconocidos en todo el foro porteño; y así podría seguir.

El Sr. Presidente del Colegio fue acertado al decirme que estas palabras no debían ser excesivamente autoreferentes ni extensas, lo que he intentado cumplir dentro de

mis limitaciones y consciente de los errores y omisiones en que he incurrido, por lo que pido excusas.

Lo que quisiera hacer, aún a riesgo de caer en autoreferencia, es compartir algunos pensamientos a que me ha llevado un ejercicio “tridimensional”, cual es académico, abogado practicante y administrando justicia como juez subrogante, abogado integrante de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso y árbitro, especialmente en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

Si me permitieran colocar un título a lo que deseo expresar, diría “LA PALABRA”, “PALABRA” o “PALABRAS”. Con todo, primero compartamos algunas ideas respecto de nuestro oficio.

Desde luego tiene reconocimiento bíblico, si recordamos la PALABRA del Apóstol Juan cuando en su Primera Epístola Universal expresa: “*Si alguno comete pecado, abogado tenemos para con el Padre, a Jesucristo el Justo...*”.

Angel Ossorio y Gallardo en su famoso “*El Alma de la Toga*”, intentando responder “¿quién es abogado?”, manifiesta que “*abogado es, en conclusión, el que ejerce permanentemente (tampoco de modo esporádico) la abogacía...*”, lo que creo apunta a la esencia de nuestro oficio, que no es otro que el desempeño efectivo de la profesión, sin propósito de menospreciar los demás campos en que el abogado se desempeña, que son muchos.

Para nosotros, este oficio es algo que en cierta medida conforma nuestra manera de ser y de enfrentar los problemas, como asimismo al relacionarnos con los demás; ordena nuestra mente; nos obliga a argumentar; otro tanto a escuchar; y, en definitiva, a ser tolerantes, pero, en último término, a ejecutar aquello que postulamos, por cierto de buena fe, que si estamos equivocados nos exculpará, porque como dice el Profesor Jorge López Santa María en su obra “*Los Contratos*”, buena fe es rectitud, corrección, lealtad, designa una persuasión subjetiva interna (de carácter ético) de estar actuando o haber actuado correctamente, si la ponderamos en su matiz subjetivo, pues hay también otra buena fe, la objetiva, que entraña la comparación de nuestro actuar con lo que es esperable de nosotros en base al modelo del hombre razonable.

Si comenzamos con la función docente, diría que los alumnos, al menos los aplicados, esperan de su profesor entrega sin reservas, pero tampoco de manera que les atiborre; una entrega que exponga las diversas posiciones y, si tal es el caso, en que el profesor declare la suya, que ha de ser la misma que exteriorice, por ejemplo, en su ejercicio profesional y sin perjuicio de que pueda cambiar de idea, aunque dejando la constancia del caso; una entrega que jamás envuelva adoctrinamiento, en ningún sentido, particularmente político, sin perjuicio de que el profesor pueda evidenciar sus inclinaciones.

Si continuamos con el abogado en ejercicio libre, me atrevería a efectuar otra cita de Angel Ossorio y Gallardo, cuando refiriéndose en un sentido figurado a lo que es nuestra “arma” alude a la PALABRA, señalando que *“el VERBO es todo... Donde no llega la PALABRA brota la violencia. O los hombres nos entendemos mediante aquella privilegiada emanación de la Divinidad o caeremos en servidumbre de bruticie. ¿Qué podrá suplir a la PALABRA para narrar el caso controvertido? ¿Con qué elemento se expondrá el problema? ¿De qué instrumental se echará mano para disipar las nubes de la razón, para despertar la indignación ante el atropello, para mover la piedad y para excitar el interés?... Los hechos tienen, sí, más fuerza que las PALABRAS; pero sin las PALABRAS previas los hechos no se producirían. Abominen de la PALABRA los tiranos porque les condena, los malvados porque les descubre y los necios porque no la entienden. Pero nosotros, que buscamos la convicción con las armas del razonamiento, ¿cómo hemos de desconfiar de su eficacia?”* (los destacados son nuestros).

Por último, llegamos al desempeño en labores de orden jurisdiccional, en lo cual diré algunas PALABRAS recordando a mi Profesor de Derecho Procesal, cuando señalaba que *“las resoluciones judiciales deben bastarse a sí mismas; deben tratar de convencer, aunque en definitiva no lo hagan, y ojalá convenzan, aunque nos derroten”*. Por cierto, me estoy refiriendo a resoluciones en que a veces echamos de menos “más PALABRAS”, para sentirlas como un argumento cabal. Y si de la PALABRA hablamos, se me vienen a la cabeza los alegatos, ya sea ofreciéndolos o recibiendo. En esto, quisiera narrar una reciente experiencia en el Tribunal Constitucional: una excelente relación; al cabo de ella, la pregunta del Sr. Presidente a los abogados acaso tenían algo que consultar al relator; escuchar los alegatos; y, “después” de ellos, preguntas por parte de varios Señores Ministros. Por otra parte, los abogados a veces deseamos mayor oportunidad en las resoluciones judiciales, así como nosotros somos “esclavos de los plazos”, sean legales o judiciales, porque el derecho se extinguirá por su simple transcurso o nos acusarán rebeldía, según corresponda.

Si quisiéramos insistir en el poder de la PALABRA, bastaría recordar a tres personas del Siglo XX, al margen de que algunos hayan podido tener un inicio basado en la fuerza: son Mahatma Gandhi, Nelson Mandela y Martin Luther King. Por citar algo del segundo, en la obra de que es autor conjuntamente con Mandla Langa *“El Color de la Libertad. Los Años Presidenciales”*, se expresa que *“en todos los encuentros que Mandela mantuvo con representantes del gobierno su prioridad era buscar una solución a la tragedia sudafricana. Mandela confiaba en que el sentido común se impusiera antes de que fuese demasiado tarde”*. Es el poder de la PALABRA, pero, como nos dice Mario Vargas Llosa en su *“La Llamada de la Tribu”*, *“esa tolerancia que demostraba Smith (Adam Smith, probablemente el padre del liberalismo, que hoy el Profesor Agustín Squella Narducci denominaría “clásico”), para el adversario es quizás el más admirable de los rasgos de la doctrina liberal (que obviamente difiere de corrientes antagónicas): aceptar que ella podría estar en el*

error y el adversario tener razón...". Por otra parte, destaca que hacer "tabla rasa de las distintas capacidades individuales, imaginación, inventiva, concentración, diligencia, ambición, espíritu de trabajo, liderazgo..." "equivale a la desaparición del individuo..." "a su inmersión en la tribu". Con todo, también expresa: "Pero, de otro lado, no hay duda, en sociedades tan desiguales como las del tercer mundo los hijos de las familias más prósperas gozan de oportunidades infinitamente mayores que los de las familias pobres para tener éxito en la vida. Por eso la "igualdad de oportunidades" es un principio profundamente liberal..."

Si pensamos en Martín Lutero: *"Ese 31 de octubre de 1517, víspera del Día de Todos los Santos, en que el tímido monje clavó sus 95 tesis en la puerta de la iglesia del castillo de Wittenberg y dio inicio a una revolución religiosa..."*. Eso dice el texto de Lyndal Roper *"Martín Lutero. Renegado y Profeta"*.

La PALABRA debemos saber usarla, con fuerza pero con respeto para el magistrado, la contraparte y el cliente. Pensando ya en lo que habría que calificar simplemente como fuerza, pero que refleja el poder de la PALABRA, fue Winston Churchill el que como pocos supo hacer uso de ella para contribuir a la resistencia de un pueblo que podría resultar sojuzgado.

Nuestro propósito último debe ser la lucha por el Estado de Derecho con todo lo que él significa, particularmente que si sus soluciones no nos complacen, debemos luchar por su modificación conforme a los cauces del Derecho, pero siendo prudentes en su ejercicio, porque nuestra conducta, normalmente expresada a través de grupos o partidos políticos, puede terminar dañándolo. Permítaseme mencionar una reciente acusación constitucional contra tres Señores Ministros de nuestra Excelentísima Corte Suprema de Justicia, que el Honorable Consejo de nuestro Colegio no compartió, tal como no lo hizo el Consejo General de la Orden, y no lo hicimos nosotros.

Otra consideración general que quisiera enunciar es que a veces nos afanamos en resaltar las diferencias y no en buscar, aún con esfuerzo, las semejanzas. Bastaría pensar en el análisis de cualquiera institución jurídica en que incluso antes de desarrollarla, a veces se expresan tales diferencias luego de haber enunciado *a priori* un simple concepto. Las semejanzas nos unen y las diferencias nos separan y si nos referimos al conocimiento jurídico, en definitiva, es uno, en que todos sus contenidos, a lo menos si pensamos en la dogmática jurídica, tienen una íntima conexión. En este sentido, nunca me cansé de destacar a mis alumnos de Derecho Marítimo esa característica de la "integralidad", cual es que en él encontramos contenidos misceláneos provenientes de las más diversas ramas del derecho, si es que éstas existen, sin perjuicio de lo que es su contenido propio.

El Derecho también nos enseña a dosificar y, de alguna manera, compatibilizar el idealismo con el pragmatismo. Excúsenme que dé un ejemplo proveniente del Derecho Marítimo que puede ser burdo: salvar los bienes sin duda es deseable, pero

el Derecho es tan práctico como para prescribir que la remuneración que por ello se pueda obtener nunca excederá al valor del bien salvado; de lo contrario, “que se pierda”. Por cierto, no estoy hablando de la vida ni del medio ambiente.

Siempre pensando en el Derecho, existen múltiples instituciones y soluciones jurídicas que permiten al docente hacer ver a sus alumnos que el derecho positivo no es sólo un conjunto de frías normas, sino que muchas veces responden a un profundo contenido ético. Reconociendo que en alguna medida somos descuidados, en una relación contractual sinalagmática onerosa, el Derecho nos obliga a observar aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean “ordinariamente” en sus negocios “propios” y coloca como referente al “buen padre de familia”; no cualquier incumplimiento puede tornar ineficaz una relación contractual a través de la resolución ni es legitimante de una *exceptio non adimpleti contractus* (excepción de contrato no cumplido), porque ese incumplimiento ha de tener una mínima envergadura, no ser “nimio”; en la nulidad absoluta el Derecho nos dice que es “indigno” de hacer valer la correspondiente acción el que “sabía o debía saber” el vicio que invalidaba el acto; la metafórica “ley del contrato” no es más que el *pacta sunt servanda* (la palabra empeñada debe cumplirse), eje del Código Civil, como asimismo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; la contraparte se basa en la apariencia que demostramos y razonablemente espera que así actuaremos en el futuro, lo que no es otra cosa que el *venire contra factum proprium non valet*, la doctrina de los actos propios; la prescripción, limitándonos a la extintiva, es sin duda una fuente de estabilidad jurídica, pero el Derecho no violenta nuestra consciencia, puesto que las obligaciones civiles extinguidas por la prescripción subsisten como naturales, en términos que si cumplimos probablemente porque en realidad nos sentimos deudores, no podremos luego “virar” y pretender que hemos pagado lo no debido haciendo valer una *actio in rem verso*; etc.

Por cierto, el derecho positivo ha de revisarse con oportunidad, porque si el legislador no cumple su cometido, existe el riesgo de que el juez termine convirtiéndose en legislador, que es una crítica que hemos escuchado en los últimos tiempos y días. Obras tan importantes como “*Interpretación y Juez*” del Profesor Fernando Fueyo Laneri e “*Interpretación Jurídica*” del Profesor Carlos Ducci Claro, precisamente consignan los deberes del legislador frente a la posterior interpretación por parte del juez. Otra obra denominada “*Jurisprudencia Dinámica. La Desvalorización Monetaria y Otros Problemas en el Derecho*”, del Profesor de Derecho Internacional Privado Bernardo Gesche Müller, expresa que entre los supuestos de una jurisprudencia dinámica “*corresponde al legislador dictar las fórmulas jurídicas que expresen la voluntad de progreso social de la nación*”, agregando que “*la flexibilidad de la norma jurídica no es siempre la solución válida para todos los problemas de técnica legislativa. En efecto, resulta evidente que la flexibilidad excesiva de la norma conduce a la imprecisión del contenido de la conducta que ella prescribe y que, además, puede conducir al arbitrio administrativo y judicial*”.

Afortunadamente parecen soplar aires de renovación legislativa, entre otras materias, nada menos que en lo que al procedimiento civil y el derecho penal concierne. Hay otras, a lo mejor no tan acuciantes, en que el legislador parece estar en deuda. Baste mencionar la cuestión relativa al régimen económico del matrimonio, en que subsiste como normal o legal una confusa sociedad conyugal, con un marido que el Profesor René Moreno Monroy, quien nos dejara recientemente, calificó como un “reyezuelo destronado”, al tiempo que se declara que la mujer casada en tal régimen es plenamente capaz, lo que simplemente “no es verdad”, para lo cual basta mencionar la administración de su haber propio por parte del marido. Mi Profesor de Derecho Civil dijo que el legislador demostraba “hipocresía” en el artículo 122 inciso primero del Código Civil, según su modificación por la Ley 10.271, de 1952, cuando declaraba que la nulidad del matrimonio por incompetencia del funcionario no afectaba la entonces existente legitimidad de los hijos, en vez de derechamente reconocer el divorcio vincular, como finalmente ocurrió en Chile, sin perjuicio de haberse puesto término a la discriminación entre los hijos. Por su parte, la Ley 18.802, de 1989, que declaró la plena capacidad de la mujer casada en régimen de sociedad conyugal, merece el mismo calificativo. Y si pensamos en el Derecho Marítimo, hemos destacado permanentemente la necesidad de revisar el no ya tan “nuevo” Libro III del Código de Comercio de 1988, que fundamentalmente lo contiene, y la nueva Ley de Navegación, que le precedió en 10 años.

Si hablamos de una jurisprudencia “dinámica”, también recordemos las denominadas “constante” y “vacilante”. La primera es la deseable, para lo cual bastaría evocar la certeza jurídica, que la da no sólo la ley, sino las decisiones judiciales no obstante que en nuestro sistema no son vinculantes para casos futuros, sin perjuicio de lo que representa en materia laboral el recurso de unificación de jurisprudencia y, en la casación de fondo civil, la posibilidad de solicitar que el recurso sea conocido y resuelto por el pleno del tribunal, si la Corte Suprema ha sostenido distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del recurso. Asimismo, en el recurso de nulidad penal debemos considerar el artículo 383 del Código Procesal Penal, en cuyo detalle no es del caso entrar. Pero ello no significa que el juez no ha de interpretar la ley buscando la voluntad de ésta, no la del legislador, cual postuló la Escuela de la Exégesis, siendo exponentes de la misma Savigny y Demolombe cuando expresaron que la interpretación es “*la reconstrucción del pensamiento contenido en la ley*”. Tal postura fue hace mucho abandonada, pues lo que el intérprete debe buscar es la voluntad de la ley al momento de ser aplicada, dado que encontrar la voluntad del legislador en un cuerpo colegiado como el Parlamento es probablemente imposible. Como dice el Profesor Carlos Ducci Claro en su citada obra, “*la voluntad del legislador es un mito*”, agregando que si el intérprete ha de encontrar tal voluntad, “*sería un arqueólogo, no un jurista*”.

Para concluir, deleitémonos con algunas palabras y frases de nuestro venerable Código Civil, al margen de la vigencia que puedan tener: “*Vida licenciosa, pasión*

inmoderada al juego, embriaguez habitual, de la persona con quien el menor desea casarse”, como lo señala a propósito del disenso para el matrimonio; “de la época de nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente: Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos que 180 días cabales, y no más que 300, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principie el día del nacimiento”, habiendo un profesor (entiendo fue Victorio Pescio en un examen) interrogado a un alumno por qué el plazo se computaba de tal manera. El “ilustrado” alumno, desconocedor del artículo 48 del Código Civil (que consagra la computación civil – no natural – de los plazos de días, meses y años), algo sonrojado, contestó: “Señor, porque esas cosas ocurren a esa hora del día”; “las palomas que abandonan un palomar y se fijan en otro, se entenderán ocupadas legítimamente por el dueño del segundo, siempre que éste no se haya valido de alguna industria para atraerlas y aquerenciarlas”; y para los que pretendan aprovecharse de las circunstancias, “la omisión de actos de mera facultad, y la mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen, no confieren posesión, ni dan fundamento a prescripción alguna”.

Como la picardía también suele formar parte de la naturaleza humana, quiero citar lo que en mi Escuela se conoce como cierto Código (no me pregunten quién es el autor) que, entre estas palabras de doble sentido, menciona la tradición de las cosas corporales muebles conocida en el derecho romano como la *traditio longa manu*, expresando el Código Civil “*mostrándosela*”; y, para concluir, en ese contrato real que puede ser algo utópico cual es el comodato, aquel precepto que dispone: “*si la cosa ha sido prestada a muchos, todos son solidariamente responsables*”.

Ahora sí, concluyamos celebrando la felicidad, no el orgullo porque es pecado, de haber tenido la fortuna de acceder a este noble oficio de abogado evocando, por más manido que resulte, el número 8 de los mandamientos del Decálogo de Couture: “*TEN FE EN EL DERECHO, COMO EL MEJOR INSTRUMENTO PARA LA CONVIVENCIA HUMANA; EN LA JUSTICIA, COMO DESTINO NORMAL DEL DERECHO; EN LA PAZ, COMO SUSTITUTO BONDADOSO DE LA JUSTICIA; Y SOBRE TODO, TEN FE EN LA LIBERTAD, SIN LA CUAL NO HAY DERECHO, NI JUSTICIA NI PAZ*” (los destacados son nuestros).

HE DICHO.

Leslie Tomasello Hart