

EL JUEZ Y LA INTERPRETACION Y DESARROLLO DE LAS CLAUSULAS GENERALES

RICARDO FERRADA VALENZUELA
Universidades de Chile, Santo Tomás y la República

I. INTRODUCCION

Al analizar la función jurisdiccional, la doctrina, a partir de la codificación, se ha movido entre dos polos: la escuela tradicional exegética que reduce al juez a un mero aplicador de la ley y el movimiento del derecho libre que, por el contrario, le otorga una amplia facultad creadora.

La concepción tradicional, fundada en el dogma de la supremacía de la ley y la teoría de la separación de los Poderes del Estado, determina que al Legislativo le corresponde elaborar y dictar leyes y al Judicial aplicar las mismas.

La ley como la expresión de la soberanía popular es capaz de contener y asumir con visión de futuro todas las soluciones justas para todos los conflictos que pudieren suscitarse. La ley, en esta concepción, era obra de la razón caracterizada por ser omnipotente, plena, coherente y hermética, sin vacíos.

Montesquieu en su obra "El espíritu de las Leyes" señaló: "En el gobierno republicano, es propio de la naturaleza de la constitución que los jueces se ajusten a la letra de ley. Ninguna ley puede interpretarse contra un ciudadano cuando se trata de su hacienda, de su honor o de su vida"¹. Más adelante, agrega: "los jueces de la Nación no son, según sabemos, sino la boca por donde habla la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor"².

Nada que vaya más allá de la ley es permitido al juez.

En el otro extremo, el movimiento del derecho libre, pretende reivindicar para el juez una función creadora del Derecho. Frente a cada caso concreto, señala Kantowicz juegan muchos principios contrarios y el juez decide cuál va a aplicar por medio de un acto de voluntad, decidiendo con absoluta libertad.

A partir de la segunda mitad del siglo XIX se generan otras corrientes doctrinarias, que superan los planteamientos de la escuela de la exégesis, como la jurisprudencia teológica, jurisprudencia de intereses, escuela de la libre investigación científica, determinando que la función judicial es a la vez aplicadora y creadora del derecho.

¹ MONTESQUIEU, "El espíritu de las Leyes", Madrid 1806, pág. 227.

² MONTESQUIEU, ob. cit., pág. 237.

En este siglo juristas como Gustav Boehmer, Karl Engisch, Karl Larenz, Joseph Esser, Luis Recasens Siches, entre otros, han desarrollado el tema y junto a la jurisprudencia francesa y alemana, principalmente, se ubican en una posición renovada y dinámica de la función judicial. La teoría moderna acepta que la función judicial no es la mera exégesis de los textos, reconociendo su capacidad creadora y que, en la práctica, ha introducido siempre nuevas normas en el sistema jurídico.

Hacemos esta introducción para, a partir del recuerdo de la conservadora y rígida escuela tradicional, reflexionemos sobre la función Judicial en Chile, a las puertas del siglo XXI y de qué manera hemos recogido las experiencias de la jurisprudencia europea.

La función jurisdiccional es hermenéutica y el juez como creador de derecho debe interpretar normas generales y abstractas aplicadas al caso concreto. El legislador debe considerar, hipotéticamente, las situaciones de hecho y realizar una valoración de carácter general. El juez, en cambio, considera el caso concreto emitiendo, en su sentencia, un juicio de valor diferente enmarcado en las normas generales.

A nuestro juicio, al realizar esta función, el juez debe sentirse con la libertad para desarrollar las llamadas "cláusulas generales" y es posible, en un sistema legislado como el nuestro, una jurisprudencia según principios.

II. EL DERECHO Y EL CAMBIO SOCIAL

Nos aproximamos al segundo milenio y la civilización avanza día a día. El progreso científico y tecnológico es tan vertiginoso que es imposible exigir al legislador que se adecue con la misma velocidad, menos que se adelante al cambio.

La realidad social exige una respuesta más rápida del Derecho frente al cambio, pero el legislador responde que las leyes deben ser discutidas, estudiadas, debate en el cual se incorpora el tema valórico, en cuanto a qué principios morales deben responder los legisladores con motivo de proyectos de ley referidos al aborto, derecho a la intimidad, fecundación artificial, trasplante de órganos, manipulación genética, protección de recursos naturales, filiación, etc..

Además, presenciamos toda una revolución en el campo de la bio-genética, de las comunicaciones y la informática, y una globalización en la economía y en diferentes áreas de la actividad humana, que acerca a los países y elimina fronteras.

En el Derecho Privado hay que dar respuesta a los problemas o inquietudes que provoca el avance científico y a las nuevas relaciones económicas y sociales, especialmente en las diferentes y variadas formas de contratación, en la protección y ejercicio de los derechos que se crean, en medio ambiente, propiedad intelectual y, en especial, sobre el principio de existencia de la persona humana y su protección.

El Derecho debe adecuarse a las nuevas condiciones que genera este avance, para evitar que los hombres pierdan la confianza en el sistema jurídico. Le corresponde así una tarea fundamental para garantizar el progreso, con respeto a los derechos del hombre y una convivencia armónica y pacífica. Luis Recasens Siches expresa: "El Derecho es un instrumento para la vida social en vista a realizar fines humanos dentro de las rutas variantes y cambiantes de la historia."³

³ RECASSENS SICHES, LUIS. "Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho", F.C.E. México 1976, pág. 84.

Como el legislador no es capaz de actuar con la misma velocidad del cambio, y que no es prudente creer que él todo lo soluciona, para transformarlo, nuevamente, en un omnipotente, estimamos que son los jueces quienes deben asumir la responsabilidad de adecuar el Derecho al cambio, asumiendo un papel creador en un marco de normas generales y flexibles, construyendo, caso a caso, las respuestas a los conflictos del tráfico jurídico.

En países europeos, los jueces han asumido esta obra con responsabilidad y a través de sus fallos han logrado adecuar el Derecho a las nuevas realidades sociales y tecnológicas, recurriendo a los principios del Derecho y al desarrollo judicial de las cláusulas generales. Ni el legislador ni la ley han perdido la importancia que el ordenamiento jurídico les otorga. En otros países, como el nuestro, los tribunales no han asumido esta tarea en plenitud, y han actuado con poca decisión, bajo la excusa que es papel del legislador adecuar el Derecho a los requerimientos de la sociedad actual.

III. LOS PRINCIPIOS EN LA FUNCION JUDICIAL

No obstante que, en los países de la tradición civilista, la ley es la fuente más importante del Derecho y al juez le corresponde interpretarla se sostiene, que lo que decide su aplicación son los principios cuya existencia es anterior y de mayor alcance que los textos, sólo "el fanático del texto oculta tal estado de cosas con su intento de encontrar también los principios en el texto, sin mirar más allá de las cuatro esquinas del Código"⁴.

Los jueces deben identificar los principios que informan el ordenamiento para que constituyan el punto de partida de su razonamiento. Estos principios hay que descubrirlos y darles su fuerza vinculante fundada en la existencia de normas apropiadas en la ley o en la casuística de una jurisprudencia constante.

Los principios jurídicos permiten a los jueces interpretar considerando las consecuencias del cambio, y encontrar la regla que debe ser aplicada. Y esta no es una disposición independiente del sistema jurídico, porque su contenido normativo viene fijado por los principios del ordenamiento y de la jurisprudencia.

Los principios, al ser recogidos por la jurisprudencia, adquieren, en la sentencia, concretización positiva. Son descubiertos, valorados y reconocidos por un acto intencional, creador del derecho y de formulación judicial, correspondiente con la realidad social.

Posteriormente, si después dicho principio recibe el reconocimiento general de la doctrina y de la propia jurisprudencia, como integrante del orden jurídico vigente, mediante su aplicación posterior reiterada, se estructura el sistema y se elabora una doctrina con una base sólida. El principio jurídico adquiere así el carácter de precepto jurídico de naturaleza normativa. Para George Ripert, "el principio es regla, pues constituye una directiva de conducta".⁵

Ahora bien, aceptar que los jueces pueden recurrir a principios para elaborar la regla, no significa que sus decisiones sean un acto aislado fuera del sistema jurídico.

⁴ ESSER, Joseph, "Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado", Bosch 1961, pág. 252.

⁵ Citado por Fueyo, Fernando, "Instituciones de Derecho Civil Moderno", Editorial Jurídica de Chile 1990, pág. 158.

pues por un claro imperativo de justicia ellos están obligados a resolver en forma semejante casos semejantes, utilizando, precisamente, los principios, que son los que permiten que los elementos del Derecho se integren en un sistema coherente. Así, las reglas creadas por los jueces, fundadas en principios, pertenecen y permanecen dentro del sistema.

En los países de tradición civilista, los tribunales descubrirán los principios de las fuentes formales, primordialmente de la legislación, porque en ningún caso es contradictorio ni ajeno a sus estructuras jurídicas que los jueces tengan facultad para fallar recurriendo a principios.

Por ejemplo, el artículo 24 de nuestro Código Civil habla del "espíritu general de la legislación" y el Código Civil español, en el artículo 1.1 establece que los principios generales del derecho son fuente del ordenamiento jurídico español y el 4.1 señala que se aplicarán en defecto de ley o costumbre "sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico".

La aplicación de principios generales por vía de la acción jurisprudencial, ha permitido desarrollar verdaderas instituciones jurídicas con o sin reconocimiento legal posterior. En la República Federal Alemana, las teorías referentes a "abuso del Derecho", "inimputabilidad", "enriquecimiento sin causa", "desaparición de la base del negocio", "responsabilidad precontractual", se han formado en la doctrina y en la jurisprudencia a partir de la aplicación de principios. En Francia, cuna de la escuela de la exégesis, la jurisprudencia desarrolló un papel creador importante que influyó para que la legislación evolucionara siguiendo sus sentencias.

En tópicos como seguros de vida, indemnización por término de contrato de trabajo, accidentes del trabajo, inembargabilidad de salarios, la jurisprudencia francesa supo recibir las nuevas circunstancias sociales, creando nuevas instituciones jurídicas. Asimismo, la jurisprudencia francesa se aparta de la concepción abstracta de la causa, acepta el "enriquecimiento sin causa" a fines del siglo pasado, desarrolla la teoría del "abuso del derecho" a propósito de la "culpa" y la teoría de la imprevisión en el Derecho Administrativo.

Para destacar la importancia de los principios una sentencia del Tribunal Federal alemán en uno de sus considerandos señalaba que "lo decisivo no es lo que el legislador quería en la época en que dictó la disposición, sino más bien lo que puede sacarse de la ley a la luz de las concepciones generales del Derecho"⁶.

El jurista Karl Larenz expresa que el juez se siente vinculado a la "idea de Derecho" y actúa "de conformidad con la conciencia jurídica general y con los principios reconocidos -legales o supraleales- del orden jurídico total"⁷.

Recurriendo a los principios, los jueces armonizan el Derecho Positivo con las exigencias sociales y derrumban la barrera del formalismo legal, cuando una interpretación literal proporciona soluciones contrarias a la equidad.

Más que una interpretación y aplicación de textos legales, los jueces deben tender a una comprensión del fenómeno jurídico expresada en la sentencia. No se trata de relevarlos de su deber obediencia a la ley, sino de apoyarlos en la elección del método adecuado para su función, capaz de reflexionar y dar una respuesta a los desafíos del Derecho, entre los cuales encontramos la búsqueda de los principios jurídicos, la definición de las instituciones que lo conforman y su relación con el cambio y evolución social.

⁶ Citado por Esser, Joseph, ob. cit. pág. 231.

⁷ LARENZ, Karl "Metodología de la Ciencia del Derecho", Barcelona 1966, pág. 291.

Si los tribunales son capaces de entender y comprender esta situación significa que lo serán, también, para concretar en sus fallos "el enlace entre la vida y el Derecho" y en casos similares, la regla podrá dar origen a un precedente, que podría ser cambiado si se presentan nuevos hechos que, fundadamente, obliguen al cambio, dinamizando al Derecho y sirviendo al progreso de la humanidad.

IV. DESARROLLO DE LAS CLAUSULAS GENERALES

El legislador utiliza expresiones de carácter general o consagra, normativamente, principios jurídicos generalmente aceptados.

Las disposiciones que contemplan expresiones como "buena fe", "buenas costumbres", "usos del tráfico", "enriquecimiento injusto", "orden público", "naturaleza de los contratos", "causa lícita", "objeto lícito", "buen padre de familia", "equidad" "Y" principios generales del derecho" llamadas "cláusulas generales", revisten gran importancia por su naturaleza y por las facultades que tienen los jueces para su interpretación y desarrollo.

Son normas legales que, en su esencia, confieren al juez un verdadero control moral, especialmente en los contratos, limitando la autonomía de la voluntad.

En efecto, las cláusulas generales tienen relevancia en los actos y contratos regidos por el derecho privado, cuyo principio fundante es el de la "autonomía de la voluntad" según el cual los particulares están facultados para crear derechos y contraer obligaciones, sin más limitaciones que las que fije el legislador, para la protección del orden público y las buenas costumbres.

Estas cláusulas permiten a los particulares celebrar una serie de actos imprescindibles en el negocio jurídico actual, sin tener certeza de su sentido legal, pero con la convicción de sus propias ideas jurídicas, de la conciencia jurídica general y de las consideraciones que tuvieron presentes al momento de contratar.

Al estar concebidas como meros enunciados cuyos alcances no fueron claramente definidos por el legislador, autorizan a los jueces a dictar fallos fundados en sus concepciones valorativas, en las de la sociedad y en criterios generales del tráfico jurídico. Existiendo "una cláusula general", la responsabilidad de dar forma a la regla recae sobre la jurisprudencia"⁸.

Puede señalarse que en la República Federal Alemana los tribunales aplicaron estas expresiones generales, aun más allá de la intención que tuvo el legislador al momento que las contempló, y a partir de ellas elaboran principios de aplicación general para todo un orden jurídico.

Los jueces le dieron contenido a las cláusulas generales, corrigiendo, en el caso concreto, las injusticias que suelen y pueden generarse, con o sin intención de las partes, en la aplicación estricta de las leyes y en especial de "la ley del contrato", atenuando la rigidez del principio de la "intangibilidad de los contratos".

El principio de la "buena fe" es un ejemplo para demostrar la aplicación de estas cláusulas, ya que es de carácter general y universal, porque es utilizado para enjuiciar todas las relaciones jurídicas y los deberes creados en ellas, y tiene presencia y reconocimiento positivo en todos los sistemas jurídicos.

El legislador, al incorporar el principio de la buena fe, como una de las cláusulas generales a que hemos hecho referencia, abre la puerta al juez para que, recurriendo

⁸ ESSER, Joseph, ob. cit., pág. 344.

a ella pueda efectuar el desarrollo judicial de nuevas instituciones jurídicas sin salirse del marco legal.

Este principio es una norma de conducta de aplicación general y no debe limitarse sólo al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de las obligaciones emanadas de un contrato.

Como dice Fueyo, "se dirige decididamente hacia la conducta del hombre, para controlarla, regularla, morigerarla, valorarla y restringirla según los casos"⁹.

Este principio fue básico para el desarrollo de las teorías y doctrinas señaladas anteriormente, a las que habría que agregar las referidas a la causa ilícita, fraude a la ley y la contradicción con los actos propios, es decir, ir contra sus propios actos, defraudando las expectativas de la otra parte.

Para la jurisprudencia alemana, el principio de la buena fe "representa un principio supremo del derecho de las relaciones obligatorias, de forma que todas las demás normas han de medirse por él y en cuanto se le opongan han de ser en principio pospuestas"¹⁰.

En consecuencia, existe una relación directa y vinculante, en la función judicial, entre los principios jurídicos y el desarrollo de las cláusulas generales.

Siguiendo el pensamiento de Esser, podemos señalar que lo anterior es posible porque a partir del problema, se obliga a buscar una solución casuística que esté acorde con la conciencia jurídica general y la naturaleza de las cosas, entendida como la forma real en que se desenvuelven los negocios privados. La ley formal es insuficiente para encontrar una solución, lo que determina que los tribunales deben desarrollar un principio a partir de casos particulares. Una vez encontrado, los jueces lo relacionan con aquellas disposiciones del derecho positivo en las cuales también esté presente el principio, fallando entonces "a base de la ley".

No tiene solidez buscar artificios legales para seguir apegados a la teoría clásica de la plenitud de la ley, máxime si ésta contiene cláusulas generales que es necesario desarrollar, y una casuística sin orden ni método sólo genera una apariencia de apego a la ley. Más importante es desarrollar abiertamente los principios del orden jurídico y las cláusulas generales. El ejemplo de la utilización del principio de la buena fe por la doctrina y jurisprudencia alemanas nos muestra el camino a seguir.

No obstante, aun en la doctrina y en la Judicatura se rechaza recurrir a los principios y desarrollar las cláusulas generales. Algunos se mantienen apegados a la teoría clásica a fin de garantizar la certeza y seguridad jurídicas, reconociendo al legislador una autoridad absoluta y a la ley, el instrumento eficaz para la estabilidad del Derecho y de la sociedad, por sus características de generalidad y permanencia.

Sin embargo, quienes temen a la arbitrariedad judicial, olvidan que los actos y relaciones humanas tienen un sentido, existiendo valoraciones y convicciones sociales anteriores y previas a las normas positivas, y éstas, al ser creadas deben recogerlas porque fijan el contenido del Derecho.

La arbitrariedad judicial es casi imposible, porque al igual que el legislador los jueces operan con valoraciones generales, convicciones sociales, las ideas de derecho y de justicia, la naturaleza de las cosas, los principios generales, como la buena fe y otros que han permitido el desarrollo judicial del Derecho. Los críticos olvidan la presencia de elementos propios de las sociedades modernas y de la estructura del Derecho, que constituyen eficaces controles de la función judicial que impiden deci-

⁹ FUEYO, Fernando, ob. cit., pág. 158.

¹⁰ LARENZ, Karl, "Derecho de Obligaciones" Madrid 1958, pág. 80.

siones arbitrarias. En efecto, la acción de los medios de comunicación, que gozan de una amplia libertad, y el control que ejercen otros sectores sociales, como los sindicatos, las asociaciones empresariales, profesionales, organismos vecinales y otros, la opinión analítica de las Universidades, asociaciones científicas, la presencia e intervención de organismos internacionales, son, en el plano externo a la judicatura, vallas eficaces para impedir y denunciar la arbitrariedad judicial.

Desconocen, además, la importancia de la estructura interna del Poder Judicial, ya que toda sentencia está sujeta a revisión, mediante la interposición de los recursos que la misma ley contempla. En consecuencia, el juez superior puede y debe invalidar, enmendar o rectificar toda sentencia arbitraria.

Especial importancia, en el control interno, tienen los fallos de la Corte Suprema, porque tiene la facultad de unificar la jurisprudencia.

La debilidad del formalismo radica en su falta de capacidad para entender que las cláusulas generales no son sino manifestaciones positivas de principios jurídicos, ideas jurídicas que deben ser desarrolladas por los tribunales, y que el derecho es esencialmente mutable, ya que los hechos sobre los cuales elabora sus hipótesis son variables, por lo que debe adecuarse a través de la función jurisdiccional de los jueces.

El formalismo no permite al juez impartir, efectivamente, justicia, lo considera un instrumento, un servidor del Derecho positivo, como dice Radbruch "más como un esclavo de la seguridad jurídica que como un servidor de la justicia"¹¹.

V. LA JURISPRUDENCIA CHILENA Y EL DESARROLLO DE LAS CLAUSULAS GENERALES

Nuestro sistema jurídico está muy influenciado por las tendencias formalistas, por el apego escrito al tenor de la ley, que afecta no sólo a los jueces sino también a los abogados, a la doctrina y a la formación de los estudiantes de Derecho.

Esta, se explica por los principios de la codificación y del racionalismo que fueron recogidos por don Andrés Bello en nuestro Código Civil. Una simple lectura de los primeros 24 artículos lo confirma.

El insigne jurista creía en la fuerza de la ley y temía de los jueces. En el espíritu del Código no está abierta la posibilidad de que el juez cree derecho o falle según principios. En 1836, escribía en el artículo sobre la "Observancia de la Ley", publicado en "El Araucano" lo siguiente: "Es todavía, si cabe, mucho más fuerte la sujeción a las leyes en los encargados de administrar justicia. Los individuos en quienes está depositada esta gran confianza de los pueblos, no pueden en su desempeño separarse de la ley, y por muy poderosas que sean las razones privadas que les asisten para apartarse de su tenor o declinar un tanto de él, todas deben callar...

Puede muchas veces parecer al juez una ley injusta, puede creerla temeraria, puede encontrar su opinión apoyada en doctrinas que le parezcan respetables, y puede ser que no se equivoque en su concepto, pero, con todo, ni puede obrar contra esa ley, ni puede desentenderse de ella, porque, si en los jueces hubiera tal facultad, no ya por las leyes se reglarían las decisiones, sino por las particulares opiniones de los magistrados"¹².

¹¹ RADBRUCH, Gustav, "Introducción a la Filosofía del Derecho, México 1965, pág. 123.

¹² BELLO, Andrés, "Obras Completas", volumen IX, Chile 1885, pág. 97.

A mi juicio, nuestra doctrina y jurisprudencia, no obstante algunos avances, siguen aún el pensamiento del codificador y en una interpretación exegética de la ley. No han seguido el ejemplo de la doctrina y jurisprudencia europeas, somos reacios a abrir los mismos caminos.

En materia contractual, la base argumental para cerrar el paso a estas ideas, radica en el tenor del artículo 1545 del Código Civil, que consagra, en forma rígida, el principio de la autonomía de la voluntad imponiendo la "ley del contrato" por lo que, cualquier hecho imprevisible, abusivo, contrario a la moral, las buenas costumbres o a la buena fe, es muy difícil que pueda afectar la intangibilidad de los contratos, no obstante lo dispuesto en el artículo 1546, que establece que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y que obligan a lo que en ello se expresa, y a las cosas que emanan de la Naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.

Igual actitud se mantiene a propósito de la moralidad de la causa y del objeto de los actos jurídicos y del concepto de orden público.

Existen fallos de nuestros tribunales que se pronuncian sobre dichas cláusulas, principalmente referidas a la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones, pero son escasos e insuficientes como para desarrollar judicialmente un principio generalmente aceptado en el Derecho chileno, que constituya una regla obligatoria.

Los avances científicos y tecnológicos, la integración económica, el fin de los ideologismos políticos, la evolución en cuanto a disminuir el papel del Estado frente a los particulares, entre otros hechos, han cambiado al mundo y debemos enfrentar el próximo siglo con mucha audacia y el Derecho no puede ser ajeno al cambio.

Nuestro Código Civil se dictó en una época totalmente diversa, su autor no pudo prever el avance en los métodos de fertilización que hacen ineficaz, en algunos casos, la aplicación literal de los artículos 74 y 77, sobre la existencia legal y la protección de los derechos civiles del que está por nacer, que parten del supuesto de la fecundación y gestación de la criatura "dentro del vientre materno".

Nuestro Parlamento discute hoy un proyecto sobre fertilización asistida, pero debemos preguntar: ¿podrá la ley superar el avance acelerado en genética?, ¿cómo resolvería un juez, hoy, si se presentara para su decisión una demanda respecto a los supuestos derechos hereditarios de un embrión humano congelado?

En materia de actos jurídicos y contratos, las disposiciones del Código de Comercio sobre la formación del consentimiento están superadas por el fax, el correo electrónico y la red internet; los contratos innominados y las nuevas formas de contratación han sobrepasado a los Códigos, a la doctrina tradicional y a la jurisprudencia de nuestros tribunales.

Para resolver todas estas situaciones se busca al legislador y este es el punto que debe preocuparnos. Reconocemos la jerarquía e importancia de la ley, pero la lentitud en su formación la limita para asumir el cambio y no es suficiente para resolver los problemas de las sociedades modernas, además que no todo el derecho vigente está contenido en ella. Corresponde a la jurisprudencia de los tribunales la función de adecuar, complementar y perfeccionar la obra legislativa, apelando a los principios y valoraciones generales del Derecho, encontrando la regla que de una u otra manera está presente y reconocida en el orden jurídico, sentando precedentes en virtud de una casuística constante. Los principios adquieren, a través del precedente, el carácter de una fuente normativa importante para la evolución del Derecho.

Podemos afirmar que, en el Derecho chileno, la jurisprudencia de los tribunales al recurrir a los principios y valoraciones generales del Derecho, para un desarrollo

de las cláusulas generales y adecuación de las normas, será capaz de superar el formalismo riguroso, para resolver los casos concretos según las exigencias del tráfico jurídico y una comprensión de los problemas que plantea el cambio progresivo frente al próximo milenio.

La modificación del Código Orgánico de Tribunales del año 1995, que estableció salas especializadas en nuestra Corte Suprema, y le confirmó facultad a las partes de un recurso de casación en el fondo, para solicitar que sea conocido y resuelto por el pleno, fundada en que nuestro máximo tribunal "en fallos diversos ha sostenido distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del recurso", vale decir, para sentar jurisprudencia, será letra muerta si no hay un cambio de actitud generalizado de nuestra cultura legal, sobre la función jurisdiccional.

La falta de audacia para superar, en nuestro sistema jurídico, la tendencia formalista en el derecho privado, no es imputable sólo a los tribunales sino, principalmente, a los abogados, quienes se abstienen de asumir la responsabilidad que les cabe en el desarrollo judicial del Derecho, porque no alegan ni sostienen con valentía y convicción las nuevas teorías ante nuestros Tribunales Ordinarios. En algunos casos, lo hacen ante jueces árbitros arbitradores, porque éstos tienen más libertad para fallar; por ello, algunos de nuestros más destacados árbitros han acogido demandas fundadas, por ejemplo, en la teoría de la imprevisión.

En esta materia, debemos recordar que hace más de 50 años que se discute sobre dicha teoría, sin modificar el Código Civil ni permitir que los jueces la desarrollen, prefiriendo el camino de las leyes excepcionales. En el Derecho italiano el nuevo Código Civil, recogiendo la experiencia de la doctrina y de la jurisprudencia sobre el Código de 1865, que nada establecía acogió la teoría de la imprevisión bajo la excesiva onerosidad sobreviniente como causa para alegar la resolución de los contratos bilaterales o la reducción o modificación de las prestaciones en los unilaterales.

Sin embargo, estimamos que lo hecho no es suficiente, existen fundamentos sólidos para alegar el desarrollo de principios jurídicos y de las cláusulas generales ante los Tribunales Ordinarios y colaborar para que estos las acepten y elaboren las reglas que el sistema jurídico reclama, estableciendo una verdadera jurisprudencia.

Finalmente, debemos expresar que a las Facultades de Derecho de las Universidades chilenas les corresponde la tarea de la formación de un jurista capaz de asumir este desafío, al ejercer como abogado o como juez, y a la doctrina la misión de estudiar y analizar con visión crítica y de futuro la función judicial. Tenemos la obligación de creer en nuestros jueces y apoyarlos, son los únicos capaces y facultados para hacer justicia.