

INAPLICABILIDAD Y COHERENCIA: CONTRA LA IDEOLOGIA DEL LEGALISMO

*Fernando Atria Lemaitre**

Licenciado en Derecho
Universidad de Chile

RESUMEN

El pensamiento de derecha se caracteriza por la idea de que la finalidad de la política, el Estado y la acción colectiva es solamente proteger a los individuos de los ataques de otros individuos; no es la política, ni el Estado, ni la acción colectiva lo que crea espacios de libertad e igualdad. Que la política, el Estado y la acción colectiva son, o por lo menos pueden y deben llegar a ser, espacio, agente e instrumento de libertad e igualdad es lo que, en diversas maneras y formulaciones, ha caracterizado siempre (algunas veces, es cierto, con más acierto que otras) al pensamiento de izquierda. El legalismo es, por eso, una ideología de derecha en el sentido más profundo.

El recurso de inaplicabilidad en Chile está, y ha estado por algún tiempo, en entredicho. Cada vez hay menos autores dispuestos a salir en su defensa. El recientemente publicitado primer *Informe* de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado propone introducirle modificaciones sustanciales, sin que haya habido mayor oposición. La Comisión escuchó opiniones de connotados especialistas nacionales, en el sentido de que el recurso de inaplicabilidad “no responde a ningún parámetro jurídico válido al llevar en su esencia la desigualdad ante la ley”¹, ya que, en efecto, él permite que

para un sujeto que logró una sentencia favorable en un recurso de inaplicabilidad, esa ley no existe y no se le aplica, y para todo el resto de los chilenos esa ley es perfectamente constitucional, tiene que aceptarse y los tribunales tienen que aplicarla².

El recurso de inaplicabilidad, en palabras de otro constitucionalista nacional, “fractura el principio de supremacía constitucional”³, y el relato de su historia es la “crónica de un fracaso”⁴.

* Licenciado en Derecho (Universidad de Chile, 1994); Ph D (University of Edinburgh, 1999); profesor asistente, Universidad de Talca. Gracias a CARLOS CARMONA, quien me facilitara parte importante del material nacional necesario para escribir este artículo. Este artículo es parte de un proyecto mayor, que ha contado con el respaldo de FONDECYT (Proyecto 1010461).

¹ Opinión del ministro del tribunal constitucional E. VALENZUELA a la Comisión de Constitu-

ción, Legislación y Justicia del Senado. Véase el *Informe* de esa comisión (Boletines NN° 2.526-07 y 2.534-07), p. 510.

² Opinión del ministro del tribunal constitucional J. COLOMBO en *idem*, p. 519.

³ GÓMEZ, G.: “El recurso de inaplicabilidad: dogmática y jurisprudencia (Santiago: Universidad Diego Portales, MS).

⁴ GÓMEZ, G.: “El recurso de inaplicabilidad: crónica de un fracaso” (Santiago: Informes de investigación del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales, s.f.).

Parte del problema es que el modo en que la Corte Suprema ha ejercido su facultad de declarar inaplicable todo precepto legal contrario a la Constitución ha distado de ser satisfactorio⁵. Pero en este artículo quiero en principio evitar esta cuestión. Aquí no me interesa evaluar el desempeño de los tribunales de justicia en el cumplimiento de sus funciones, sino considerar la coherencia y justificación de la existencia de un recurso con las características del de inaplicabilidad en la estructura institucional chilena.

¿UN MODO INCONSTITUCIONAL DE PROTEGER LA CONSTITUCIÓN?

Como hemos visto, en la academia abundan las voces críticas respecto del recurso de inaplicabilidad⁶. Estas críticas se concentran, en lo que se refiere al diseño del mecanismo (prescindiendo de las críticas dirigidas a la jurisprudencia de inaplicabilidad), sobre dos características distintivas del recurso de inaplicabilidad: que tenga efectos sólo para el caso particular y que sólo pueda interponerse en el contexto de una gestión judicial pendiente.

En algún sentido importante estas dos características son en realidad la misma, y se siguen del hecho de que el recurso de inaplicabilidad es un recurso de *inaplicabilidad*, no de inconstitucionalidad. En otras palabras, es un recurso que tiene por objeto obtener la declaración de que un precepto legal determinado es *inaplicable* a un caso concreto. Para que la ley pueda ser declarada inaplicable es necesario que haya un caso en el cual la ley deba ser aplicada, y si la decisión es que la

ley deje de ser aplicada en ese caso entonces parece que ello no tiene por qué afectar la aplicabilidad de esa misma ley a otro caso. Después de todo, la sentencia que acoge el recurso de inaplicabilidad no afecta la *validez*, sino la *aplicabilidad para el caso* del precepto legal en cuestión. La validez de la ley permanece inalterada. Siendo la ley válida, ella es aplicable a todos los casos que son cubiertos por ella, con la excepción de aquél para el cual la ley fue declarada inaplicable por inconstitucionalidad.

En la discusión académica que el recurso ha producido, esta característica es usualmente criticada. Ya hemos visto las opiniones de Valenzuela y de Colombo, en el sentido de que son estas características del recurso las que tienen como consecuencia que éste 'lleve en su esencia la desigualdad ante la ley'. Este argumento ha sido detenidamente expuesto por R. Figueroa, que simplemente sostiene que "el recurso de inaplicabilidad infringe el principio de igualdad"⁷, ya que "en virtud del mecanismo de la inaplicabilidad se puede disponer que no se aplique a unos una regla que se aplica a todos los demás"⁸.

Si Figueroa está en lo correcto, no hay manera de conciliar el derecho a la igualdad con la existencia del recurso de inaplicabilidad: los artículos 80 y 19 N° 2 de la Constitución estarían en *directa y completa oposición* (es una característica de *la esencia* del recurso, conforme a Valenzuela). No se trata de que aplicarles a unos una regla que no se aplica a otros sea un aspecto marginal de la igualdad ante la ley, o de que los efectos particulares del recurso de inaplicabilidad sean un accesorio, una característica fácilmente modificable del recurso de inaplicabilidad. Lo que hace que el recurso de inaplicabilidad sea un recurso de *inaplicabilidad* es precisamente su carácter relativo (*i.e.* relativo al caso concreto en que se resuelve declarar inaplicable el precepto legal), y el contenido *míni-*

⁵ Véase, entre muchos otros, VARGAS, J. E. *et al.*, *El Rol del Estado y el Mercado en la Administración de Justicia* (Santiago: Universidad Diego Portales, 2001), pp. 42 ss.

⁶ Desde luego, ya nos han repetido en suficientes oportunidades que el de inaplicabilidad no es un recurso, sino una acción, y que es alguna otra cosa cuando la inaplicabilidad es declarada de oficio, pero en el contexto de este artículo utilizaré la etiqueta "recurso de inaplicabilidad" para referirme a lo que aparece en el artículo 80 de la Constitución.

⁷ FIGUEROA, R.: "La acción de inaplicabilidad y el principio de igualdad" en Gómez, G. *et al.*, *Estudios sobre Jurisdicción Constitucional* (Santiago: Universidad Diego Portales, 1996), p. 353.

⁸ *Idem*, p. 371.

mo de la igualdad ante la ley es que a todas las personas que se encuentran en igual situación se apliquen las mismas reglas legales⁹. En otras palabras, en los términos en que el problema es discutido la oposición entre los artículos 80 y 19 N° 2 de la Constitución parece perfecta y completa.

En lo que sigue me referiré a lo que denominaré el 'modo canónico' de entender el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y sus funciones dentro del ordenamiento jurídico chileno. Veremos que dado el modo canónico, las características más distintivas del recurso (*i.e.* que requiera la existencia de una 'gestión pendiente' y que tenga efectos restringidos al caso) sólo pueden ser explicadas *externamente*, sobre la base de bienes distintos a los que el recurso promueve, que exigen un acomodo inestable, y que hacen que el recurso sea fundamentalmente incoherente. Luego intentaré ofrecer una caracterización alternativa, que no considera estas características compromisos y límites arbitrarios sino que puede explicarlas como consecuencia del objeto sobre el cual la controversia de inaplicabilidad versa.

EL MODO CANÓNICO: INAPLICABILIDAD COMO CONTROL REPRESIVO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY

En esta sección intentaré explicar lo que denominaré el 'modo canónico' de entender el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y cómo esta explicación de ese recurso no puede sino considerar arbitrarias, en el sentido indicado, sus características fundamentales. Conforme al modo canónico, el artículo 80 contiene la facultad sobre la que se basa el control represivo de constitucionalidad de las leyes, por oposición al control preventivo a cargo del tribunal constitucional que está consagrado en el artículo 82 de la Constitución. En virtud de esa facultad, la Corte Suprema debe comparar el contenido de un

precepto legal con el contenido de las disposiciones constitucionales pertinentes y debe declarar la inaplicabilidad del primero cuando contradiga las segundas.

Que esta es la postura dominante en nuestra doctrina constitucional no es difícil de comprobar: Así, en los manuales más tradicionales de derecho ya aparece la idea de que el recurso de inaplicabilidad "procede contra las leyes inconstitucionales en el fondo"¹⁰. La tesis ha sido reiterada, una y otra vez, por prácticamente todos los autores que se han referido al recurso de inaplicabilidad.

Así, Figueroa ha sostenido que, tratándose del recurso de inaplicabilidad, "el objeto o cosa pedida es la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, y la causa de pedir su inconstitucionalidad"¹¹.

R. Bertelsen, por su parte, afirma que el "artículo 86 inciso 2° [de la Constitución de 1925, equivalente al artículo 80 de la Constitución de 1980] es la disposición que establece en Chile el control de constitucionalidad de las leyes"¹². El recurso de inaplicabilidad sería, conforme a este autor, "un medio de control *a posteriori* de la constitucionalidad de las leyes"¹³. A pesar de esto, Bertelsen

¹⁰ ALESSANDRI, A.; SOMARRIVA, M. y VODANOVIC, H.: *Curso de Derecho Civil*, tomo I (Santiago: Editorial Nascimento, 1945), p. 114. Véase CLARO, L.: *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1978; edición original 1937), pp. 29-30, quien sostiene que "la voluntad soberana está limitada por la Constitución; pero de esta constitucionalidad sólo es juez el legislador mismo" (p. 29), aunque después agrega que esta situación ha cambiado con la dictación de la Constitución de 1925, "aunque la Corte Suprema se ha manifestado hasta hoy muy parca y restringida en el ejercicio de esta facultad importante" (pp. 29-30).

¹¹ *Op. cit.* en n. 7, p. 354

¹² BERTELSEN, R.: *Control de Constitucionalidad de la Ley* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1969), p. 145.

¹³ BERTELSEN, R.: "Análisis y revisión del recurso de inaplicabilidad (modelo y jurisprudencia)", en GÓMEZ, G. (ed.): *La Jurisdicción Constitucional Chilena ante la Reforma* (Santiago: Universidad Diego Portales, 1999), p. 164. Véase también BERTELSEN, R.: "La jurisprudencia de la

⁹ Véase ATRIA, F.: *Los Peligros de la Constitución* (Santiago: Universidad Diego Portales, 1997), pp. 42-44.

sostiene que el recurso no persigue una declaración de inconstitucionalidad en abstracto, sino

un examen de constitucionalidad de aquellos preceptos legales destinados a resolver una precisa contienda sometida a la decisión de los tribunales¹⁴.

La pregunta se presenta a sí misma: si el objetivo del recurso de inaplicabilidad es declarar inaplicables por inconstitucionales a los preceptos legales cuyo contenido sea contrario a la Constitución, ¿por qué es necesario restringir esa declaración sólo a aquellos preceptos que tienen impacto en el resultado de la ‘precisa contienda’ en la cual el recurso fue interpuesto? La falta de una respuesta a esta pregunta lleva a Bertelsen a favorecer una interpretación amplia de ‘precepto legal aplicable’: Bertelsen se muestra de acuerdo con lo que denomina “la doctrina tradicional de la Corte Suprema”, conforme a la cual bastaba para que el recurso fuera procedente “la posibilidad, no la certeza, de que una ley inconstitucional pueda ser aplicada en la especie debatida”¹⁵. Por eso él reprocha a la Corte Suprema el que ésta, en el fallo que comenta¹⁶, se haya

autoimpuesto la obligación de analizar a fondo la contienda sometida al conocimiento y fallo de otro tribunal, por lo cual no es extraño que en la jurisprudencia constitucional de los últimos años encontremos minuciosos análisis [...] en torno a la aplicación o no al proceso de los preceptos legales impugnados¹⁷.

Nótese que Bertelsen no explica cuál es la razón justificatoria de la exigencia de “ges-

tión pendiente”. El sólo sostiene que esa exigencia es “inherente a un sistema de control en concreto de inconstitucionalidad”¹⁸. Careciendo de una explicación que justifique la exigencia de “gestión pendiente”, Bertelsen carece también de argumentos para preferir una interpretación sobre otra¹⁹.

En su “Efectos de la resolución de constitucionalidad”²⁰, A. Silva y M. P. Silva parecen estar de acuerdo con el núcleo de lo sostenido por Bertelsen. Ellos creen que

la especificidad o tipicidad de la atribución de declarar la inaplicabilidad, cuyo monopolio corresponde a la Corte Suprema, consiste *tan sólo* en determinar si un precepto que se presenta con jerarquía de ley es o no contrario a la carta fundamental²¹.

Pero Silva y Silva enfrentan el mismo problema que Bertelsen: si de lo que se trata es *sólo* de determinar la contradicción existente entre un precepto legal y la Constitu-

¹⁸ *Idem*, p. 164. En su *Control de Constitucionalidad de la Ley* BERTELSEN tampoco intenta justificar la exigencia de ‘juicio pendiente’: pasa de una caracterización del recurso de inaplicabilidad en términos procesales (como una “pretensión de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”) a una discusión sobre qué, precisamente, debe entenderse por ‘juicio pendiente’ (véase BERTELSEN, *op. cit.* en n. 12, pp. 145-152). Nótese que es difícil entender de modo no arbitrario esta restricción (para poder solucionar el problema de qué, precisamente, cuenta como ‘gestión pendiente’) si no podemos producir alguna justificación dogmática para su existencia.

¹⁹ Desde luego, él invoca el riesgo “gravísimo” de que la Corte “declare improcedente un recurso de inaplicabilidad por falta de aplicación en el proceso del precepto legal impugnado y que este precepto sea luego utilizado para resolver la contienda” (*op. cit.* en n. 13, p. 166). Pero no podemos saber si ese riesgo es suficientemente grave como para elegir una interpretación sobre otra mientras no sepamos cuál es la justificación de la limitación del juicio pendiente en primer lugar.

²⁰ En 15 *Revista Chilena de Derecho* (1988), pp. 311-340.

²¹ *Idem*, p. 323 (destacado agregado).

Corte Suprema sobre el recurso de inaplicabilidad”, en 37-38 *Revista de Derecho Público* (1985), pp. 168-9.

¹⁴ BERTELSEN, “Análisis...”, *op. cit.* en n. 13, p. 164.

¹⁵ *Idem*, p. 166.

¹⁶ DUHART ARRIAGADA, en 89 *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1992) 2/5, pp. 15 ss.

¹⁷ BERTELSEN, “Análisis...”, *op. cit.* en n. 13, p. 166.

ción, ¿por qué es necesario hacerlo con referencia a un caso concreto? A pesar de que Silva y Silva enfatizan la importancia de esta restricción, ellos no explican (en este artículo) por qué el control abstracto debe mirar al caso concreto:

Como se ve, es determinante en lo fallado no sólo la confrontación intelectual autónoma del precepto legal con la Constitución, sino la consideración específica y concreta del caso en relación al cual incide el recurso y en el que existe la eventualidad de que el precepto llegue a aplicarse²².

El “como se ve” que inicia esta cita se refiere al considerando 9 de *Curtze y otros*²³, en que la Corte Suprema se refiere a las consecuencias para el caso objeto del litigio de la aceptación o el rechazo del recurso de inaplicabilidad, después de haber, sin embargo, afirmado (considerando 4º) que el artículo 86 de la Constitución “no da a la Corte Suprema más facultad que declarar, *por el simple análisis de los términos de una ley*, si ella es o no contraria al texto de la Constitución” (destacado agregado). Ni la Corte ni Silva y Silva explican en qué sentido se justifica que, para hacer un ‘simple análisis de los términos de la ley’, sea determinante ‘la consideración específica y concreta del caso’.

El problema que quiero destacar es que estos dos extremos no parecen vinculados entre sí. Para mostrar la incoherencia es útil recurrir al ejemplo propuesto por Figueroa. Este se imagina que una persona que tuviera el estado civil de hijo natural hubiera recurrido de inaplicabilidad en contra del inciso 2º del antiguo artículo 988 del Código Civil (“la porción del hijo natural será la mitad de la que corresponda al hijo legítimo”), reclamando que la diferencia de trato contenida en esta regla entre hijos legítimos e ilegítimos contrariaba la garantía del artículo 19 N° 2 de la Constitución. ¿Por qué es importante el nombre del causante, o la naturaleza de la suce-

sión, o el valor del patrimonio hereditario? En realidad para poder determinar si el inciso 2º del (antiguo) artículo 988 del Código Civil era contradictorio con el artículo 19 N° 2 de la Constitución *no es necesaria referencia a caso alguno*.

Este es un problema que también aparece para J. Precht en su “Derecho material de control judicial en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile: derogación tácita e inaplicabilidad”²⁴. Precht explica la exigencia de la gestión pendiente citando a Carl Schmitt, quien refiriéndose al Tribunal Supremo del Reich sostenía que la competencia de este tribunal estaba limitada por la exigencia de “subsunción precisa y concreta”, y que cuando esa subsunción era posible

esto no significa, propiamente, una denegación de validez, sino sólo una falta de aplicación de la ley simple al caso concreto, que sobreviene por ser obligada la aplicación del precepto constitucional²⁵.

La decisión ‘no significa denegación de validez’: lo que se discute no es la validez de la ley, sino su aplicación al caso concreto. La tesis de Schmitt correctamente enfatiza la justificación de la exigencia del caso concreto, pero a pesar de su cita ella no soluciona el problema de Precht. Sólo dos párrafos antes de la cita de Schmitt, Precht caracteriza la finalidad del recurso de inaplicabilidad de la siguiente manera:

El recurso [de inaplicabilidad introducido por la Constitución de 1925] tenía por objeto *evitar la contradicción* entre la ley constitucional y la ordinaria, debiendo ser la *oposición completa y perfecta*, de manera de no poder coexistir entre sí esos preceptos por implicar contenidos normativos incompatibles entre sí²⁶.

²⁴ En 84 *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1987), 1ª parte, pp. 139-158.

²⁵ SCHMITT, C.: *La Defensa de la Constitución* (Barcelona: Labor, 1931), p. 48.

²⁶ PRECHT, *op. cit.* en n. 24, p. 140 (el destacado es agregado).

²² *Id.*, p. 335.

²³ En 39 *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1942), 2/5, pp. 190 ss.

Como puede apreciarse, la caracterización del recurso de inaplicabilidad ofrecida por Precht antes de citar a Schmitt no guarda ninguna coherencia con la afirmación de éste: el recurso del que habla Precht no admite (dada su finalidad) las limitaciones a las que se refiere Schmitt. Nótese que, en la explicación de Schmitt, es precisamente el hecho de que el recurso requiera una ‘gestión pendiente’ (en términos de Schmitt, que se trate de una situación que “permita subsunción del contenido concreto”²⁷, una que permita “subsunción precisa y concreta del caso de que se trata”²⁸) lo que implica que él no podrá servir la finalidad defendida por Precht: no podrá evitar la contradicción entre ley y Constitución. La contradicción seguirá existiendo, aun después de acogido el recurso de inaplicabilidad, precisamente porque, como sostenía Schmitt, aquí no estamos hablando de una ‘delegación de validez’.

Las ideas que hemos examinado son sintomáticas del estado de la dogmática constitucional chilena al respecto. El recurso de inaplicabilidad es analizado por ésta en dos etapas: en la primera, se le asigna la función de controlar la constitucionalidad de un precepto legal, lo que sólo puede hacerse en abstracto (porque es una operación intelectual en la que sólo figuran dos normas, ley y Constitución, e hipótesis interpretativas de éstas), y luego se acepta, en virtud solamente del texto del artículo 80, la limitación de que sólo procede ante un caso concreto y con efectos para ese caso solamente. La lista podría extenderse hasta cubrir prácticamente todos los autores chilenos que se han referido al problema. Así, P. Ruiz-Tagle ha sostenido que “el control de constitucionalidad de la ley en Chile se resuelve por vía incidental en la Corte Suprema”²⁹, mientras R. Yáñez entiende que el

recurso procede cuando la ley “contraría materialmente la Constitución”³⁰.

LA INCOHERENCIA DEL MODO CANÓNICO

Lo que caracteriza al modo canónico es entender que el poder conferido a la Corte Suprema por el artículo 80 de la Constitución es uno de aplicar *normas (constitucionales) a normas (legales)*. Aquí radica el problema que la exigencia de un caso concreto plantea. Si de lo que se trata es de aplicar una norma (constitucional) a otra (legal), entonces la exigencia del caso concreto sólo puede parecer un compromiso externo. Un compromiso externo, como uso aquí la expresión, es uno que surge del hecho de que el valor que hay detrás del control represivo de constitucionalidad (mantener la coherencia entre las reglas de un grado superior y las creadas por potestades inferiores) no es el único importante. En efecto,

no es difícil darse cuenta de la gravedad que reviste el hecho de colocar a los poderes del Estado, soberanos e independientes, frente a frente. *Para disminuir este inconveniente* las legislaciones positivas han solido restringir el control o declaración de inconstitucionalidad a los casos particulares en que se pronuncie; ese ha sido el alcance que le ha atribuido nuestra propia Constitución³¹.

nosa”, en 61 *Revista de Derecho Público* (1998/1999), p. 94.

³⁰ YÁÑEZ, R.: “Ambito del recurso de inaplicabilidad” en 20 *Revista Chilena de Derecho* (1993), p. 731.

³¹ ESTÉVEZ, C.: *Elementos de Derecho Constitucional* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1949), p. 342 (el destacado es agregado). Véase también BULNES, L.: “El recurso de inaplicabilidad en la Constitución de 1980”, en *Recursos de Rango Constitucional* (Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Colección Seminarios N° 5, 1983): “La intención de los comisionados y del Consejo de Estado fue darle efectos generales a la declaración de inconstitucionalidad, pero por razones de orden procesal y de seguridad jurídica se prefirió mantener el sistema de la Constitución de 1925” (p. 42; el destacado es agregado).

²⁷ SCHMITT, *op. cit.* en n. 25, p. 56: “La subsunción de una ley bajo otra (si es que acaso resulta imaginable) es algo esencialmente distinto de la subsunción del contenido concreto regulado bajo su regla”.

²⁸ *Idem*, p. 48.

²⁹ RUIZ-TAGLE, P.: “Control constitucional concentrado y difuso: el uso de una dicotomía rui-

Dicho de otro modo: la garantía de la supremacía constitucional no es el único bien que deben servir las reglas constitucionales. Hay otros valores que deben ser también servidos, entre los cuales están, por ejemplo, el equilibrio de poderes entre el legislador y la Corte Suprema, o evitar que la Corte Suprema se vea abrumada por una avalancha de recursos. Permitir que cualquiera pudiera, sin la limitación de ser parte de una gestión pendiente, solicitar a la Corte Suprema la inaplicabilidad de un precepto legal multiplicaría el número de recursos que la Corte debería fallar. Por esto se exige 'gestión pendiente'; permitir que la Corte Suprema, con efectos generales, declarara la inconstitucionalidad de una ley significaría dar a la Corte Suprema una posición de gendarme del legislador. Por esto los efectos de la resolución son relativos al caso solamente. Pero explicada de este modo, sin embargo, ambas limitaciones son contrarias a la idea o valor que el recurso de inaplicabilidad sirve, lo que genera serios problemas interpretativos. La restricción resulta arbitraria, y por eso no puede ser entendida aunque debe ser aceptada a regañadientes. Como la misma Corte Suprema ha sostenido, intentando mantener las dos cosas en el aire al mismo tiempo,

Si bien el recurso de inaplicabilidad que establece el artículo 80 de la Constitución presenta una fisonomía estrictamente jurídica o de derecho estricto, lo que importa que para su resolución *sólo corresponda efectuar un análisis comparativo entre los preceptos legales objetados y la norma o normas de la Constitución política que se reprocha que vulnerarían*, no es menos cierto que tal recurso por estar vinculado a una gestión o juicio determinado está llamado a tener incidencia dentro de una realidad o relación jurídico-procesal objetiva, circunstancia que deja de manifiesto que sólo responderá emitir pronunciamiento sobre el fondo de la inaplicabilidad planteada cuando las disposiciones legales objetadas de inconstitucionales *deban tener necesaria aplicación o es-*

*tén precisamente destinadas a ser consideradas para la decisión de la materia en la cual incide el recurso*³².

Aquí el dilema aparece planteado de modo completamente evidente: si bien es cierto que para resolver el recurso no es necesario mirar el caso concreto, no es menos cierto que para resolver el recurso es necesario mirar el caso concreto. Ambos puntos son incoherentes en el sentido de que uno no sólo no explica sino que se opone al otro: si para acoger el recurso no es necesario mirar al caso concreto, entonces no se justifica exigir que los preceptos impugnados 'estén precisamente destinados a ser considerados para la decisión de la materia en la cual incide el recurso'; si se justifica esta exigencia, entonces en algún sentido el juicio que la Corte debe emitir debe estar relacionado con la caracterización del caso concreto.

¿Por qué esto es un problema significativo? No cabe duda de que en muchos casos las reglas jurídicas no responden sólo a un valor o finalidad, sino a varios. Es común que en esas circunstancias las exigencias de un valor sean en algún sentido limitadas o comprometidas para servir otros. Así, por ejemplo, si la justificación dogmática del artículo 582 del Código Civil (derecho de dominio)³³ no fuera limitada por otros valores importantes (*e.g.* certeza en la titularidad de los derechos que detentan las personas que concurren al mercado), entonces sólo un acto de dispo-

³² DUHART ARRIAGADA, *loc. cit.* en n. 16.

³³ La justificación dogmática del artículo 582 es un tema sobre el cual, por supuesto, no me puedo extender aquí. Para los fines del argumento es suficiente adoptar una postura tradicional en el sentido de imputar al art. 582 una justificación lockeana: la propiedad garantiza una esfera de autodomínio, de libertad. Véase LOCKE, J.: *Two Treatises of Government*, ed. Peter Laslett (Cambridge: Cambridge University Press, 1963; edición original 1690), II, §§ 25 ss. Para una interpretación contemporánea véase NOZICK, R.: *Anarchy, State and Utopia* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1990), pp. 174 ss.; para una crítica, véase COHEN, G.: *Self-Ownership, Freedom and Equality* (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), pp. 38 ss.

sición realizado por el dueño podría extinguir el dominio de éste. Ciertamente quien adquiriera una cosa de manos de quien no era dueño no podría convertirse en dueño de la cosa, por mucho tiempo que pasara. En Chile, sin embargo, sabemos que no es así: la venta de cosa ajena no afecta los derechos del verdadero dueño, “mientras no se extingan por el lapso de tiempo [sic]” (art. 1815), pero si se han extinguido el dueño habrá perdido el dominio como consecuencia de un acto de usurpación realizado por un tercero. Que, en ciertas condiciones, este acto de usurpación puede causar la extinción del dominio del verdadero dueño parece contrario a la justificación del art. 582. Es impuesto por el hecho de que reconocer el señorío de la voluntad sobre una cosa (art. 582) no es el único bien importante que la regulación de la tenencia de las cosas persigue. El ya mencionado bien de dar certeza a la titularidad de los derechos que se transan en el mercado es también importante, y en algunos casos (como el indicado) puede derrotar al primero (en realidad, aquí donde hemos usado el ejemplo de la venta de cosa ajena podríamos haber estado hablando de todas las reglas relacionadas con la prescripción adquisitiva).

Esta situación es común en el derecho. Es difícil pensar en un bien que tenga tanta importancia que lo que él demanda no sea nunca comprometido para servir otros bienes. Desde el punto de vista del valor comprometido, esos compromisos no pueden sino aparecer como arbitrarios. Desde un punto de vista más comprehensivo, sin embargo, ellos se incorporan dentro de una justificación más abstracta todos los bienes involucrados. Parece entonces que la incoherencia detectada en el modo canónico es simplemente una instancia de un fenómeno común en el derecho: nada es perseguido hasta sus últimas consecuencias, porque son varias cosas las importantes.

Si esto es así, pareciera que la crítica formulada al modo canónico no es importante: efectivamente, las reglas que limitan la procedencia y los efectos del recurso de inaplicabilidad son incoherentes con su fundamentación, del mismo modo en que las reglas

sobre posesión son incoherentes con las reglas sobre propiedad. Pero esa incoherencia sólo refleja la diversidad de valores que las reglas jurídicas persiguen, y no es en consecuencia una crítica de especial importancia en contra del modo canónico.

No obstante, el reproche al modo canónico no se limita a indicar el hecho de que la lógica de su justificación está comprometida como está comprometida la lógica del art. 582 por las reglas sobre posesión. No todo compromiso es incoherente. El modo canónico imputa al recurso de inaplicabilidad una incoherencia más fundamental, para apreciar la cual puede ser útil un ejemplo.

Supongamos que creyéramos que es importante proteger jurisdiccionalmente la Constitución, y que por eso estuviéramos dispuestos a crear un recurso de inconstitucionalidad de competencia, *e.g.* de la Corte Suprema. Supongamos adicionalmente que, a pesar de nuestro compromiso con la protección jurisdiccional de la Constitución, temiéramos (i) dar a la Corte Suprema mucho poder sobre el legislador, alterando el balance entre dichos poderes, y (ii) abrumar a la Corte Suprema con una carga exagerada de trabajo que conspira contra la calidad de sus decisiones.

Supongamos adicionalmente que, conscientes de estos problemas, ideamos la siguiente solución: antes de promulgar una ley ya aprobada, se realizará un sorteo para determinar si su constitucionalidad es o no jurisdiccionalmente revisable. Esto disminuiría radicalmente tanto el poder de la Corte Suprema como la carga de trabajo de ésta. La existencia del recurso estaría justificada por el valor de la supremacía constitucional, y la de la limitación por los dos bienes independientes mencionados³⁴. A pesar del hecho de que la existencia del recurso y la de sus límites estaría justificada, no creo que un arreglo como el imaginado aquí pudiera ser defendido seriamente. Pero ¿por qué?

³⁴ Aquí, que esos dos bienes sean ‘independientes’ quiere decir que lo que es valioso en ellos no es lo que hace a la (protección jurisdiccional de la) supremacía constitucional valiosa.

Antes de responder, es interesante ver las razones que podrían aducirse en favor de un régimen como el indicado. Si lo que nos preocupa es la sobrecarga de trabajo de la Corte Suprema, sería posible ajustar el criterio hasta encontrar el punto preciso en el cual el número de recursos indicados es el óptimo (si después de un tiempo resulta que el número de leyes revisables es muy bajo, sólo debemos modificar el sorteo para que las probabilidades de que las leyes resulten revisables aumente. Si éstas aumentan mucho, revisamos el sorteo de nuevo, etc.). Lo mismo podría decirse del poder de la Corte Suprema. Con la misma modalidad la amplitud del poder de la Corte Suprema podría ser calibrado hasta encontrar el punto preciso buscado.

A pesar de lo anterior, el sistema no es uno aceptable. El lector atento habrá notado ya la dirección del argumento, en particular cómo éste conecta con la discusión de R. Dworkin sobre lo que él denomina *checkerboard statutes*³⁵. Nuestra regla de procedencia del recurso de inconstitucionalidad es precisamente uno de esos *checkerboard statutes*, caracterizados por Dworkin como “leyes que tratan similares accidentes u ocasiones [...] de modo diferente sobre la base de criterios arbitrarios” con el fin de lograr un consenso político que permita su aprobación en circunstancias de desacuerdo³⁶. Dworkin alega que el hecho de que no encontremos aceptables esas reglas, a pesar de lo adecuadas que son desde otros puntos de vista, muestra nuestro compromiso intuitivo con la idea de *integridad* que él defiende³⁷.

No creo que sea necesario ligar el argumento que deseo defender aquí a la suerte del argumento dworkiniano sobre el derecho como concepto interpretativo y la integridad como interpretación correcta de nuestras prácticas jurídicas. Algunos aspectos del argumento de Dworkin, sin embargo, arrojan luz sobre el problema que nosotros enfrentamos ahora. Cuando sostengo que el modo canóni-

co es incoherente no sólo estoy diciendo que las limitaciones que éste imputa al recurso de inaplicabilidad son contrarias a su justificación (un argumento de este tipo condenaría, como ya vimos, cualquier compromiso institucional, del cual el derecho está lleno), sino además que, aceptado que sea el modo canónico, *la regla y sus limitaciones no pueden ser justificadas por una formulación más abstracta que integre armónicamente a ambas*:

un Estado que adopta estos compromisos internos actúa sin principios [*in an unprincipled way*]. [...] El Estado actúa sin integridad porque para justificar parte de lo que hace debe invocar ciertos principios que debe rechazar para justificar el resto³⁸.

Cualquier justificación que aceptemos para respaldar el control judicial de constitucionalidad para las leyes sorteadas será igualmente válida para las demás leyes. Ante la queja del individuo afectado por una ley que, a pesar de ser inconstitucional, no puede ser revisada dado el resultado del sorteo no podremos justificar que *su* caso no pueda ser revisado cuando el de su vecino sí. No tendremos respuesta, es decir, ante la queja de que su caso es tratado con menos respeto que el de su vecino.

Distinto es el caso de la justificación lockeana del derecho de dominio y las reglas sobre posesión y prescripción. La propiedad es valiosa porque ella garantiza al dueño una esfera de señorío, es decir, de libertad. Pero la libertad que la propiedad garantiza se vería seriamente reducida si no hubiera manera de saber que lo que una persona detenta como dueño es efectivamente de su dominio, si siempre fuera posible que un antiguo dueño (o sus herederos) que fue ilícitamente privado de su dominio pudiera reivindicar la cosa de manos de quien la posea. El valor que justifica la propiedad justifica *tanto* reconocer un señorío de la voluntad sobre ciertas cosas *como* reconocer límites a la posibilidad del dueño de reivindicar las cosas cuya posesión

³⁵ DWORKIN, R.: *Law's Empire* (London: Fontana, 1986), pp. 178 ss.

³⁶ Véase *idem*, p. 179.

³⁷ *Id.*, pp. 183-4.

³⁸ *Ibid.*

ha perdido. La regla y sus limitaciones son subsumibles bajo una justificación que las alcanza a ambas. Aunque una persona pueda de esta manera perder su propiedad de modos que en principio la justificación de la propiedad no permitiría, esto no es incoherente, porque es necesario para que la propiedad pueda cumplir la función valiosa de garantizar a las personas su libertad. Regla y excepción son justificadas de un modo compatible con un esquema integrado de principios más abstractos. El derecho en este caso “habla con una sola voz”³⁹.

Este último punto es crucial: el derecho es una práctica justificatoria, por lo que una explicación dogmática que haga la justificación imposible (por incoherente) es muy deficitaria. Como ha sostenido E. Weinrib,

En la autocomprensión del derecho, el derecho privado es una empresa justificatoria. La relación entre las partes no es solamente un dato inerte del derecho positivo, sino una expresión de –o al menos un intento de expresar– términos justificados de interacción. La coherencia debe ser entendida a la luz de esta dimensión justificatoria. Para que una relación de derecho privado sea coherente, las consideraciones que justifican cualquier característica de esa relación deben ser coherentes con las consideraciones que justifican cualquier otra característica de ella. La coherencia es el entrelazamiento en una justificación única e integrada de todas las consideraciones justificativas que pertenecen a una relación jurídica⁴⁰.

³⁹ *Id.*, p. 165.

⁴⁰ WEINRIB, E.: *The Idea of Private Law* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995), p. 32. Weinrib, tanto en esta cita como en el libro, se refiere especialmente a la naturaleza justificatoria del derecho privado, pero la idea de coherencia y la justificación de esa exigencia no son propias del derecho privado. Lo que es determinante en lo específicamente privatista del argumento de WEINRIB, a mi juicio, es que en el derecho privado lo que debe hacerse coherente es la *relación jurídica de derecho privado*: “La característica maestra

No creo que pueda sostenerse que la coherencia es la primera virtud del derecho, por lo que es perfectamente posible que en algún caso debamos aceptar un arreglo incoherente como precio para evitar un arreglo demasiado injusto (el caso de la Constitución americana y la esclavitud puede ser un buen ejemplo de esto⁴¹). Pero no es éste el caso del recurso de inaplicabilidad. Más adelante veremos que la explicación más coherente es también la preferible en términos de otros valores substantivos. Si esto es así, aceptar el modo canónico es derechamente irracional.

El modo canónico hace al recurso de inaplicabilidad incoherente. Esta incoheren-

del derecho privado [es] la conexión directa entre el particular demandante y el particular demandado [...]. La tarea central de la teoría del derecho privado es iluminar lo directo de esta conexión entre las partes” (*idem*, p. 10-11). Tratándose del derecho público no hay una relación con las mismas características, pero eso sólo quiere decir que lo que debe ser justificado es diferente. Los requerimientos de coherencia, que fluyen del carácter justificatorio del derecho, son los mismos aunque su contenido varíe.

⁴¹ El texto original de la Constitución de los Estados Unidos muestra dos buenos ejemplos de esto: el art. 1, secc. 2, inciso 3° dispone que para calcular el número de representantes y la carga impositiva de cada estado debe considerarse el número de habitantes, “que será determinado sumando al número total de personas libres [...] tres quintos de todas las otras personas”. Adicionalmente, la Constitución prohibía al Congreso prohibir la migración o importación de personas “antes del año 1808” (art. 1, secc. 9, inciso 1°). Estas reglas constituyen obvios compromisos entre grupos que prefirieron soluciones menos injustas que sus alternativas al costo de una severa incoherencia. Véanse los antecedentes del art. 1 secc. 2, inciso 3° en KURLAND, P. y LERNER, R.: *The Founders' Constitution* (Indianapolis: Liberty Fund, 2000), vol. ii, pp. 87-90; y los del inciso 1° de la secc. 9 del artículo 1 en *idem*, vol. iii, pp. 278-309. Desde luego, no estoy alegando que en estos casos el compromiso era preferible a la coherencia, sino que quienes ratificaron la constitución decidieron conscientemente sacrificar coherencia por un nivel más alto de justicia del que hubieran obtenido rechazando estas soluciones por incoherentes. Si fue o no un ejercicio exitoso de prudencia y sabiduría política no es algo que nos deba ocupar aquí.

cia radica en que la justificación del poder que el artículo 80 de la Constitución entrega a la Corte Suprema no sólo no justifica la restricción de los efectos de la declaración, sino que exigiría, en la medida en que ella es aceptada, supuestos de procedencia y efectos radicalmente distintos de los que el artículo 80 dispone. La regla del artículo 80, entendida como lo hace el modo canónico, no puede ser integrada junto con sus limitaciones en una formulación justificatoria más abstracta, porque 'para justificar parte de ella deben invocarse ciertos principios que deben rechazarse para justificar el resto'⁴².

El punto puede ser iluminado por la consideración de los avatares del actual artículo 80 en el proceso de redacción de la Constitución de 1980. Como se sabe, dicho proceso tuvo tres etapas: la primera, y más reflexiva, fue la conducida por la llamada 'Comisión de estudios de la nueva Constitución' constituida por la dictadura militar e integrada por profesores de derecho constitucional y otros funcionarios adeptos a ella. El informe y proyecto de esta Constitución fue sometido al designado 'Consejo de Estado' que hizo algunas modificaciones al proyecto redactado por la comisión. Ese proyecto luego fue revisado por la junta militar, donde los cuatro generales de las Fuerzas Armadas y de Orden introdujeron nuevas modificaciones. Sólo entonces el proyecto fue sometido al plebiscito de 1980⁴³.

⁴² Véase el texto que acompaña a la n. 38.

⁴³ Habitualmente en los trabajos de derecho constitucional la invocación a las actas de la comisión, a las que se reconoce el *status* de 'historia fidedigna del establecimiento' de la Constitución, omite recordar que ella fue un grupo de constitucionalistas conservadores convocados por la dictadura militar. Esto resta todo valor a las actas en los términos del inciso 2° del artículo 19 del Código Civil. Cualquier valor que las actas tengan lo tienen, a mi juicio, por el eventual valor intrínseco de las opiniones que ahí constan, y no por el hecho de haber sido la 'comisión redactora' de la Constitución. Para un argumento más desarrollado en este mismo sentido, véase ATRIA, *op. cit.* en n. 9, pp. 18 ss.

En la Comisión se discutió arduamente sobre los efectos del recurso de inaplicabilidad. En realidad, esa discusión fue la ocasión para el primer desacuerdo importante en el seno de ésta⁴⁴. La proposición original fue reconocerle efectos generales a la declaración de la Corte Suprema cuando ésta fuera reiterada en tres sentencias, pero esta posición fue modificada después de varias sesiones de discusión (sesiones NN° 285-288)⁴⁵. El más categórico defensor de la proposición original fue J. Guzmán. Es interesante notar que la posición de Guzmán destacaba precisamente la incoherencia entre, por un lado, la función (es decir, la justificación) del recurso de inaplicabilidad y sus dos otras características. Guzmán, siguiendo el modo canónico, creía que lo que estaban discutiendo al discutir el

⁴⁴ Véase *Actas oficiales de la comisión de estudios de la nueva Constitución* (Santiago: Talleres Gráficos de Gendarmería de Chile, 1973 ss.), sesión 287ª, p. 991, donde un comisionado afirma que "por primera vez están en desacuerdo en un punto importante". Es decir, que durante las 285 primeras sesiones no hubo desacuerdos importantes (!).

⁴⁵ Como veremos, la comisión propuso en definitiva dar al tribunal constitucional competencia para declarar generalmente la inconstitucionalidad de la ley, después de tres fallos en tal sentido de la Corte Suprema (esta idea se aprobó, a proposición de GUZMÁN, en la sesión N° 359; véase *idem*, p. 2361). El anteproyecto de la comisión incorporaba como está el actual artículo 80 (véase art. 86 del anteproyecto), pero incluía como atribución del tribunal constitucional la de "declarar con efectos generales la inconstitucionalidad de un precepto legal" (art. 88 N° 12 anteproyecto), cuando la Corte Suprema "haya declarado inaplicable un precepto legal mediante tres fallos uniformes y consecutivos" (inciso final art. 88 anteproyecto). El proyecto aprobado por el Consejo de Estado quitaba esa facultad al tribunal constitucional y daba efectos generales a la declaración de inconstitucionalidad de la Corte Suprema, ocurrida después de "tres fallos uniformes y sucesivos" en que se hubiera acogido un recurso de inaplicabilidad (art. 80 proyecto del Consejo de Estado). Véase el texto de los proyectos en BULNES, L.: *Constitución Política de la República de Chile. Concordancias, anotaciones y fuentes* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1981).

recurso de inaplicabilidad era “cómo garantizar la supremacía constitucional”⁴⁶, por lo que el recurso de inaplicabilidad y la creación de un tribunal constitucional eran simplemente dos aspectos del mismo problema:

El problema es que la comisión tiene que resolver [...] en forma simultánea toda la forma de proteger la supremacía constitucional para poder apreciar en forma exacta cuál es el valor y el riesgo de las observaciones que [se han planteado] como objeciones a transformar el recurso de inaplicabilidad en un recurso de inconstitucionalidad⁴⁷.

Guzmán se percató de que (dado el modo canónico) el control abstracto de constitucionalidad (*i.e.* la comparación entre normas constitucionales y normas legales) no es un asunto propio de la función jurisdiccional⁴⁸, por lo que la facultad de la Corte para declarar inaplicables preceptos legales contrarios a la Constitución debía ser discutida conjuntamente con la creación de un tribunal constitucional. Por esto mismo, es decir, porque él creía que lo que estaban discutiendo era el problema de cómo garantizar la supremacía constitucional frente a una ley contraria a ella, se opuso tenazmente a mantener el recurso de inconstitucionalidad como un medio incidental de control (*i.e.* uno que requiere juicio pendiente) y apoyó enfáticamente la propuesta de dar efectos generales a la declaración de inaplicabilidad, aunque por razones estra-

tégicas aceptaba esperar al tercer fallo consecutivo de la Corte para que éstos produjeran esos efectos.

Respecto de lo primero, Guzmán se preguntaba

hasta qué punto se justifica esta exigencia de juicio pendiente; por qué se estima [...] específicamente necesario, razonable y conveniente mantener la exigencia de que haya juicio pendiente⁴⁹,

exigencia que, para Guzmán, era innecesaria: “La esencia del recurso, desde un punto de vista conceptual, no requiere la exigencia de juicio pendiente”⁵⁰.

Respecto al segundo problema (efectos de la declaración de inconstitucionalidad), Guzmán se suma a la posición de E. Ortúzar, que sostuvo que

va contra la lógica y contra la economía procesal, desde luego, exigirle al ciudadano, aun cuando ya ha habido una manifestación reiterada de la Corte Suprema en orden a que un precepto es ilegal [sic], que tenga que recurrir de nuevo a los tribunales, y se siga aplicando esa norma como si tuviera validez.

Adicionalmente Ortúzar

estimó que la opinión pública eso no lo entiende, y se ha dado cuenta que, muchas veces, cuando la Corte Suprema ha declarado que un precepto constitucional es contrario a la Constitución, se pregunta por qué sigue teniendo vigencia este precepto; no entiende esto de la inaplicabilidad para el caso particular que han conocido los tribunales de justicia⁵¹.

La posición de Guzmán y Ortúzar, sin embargo, fue derrotada y el régimen de la inaplicabilidad de la Constitución de 1925 se

⁴⁶ *Loc. cit.* en n. 44, sesión 287ª, p. 988. Lo primero que GUZMÁN dijo durante la larga discusión sobre el recurso de inaplicabilidad, y después de un largo silencio, fue que “el tema que les ocupa es el de garantizar la supremacía constitucional frente a la ley” (*id.*, sesión 285ª, p. 952).

⁴⁷ *Id.*, sesión 287ª, p. 989.

⁴⁸ GUZMÁN sostuvo que “cuando falla un recurso de inaplicabilidad que la Constitución le ha entregado, se le confieren [a la Corte Suprema] facultades que tienen rasgos contralores y rasgos legislativos, y no estrictamente jurisdiccionales, pues no es una función estrictamente jurisdiccional la que está en juego aquí”. *Id.*, sesión 285ª, pp. 964-5.

⁴⁹ *Id.*, sesión 285ª, p. 965.

⁵⁰ *Id.*, sesión 286ª, p. 976.

⁵¹ *Id.*, sesión 285ª, p. 952; GUZMÁN se adhirió a este punto en *id.*, pp. 953-954.

mantuvo inalterado en lo fundamental. Lo interesante del debate de la comisión de estudios es que en él aparece claramente manifestada la incoherencia fundamental del recurso de inaplicabilidad: si el recurso de inaplicabilidad es un mecanismo cuya finalidad es la de prevenir la aplicación de leyes cuyo contenido es contrario a las reglas constitucionales, entonces no se justifica exigir que haya un juicio (o, ahora, gestión) pendiente para que pueda ser interpuesto; si la Corte Suprema cuando declara la inaplicabilidad lo que está haciendo es declarar que un precepto legal es contrario a la Constitución, no tiene sentido ('es contrario a la lógica', como sostuvo Ortúzar, o 'esencialmente contrario a la igualdad ante la ley', como sostendría Valenzuela en la comisión del Senado) mantener la obligación de los demás tribunales de aplicar ese *mismo* precepto en el futuro.

Esta incoherencia se explicó, en la comisión, como una "solución de transacción" a la que se llegó con la intervención del Presidente Alessandri en la comisión redactora de la Constitución de 1925, en la que éste sostuvo que

no hay conveniencia en dar a la Corte Suprema amplia facultad de declarar la inconstitucionalidad de la ley fuera de casos concretos y determinados, porque así se crearían continuamente conflictos entre el Poder Legislativo y el Judicial⁵².

En otras palabras, conforme al modo canónico el recurso de inaplicabilidad tiene por objeto salvaguardar la coherencia entre la Constitución y las leyes dictadas conforme a ella, pero esta finalidad debe ser restringida de diversas maneras para evitar un conflicto con otros bienes. Pero hemos visto que los compromisos, para ser aceptables, deben expresarse de modo coherente.

⁵² *Actas oficiales de las sesiones celebradas por las comisiones encargadas del estudio del proyecto de Nueva Constitución Política de la República* (Santiago: Imprenta Universitaria, 1925), 29ª sesión, p. 366.

Mi impresión es que éste es el estado de la cuestión, o al menos éste *era* el estado de la cuestión hasta el primer *Informe* de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado⁵³.

Ese informe recomienda a la sala suprimir el artículo 80 de la Constitución y reemplazar el N° 6 del artículo 82 (atribuciones del tribunal constitucional) por uno que le confiera al tribunal constitucional la siguiente facultad:

6° Declarar la inaplicabilidad de todo precepto legal contrario a la Constitución, por motivo de forma o de fondo, que corresponda aplicar en la decisión de cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial. El Tribunal Constitucional conocerá estos asuntos en sala. La resolución que dicte sólo producirá efectos en los casos particulares en que se interponga la acción de inaplicabilidad. Ella podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar el Tribunal Constitucional la suspensión del procedimiento.

Después de tres fallos uniformes y unánimes, el Tribunal, en pleno, de oficio o a petición de parte, declarará la inconstitucionalidad del precepto legal respectivo, con efectos generales.

Después de tres fallos uniformes, aun cuando no unánimes, el Tribunal, en pleno, de oficio o a petición de parte, podrá declarar, por los dos tercios de sus miembros, la inconstitucionalidad del precepto legal respectivo, con efectos generales⁵⁴.

Así, la tesis derrotada en la comisión de estudios vuelve a aparecer en la comisión del Senado. Nótese que conforme al informe de la comisión, (1) el recurso de inaplicabilidad continúa siendo, aunque cada vez parece menos, un recurso de inaplicabilidad, que debe deducirse estando pendiente "cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o

⁵³ *Loc. cit.* en n. 1.

⁵⁴ *Idem*, pp. 536-537.

especial". Sin embargo, al tenor de lo dispuesto en el inciso 11°, el tribunal que conoce de la gestión puede de oficio solicitar al tribunal constitucional la declaración de inconstitucionalidad; (2) El efecto es general, pero sólo después de que ha sido así declarado, de oficio o a petición de parte (para lo cual hay acción pública, conforme al inciso 12° propuesto), por el tribunal, y sólo después de tres fallos uniformes y unánimes (pero no necesariamente consecutivos)⁵⁵; y, desde luego, (3) La competencia para conocer del recurso deja de pertenecer a la Corte Suprema (se suprime el art. 80 de la Constitución) y pasa al tribunal constitucional.

El más determinado impulsor de esta modificación fue E. Valenzuela, ministro del tribunal constitucional, quien afirmó, como hemos visto, que "el recurso de inaplicabilidad efectivamente presenta varios problemas y no responde a ningún parámetro jurídico válido, al llevar en su esencia la desigualdad ante la ley"⁵⁶. Vemos aquí reiterada la incoherencia que el modo canónico introduce al recurso de inaplicabilidad: no es coherente que si el recurso de inaplicabilidad es uno en el cual se examina la constitucionalidad de una ley en relación a la Constitución sus efectos sean particulares y requiera la existencia de una gestión judicial.

Nótese que la solución ofrecida por la comisión no elimina, sino sólo parcialmente matiza, las incoherencias actuales del recurso de inaplicabilidad. Esto fue reconocido por el propio Valenzuela, según consta en el informe de la comisión⁵⁷: el recurso todavía produciría efectos particulares (hasta la declaración de inconstitucionalidad, que sólo sería procedente después del tercer fallo uniforme), y sigue exigiendo la gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial.

Esta posición de Valenzuela fue criticada por el otro ministro del tribunal constitu-

cional que concurrió a la Comisión del Senado, J. Colombo, que sostuvo que

el fallo de este organismo debe expulsar la norma del ordenamiento jurídico porque, de lo contrario, se produce una desigualdad absoluta entre dos personas que en un país se rigen por una misma Constitución. Para un sujeto que logró una sentencia favorable en un recurso de inaplicabilidad, esa ley no existe y no se le aplica, y para todo el resto de los chilenos esa ley es perfectamente constitucional, tiene que aceptarse y los tribunales tienen que aplicarla. De tal modo que en virtud de los principios de supremacía constitucional, de la concentración de la justicia constitucional y de igualdad ante la ley, ésta tiene que ser constitucional o inconstitucional y si es inconstitucional, tiene que serlo para todos y eliminarse del sistema⁵⁸.

⁵⁸ *Idem*, p. 519. La posición de Colombo, aunque legalista (véase *infra*, texto que acompaña la n. 120), es coherente, como no lo es la de VALENZUELA. Este cree (conforme al modo canónico) que el contenido del juicio que el tribunal constitucional habrá emitido las tres primeras veces (*i.e.* la contradicción entre la Constitución y el precepto legal) es *el mismo* que el contenido del juicio que el tribunal emitirá la cuarta vez. Esto es un error (es como sostener que la Corte Suprema puede declarar 'nulo', por dos tercios de sus miembros, el art. 1545 del Código Civil después de haber declarado la nulidad de tres contratos en tres sentencias unánimes y consecutivas). Adicionalmente, introduce una nueva incoherencia al sistema de 'protección' de la Constitución: si el tribunal se pronuncia sobre la contradicción entre una norma contenida en un proyecto ya aprobado por las cámaras y el Presidente de la República no se requiere que reitere su juicio cuatro veces, ni que reúna un *quorum* especial. ¿Por qué exigirlo para el control represivo? VALENZUELA explica: "Quiénes integran [el tribunal constitucional] son humanos y lo más grave que puede hacer un Ministro en un Tribunal de esta índole es dejar sin efecto una ley vigente que fue aprobada por los Poderes Ejecutivo y Legislativo, lo cual puede convertirse en algo irreversible" (*idem*, pp. 510-511). Pero desde luego es igualmente grave que el tribunal impida la promulgación de

⁵⁵ Si los fallos son uniformes, pero no unánimes, se requiere, conforme a la comisión, dos tercios de los votos de los integrantes del tribunal.

⁵⁶ *Loc. cit.* en n. 1, p. 510.

⁵⁷ *Ibidem*.

Los órganos involucrados, por su parte, se limitaron a abogar por una ampliación de sus atribuciones: la Corte Suprema informó que a su juicio era conveniente mantener su competencia para conocer del recurso de inconstitucionalidad,

sin perjuicio de las innovaciones adecuadas que podrían formularse, como sería, por ejemplo, que después de tres fallos uniformes que acojan la inconstitucionalidad de un precepto legal, la Corte comunique el antecedente al tribunal constitucional para los efectos sancionatorios de carácter general que también deberían establecerse⁵⁹.

El tribunal constitucional, por su parte, con la excepción de dos de sus ministros (que también son integrantes de la Corte Suprema), se manifestó de acuerdo con la nueva competencia que se le asigna⁶⁰.

AL RESCATE DEL MODO CANÓNICO:
EL EFECTO RELATIVO DE LAS
SENTENCIAS JUDICIALES

Quizás, sin embargo, le hemos imputado incoherencia al modo canónico demasiao apresuradamente. Quizás es posible encontrar una explicación, tanto para la exigencia de gestión pendiente como al hecho de que los efectos de la resolución valgan sólo respecto del caso, no en la justificación de la existencia del recurso, sino en las características del *modo* en que el recurso es fallado.

Este argumento podría basarse en el efecto relativo de las sentencias judiciales, es decir, en los límites subjetivos y objetivos de la cosa juzgada. Las sentencias judiciales, se dice, sólo alcanzan en sus efectos a las partes

del litigio. Por consiguiente, no es raro que los efectos del recurso de inaplicabilidad alcancen también sólo a las partes. Por el contrario, ello es simplemente la consecuencia normal del hecho de que lo que lo decide sea una *resolución judicial*. “La inoponibilidad de los actos procesales”, sostiene Colombo, “es la regla general”⁶¹. Esta es una manera de salvar la incoherencia que el modo canónico imputa al recurso de inaplicabilidad, porque aunque la razón que justifica el fallo es el conflicto abstracto de la ley y la Constitución, el mecanismo institucional a través del cual este juicio se manifiesta es una sentencia judicial. Serían el efecto propio de ésta, y no la justificación dogmática de aquél, lo que explicaría el efecto relativo de la sentencia que acoge o rechaza el recurso de inaplicabilidad⁶². En esta sección quiero someter este argumento a un detenido y cuidadoso análisis, porque su refutación nos proveerá de una valiosa pista

⁶¹ COLOMBO, J.: *Los Actos Procesales* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997), vol. ii, p. 522.

⁶² Entre muchos otros, véase MARSHALL, E.: *El Recurso de Inaplicabilidad* (Santiago: Dirección General de Prisiones, 1947), p. 49: “Tal concepción [refiriéndose a los efectos particulares del recurso de inaplicabilidad] no es sino aplicación del principio de la obligatoriedad relativa de la cosa juzgada”; véase también RUBANO, M.: “Valor jurídico de las sentencias sobre inaplicabilidad de las leyes”, en 8 *Revista de Derecho* (Valdivia: Universidad Austral, 1997), p. 109: “Un control de constitucionalidad de la ley *ex post*, con efectos generales y obligatorios, en los términos de la comisión de estudios de la nueva Constitución, tiene como impedimento el sistema de jurisprudencia que impera en Chile al tenor del artículo 3° del Código Civil”; BULNES, *op. cit.* en n. 31, p. 42: “La sentencia que acoge la petición o recurso de inaplicabilidad sólo produce efectos para el caso planteado y viene a ser la corroboración del artículo 3 del Código Civil”; Secretaría General de la Presidencia, “Consideraciones sobre posibles modificaciones al recurso de inaplicabilidad” (Minuta 380/04-08-97/CC), p. 4: “Esta declaración [de inaplicabilidad] tiene validez para el caso en que se solicita, y en ningún otro, pues las sentencias judiciales, conforme lo indica el inciso 2° del artículo 3 del Código Civil, no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”.

una ley que ya ha sido aprobada por los Poderes Ejecutivo y Legislativo. Parece absurdo pensar que el tribunal sólo puede equivocarse (por ser sus ministros ‘humanos’) cuando ejerce el control preventivo.

⁵⁹ *Id.*, p. 521.

⁶⁰ *Id.*, pp. 526-528.

que nos permitirá superar la incoherencia del modo canónico.

El efecto relativo de las sentencias judiciales no es suficiente para restablecer la coherencia del recurso de inaplicabilidad, aceptado que sea el modo canónico. La idea de que las resoluciones judiciales son inoponibles a terceros es una verdad a medias, así como es una verdad a medias que el contrato es inoponible a terceros⁶³. La consideración comparada de sentencias y contratos será, como veremos más adelante en esta sección, altamente instructiva. Sentencias y contratos son generalmente oponibles, en tanto normas jurídicas creadas mediante el ejercicio válido de potestades jurídicas. En efecto, todos los contratos y todas las sentencias producen, respecto de terceros que no son parte, todos los efectos que se sigan del hecho de que ellos sean normas jurídicas que pertenecen al sistema jurídico chileno.

Para rescatar el modo canónico es necesario sostener que hay algo en la *esencia*, o en la *naturaleza*, de las resoluciones judiciales que hace que sus efectos sean relativos. En esta sección sostendré que esto es incorrecto. La explicación para el efecto relativo de las resoluciones judiciales no debe ser buscada en la *naturaleza* de ellas, en (para usar un lenguaje con menos compromiso metafísico) el tipo de norma jurídica que la sentencia judicial crea, sino pura y simplemente en su *contenido*. Veremos que una explicación

que se apoye en el *contenido* de las resoluciones judiciales más que en su *naturaleza* es substantiva y dogmáticamente más adecuada.

Para comenzar⁶⁴, es importante observar que, por muy relativos que sean los efectos de una sentencia judicial o de un contrato, ellos crean normas jurídica válidas. La *existencia* de esas normas jurídicas es producto de que ellas sean consecuencia del ejercicio válido (*i.e.* reconocido) de potestades jurídicas contenidas en otras reglas de adjudicación o de cambio⁶⁵. *En tanto reglas jurídicas válidamente creadas*, ellas son oponibles a todos. El sentido en el cual estoy sosteniendo la validez *erga omnes* de una regla aparece claramente en el artículo 76 de la Ley de Quiebras:

Son inoponibles a la masa los siguientes actos o contratos ejecutados o celebrados por el deudor desde los diez días anteriores a la fecha de la cesación de pagos y hasta el día de la declaración de quiebra:

[...]

2. Todo pago de deuda vencida que no sea ejecutado en la forma estipulada en la convención. La dación en pago de efectos de comercio equivale a pago en dinero.

Para los acreedores de la masa no es, entonces, irrelevante que entre el fallido y un tercero exista o no un contrato; de hecho, tampoco es irrelevante el contenido preciso del contrato. Si la enajenación de la cosa hecha por el deudor está justificada por una norma jurídica válida (*i.e.* creada mediante el ejercicio reconocido de la potestad, en este caso, negocial), los acreedores deben aceptar ese acto de disposición patrimonial a pesar de que los perjudica. Si el acto de disposición patrimonial no es hecho en cumplimiento de una

⁶³ Que la tesis de Colombo (de que la inoponibilidad es la regla general tratándose de resoluciones judiciales) es inaceptable se sigue de su propia caracterización de la inoponibilidad: "La inoponibilidad se nos presenta como una *sanción* que se produce cuando no se cumple con los requisitos o condiciones que la ley prescribe" (*idem*, p. 525; el destacado es agregado). No es razonable sostener que las resoluciones judiciales son, por regla general, sancionadas por no cumplir con los requisitos o condiciones que la ley establece. Que nulidad, inoponibilidad y otras formas incompletas de reconocimiento del ejercicio de potestades jurídicas no pueden, sin grave deformación, ser caracterizadas como 'sanciones' es algo que debería ser pacífico después de HART, *The Concept of Law* (Oxford: Clarendon Press, 1994), pp. 33 ss.

⁶⁴ Aquí estoy en deuda con el profesor RODRIGO BARCIA, quien más de una vez debió soportar mi irrupción en su oficina para discutir algún aspecto de los temas tratados en esta sección.

⁶⁵ Utilizo estas etiquetas en el sentido de HART, *op. cit.* en n. 63, pp. 94 ss.

norma tal, los acreedores no tienen el deber de aceptarlo. Aquí se aprecia que es precisamente el contrato el que es oponible a todos. Desde luego, hay un sentido importante en el que el contrato es inoponible a los acreedores, en tanto terceros: ellos no se ven alcanzados por aquél en cuanto ellos no son sujetos pasivos directos de la obligación que crea (utilizando esta palabra en el sentido estricto que ella tiene en derecho privado), pero de eso no se sigue que el contrato no los afecte negativamente. Si hay contrato, y si el acto de disposición patrimonial del deudor ha sido realizado en conformidad a él, entonces los acreedores no podrán aumentar el patrimonio del deudor (y por consiguiente la posibilidad de ver satisfechos sus créditos) impugnando el pago del deudor, aun cuando éste ha sido hecho en el período inmediatamente anterior a la cesación de pagos.

El artículo 76 de la Ley de Quiebras es instructivo en este sentido, porque indica precisamente que si la transferencia patrimonial hecha por el deudor que perjudica a los acreedores no es hecha en conformidad con esa regla, los acreedores no se ven perjudicados por ella.

Visto de este modo, que las sentencias y los contratos, o mejor dicho, las normas por ellos creadas, sean oponibles a todos no es una característica accesoria de ellos: las sentencias se dictan y los contratos se celebran, en una medida importante, *para* que puedan ser oponibles a todos. Obtenida la sentencia condenatoria a pena aflictiva el Director del Servicio Electoral debe cancelar la inscripción electoral del condenado, aun cuando el Servicio Electoral no ha sido parte del proceso criminal respectivo: la persona que ha sido condenada 'cuenta' como condenada para todos los efectos legales, así como el deudor 'cuenta' como deudor y el acreedor 'cuenta' como acreedor⁶⁶.

Por eso tiene razón R. Domínguez cuando sostiene que

el contrato es, por esencia, oponible a todos, porque nadie puede desconocer el contrato convenido entre otros, ni puede, por lo mismo, impedir ni privar ni discutir a las partes los derechos y obligaciones que provienen del contrato⁶⁷,

y no cabe duda de que esto es tan correcto respecto de contratos como lo es respecto de sentencias judiciales. Que, en tanto norma jurídica, el contrato o la sentencia existan quiere decir *precisamente* que todos tienen el deber jurídico de aceptar su existencia.

Esto no es en absoluto novedoso. El núcleo de lo sostenido por Domínguez no puede sino ser considerado un punto bastante obvio: todos los contratos y todas las sentencias producen, respecto de terceros que no son parte, todos los efectos que se sigan del hecho de que ellos sean normas jurídicas que pertenecen al sistema jurídico chileno. No es correcto decir que las sentencias y los contratos no son oponibles a quienes no son parte del litigio o del contrato. De hecho, tratándose de sentencias judiciales, la situación en el Código Civil dista de ser una clara división entre regla general/excepciones. Al contrario, *los efectos* de una sentencia judicial son muy variables⁶⁸.

En primer lugar, podemos pensar en una sentencia judicial que declara que A debe a B una suma de dinero como indemnización de perjuicios, en conformidad a lo dispuesto, por ejemplo, en el artículo 2314 del Código Civil (responsabilidad delictual y cuasidelictual).

⁶⁷ DOMÍNGUEZ, R.: "Los terceros y el contrato", en 174 *Revista de Derecho* (Universidad de Concepción, 1983), p. 165. Domínguez sin embargo exagera: cualquiera puede, desde luego, discutir a otro un derecho (para eso están los procesos judiciales, después de todo). Pero el núcleo de lo sostenido por Domínguez es correcto: el contrato (o la sentencia) crea una norma que pertenece al sistema jurídico chileno, y que por tanto obliga (a *qué* y a *quiénes* obliga, como veremos, es harina de otro costal).

⁶⁸ La distinción de los tres casos que siguen aparece en HOYOS, F.: *Temas Fundamentales de Derecho Procesal* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1987), pp. 216-219.

⁶⁶ Uso aquí la expresión 'cuenta como' [*counts as*] en el sentido de SEARLE, J.: *The Construction of Social Reality* (Harmondsworth: Penguin, 1995), pp. 43 ss.

Nadie más que A queda constituido ('cuenta') como deudor en virtud de esta sentencia, y nadie más que B queda constituido ('cuenta') como acreedor. Este, conforme a la doctrina tradicional, es el efecto 'natural' de las sentencias judiciales (cosa juzgada). Pero ya hemos visto que incluso en este caso la sentencia tiene un efecto para todos: la deuda que A tiene, después de la sentencia judicial, es una deuda que puede perjudicar a los acreedores de A.

A continuación aparecen una serie de otros casos en que la sentencia produce efectos más significativos respecto de terceros, que Hoyos denomina "efecto reflejo" de la sentencia. Estos efectos

se despliegan respecto de algunos terceros que, si bien no litigaron, se encuentran en situaciones jurídicas materiales o substanciales dependientes de la relación decidida o conexas con ella⁶⁹.

Estos casos abundan en el Código Civil (para mencionar sólo una de las leyes más tradicionales de nuestro sistema jurídico). En efecto, la sentencia que declara una prescripción vale contra terceros (art. 2513)⁷⁰; la que declara, a instancia de un acreedor hereditario, la calidad de heredero de una persona produce efectos "respecto de los demás acreedores", aunque no hayan sido parte en el juicio (art. 1246); la que declara la nulidad da acción contra terceros poseedores, que no han sido parte del juicio⁷¹ (art. 1689); la que de-

clara la nulidad de la obligación principal beneficia al fiador, aunque no haya sido parte en el juicio (art. 2381 N° 3); lo mismo ocurre con la sentencia que declara dueño a quien ya había hecho tradición de la cosa a un tercero: beneficia al tercero, que como consecuencia adquiere retroactivamente el dominio (art. 682). En el juicio de partición, el tercero que ha adquirido uno de los bienes comunes es directamente afectado por la sentencia de partición: si su enajenante se adjudica el bien enajenado se hará dueño retroactivamente, y si no se lo adjudica "se podrá proceder como en el caso de la venta de cosa ajena" (art. 1344 inciso 2°).

El caso de la venta de cosa ajena (art. 1815) es instructivo, porque involucra la colisión de dos posiciones institucionales. Si A vende a B una cosa de propiedad de C, C no adquiere obligación alguna frente a B. Veremos después que esto se explica fácilmente porque el dominio personal de validez de las reglas creadas mediante el ejercicio de la potestad negocial (fijado por las reglas de cambio que constituyen esa potestad) está limitado a las partes que concurren con su voluntad al contrato. En este caso, el sentido subjetivo del acto realizado por A y B no coincide con su sentido objetivo: mientras las partes pretendieron realizar un contrato que obligaría al dueño de una cosa a hacer tradición de ella, en realidad realizaron un contrato por el cual el que no es dueño de una cosa se obligó a hacer tradición de ella. La norma creada por el contrato de A y B, en tanto pretende imponer obligaciones al dueño de la cosa (C) no es reconocida, aunque es reconocida en tanto impone obligaciones a las partes.

Es a este efecto del contrato (*i.e.* que es válido, pero que no obliga a C a entregar la cosa) a lo que la doctrina se refiere cuando habla de 'efectos relativos' o 'inoponibilidad'

considerando no sólo la regla procesal del artículo 1690 del Código Civil, sino también el hecho de que cada uno de ellas puede ser independientemente válida o nula: incluso si las dos personas que han contratado con un tercero son demandadas de nulidad es posible que la demanda se acoja respecto de uno y se rechace respecto del otro.

⁶⁹ *Idem*, p. 217.

⁷⁰ El artículo 2513 exige, tratándose de la sentencia que declara la prescripción de un bien inmueble, 'competente inscripción' para que valga contra terceros, pero esto no afecta el argumento ofrecido.

⁷¹ Aunque "cuando dos o más personas han contratado con un tercero, la nulidad declarada a favor de una de ellas no aprovechará a las otras" (art. 1690). Esta regla tiene sentido porque, desde el punto de vista jurídico, lo que hay son dos normas jurídicas: una que vincula a una de las personas y al tercero, y la otra que vincula al tercero y a la otra persona. Que hay dos normas queda claro

del contrato. Pero esto es un error. La mejor demostración de que aquí no se trata de que el contrato sea *inoponible*, es decir indiferente a C, es que la posición de C cambia según si hay o no un contrato entre A y B (y cambia, desde luego, según el tipo de contrato que haya entre A y B). Si A, por ejemplo, es arrendatario de la cosa, B se hará poseedor (regular o irregular, según el caso) si celebra con A un contrato de compraventa (con lo que C perderá el dominio pasado el período de prescripción), pero no se hará dueño si celebra un contrato de arrendamiento con A (y por consiguiente C no perderá el dominio). Si, sin mediar contrato alguno, B simplemente se apropiara de la cosa, no adquiriría la posesión de la misma y no estaría en posición de ganarla por prescripción (salvo cumplidas las exigentes condiciones del art. 2510, N° 3). El contrato entre A y B, que se supone que para C es inoponible en el sentido de indiferente, puede hacer toda la diferencia entre que C pierda o no el dominio, pese a que él no es parte del mismo.

Todos estos son casos en los cuales un acto judicial (o convencional) constituye o contribuye a constituir la posición jurídica de una persona en una relación jurídica (como fiador, heredero, dueño de una cosa, etc.). Declarado judicialmente que una persona 'cuenta' como dueño, heredero, etc., entonces esa persona cuenta como tal, por regla general, respecto de todas las personas. Otra cuestión, importante aunque distinta de la que estamos considerando, es que por regla general las relaciones jurídicas de derecho privado tienden a estar aisladas unas de otras. Esto implica que por regla (estadísticamente) general el hecho de que B haya sido declarado en la posición jurídica de comprador respecto de A no afecta las posiciones jurídicas de otros. En lo que eventualmente lo haga, sin embargo, B 'cuenta' como comprador.

Pero esto todavía no agota el panorama. Es necesario agregar un tercer tipo de casos,

en que la eficacia que la sentencia despliega se extiende a otras personas ajenas a los litigantes, por expreso mandato de la ley, como ocurre, p. ej., con los

fallos inherentes al estado civil de las personas⁷².

Es interesante destacar que Hoyos no tiene problemas para extender lo que él entiende como una *calificadísima excepción* a casos que no están cubiertos por el texto expreso de la ley. De hecho, el art. 315 del Código Civil, que Hoyos cita para justificar su referencia a los fallos que deciden el estado civil de las personas, no se refiere a sentencias "inherentes al estado civil"⁷³. En realidad, es mucho más restringido:

Art. 315. El fallo judicial pronunciado en conformidad con lo dispuesto en el Título VIII que declara verdadera o falsa la paternidad o maternidad del hijo, no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos, relativamente a los efectos que dicha paternidad o maternidad acarrea.

Si éste fuera un caso justificado sólo en atención al 'expreso mandato de la ley' como Hoyos parece creer, entonces no parece haber razón para extender su aplicación a otras sentencias que se pronuncian, por ejemplo, sobre la nulidad de matrimonio o sobre otros aspectos del estado civil: el pretendiente de la mujer cuyo matrimonio ha sido declarado nulo necesitaría demandar otra vez para que se declare nuevamente la nulidad de matrimonio, esta vez respecto de él. Pero no es así: una vez declarado nulo, el matrimonio no ha existido para nadie: la sentencia que declara nulo un contrato de matrimonio efectivamente 'expulsa' del sistema jurídico la norma que las partes pretendieron crear al ejercer la potestad negocial. El hecho de que todos los comentaristas, de modo unánime, generalicen de modo tan evidente y pacífico a partir de una disposición reputada tan excepcional-

⁷² HOYOS, *op. cit.* en n. 68, p. 218-9.

⁷³ HOYOS no indica cómo una sentencia judicial puede ser 'inherente' al estado civil de una persona.

lísima⁷⁴ muestra que lo que está operando aquí no es el expreso mandato de la ley sino una lógica justificatoria más profunda. Es esta lógica la que quiero indagar.

Esta lógica justificatoria más profunda puede explicarse en los siguientes términos: no se trata de que haya algo en la naturaleza, en la *esencia* de las sentencias judiciales que hace que ellas alcancen en sus efectos sólo a las partes del litigio. Las excepciones son demasiadas para aceptar esta tesis. En tanto normas jurídicas válidamente creadas, ellas son parte del sistema jurídico. Esto se sigue de las reglas de reconocimiento, es decir, de las reglas que asignan (en términos de Kelsen) un sentido objetivo al sentido subjetivo asignado a la dictación de la sentencia por la persona que la dicta. Al preguntar, sin embargo, quiénes están obligados por una sentencia

judicial cuya validez (existencia específica) es aceptada, nos estamos moviendo a un nivel de discurso diferente. Ya no estamos preguntando si la norma existe o no (si es válida o no), sino estamos preguntando cuál es (nuevamente en términos de Kelsen) su *dominio* (o *ámbito*) de validez, es decir cuál es su contenido:

El dominio de la validez de una norma constituye un elemento de su contenido, y ese contenido puede [...] estar predeterminado, hasta cierto punto, por otra norma superior⁷⁵.

La pregunta, entonces, es cuál es la regla conforme a la cual el sistema jurídico determina el dominio de validez de una regla judicialmente producida. Aquí estamos preguntando por la determinación del contenido de la sentencia judicial por otras normas del sistema jurídico (*i.e.* otras normas de adjudicación). El contenido de la sentencia estará determinado en parte por ella misma, pero no completamente: el derecho no necesariamente atribuye a un acto una significación objetiva idéntica a la significación subjetiva de sus autores; el sentido objetivo de un acto no necesita coincidir con su sentido subjetivo. Un juez que dicta una sentencia condenando a una persona que no ha sido notificada dicta una sentencia cuyo sentido subjetivo es imponer a esa persona la obligación de que se trata, pero cuyo sentido objetivo es diverso (si es que tiene algún sentido objetivo: puede carecer completamente de él). Es en este sentido que el dominio de validez de una sentencia judicial, pese a ser parte de su contenido, está parcialmente determinado por otras regla de adjudicación del sistema.

¿Cuál es, entonces, el criterio conforme al cual el sistema jurídico chileno determina el dominio (personal) de validez de una regla creada mediante una sentencia judicial? La respuesta tiene que ver con la naturaleza institucional del derecho. Para apreciarlo, sin embargo, deberemos hacer un nuevo desvío.

⁷⁴ Nótese que estoy hablando aquí de que la sentencia produzca efectos respecto de terceros, no que tenga eficacia de *cosa juzgada* respecto de terceros. Estas son dos cuestiones diversas: la primera mira solamente al hecho de si la sentencia judicial produce efectos respecto de otros, es decir, si otros ven afectada su posición jurídica (en lo que fuere substantivamente pertinente) por una sentencia dictada en un juicio en el cual no han sido partes. A esto, en materia de estado de las personas, hay que dar una respuesta categóricamente afirmativa. Si un matrimonio es declarado nulo, o una persona es declarada presuntivamente muerta, esa declaración vale para todos en el sentido de que las posiciones jurídicas de todas las personas deben ser determinadas considerando a esa persona soltera o muerta, aun cuando no hayan sido parte del juicio. Otro problema es si la sentencia judicial que así lo declara produce cosa juzgada en sentido estricto, en el sentido de irrevocabilidad, en contra de todos. Este es un problema distinto, que es solucionado de diversas maneras. Así, por ejemplo, en el caso citado por R. RAMOS (78 *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1975), 2/1, p. 175), la sentencia que a favor del hijo rechaza la demanda de nulidad de la cónyuge de éste no produce cosa juzgada (en el sentido de irrevocabilidad) respecto del padre del demandado que a su vez, posteriormente, demanda la nulidad del mismo matrimonio: véase RAMOS, R.: *Derecho de Familia* (Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 2000), p. 487. Pero la sentencia que declara la nulidad del matrimonio, una vez inscrita, produce cosa juzgada *erga omnes*.

⁷⁵ KELSEN, H.: *Teoría Pura del Derecho* (México: Porrúa/UNAM, 1991; ed. orig. 1960), p. 26.

Que el derecho sea, en palabras de N. MacCormick, un “hecho institucional”⁷⁶ significa que

contratos, derechos de dominio, corporaciones y matrimonios tienen una existencia temporal, aunque no espacial; ellos son creados, o podríamos decir ‘instituidos’, a través de la realización de un acto o la ocurrencia de un evento y continúan en existencia hasta que ocurre algún otro acto o evento [...]. Pretensiones y deberes jurídicos se fundan en la existencia de contratos, derechos de dominio, corporaciones, matrimonios, etc. La existencia de cualquiera de éstos es la consecuencia jurídica de la ocurrencia de ciertos tipos de actos o eventos, pero el derecho además los hace a su vez condiciones de consecuencias jurídicas adicionales⁷⁷.

Que el derecho sea institucional está estrechamente relacionado con que el derecho sea, en un alto (aunque no completo) grado, *formal*⁷⁸. Que el derecho sea formal, a su vez, significa que el derecho establece, por así decirlo, ‘marcadores’ formales que indican la presencia de una razón substantiva. El derecho luego opera sobre la base del marcador formal y pierde de vista la razón substantiva. Así, para usar uno de los ejemplos discutidos por J. Searle, considérese el caso de la asesoría legal. Hay buenas razones substantivas para exigir conocimientos jurídicos mínimos a quienes prestan asesoría jurídica. El criterio substantivo es, entonces: puede prestar asesoría legal el que sabe derecho. Pero cargar al consumidor de asesoría jurídica con la tarea de determinar si un oferente de ese servicio efectivamente sabe derecho es demasia-

do oneroso para el primero. En vez de obligar al consumidor a que verifique los conocimientos de su abogado prospectivo, el derecho le facilita las cosas por la vía de asignar un marcador formal a quienes saben derecho: son quienes poseen el título de abogado. Para acceder al título de abogado, en consecuencia, es necesario reunir ciertos requisitos que (normal pero no infaliblemente) indican que quienes los detentan poseen ciertas características substantivas (conocimiento del derecho, honorabilidad, etc.: véase el artículo 523 COT). El siguiente paso es asignar al marcador formal, y *no* al hecho de la posesión de las características substantivas, un cierto *status*: para poder patrocinar una presentación ante un tribunal de la república, es necesario ser abogado; no es necesario ni suficiente ser honorable y saber derecho (véase el art. 1 de la L 18120). El derecho se despreocupa de la posesión de las características substantivas, y considera solamente el marcador formal. Entonces

la regla general crea la posibilidad de abusos que no podían existir antes de la regla [...]. La posibilidad de esas formas de abuso es característica de hechos institucionales. Así, por ejemplo, el hecho de que los abogados deben ser certificados crea la posibilidad de que quienes no están certificados puedan pretender que lo están y así pretender que son abogados [...]. Pero incluso una persona que está certificada como abogado puede abusar de esa posición y así dejar de cumplir sus funciones apropiadamente⁷⁹.

En otras palabras, el derecho reconoce sólo lo que el derecho reconoce, e ignora lo demás. El derecho funciona reconociendo esos marcadores formales e ignorando las razones substantivas que esos marcadores pretenden marcar. Esto es desde luego iterable: Lo que importa para ser abogado es (supongamos) saber derecho. Sabe derecho el que sabe derecho. Pero la ley exige título de abogado para

⁷⁶ MACCORMICK, N.: “Law as institutional fact”, en MACCORMICK, N. y WEINBERGER, O.: *An Institutional Theory of Law* (Dordrecht: Reidel, 1986), pp. 49-76.

⁷⁷ *Idem*, p. 52.

⁷⁸ Véase ATRIA, *On Law and Legal Reasoning* (Oxford: Hart Publishing, de próxima aparición), p. 1.

⁷⁹ SEARLE, *op. cit.* en n. 66, p. 48.

que alguien ‘cuenta’ como alguien que sabe derecho, y exige licenciatura en ciencias jurídicas (y otros requisitos) para que alguien cuente como abogado, y la Universidad exige que alguien apruebe un determinado número de ramos para que cuente como licenciado en ciencias jurídicas, etc.⁸⁰.

Las sentencias judiciales y los contratos cumplen la función, ya de declarar que, en términos de MacCormick, ciertos actos o eventos han ocurrido y que en consecuencia cierta posición institucional ha sido creada, modificada o extinguida, o constituyen ellos mismos uno de esos actos en virtud del cual una posición institucional es creada, modificada o extinguida: el contrato por el cual el deudor adquiere una obligación de dar X lo constituye como deudor, y esa posición institucional es oponible a todos (véase el ya comentado artículo 76 de la Ley de Quiebras); el contrato de matrimonio constituye a ambos contrayentes como cónyuges, y esa posición institucional la tienen ellos respecto de todos⁸¹; la sentencia que declara que una persona tiene, respecto de cierta sucesión, la posición institucional de ‘heredero’ obliga a todos a reconocer esa calidad (art. 1246); la que declara que una persona ha adquirido un bien por prescripción lo declara en la posición institucional de ‘dueño’ para todos; la que declara que un ejercicio putativo de potestades jurídicas no ha sido apto para crear un hecho institucional declara que quienes parecían ser partes del contrato ahora declarado nulo en realidad no tienen la posición institucional de ‘contratantes’, y por lo tanto no pueden oponerla ni a su contraparte ni a terceros

⁸⁰ Sobre la iteración de las reglas constitutivas, véase SEARLE, *op. cit.* en n. 66, pp. 80 ss.

⁸¹ Que dos personas sean cónyuges quiere decir que el derecho simplemente supone que entre ellos hay una especial relación de afecto; es completamente irrelevante que esa relación de afecto exista o no, el cónyuge será mientras dure el matrimonio legítimo del otro (art. 1182 N° 3). Aquí vemos cómo el derecho diseña marcadores formales y luego olvida lo marcado y utiliza el marcador. Véase ATIYAH, P. S.: “Form and substance in contract law” en *idem, Essays on Contract* (Oxford: Clarendon Press, 1988), pp. 105-107.

(art. 1689); el caso más evidente es el caso del artículo 315: la sentencia que declara que una persona tiene la posición institucional de ‘hijo’, ‘padre’ o ‘madre’ vale contra todos; Ahora, sin embargo, podemos incorporar ese efecto de la sentencia que acoge la demanda de paternidad o maternidad dentro de una explicación general de los efectos de las resoluciones judiciales y no como una excepción calificadísima a una regla general. Ahora no tendríamos problemas en hacer extensiva la regla del art. 315 a la sentencia que declara la nulidad de matrimonio, o la muerte presuntiva (aunque son casos que no están explícitamente incluidos en la regla del art. 315).

Lo anterior nos permite formular la regla que sigue el sistema jurídico para determinar el dominio de validez (es decir, para determinar parcialmente el contenido) de la regla creada por la sentencia judicial: una sentencia determina autoritariamente la existencia, calificación jurídica u otro aspecto de una posición institucional determinada. La decisión judicial decide la cuestión sobre la posición institucional sometida a su conocimiento, y esa decisión fija esa posición para todos. Otro problema completamente distinto es que como requisito de validez de la sentencia, es decir, como una condición necesaria para el ejercicio válido de la potestad jurisdiccional, se requiere el emplazamiento de ciertas personas, habitualmente las personas cuya posición institucional será directamente discutida. Si no hay emplazamiento, la sentencia no es ‘inoponible’, sino simplemente anulable (*cf.* arts. 768 N° 9 en relación con los artículos 795 y 800 CPC), es decir, ella no es reconocida (o es incompletamente reconocida) como un ejercicio válido de la potestad jurisdiccional: esa sentencia no crea una regla jurídica que determina una posición institucional (o crea una regla que puede ser invalidada). Pero creada que sea la regla, la posición institucional ha sido fijada.

Después de este largo desvío podemos retornar al argumento que lo motivó, es decir, a la idea de que los efectos inter pares del recurso de inaplicabilidad se justifican por la naturaleza del instrumento jurídico a través del cual se crea la regla que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal. Recuér-

dese que el argumento intentaba solucionar el problema de la incoherencia del recurso de inaplicabilidad: si el recurso debía ser acogido, entonces eso constituía una razón para declarar la ley inconstitucional para todos, para negarle validez, pero los efectos de la resolución que declara la inaplicabilidad por inconstitucionalidad sólo alcanzan a las partes. La explicación que ahora estamos en condiciones de rechazar alegaba que esta incoherencia entre los efectos del recurso acogido y su justificación dogmática se explicaba porque no podría ser de otro modo, si lo que acogía el recurso era una resolución judicial, y las sentencias judiciales sólo tienen fuerza obligatoria respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren⁸².

Ahora sabemos que no es correcto decir que las sentencias judiciales sólo tienen fuerza obligatoria respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren⁸³. Las sentencias judiciales fijan una posición institucional, y como consecuencia de la sentencia esa posición institucional queda fijada para todos (otro problema, como hemos visto, es si esa posición institucional puede ser atacada nuevamente, pero el argumento sostenido aquí no necesita pronunciarse sobre eso: habrá que ver las reglas aplicables). Habitualmente, los más

⁸² No he mencionado el artículo 3 inciso 2° del Código Civil en esta parte. Si esa regla se refiere a la validez del precedente como fuente formal del derecho chileno, entonces ella es irrelevante para el argumento aquí. Si se refiere a la cosa juzgada, entonces todo esta sección podría ser vista como un comentario sobre su correcto sentido y alcance. Lo que esta sección intenta hacer es especificar qué debe entenderse por la 'causa' en la cual actualmente se pronunció la sentencia. No quiero tomar partido aquí sobre cuál es la interpretación correcta del inciso 2° del artículo 3: véase STREETER, J.: "Justicia e igualdad" en CORREA, J. *et al.*: *Justicia y Libertad en Chile* (Santiago: Corporación Libertas, 1992), para una defensa de la tesis de que el art. 3 inciso 2° se refiere a la cosa juzgada, no al precedente.

⁸³ Uso aquí (pero no en la nota anterior) la expresión 'causa' para referirme al proceso judicial que se identifica conforme a las tres características del art. 177 CPC: partes, objeto pedido, causa de pedir.

interesados en determinar sus posiciones institucionales en una relación jurídica de derecho privado serán las partes de esa relación, y habitualmente quienes vean su posición afectada por la decisión judicial van a ser sólo ellos. Pero esto es contingente, es decir, depende de las circunstancias. Nada hay en la naturaleza de las resoluciones judiciales que pueda explicar el efecto inter pares del recurso de inaplicabilidad acogido.

El argumento presentado hasta ahora no tiene ánimo reformista: no pretende fundar una interpretación de las reglas aplicables a las sentencias o contratos que no sea la que ha sido aceptada por la mayoría de los autores para cada uno de los casos discutidos más arriba. Sólo sugiere una ordenación más correcta dogmáticamente de la relación entre regla general y excepciones: en cuanto a todos los efectos que se sigan del hecho de que una regla pertenezca al sistema jurídico, las sentencias y contratos producen efectos generales; en cuanto a su contenido, es decir, a las obligaciones, permisiones y deberes que ellas crean, las sentencias y contratos tienen restringido su dominio de validez a las partes (arts. 3 inciso 2° y 1545).

Que el argumento es metodológicamente prolífico, en cuanto sistematiza de modo más adecuado las reglas existentes, se muestra por el hecho de que, si la distinción no se acepta, es necesario, como vimos, construir no dos sino tres categorías, que reflejan *sólo* el texto de los artículos aplicables, sin explicar su racionalidad. Hemos visto cómo Hoyos es forzado a distinguir entre cosa juzgada (con efectos restringidos a las partes del proceso), 'eficacia refleja' de la sentencia y casos en que, "por expreso mandato de la ley" la sentencia alcanza a otras personas⁸⁴. Esta manera de explicar los efectos de la sentencia implica clasificar las sentencias según sus efectos en una clasificación de esas que tanto gustaban a Borges. De acuerdo a la argumento ofrecido aquí, la explicación fundamental es la que Hoyos da a lo que denomina la 'eficacia refleja' de la sentencia: la sentencia alcanza a

⁸⁴ Véase texto que acompaña a la n. 69.

todos los que son afectados por la calificación institucional del caso respecto de la cual se dicta. Esto nos permite explicar tanto el efecto de cosa juzgada (habitualmente sólo las partes serán afectadas por la calificación institucional del caso) como el caso del artículo 315 (a veces esa calificación institucional es importante para quienes no son parte) y los demás casos mencionados⁸⁵. No necesitamos tres categorías distintas. En vez, utilizamos sólo una y atendemos al contenido de la decisión jurisdiccional (dado por ella misma y por las reglas de cambio que constituyen y regulan la potestad jurisdiccional) para determinar su dominio personal de validez.

El argumento tiene mayores consecuencias cuando volvemos al problema original, es decir el de determinar cuáles son las razones que justifican que el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad tenga efectos restringidos sólo a las partes del litigio. En realidad la cuestión, desde el punto de vista del recurso de inaplicabilidad, es más seria ahora. No se trata sólo de que lo que parecía ser una defensa del recurso de inaplicabilidad conforme al modo canónico ha resultado infructuoso, sino que ahora el argumento se ha invertido y contribuye a aumentar la incoherencia del modo canónico. Lo que, conforme al modo canónico, constituye el objeto del recurso de inaplicabilidad es la determinación de si, al crear una regla legal, la potestad legislativa ha sido válidamente ejercida. Al acoger el recurso de inaplicabilidad (en el modo canónico) la Corte Suprema declara que tratándose del precepto legal en cuestión no ha habido ejercicio válido de la potestad legislativa. Por tanto... declara la inaplicabilidad de la ley para el caso. Pero éste no es el efecto que deberíamos esperar encontrar, si las consideraciones contenidas en esta sección son aceptadas. Deberíamos esperar el efecto precisamente contrario. Si el tribunal declara que no ha habido ejercicio válido de la potestad negocial en un caso, si la Corte Suprema de-

clara que no ha habido ejercicio válido de la potestad jurisdiccional conociendo, v. gr. del recurso de revisión (art. 810 CPC), esas decisiones judiciales ‘expulsan (como sostuvo Colombo en la comisión del Senado⁸⁶) la norma del ordenamiento jurídico’ (así, por ejemplo, si ha sido acogido un recurso de revisión de una sentencia condenatoria a pena aflictiva, en los efectos de esa sentencia está, como vimos, desde luego incluido el director del Servicio Electoral). Pero en el caso del recurso de inaplicabilidad, sin embargo, esa expulsión no se produce.

En otras palabras, el hecho de que la decisión que acoge el recurso de inaplicabilidad sea una resolución judicial no nos ayuda a salvar el modo canónico; sí algo lo hace *más* incoherente: todavía estamos hablando de un recurso que, dada su justificación dogmática, *debería* tener efectos generales, que es acogido por una resolución que, dado el problema sobre el que se pronuncia y el contenido del derecho chileno, *debería* tener efectos generales, y que, sin embargo, tiene efectos particulares.

Sin embargo, el argumento de esta sección nos da la primera pista crucial para solucionar la incoherencia del recurso de inaplicabilidad: para explicar el efecto inter pares del recurso acogido tendremos que imputar al recurso un objeto que, por sus propias características, alcance sólo al litigio en cuestión. En otras palabras, necesitaremos concluir que lo que se le pide a la Corte Suprema que declare no es la caracterización institucional del ejercicio de la potestad legislativa, sino que declare algo relacionado con la posición institucional *del caso sometido a su conocimiento*. Si logramos encontrar una explicación del objeto del recurso en estos términos, habremos solucionado la incoherencia. Más adelante sostendré que eso es posible, pero que para eso hay que abandonar el modo canónico. Pero antes, necesitamos salir a buscar la segunda pista.

⁸⁵ Véase el texto que acompaña las nn. 70-71.

⁸⁶ Véase *supra*, texto que acompaña a la nota 58.

JURISDICCIÓN Y LEGISLACIÓN

Como parte del proceso de vulgarización del derecho que hemos venido observando en las últimas décadas, hoy no parece interesante a nuestros autores reflexionar sobre la diferencia entre jurisdicción y legislación⁸⁷. Kelsen parece haber decidido el tema una vez por todas, cuando afirmó que no había ninguna diferencia cualitativa entre jurisdicción y legislación: ambas aplicaban y creaban derecho. Pero esto es profundamente contrainstitutivo: es un hecho público y notorio que la conformación institucional de tribunales y legislaturas es marcadamente distinta. Ello es así tanto en su configuración orgánica (su organización y estructura, sus características, etc.) como en sus procedimientos.

Cualquier repaso a las características orgánicas de los tribunales no puede sino llamar la atención de modo categórico en cuanto a sus diferencias con las legislaturas⁸⁸. Los

tribunales son jerarquizados, mientras las legislaturas no lo son (no hay jerarquía, por ejemplo, entre el Senado y la Cámara de Diputados); ellos no pueden excusarse de ejercer sus potestades, si ello ha sido solicitado válidamente (art. 10 COT, 73 inciso 2° de la Constitución), mientras éstas pueden elegir discrecionalmente las materias de las que se ocuparán; los jueces son inamovibles, mientras los parlamentarios no lo son; éstos son representativos, mientras los otros no lo son, etc.

Nótese que estas diferencias entre la caracterización de los tribunales y de las legislaturas no son solamente una consecuencia de simple inercia institucional: todas ellas están respaldadas por sólidas razones de teoría política y jurídica; cualquiera entiende que ellas son consecuencia de ciertos valores que las instituciones intentan realizar. Pero, después de Kelsen, la teoría del derecho, que niega la diferencia fundamental entre jueces y legisladores, nos impide conectar esas diferencias institucionales con alguna diferencia, equivalentemente fundamental, entre la función de jueces y legisladores. Eso es lo que intentaré hacer en esta parte, porque nos proveerá de la segunda pista crucial para entender la coherencia del recurso de inaplicabilidad.

La tesis que deseo defender es la que la diferenciación institucional entre jueces y legisladores refleja la distinción entre dos modos de discurso, dos lógicas de la argumentación distinta: un problema es decidir que una norma general es válida (razonable, constitucional, justificada) y otro es decidir si esa norma debe o no ser aplicada a un caso concreto. Tratándose del primer problema, todo lo que es necesario considerar es el caso típico, lo que significa, como lo reconocieron los juristas romanos, que

D.1.3.3. las leyes deben trazarse, como Teofasto dijo, de acuerdo a las cosas que ocurren más a menudo, no las que ocu-

⁸⁷ Uso aquí la palabra ‘vulgarización’ en el sentido en que es utilizada por los historiadores del derecho para referirse a la suerte del derecho romano desde el siglo IV. Al respecto, véase KUNKEL, W.: *Historia del Derecho Romano* (Barcelona: Ariel, 1994; edición original 1964), pp. 156 s. A. D’ORS identifica (entre otros) los siguientes rasgos del ‘vulgarismo’: “ii) la tendencia naturalista, que enfoca las instituciones desde el punto de vista de los efectos económicos [...], o de las relaciones sociales, con olvido de las categorías conceptuales, y de la tradicional autonomía del derecho elaborado por la jurisprudencia; iii) la tendencia moralizante, que busca, sin escrúpulos de forma, las soluciones de justicia”. D’ORS, A.: *Derecho Privado Romano* (Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1991), pp. 96-7. Es difícil hoy criticar esta tendencia sin dar la impresión de defender una suerte de *arcana* al cual tienen acceso sólo los abogados, de una forma que se convierte en un fin en sí misma. Pero como los profesores de derecho penal lo han enseñado por ya suficiente tiempo, la forma es la principal garantía. Si no que lo digan quienes han visto sus libros prohibidos, sus películas censuradas o sus posibilidades de control de la reproducción coartadas gracias a la vulgarización ‘naturalista’ y ‘moralizante’.

⁸⁸ Desde el punto de vista de lo que algunos llaman ‘la ciencia procesalística’, lo que viene a continuación es una reiteración de trivialidades, por

lo que cualquier manual básico debe ser útil para ello. Véase una lista de las “Bases de la administración de justicia” en DÍAZ, C.: *Curso de Derecho Procesal Civil* (Santiago: Conosur, 2000), pp. 65 ss.

rren en contra de las expectativas razonables [...]. Lo que ocurre una vez o dos, como dijo Teofasto, el legislador lo deja de lado.

El que una norma sea o no sea justificada, entonces, no depende de si se pudiera producir un contraejemplo en el cual la norma tiene consecuencias inesperadas e indeseables. Consideremos el siguiente problema, que he escuchado más de una vez en Chile, después de la detención de Pinochet en Londres:

si tienes frente a ti a un prisionero que sabes que es un terrorista, que te dice que ha puesto una bomba en un lugar público que va a estallar dentro de dos horas matando a cientos de personas, y que no quiere decirte dónde ha puesto la bomba, ¿lo torturarías?⁸⁹

Una respuesta que (creo) no sirve es ésta: ‘no, porque creo que no se debe torturar jamás’⁹⁰. Puesto que en este tipo de ejercicios

el único límite es la imaginación⁹¹, estoy perfectamente dispuesto a admitir que la historia puede modificarse hasta un punto tal que se justifique torturar al prisionero (¿qué tal si se trata de un dispositivo nuclear en Santiago?, ¿en diez ciudades distintas? etc.)⁹². Pero esta sería una mala razón para incluir una excepción explícita en la prohibición legal de la tortura. Hay algunos fines importantes que exigen una regla que prohíba la tortura bajo cualquier circunstancia, sin considerar estos casos estrictamente posibles (pero poco probables), especialmente después de un período en el cual los oponentes políticos fueron torturados en situaciones mucho más ‘normales’. Cuando el legislador está considerando esta regla lo que le debería preocupar es la pregunta: ‘¿es verdad que, bajo circunstancias normales, la tortura debería ser prohibida?’ Nada más es necesario. Nótese que *sin necesidad de considerar el caso mencionado más arriba, yo puedo creer (como, de hecho, creo) que la respuesta a esa pregunta es categóricamente afirmativa.*

Es importante notar el tipo de razones que podría llevarnos a adoptar una norma general sin excepciones incluso si sabemos que en el futuro es probable que se requieran excepciones al momento de aplicarla⁹³. Nuestras reglas morales o legales justificadas contribuyen a definir nuestra identidad y autoimagen: nos vemos como personas dignas de respeto, que por lo tanto no deben ser traicionadas para lograr la ventaja de alguien, o torturadas solamente porque al torturarnos otros podrán mejorar su condición, etc. La distinción entre aplicación y justificación no es sos-

⁸⁹ El problema planteado por casos de este tipo ha sido objeto de mucha discusión: véase GÜNTHER, K.: *The Sense of Appropriateness* (Albany: SUNY, 1993; edición original 1988), p. 150. Véase también KANT, “On a supposed right to lie from philanthropy” (1797), en KANT, *Practical Philosophy*, editado por A. Wood (Cambridge: Cambridge University Press, 1996). Ambos discuten el siguiente problema: aceptamos como válida la regla ‘no mentirás’, pero nos encontramos en un caso “en donde un hombre inocente, que es perseguido por una fuerza policial brutal, en un estado sin justicia, podría ser protegido si mentimos sobre su escondite” (GÜNTHER, *op. y loc. cit.*).

⁹⁰ En muchas de las ocasiones en las que escuché este argumento era habitual encontrar que muchas personas que correctamente consideraban repugnante la idea de torturar a otro razonaban sobre la base de que la única alternativa a conceder la justificación de la tortura de disidentes políticos durante la época del terror en Chile era adoptar la línea heroica que sin consideración por las consecuencias nunca se puede torturar. No creo que esta posición increíblemente fuerte se requiera para justificar el juicio de que las torturas de los agentes del terror en Chile fueron actos de crueldad difícilmente concebibles.

⁹¹ Lo cual a estas alturas no parece relevante (la primera versión de estas líneas se escribió antes del 11 de septiembre).

⁹² “La cuestión de si estas restricciones indirectas [*i.e.* los derechos] son absolutas o si pueden ser violadas para evitar horrores morales catastróficos y, si éste es el caso, cómo sería la estructura de derechos resultante, es [una] que espero evitar por completo”. NOZICK, *op. cit.* en n. 33, p. 41n. Aquí vemos a Nozick razonando como Teofasto.

⁹³ Cf. GÜNTHER, K.: “Critical remarks on Robert Alexy’s ‘Special-case’ thesis” en *6 Ratio Juris* (1993), 149-151.

tenible, a mi juicio, a menos que se establezca este punto⁹⁴: las reglas generales (morales o legales) contribuyen a caracterizar la forma en que las personas se conciben a sí mismas. La importancia que le podemos otorgar a una declaración de la dignidad e inviolabilidad de nuestros cuerpos y psiques puede ser una razón perfectamente válida para que sostengamos la norma ‘no torturarás’ como justificada sin tener que detenernos a pensar en los casos como los sugeridos más arriba.

Y entonces el caso de un funcionario de la Policía de Investigaciones que es acusado de haber (supongamos) golpeado a un terrorista llega hasta el juez. El detective se defiende diciendo que gracias a la información que el detenido les entregó ellos pudieron localizar y desactivar una bomba nuclear en el centro de Santiago que habría detonado una hora después matando cientos de miles de personas. ¿Cómo debe enfrentar el juez un caso como éste?

Precisamente porque el legislador ha considerado el asunto *ceteris paribus* y ha decidido proscribir la tortura, el juez tiene la obligación legal de, salvo en circunstancias muy excepcionales, fallar en contra del acusado. La restricción ‘salvo en circunstancias muy excepcionales’ es importante porque por las razones consideradas más arriba la ley (todas las leyes, todas las normas jurídicas) incorporan esta restricción⁹⁵. Por lo tanto una forma en la cual la aplicación de la norma puede ser derrotada es demostrando que el caso concreto bajo consideración es una *caso especial*, por lo que *sin negar* la validez o la

obligatoriedad de la norma legal podríamos decir que no debería ser aplicada a tal caso (‘este caso –podría decir el juez– no es uno de los casos que el legislador quiso sancionar’). Esto es lo que una computadora no puede hacer. Esta es la razón por la cual los jueces no pueden ser reemplazados por computadoras. *Esto es lo que caracteriza a la labor judicial*. Un juez (independientemente de su etiqueta institucional) es alguien que tiene el deber de aplicar normas a casos concretos, que tiene la obligación de verificar que los casos que son llevados ante él o ella son lo suficientemente ‘normales’ como para ser resueltos de acuerdo al significado de las reglas aplicables, o bien que son por alguna razón ‘anormales’ y deberían ser solucionados sobre otra base.

La distinción entre justificación y aplicación nos permite asignar diferencialmente competencias entre autoridades políticas, y nos permite también ver la diferencia entre los requerimientos que debe cumplir un órgano encargado de conducir discursos de justificación y los que debe cumplir un órgano encargado de discursos de aplicación. El órgano ‘justificador’ tiene que ser institucionalmente diseñado de tal modo que sus posibilidades de considerar las consecuencias y efectos laterales de una norma bajo circunstancias inalteradas y desde el punto de vista de *todos los potenciales afectados* sean primordiales. No es necesario para el órgano justificador considerar la aplicación de la norma cuya justificación se discute más allá de casos normales, típicos⁹⁶. El órgano aplicador

⁹⁴ Véase ATRIA, *op. cit.* en n. 78, cap. 5. Véase también *idem*, “Las circunstancias de la derrotabilidad”, en 45 *Revista de Ciencias Sociales* (Valparaíso, 2000), pp. 449-456.

⁹⁵ Véase el caso discutido por Habermas: “¿Tenían los ingleses, al entrar a India por primera vez y encontrar el ritual de quemar viudas, derecho a detenerlo? Los hindúes podrían haber dicho que esa institución –el rito de entierro– pertenecía a su forma de vida. En ese caso, yo sostendría que los ingleses debían abstenerse de intervenir, siempre y cuando esa forma de vida fuera realmente autosustentable”. HABERMAS, J.: *Autonomy and Solidarity* (London: Verso, 1996), p. 204.

⁹⁶ Los casos que aparecen discutidos en los debates legislativos no aparecen como *casos concretos*, sino como *ejemplos*. Los ejemplos, como sostiene G. AGAMBEN, son precisamente en cuanto no son casos concretos: “Lo que el ejemplo muestra es su pertenencia a una clase, pero por esta precisa razón el ejemplo queda afuera de su clase en el mismo momento en que la exhibe y delimita [...]. Si una pregunta si la regla se aplica al ejemplo, la respuesta no es fácil, porque la regla se aplica al ejemplo sólo en tanto caso normal y no en tanto ejemplo”; AGAMBEN, G.: *Homo Sacer* (Stanford, CA: Stanford University Press, 1998; edición original 1995), p. 22. El ejemplo es un caso de “inclusión excluyente” (*idem*, p. 21).

tiene necesidades diferentes. Por una parte no hay ninguna razón por la cual deba ser diseñado de modo tal que los intereses de todos los potenciales afectados estén representados: esto no es necesario, porque la pregunta ¿es esta norma una norma justificada, es decir, una norma que cede en beneficio de todos los interesados?, *nunca es planteada en discursos de aplicación*. Lo que se plantea en discursos de aplicación es una pregunta que, a su vez, nunca es planteada en discursos de justificación: ¿Es *este caso concreto* especial en algún sentido, especial tal que la regla *prima facie* aplicable a él no debe serle aplicada? En consecuencia, lo que es primordial en el caso de un órgano aplicador es la habilidad para considerar un caso concreto en detalle, asegurando así que la aplicación de una norma general (justificada) al caso es lo suficientemente apropiada.

J. Waldron ha reclamado que gran parte de la teorización legal ignora el hecho de que las asambleas legislativas en países democráticos son, sin excepción, asambleas y no legisladores individuales⁹⁷. Es cierto que 'Rex' es un recurso simplificador, pero lo que se elimina al simplificar puede no ser tan irrelevante después de todo. Hasta aquí el argumento nos permite comprender este hecho: precisamente porque la función institucional del Poder Legislativo es justificar las normas y no aplicarlas es que los legislativos son asambleas:

El sentido de una asamblea legislativa es representar los principales grupos en la sociedad, y dictar las leyes de modo que sus diferencias sean consideradas seriamente, y no como si ellas no fueran serias o no existieran⁹⁸.

Cuando se trata de justificar una norma esta idea de 'simpatía'⁹⁹ es primordial, en el

sentido de que las normas serán justificadas sólo en la medida en que el requerimiento que expresan es aceptable para todos los involucrados¹⁰⁰. Por otra parte, y puesto que al momento de la aplicación el requerimiento no es justificar una norma sino aplicarla, no existe ninguna razón por la cual los órganos adjudicativos deban compartir la onerosa estructura de una asamblea legislativa. Los órganos adjudicativos dan por sentada la justificación de una norma, y su función es *evaluar un caso concreto desde el punto de vista de todos sus aspectos concretos y singulares*.

La distinción aquí defendida entre justificación y aplicación explica plenamente las diferencias entre la estructura y procedimientos judiciales y la estructura y procedimientos legislativos. Antes de volver a las características orgánicas mencionadas más arriba, aquí quiero destacar que la diferencia entre los *procedimientos* seguidos por jueces y legisladores es comprensible sólo aceptando la diferenciación ofrecida, o algo parecido a ella:

En los discursos legales de aplicación se debe llegar a una decisión acerca de cuál de las normas válidas es apropiada para una situación dada cuyas características relevantes han sido descritas tan completamente como sea posible. Este tipo de discurso requiere de una constelación de roles en los cuales las partes (y si es necesario un fiscal gubernamental) puedan presentar todos los aspectos en discusión de un caso ante un juez que actúa como el representante imparcial de la comunidad legal [...]. Por el contrario, en los discursos de justificación sólo hay participantes¹⁰¹.

Lo mismo vale para las características orgánicas mencionadas más arriba: los tribunales no pueden excusarse (porque si pudieran excusarse estarían solucionando un pro-

⁹⁷ WALDRON, J.: *Law and Disagreement* (Oxford: Clarendon Press, 1999), parte I, *passim*. Sobre este punto, Véase ATRIA, F.: "Verdad, política, derecho" en *6 Ius et Praxis* (Talca: Universidad de Talca, 2000), pp. 560-572.

⁹⁸ WALDRON, *op. cit.* en n. 97, p. 27.

⁹⁹ Sobre la cual véase SMITH, A.: *The Theory of Moral Sentiments* (Indianapolis: Liberty Fund, 1984; edición original 1759), pp. 9 ff.

¹⁰⁰ Ser aceptable para todos los involucrados es desde luego una cuestión de grados, por lo que las normas pueden estar más o menos justificadas.

¹⁰¹ HABERMAS, J.: *Between Facts and Norms* (Cambridge: Polity Press, 1996; edición original 1992), p. 172.

blema sin solucionarlo, es decir, estarían declarando que el caso debe ser tratado como caso normal sin examinar si efectivamente lo es), pero los legisladores deben tener la posibilidad de decidir ellos mismo cuáles son los problemas más urgentes; deben ser jerarquizados de modo que, en principio, un órgano pueda revisar las decisiones de todos los otros (porque los problemas de aplicación tratándose de una misma regla son innumerables, por lo que se requiere uniformar los criterios con los cuales son resueltos), pero los legisladores son todos iguales (lo que cada uno debe hacer para legislar es trata de *convencer* a los otros de que su iniciativa va en el interés de todos; pero unos no se revisan a otros, porque son todos representantes en el mismo sentido); deben ser inamovibles (porque los jueces deben estar protegidos contra influencias externas que enturbien su juicio, de modo que sean libres para analizar el caso concreto sólo desde el punto de vista de lo que es jurídicamente relevante y no, por ejemplo, teniendo en consideración las conexiones familiares o políticas del demandante), pero los legisladores deben someterse periódicamente al sufragio popular (que es la forma en que la capacidad de un representante de efectivamente representar es institucionalmente medida), etc.¹⁰².

¹⁰² Falta de claridad sobre las diferentes necesidades institucionales de un órgano justificador y uno aplicador es lo que hace a la discusión habida en el seno de la comisión del Senado sobre la forma de integración del tribunal constitucional un tanto *dilettante*. El senador Aburto (ministro de la Corte Suprema, desde luego) opinó que sus miembros no debían ser ‘políticos’ sino jueces, porque sólo eso (?) daría “garantía de independencia moral por parte de quienes [ejercen la justicia constitucional]” (mirando la historia de Chile en las últimas, digamos, tres décadas uno podría haber llegado a la conclusión precisamente contraria). Véase *loc. cit.* en n. 1, p. 509; el senador Diez se opuso a lo anterior alegando que los miembros del tribunal constitucional deben poseer “una amplitud que ordinariamente se pierde en el ejercicio de la carrera judicial” (*ibidem*). Valenzuela abogó por una integración mixta, que sería “ideal” (*ibid*). El argumento hasta aquí da una pista clara: si lo que se le encomienda a un órgano es conducir discursos

de justificación, entonces la composición de ese órgano debe garantizar la máxima representación de todos los potencialmente afectados; si lo que se le encomienda es conducir discursos de aplicación, entonces el diseño debe garantizar que ese órgano está en posición de examinar, de modo lo más exhaustivo posible, un caso concreto.

En breve, lo que hace necesaria la distinción institucional entre jurisdicción y legislación es el hecho de que las normas jurídicas no pueden ser aplicadas de modo mecánico a casos concretos sin producir serias distorsiones¹⁰³. Paradójicamente, sin embargo, ha sido el reconocimiento de *este hecho preciso* lo que en la teoría del derecho ha tendido a oscurecer el argumento¹⁰⁴. La forma tradicional de distinguir entre funciones adjudicativas y legislativas estaba inspirada en una distinción insostenible entre ‘crear’ y ‘aplicar’ la ley, otorgándoles a estos términos la siguiente interpretación: los legisladores crean derecho, y entonces la discusión legislativa es una discusión política o moral, etc., sobre lo que el derecho debe ser; pero aplicar la ley es simplemente un problema de ejecutar un silogismo. Ahora, la única razón por la cual menciono esto es para reconocer inmediatamente que es verdaderamente insosteni-

¹⁰³ La frase ‘sin producir serias distorsiones’ es necesaria para evitar errores como el de Hart, que sostuvo que la ‘textura abierta’ de las reglas jurídicas se explicaba por características de éstas en tanto *reglas* (como el lenguaje natural en que estaban expresadas), y no en tanto *jurídicas* (véase HART, *op. cit.* en n. 65, cap. VII; véase también ATRIA, *op. cit.* en n. 94, cap. 1). Nótese que incluso Montesquieu, como veremos (*infra*, n. 105), estaba consciente de que la aplicación mecánica de las reglas no era aceptable, aunque la forma institucional por la que abogaba parece, mirada desde hoy, inconveniente. Sobre por qué es inconveniente, véase ATRIA, F.: “Legalismo, política y derechos”, de próxima aparición en VV AA: *Derechos Fundamentales* (Buenos Aires: Editores del Puerto).

¹⁰⁴ Véase ATRIA, F.: “Concepciones de la función judicial: el caso de la igualdad ante la ley” en VIVEROS, F. y GONZÁLEZ, F. (eds.): *Igualdad, Libertad de Expresión e Interés Público* (Santiago: Universidad Diego Portales, 2000), pp. 111-144, especialmente pp. 115-117.

ble¹⁰⁵. El problema es que al desechar esta versión ingenua de la distinción entre jueces y legisladores la posibilidad de una versión más sofisticada también fue desechada y Kelsen y su tesis de ‘no-hay-distinción-esencial’ resultaron triunfadores. Pero hay una distinción importante. Las diferentes racionalidades de jueces y legisladores están en la práctica comprometidas, pero compromiso no es negación. Lo que caracteriza a la jurisdicción no es el hecho de que los jueces simplemente verifiquen que los hechos operativos de una regla han ocurrido e imputen la consecuencia normativa contenida en la regla al caso concreto¹⁰⁶. Las opiniones del juez acerca de la justicia y la imparcialidad tienen un papel que jugar, por lo que existe un momento ‘decisionista’ en cualquier decisión judicial. Si partimos buscando una diferencia cualitativa, como Kelsen, entre lo que hace el juez que sólo aplica y no crea derecho, y lo que

hace el legislador, que no aplica y sólo crea derecho, estamos destinados a terminar con las manos vacías. Pero si empezamos por la diferencia entre justificación y aplicación no deberíamos tener tan altas expectativas sobre el tipo de diferencias que vamos a encontrar. El criterio es éste: las cortes son instituciones diseñadas para servir como foros para los discursos de aplicación, mientras que las asambleas legislativas son instituciones para servir como foros para los discursos de justificación.

EL RECURSO DE INAPLICABILIDAD COMO TAREA PROPIAMENTE JURISDICCIONAL

El problema, como ha quedado planteado, es elaborar una explicación del recurso de inaplicabilidad que imponga coherencia entre sus características principales. Una explicación que hace al recurso coherente es por eso mismo preferible a una que fracasa en eso.

El modo canónico postula una manera de entender el *objeto* del juicio de inaplicabilidad: la aplicación de norma (constitucional) a norma (legal), y luego invoca elementos o consideraciones extrañas a ese objeto para justificar cada una de sus características principales: así, aunque el objeto del juicio (la aplicación de una norma constitucional a otra legal) justificaría un modo expedito de acceso a la corte y efectos generales para sus sentencias, ello debe ser limitado para impedir una avalancha de recursos que pueda ahogar a la Corte Suprema (por lo tanto se exige gestión pendiente), y debe ser corregido para mantener el equilibrio deseable entre el Poder Judicial y los otros poderes (por lo tanto los efectos de la declaración de inconstitucionalidad se reducen a producir la inaplicabilidad del precepto legal para el caso concreto). Aquí es el objeto lo que tiene prioridad justificativa, en el sentido de que aun cuando las características del recurso no son las que deben seguirse del objeto supuesto, éste sigue siendo tal. Extraña metodología ésta.

Lo que quiero hacer aquí es seguir la estrategia inversa: quiero razonar sobre la base de que son las características del recurso las que tienen prioridad explicativa. En otras palabras, tenemos que detenernos a considerar

¹⁰⁵ Es insostenible decir que “los jueces nacionales son nada más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, meros seres inanimados que no pueden modificar ni su fuerza ni su rigor” (MONTESQUIEU, *Spirit of the Laws* (1752), libro XI.6). Pero es insostenible sólo como una descripción teórica de la función judicial, no como una tesis interpretativa. Debemos recordar el contexto en el cual Montesquieu hizo esta famosa afirmación. El estaba discutiendo una de tres excepciones al principio de que la judicatura “no debe estar unida a ninguna parte de la legislatura” (*ibid*). Una de estas excepciones era que, dado que los jueces no podían modificar ni la fuerza ni el alcance de la ley, el Legislativo debía retener para sí la “autoridad suprema para moderar la ley a favor del derecho mismo, mitigando la sentencia” (*ibid*). Si la judicatura es entendida como el foro de discursos de aplicación, entonces esta fuerte posición montesquieuiana debe ser abandonada en tanto prohíbe a los jueces conducir discursos de aplicación. Puede, sin embargo, ser retenida como una manera particularmente vívida de recordarnos que los jueces amenazan la libertad cuando se mueven más allá y conducen discursos de justificación.

¹⁰⁶ Véase ATRIA, F.: “Legal reasoning and legal theory revisited” en 18 *Law and Philosophy* (1999), pp. 537-577, y la versión española de éste, “Sobre el derecho y el razonamiento legal” en 22 *DOXA* (1999), pp. 79-119; Véase también ATRIA, *op. cit.* en n. 78, capítulo 1.

la justificación de esas dos características *antes* de imputar un objeto determinado al recurso. Sólo después de haber considerado esas características hemos de imputar al recurso un objeto que sea coherente con ellas.

(Metodológicamente, la afirmación anterior supone que no corresponde al legislador justificar sus decisiones, ni explicar la finalidad de las reglas que dicta. Supone también que si el legislador ofrece esas razones o finalidades, sus opiniones sobre ellas no tienen un valor especial en tanto 'voluntad del legislador'. Es el comentarista el que se encuentra con las reglas producidas por el legislador y debe imponer coherencia sobre ellas.)

Lo que buscamos no lo estamos buscando a tientas. Ya sabemos que si podemos asignar al recurso de inaplicabilidad un objeto *estrictamente* jurisdiccional es más probable que encontremos coherencia. Sabemos también lo que quiere decir asignar al recurso un objeto propia y estrictamente jurisdiccional: significa que al conocer y fallar ese recurso lo que la Corte debe conducir es un discurso de aplicación (*i.e.* de aplicación de reglas generales a casos concretos) y no uno de justificación (*i.e.* de determinación de qué regla es razonable, o justa, o constitucional). Sabemos, por último, por qué: porque si lo que se le pide a la Corte Suprema es una decisión de *aplicación*, entonces lo que la Corte Suprema diga será algo que tenga que ver con la caracterización institucional del caso sometido a su conocimiento. Sólo el caso concreto será objeto de discusión y decisión.

Una decisión es jurisdiccional, entonces, en la medida en que mira a casos concretos. Su función es determinar si un caso determinado ha satisfecho los hechos operativos de una regla determinada, y en caso afirmativo si hay algo especial en el caso que justifique que la regla no deba ser aplicada a éste. Por consiguiente lo que los tribunales necesitan es información lo más completa y detallada posible sobre la peculiar configuración del caso concreto sometido a su conocimiento. No pueden satisfacerse, como sí deben los legisladores, con generalidades y casos normales. Ellos son órganos diseñados para examinar un caso concreto de la manera más exhaustiva

posible, con la finalidad de que no haya sido excluida de consideración ninguna característica del caso que sea relevante para la decisión de *aplicación* que deberá adoptarse.

Como la decisión de aplicación es una que se toma teniendo a la vista un caso concreto y su peculiar configuración, es evidente que los efectos de esa decisión no pueden sino alcanzar a ese caso solamente. Si el caso hubiera sido diferente, es posible que la decisión hubiera debido ser diferente también¹⁰⁷.

Pero en el modo canónico la decisión que se le pide a la corte a través del recurso de inaplicabilidad no mira al caso concreto, y por eso no es una de aplicación, sino de justificación. A la Corte Suprema se le pide determinar si es aceptable (*i.e.* constitucional) una determinada regla general. Para decidir esto la Corte no necesita información sobre el caso concreto, por lo que la limitación de la gestión pendiente es arbitraria; y si la corte decide en abstracto, comparando una norma con otra, que una determinada regla es inaceptable (inconstitucional), entonces esa decisión se mantiene en todos los casos en que se mantengan las dos variables constantes, es decir, en todos los casos en que la armonía entre esas dos reglas sea lo discutido. Los efectos de una decisión de este tipo no pueden ser particulares, porque nada hay en el juicio emitido que justifique efectos relativos.

El error del modo canónico es haber aceptado de modo irreflexivo un objeto no jurisdiccional para el recurso de inaplicabilidad. El objeto del recurso de inaplicabilidad, correctamente entendido, es propiamente jurisdiccional: el juicio emitido por la corte es

¹⁰⁷ En el ejemplo mencionado más arriba (*supra* texto que acompaña nn. 90-95) importan los *detalles*, porque nos preocupa el caso concreto: ¿de qué, precisamente, está acusado el detective?, ¿de privar de sueño a la persona para que revele la ubicación de la bomba?, ¿de golpearlo?, ¿de aplicarle electricidad en los genitales o introducir animales u otros objetos en los orificios de su cuerpo? Adicionalmente, ¿cuál era el riesgo amenazado?, ¿una bomba nuclear en Santiago o la destrucción de una torre de electricidad? No cabe duda de que la decisión *de aplicación* que debemos tomar debe considerar estas cuestiones.

uno que se emite teniendo a la vista el caso concreto y *para el caso concreto*, por lo que ambas características no constituyen problemas a ser explicados por otras razones, sino consecuencias coherentes de la correcta comprensión del recurso de inaplicabilidad.

A. Silva y M. P. Silva pasan muy cerca de este punto cuando sostienen que

[Nuestro parecer de que la tarea de la Corte no es simplemente debatir y definir una conclusión abstracta] proviene de la constatación de que, por seria y profunda que sea la gestación de un precepto legal, por firme y sólida que en el curso de ella el legislador haya procurado ponerse en el caso de todas las situaciones previsible, en el hecho la complejidad de la conducta humana y la infinidad de las distintas expresiones de la actividad y propósitos de los integrantes de la sociedad política hacen que sea absolutamente imposible o casi imposible para quien redacta la ley imaginar y tener en cuenta todas las proyecciones que lleguen a derivarse del texto legal y comprender consecuentemente en su dispositivo todos los casos particulares en los cuales el precepto legal vaya a hacerse efectivo. Es por eso que *llevado lo abstracto de una norma a lo concreto de su aplicación, ella puede ser constitucional o no según las características de los problemas específicos que se presenten*¹⁰⁸.

Aquí Silva y Silva caracterizan el juicio que la Corte debe emitir cuando falla un recurso de inaplicabilidad como uno propiamente jurisdiccional: no se trata de evaluar la aceptabilidad (constitucionalidad) de una norma abstracta en función de otra norma abstracta, se trata de determinar si la aplicación de una norma cuya constitucionalidad no es cuestionada resulta *en el caso concreto* inconstitucional. Es la diferencia entre

(1) Aplica lo que es constitucional

y

(2) Aplica lo que es constitucional *aplicar*¹⁰⁹.

Pero Silva y Silva creen que (2) simplemente complementa el modo canónico, es decir, (1). En efecto, ellos aceptan la caracterización del objeto del recurso como

el enfrentamiento del contenido dispositivo sustancial de la norma legal con los preceptos de la constitución misma, para estar en posición de comparar este último concepto con el que ya se haya expresado en el cuerpo legal¹¹⁰.

Pero esto es (1), no (2). (2) es utilizada por Silva y Silva no para caracterizar el objeto del recurso, sino para explicar las peculiaridades de los efectos del mismo: inmediatamente después de haber aceptado que el objeto del recurso de inaplicabilidad es (1), es decir, la comparación abstracta del precepto legal con el constitucional, indican que “la complejidad está, entre tanto, en si *basta* o no este punto de vista”¹¹¹.

En otras palabras, Silva y Silva no perciben que su explicación para la exigencia de un caso concreto y los efectos particulares de la resolución que falla el recurso mantiene la incoherencia del modo canónico: conforme a la lógica del argumento expuesto por Silva y Silva en el §6 de su artículo, la Corte debe responder (2), es decir, al acoger un recurso de inaplicabilidad ella *no objeta la (constitucionalidad de la) ley*, sino su *aplicación* al caso; pero conforme al criterio expuesto por los autores en su §5, la Corte debe responder (1), por lo que al acoger un recurso de inaplicabilidad ella no objeta la aplicación al caso de una ley, sino la ley misma.

Al fin podemos formular la tesis central de este artículo: para explicar coherentemen-

¹⁰⁸ SILVA, A. y SILVA, M. P.: “Marco de la declaración de inaplicabilidad” en 63 *Revista de Derecho Público* (2001), §6 (el destacado es agregado).

¹⁰⁹ Véase DETMOLD, M.: “Law as practical reason”, en 48 *Cambridge Law Journal* (1989) *passim*, esp. pp. 453 ss.

¹¹⁰ SILVA y SILVA, *op. cit.* en n. 108, § 5.

¹¹¹ *Ibidem*.

te el recurso de inaplicabilidad es necesario desechar (1) como caracterización de su objeto (*i.e.* debemos desechar el modo canónico), y entender que él es un medio para que la Corte Suprema se pronuncie sobre (2). Lo que se examina a través de un recurso de inaplicabilidad no es la constitucionalidad de la ley; *no hay examen de norma a norma*. Al contrario, lo que se examina es la constitucionalidad de la aplicación de la ley al caso concreto. En Chile no existe control jurisdiccional represivo de constitucionalidad de las leyes, aunque existe control de constitucionalidad de la aplicación de las leyes.

Quiero discutir a continuación un caso particularmente claro en el que la aplicación de una norma cuya constitucionalidad no necesita ser discutida puede ser problemática desde el punto de vista constitucional.

El primero es el más simple. Como se sabe, el DL 2695 de 1979 fijó normas para la regularización de la posesión de la pequeña propiedad raíz. La Corte Suprema ha conocido en múltiples oportunidades de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de este Decreto Ley. En muchos casos el recurso ha sido declarado inadmisibles, por cuanto a través del recurso de inaplicabilidad no podría, ha sostenido la Corte, objetarse la constitucionalidad de preceptos legales anteriores a la Constitución. Esto sería un problema de derogación tácita, y como tal correspondería solucionarlo al juez del fondo. No me interesa comentar ahora este problema¹¹².

La Corte también ha discutido el problema de si a través del recurso de inaplicabilidad le corresponde pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de un cuerpo legal completo o si sólo tiene facultades para declarar inaplicables disposiciones precisas cuyo contenido sea incompatible con la Constitución. Tampoco quiero discutir este problema¹¹³.

Lo que quiero discutir aquí es sólo el problema de fondo. Para eso, sin embargo, es necesario plantearse una pregunta previa: ¿cuál es el problema de fondo?

Conforme al modo canónico, el problema de fondo es la evaluación, a propósito del caso concreto que se está conociendo, de la compatibilidad o incompatibilidad del precepto legal cuestionado (en este caso, uno o más artículos del DL 2696) con las reglas pertinentes de la Constitución (en este caso, con el art. 19 N° 24).

Pero esto no es, si se acepta el argumento aquí defendido, lo que la Corte debe hacer al fallar el fondo del recurso. La Corte no debe responder la pregunta

(1) ¿Es constitucional el DL 2695 (o los artículos tales y cuales del DL 2695)?

sino la muy diferente pregunta

(2) ¿Es constitucional aplicar a este caso el DL 2695 (o los artículos tales y cuales del DL 2695)?

Que las preguntas son diversas lo muestra el hecho de que la segunda puede responderse *sin considerar la primera*.

En los casos en los cuales la Corte Suprema ha acogido el recurso de inaplicabilidad del DL 2695 ésta ha razonado sobre la base de que la pregunta que debe resolver es (1). El recurso ha sido acogido en atención a que las reglas del DL 2695 serían expropiatorias. Pero si la pregunta es (1), y la respuesta es 'no, porque esas reglas son expropiatorias', la incoherencia del modo canónico es evidente. Si los artículos 15, 16 y 28 del DL en cuestión son inconstitucionales porque, por ejemplo, ellos

contravienen el artículo 19 N° 24 de la Constitución [...], ya que permiten que el titular de un derecho de propiedad sobre un bien raíz legalmente inscrito a su favor sea privado de lo suyo sin expropiación previa y en beneficio de otro que sólo detenta su posesión material¹¹⁴,

¹¹² Véase LINAZASORO, G.: "Jurisprudencia sobre recursos de inaplicabilidad interpuestos en relación al Decreto Ley N° 2695", en PEÑA, C. *et al.*, *Estudios de Derecho Civil* (Santiago: Universidad Diego Portales, 1993), pp. 233-237.

¹¹³ Véase *idem*, pp. 237-241. Véase también YÁÑEZ, *op. cit.* en n. 30.

¹¹⁴ Citado en LINAZASORO, *op. cit.* en n. 112, p. 244.

entonces desde luego eso se aplica a todas las personas que pueden perder el dominio de un bien por los artículos 15, 16 y 28 del DL mencionado. El hecho de que el problema preciso haya llegado a conocimiento de la Corte gracias al recurso interpuesto por el señor Héctor Cardone de la Rosa es irrelevante.

Nótese que no es necesario que esos artículos sean contrarios a la Constitución para que su *aplicación* al caso del señor Cardone sea inconstitucional. Si el señor Cardone hubiera adquirido el dominio sobre la cosa litigiosa antes de la entrada en vigencia del DL 2695, entonces podría alegar que, conforme a la interpretación tradicional del artículo 19 N° 24 de la Constitución, aplicarle a él esa regla afectaba su derecho de dominio¹¹⁵. Al considerar este problema la Corte estaría desde luego discutiendo sobre la base de que la pregunta que ella debe solucionar es (2), no (1). Aquí la Corte no estaría comparando abstractamente el decreto ley con la Constitución. Estaría evaluando constitucionalmente el hecho de aplicar a un caso concreto, el del señor Cardone de la Rosa, una regla cuya constitucionalidad puede perfectamente permanecer indisputada.

Si consideráramos que este tipo de casos constituye el ejemplo más adecuado del recurso de inaplicabilidad correctamente entendido, entonces la incoherencia del modo canónico desaparece: ahora si es importante el caso concreto (la 'gestión pendiente') y del hecho de que una recurso de inaplicabilidad haya sido acogido no podemos concluir nada respecto de la armonía o falta de ésta entre el precepto legal y la Constitución.

Pero podría decirse que esto es restringir en demasía el recurso de inaplicabilidad. Este operaría sólo en los casos en los cuales

¹¹⁵ Véase, entre muchos otros, EVANS, E.: *Los Derechos Constitucionales* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1986), vol. ii, p. 376: "La garantía constitucional [del derecho de propiedad] se extiende también a los derechos adquiridos, los que no pueden ser afectados, restringidos o suprimidos por leyes posteriores". Deseo mantener aquí una posición agnóstica sobre la corrección de esta doctrina, y en lo que sigue la acepto sólo para los fines del argumento.

las reglas constitucionales contienen reglas de aplicación, es decir, en relación con la aplicación de la ley en el tiempo tratándose del derecho de dominio o de la creación de nuevos delitos (art. 19 N° 3). Bastaría que la ley estableciera una regla que regule su vigencia (por ejemplo, un artículo que establezca que la ley regirá desde el momento de su publicación para todos los casos) para que se planteara de nuevo el problema original: ¿podría la Corte Suprema declarar inaplicable la regla de aplicabilidad de la ley?, ¿no sería eso volver al control abstracto de norma a norma?¹¹⁶.

Para responder a la primera objeción habrá que mostrar otros casos en los cuales el recurso de inaplicabilidad podría operar aun cuando no se tratara de casos en los que estén involucradas reglas expresas (o explicitadas de modo suficientemente uniforme por la doctrina) de aplicabilidad. Eso es lo que haré más adelante. Antes, sin embargo, conviene referirse a la segunda objeción. Supóngase que la tesis central de este artículo es aceptada pero que el DL 2695 contuviera un artículo adicional:

Art. 45. Este Decreto Ley regirá en todos los casos en los cuales conforme a su artículo 1 es aplicable desde el momento de su publicación en el Diario Oficial.

Pareciera que esta hipótesis reduce al absurdo la tesis aquí ofrecida. En efecto, pareciera que ahora la Corte Suprema no podría declarar inaplicables los artículos 15, 16 y 28 del DL 2695, aun cuando ellos fueran inaplicables en el sentido estricto defendido más arriba, porque para ello requeriría realizar un control abstracto (*i.e.* un control de norma a norma) del imaginario artículo 45 del DL 2695.

Pero desde luego no hay tal. Si mi argumento es correcto, la Corte no tiene competencia para determinar que el art. 45 (imaginario) del DL 2695 es contrario a la Constitución,

¹¹⁶ Esta objeción me fue planteada por ANTONIO BASCUÑÁN RODRÍGUEZ.

pero sí tiene competencia para declarar que su aplicación a un caso concreto produce un resultado inconstitucional. Esto es así porque, mientras la pregunta sobre la razonabilidad (o aceptabilidad, o constitucionalidad, etc.) de la ley es una pregunta sobre la ley, que desde luego el legislador podría resolver (la sujeción a la ley del juez *consiste* en que el juez no tiene poder para cuestionar la corrección de este juicio del legislador), la pregunta sobre la razonabilidad (o aceptabilidad o constitucionalidad) de *la aplicación de la ley a un caso concreto* es una pregunta sobre la aplicación de la ley a un caso concreto, que el legislador no puede responder. En otras palabras, al legislar el legislador decide qué es lo que es razonable (aceptable, constitucional). Pero el legislador no puede decidir qué es razonable (aceptable, constitucional) *aplicar*, porque para decidir eso necesita considerar la peculiaridad del caso concreto, que no conoce ni puede conocer:

Lo que es razonable aplicar no ha sido decidido por el legislador y no puede ser decidido. Esto es así incluso si se entendiera que nuestra legislación contiene la siguiente norma:

‘todas las personas deberán hacer X y todos los tribunales deberán aplicar esta primera norma’.

Podemos decir que el legislador ha deliberado y decidido: primero, que esta norma es razonable, y segundo, que es razonable aplicar la primera norma. Pero no una tercera cuestión, es decir, si es razonable aplicar la segunda norma. La cuestión subsiste de si es o no razonable aplicar esta segunda norma. Y así. El asunto no es solucionado si la segunda o la tercera norma es autorreferente. Todavía quedaría abierta la cuestión de si es razonable aplicar la norma autorreferente. Esto es igual al problema de si el cretense es mentiroso, que no es solucionado [...] por la afirmación del cretense ‘soy un mentiroso’. No importa cuánto le creamos. No importa cuánto respeto nos merezca el Parlamento. El punto es uno lógico: *no puede respe-*

*tarse una decisión que no ha sido adoptada*¹¹⁷.

Es esta cuestión que queda siempre abierta, cuando en vez de preguntarnos qué es razonable aplicar preguntamos qué es *constitucional* aplicar, la que constituye el objeto del juicio de inaplicabilidad. En el caso del imaginario artículo 45 el legislador había decidido que era constitucional aplicar las reglas del DL 2695; pero no había decidido que era constitucional aplicar el artículo 45.

Para responder a la primera objeción, quiero simplemente discutir un caso en el cual puede resultar inconstitucional aplicar una ley cuya constitucionalidad no es discutida, pero esa inconstitucionalidad de la aplicación se funda no en normas de aplicabilidad explícitas (o doctrinariamente justificadas) de la constitución sino en una disposición más sustantiva de ésta.

El ejemplo está tomado del derecho comparado. En *Employment Divison v. Smith* (465 US 660, 1988) la Corte Suprema de Estados Unidos debió conocer de un reclamo de constitucionalidad contra una ley del estado de Oregón. En este caso dos funcionarios de una corporación sin fines de lucro, cuya finalidad era la prevención y tratamiento del consumo de drogas y alcohol, y que se desempeñaban como orientadores de personas con adicción a las drogas, fueron despedidos como consecuencia del hecho de haber consumido una sustancia alucinógena, *peyote*. La organización en que trabajaban contrataba, como orientadores de drogadictos en rehabilitación, a personas que hubieran tenido y superado problemas de drogadicción. La organización también exigía a sus empleados que se abstuvieran del consumo de drogas. Los reclamantes habían consumido *peyote* con propósitos sacramentales durante una ceremonia de la Iglesia Nativa Americana, y fueron despedidos por eso (la posesión de drogas estaba penalizada en Oregón). Ambos solicitaron a la División del Trabajo [Employment Division] del estado de Oregón seguro de desempleo.

¹¹⁷ DETMOLD, *op. cit.* en n. 109, p. 453 (destacado agregado).

Después de una serie de audiencias y apelaciones administrativas, la solicitud fue rechazada porque una ley de Oregón negaba el beneficio a quienes fueran despedidos por una falta relacionada con el trabajo [*work-connected misconduct*]. Los reclamantes recurrieron hasta la Corte Suprema del estado de Oregón, y luego a la Corte Suprema, solicitando que declararan inconstitucional la ley que prohibía el consumo de drogas.

En este caso lo que se le pide a la Corte no es que compare la Constitución y la ley. No se le pide un examen de la conformidad de una norma (legal) con una norma (constitucional). El problema planteado no tiene su origen en un defecto de la ley, sino en una particularidad del caso. La pregunta es (2), no (1). El argumento de los reclamantes era que

a pesar de que el estado puede generalmente prohibir el uso de drogas alucinógenas y de alcohol para propósitos recreacionales y regular estrictamente su uso con fines terapéuticos, [...] la Constitución exigía alguna acomodación para usos religiosos¹¹⁸.

En otras palabras, los reclamantes no se quejaban de la inconstitucionalidad de la ley, sino de la inconstitucionalidad de la aplicación de esa ley a su caso. Había, en concepto de los reclamantes (lo que no fue aceptado por la mayoría de la Corte), alguna característica especial de su caso concreto tal que aplicar a ese caso una regla cuya constitucionalidad en abstracto *no necesitaba ser discutida* era inconstitucional. Si el legislador ha dispuesto que la posesión de *peyote* es ilícita, entonces es ilícita. No le corresponde al juez avocarse al problema decidido por el legislador. Pero el legislador no ha decidido que es constitucional aplicar esa ley al caso de quien posee *peyote* con propósitos auténticamente sacramentales, por lo que el juez puede enfrentar y decidir ese problema sin avocación, es decir, sin violar su deber de fidelidad a la ley.

En lo dos casos mencionados de lo que se trata no es de juzgar la constitucionalidad

de una ley, sino la constitucionalidad de la aplicación de una ley a un caso concreto. El recurso de inaplicabilidad no es un mecanismo de control de constitucionalidad de la ley, sino uno de control de constitucionalidad de la *aplicación* de la ley. Esto hace de ese recurso un recurso propiamente jurisdiccional.

Nótese cómo, aceptada que sea esta explicación, las incoherencias detectadas en el modo canónico simplemente desaparecen. No se trata de que hayamos encontrado un bien distinto al perseguido por el recurso de inaplicabilidad, uno que justifique de modo más completo que el modo canónico las limitaciones que hemos discutido. La exigencia de un caso concreto aparece ahora como una forma institucional de presentar a la Corte Suprema un caso concreto: de lo que se trata es *precisamente* de que la Corte Suprema considere ese caso concreto en su imprevisible contingencia, y que después de haber tomado en cuenta todos esos aspectos propios del caso decida si algún bien constitucionalmente protegido es afectado por la aplicación *a ese caso* de una ley cuya constitucionalidad permanece inobjetable. *Se sigue naturalmente de lo anterior* que la sentencia que acoge (o que rechaza) el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no puede tener efectos generales: el problema *general* de la constitucionalidad de la ley es uno *que no es objeto del recurso*. ¿Cómo podría la Corte solucionar un problema que no es objeto de la decisión? Todo es, ahora, perfectamente coherente, incluso el hecho de que el recurso sea uno que debe ser conocido por un tribunal ordinario, porque el objeto del recurso es precisamente aquello que los órganos judiciales están institucionalmente diseñados para hacer: decidir *casos concretos*.

CONCLUSIÓN

¿Cuál es el atractivo del modo canónico, que ha atraído a la totalidad de los comentaristas pese a la severa incoherencia que introduce en un recurso que puede recibir una justificación adecuada de otro modo? Es interesante observar que tradicionalmente la

¹¹⁸ 465 US 660 (1988), 669.

Corte Suprema, como sostenía tempranamente L. Claro¹¹⁹, aunque aceptando el modo canónico, en los hechos se resistía a actuar como éste recomienda. La controversia sobre la procedencia del llamado ‘recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de forma’ es un espléndido ejemplo de esto. La inaplicabilidad de forma no puede ser acogida sin hacer un examen de la ley, que es precisamente el objeto que el modo canónico imputa al recurso. Pero la Corte se negó a acoger estos recursos. El problema es que se negó mientras aceptaba una versión u otra del modo canónico, con lo cual su negativa aparecía oportunista y arbitraria. Si desechando el modo canónico, la Corte hubiera razonado sobre la base de que el recurso de inaplicabilidad le entregaba la determinación de la constitucionalidad de la *aplicación de la ley al caso concreto*, entonces su negativa a ejercer su potestad en el caso de las leyes cuya forma se objetaba no habría aparecido oportunista sino sólo la consecuencia de la correcta comprensión del recurso.

Pero las cosas han cambiado. El signo de los tiempos hoy es el *legalismo*, entendido como la idea de que el derecho es justicia y razón, mientras la política es pasión e interés¹²⁰. En este contexto era inevitable que iniciativas para convertir el recurso de inaplicabilidad en uno de invalidez por inconstitucionalidad ganarían *momentum*. La solución recomendada por la Comisión del Senado, sin embargo, es la peor de todas: consiste, como vimos, en vincular un recurso de inaplicabilidad con uno de inconstitucionalidad, de un modo completamente arbitrario. La situación es similar a la que se daría si una Corte tuviera la potestad para declarar nulo el artículo 1545 del Código Civil después de que se hubieran dictado tres sentencias de nulidad de contrato. No tiene sentido. La solución de la Comisión sólo agudiza la incoherencia del régimen de aplicación jurisdiccional de la constitución en Chile.

El legalismo supone, aunque nunca hace derechamente explícito, la idea absurda de que los órganos políticos representativos están constantemente luchando por incrementar su poder, sin respetar nada a su paso, mientras que los órganos jurisdiccionales o cuasijurisdiccionales actúan sobre la base de la correcta y honesta comprensión de sus responsabilidades legales y morales. La realidad es probablemente más compleja. De hecho, el *Informe* de la Comisión del Senado contiene espléndidas demostraciones de que son la Corte y el tribunal constitucional quienes defienden a ultranza sus atribuciones y hacen lo posible para ampliarlas en la primera oportunidad que tienen¹²¹,

¹²¹ Así, por ejemplo, consultada por la comisión del Senado la Corte Suprema informó en contra de reducir el número de sus ministros que integran el tribunal constitucional (*loc. cit.* en n. 1, p. 520), y en contra de que los ministros de la Corte Suprema que integran el tribunal constitucional fueran suspendidos de sus cargos en ella durante su período en éste (*idem*, pp. 520-1); se opuso, como hemos visto, a que se le quitara a la Corte Suprema la competencia para conocer del recurso de inaplicabilidad (*id.* p. 521), abogó porque se le reconocieran efectos generales a la declaración de inaplicabilidad de la Corte Suprema, después de tres fallos uniformes (*ibid.*) y se opuso, tanto a entregarle al tribunal constitucional control sobre la constitucionalidad de sus autos acordados (*id.*, pp. 522-3), como a que éste conociera de las contiendas de competencia de las que ella actualmente conoce (*id.*, p. 522). El tribunal constitucional, por su parte, informó favorablemente la suspensión de los ministros de la Corte Suprema durante su integración al tribunal constitucional (con la excepción de dos de los tres ministros de ésta, que se opusieron; *id.*, pp. 524-5). En cuanto a las nuevas atribuciones del tribunal constitucional, éste se manifestó “plenamente de acuerdo” (*id.*, p. 126), aunque tratándose del control de constitucionalidad de los autos acordados de la Corte Suprema los tres ministros que además integran la Corte Suprema se opusieron (*ibid.*), mientras el resto estuvo de acuerdo (*ibid.*), y tratándose del recurso de inaplicabilidad dos de los tres ministros con doble militancia se opusieron a quitar tal facultad a la Corte Suprema (*ibid.*). Por último, tratándose de la facultad de dirimir las contiendas de competencia entre las autoridades políticas o administrativas y cualquier tribunal de justicia (atribución que hoy comparten el Senado y la Corte Suprema), el tribunal constitucional aprobó que se le entregaran las facultades

¹¹⁹ Véase *supra*, n. 10.

¹²⁰ Véase SHKLAR, J.: *Legalism* (Cambridge, MA: Harvard University Press, rev edn 1986; edición original 1964) pp. 111ss.

mientras los parlamentarios discuten sobre cómo limitar aun más sus potestades, intro-

duciendo una acción de inconstitucionalidad¹²².

que hoy corresponden al Senado, pero nuevamente hubo división en cuanto a las facultades que hoy corresponden a la Corte Suprema. Los miembros de la Corte Suprema opinaron que debían corresponderle a ésta, y los otros ministros que debería corresponderle al tribunal constitucional (*id.*, p. 529). Mi impresión (no documentada completamente) es que si uno estudiara los informes emitidos por la Corte Suprema en cumplimiento de los dispuesto en el inciso 2° del art. 74 de la Constitución uno encontraría más ejemplos de opiniones de la Corte Suprema dirigidos a aumentar su poder e influencia.

¹²² La paradoja, desde luego, es que este hecho muestra el legalismo de nuestros parlamentarios y al mismo tiempo echa por tierra su supuesto más importante. En todo caso, es realmente incomprensible que los senadores de los partidos que derrotaron a Pinochet no tengan reparo alguno que oponer al hecho de remover *aun más* la Constitución de la arena política. ¿Por qué aceptan perder el poder (de suyo limitado, bajo esta Constitución) de dar a una Constitución autoritaria una interpretación democrática? La situación realmente desafía cualquier explicación plausible.