

Vulgarización por constitucionalización

RODRIGO CORREA*

El título de esta sesión plenaria nos presenta una disyuntiva, ¿constitucionalización o vulgarización del derecho? En lo que sigue sostendré que en Chile estamos viviendo un proceso que podríamos denominar ‘vulgarización por constitucionalización’. Esta hipótesis supone rechazar que vulgarización y constitucionalización se encuentren en una relación disyuntiva. Esto ya nos señala la necesidad de hacer ciertas aclaraciones conceptuales antes de intentar defender la tesis. De esto me ocuparé en la primera parte (I). Espero que estas aclaraciones permitan entender mejor qué es lo que quiero decir sobre el derecho chileno y evitar posibles malos entendidos. Luego intentaré dar sustento a la tesis con un par de ejemplos tomados de la jurisprudencia constitucional (II). No pretendo que estos ejemplos constituyan prueba irrefutable de la tesis. Quisiera más bien señalar con él un programa de trabajo que debiera complementarse en el futuro, principalmente a través de tesis de licenciatura, tesis doctorales y otros trabajos académicos. En la tercera parte voy a sugerir cuáles creo son algunas de las causas de la vulgarización por constitucionalización. Este ejercicio resulta ineludible si, como yo creo, la justicia constitucional ha llegado para quedarse (III). Por último, terminaré formulando un juicio de valor a lo que he denominado ‘vulgarización por constitucionalización’. Sostendré que es un proceso que impide la construcción de un estado de derecho y que disuelve la específica contribución que los abogados podemos hacer a una convivencia democrática, civilizada y tolerante (IV).

La tesis aquí defendida debe distinguirse de la que ha trabajado el profesor Jana¹. La tesis de Jana es más analítica. Él sostiene que el derecho privado y el derecho constitucional tienen lógicas argumentativas distintas, de manera que la influencia de éste sobre aquel no puede sino generar fuerzas vulgarizadoras. Esta tesis no es incompatible con la que defenderé aquí, pero tampoco existe relación necesaria entre ellas. No es necesario adherir a la tesis fuerte de Jana para aceptar la tesis más débil de que la justicia constitucional ha sido, entre nosotros, esencialmente vulgarizadora.

I

Por constitucionalización se ha entendido fenómenos diversos. Un buen punto de partida se encuentra en un trabajo de Favoreu, publicado entre nosotros por la Universidad Austral². Éste entiende por constitucionalización del derecho un proceso de “acumulación de normas constitucionales a través

* Lic. Der. (U. Ch.), LL.M. (Yale). Profesor asociado, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez; profesor asistente, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

¹ Jana Linetzky, “La Eficacia Horizontal de los Derechos Fundamentales”, en *Los Derechos Fundamentales* p. 53-70 (Editores del Puerto: Buenos Aires 2003).

² Favoreu, “La Constitucionalización del Derecho”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* vol. 12, p. 31 (2001).

del desarrollo de la justicia constitucional” y la “difusión de estas normas en el orden jurídico”³. Favoreu divide los efectos de este proceso en directos e indirectos. Entre los primeros señala tres. La ‘constitucionalización-juridicización’ consiste en someter la política a reglas jurídicas eficaces⁴. La ‘constitucionalización-elevación’ es el desplazamiento del sistema de fuentes desde la ley hacia la constitución.⁵ El último efecto directo, la ‘constitucionalización-transformación’, se refiere a la “impregnación de las distintas ramas del derecho así como a una transformación de éstas” por la jurisprudencia constitucional en materia de derechos y libertades.⁶ Favoreu destaca como efectos indirectos de la constitucionalización, la modernización,⁷ unificación⁸ y simplificación del derecho.⁹ Estos últimos efectos son en verdad contingentes. Dependen del tipo de jurisprudencia constitucional que se desarrolle y de la forma en que ésta es replicada en la jurisprudencia ordinaria. Por esta razón resultan inadecuados para articular el concepto de constitucionalización. Me quedaré entonces con los efectos directos.

El término vulgarización lo uso en el sentido técnico acuñado por los historiadores para referirse al proceso sufrido por el derecho romano post-clásico.¹⁰ Un importante romanista lo articula del siguiente modo:

- i) la tendencia pragmática a la epitomación, con pérdida de lo que resulta ya demasiado difícil o inútil para los fines de la formación elemental o del uso judicial;
- ii) la tendencia naturalista, que enfoca las instituciones desde el punto de vista de los efectos económicos, especialmente los fiscales, 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, en congruencia con el concepto del derecho que prevalecerá en la expresión «directum».¹¹

Podemos dejar la primera de las citadas notas, la epitomación o tendencia al resumen, que si bien creo posible constatar en el derecho chileno, no me parece que tenga relación con la argumentación constitucional. Me concentraré entonces en las últimas notas de la vulgarización. Ellas comparten lo esencial: la argumentación jurídica tiende a hacerse menos institucional y por tanto más abierta a consideraciones generales, sean económicas o propiamente morales.

Así definidas vulgarización y constitucionalización, sus relaciones no son analíticas, sino contingentes. Esto significa que ellas pueden darse en cualquiera de las cuatro combinaciones posibles:

Constitucionalización sin vulgarización;

Constitucionalización con vulgarización;

³ *id.*, 33.

⁴ *id.*, 39.

⁵ *ibid.*

⁶ *id.*, 40.

⁷ *id.*, 41.

⁸ *id.*, 41s.

⁹ *id.*, 42s.

¹⁰ El profesor Atria ha sido quien primero ha hablado de vulgarización para referirse a la deformalización que sufre el derecho chileno. Atria Lemaitre, “Inaplicabilidad y Coherencia: Contra la Ideología del Legalismo”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* vol. 12, p. 119, 143 (2001).

¹¹ d’Ors, *Derecho Privado Romano* §57 (Ediciones Universidad de Navarra: Pamplona 1991).

Vulgarización sin constitucionalización, y
Ni vulgarización ni constitucionalización.

Hay muchos ejemplos de constitucionalización sin vulgarización. Me atrevería a decir que, a grandes rasgos, la constitucionalización del proceso penal en EE.UU. ha introducido mayor complejidad y diferenciación a su derecho procesal penal, todo lo contrario de lo que ocurre cuando hay vulgarización. Como ejemplo de vulgarización sin constitucionalización puede señalarse el proceso sufrido por el derecho romano occidental de la época post-clásica.¹² La vulgarización del derecho romano se atribuye a diversas causas, pero ciertamente no a una inexistente jurisprudencia constitucional. El gran proceso codificador del siglo diecinueve es, me parece, ajeno tanto a la constitucionalización como a la vulgarización. Por último, como ejemplo de constitucionalización con vulgarización puede ofrecerse el caso chileno en las últimas décadas.

Ahora es posible ofrecer una nueva articulación de la tesis que aquí se defiende. En primer lugar, hay indicios importantes de que las distintas ramas del derecho están sufriendo algún impacto de la jurisprudencia constitucional. Segundo, ese impacto está caracterizado principalmente por tendencias naturalistas y moralizantes. La tesis afirma entonces no solo una coincidencia casual de dos procesos independientes, constitucionalización y vulgarización. Ella es más fuerte, pues argumenta que la constitucionalización del derecho chileno contribuye a su vulgarización. Quisiera creer que esta primera parte de la tesis es descriptiva, y que por tanto puede probarse mostrando los hechos que pretende describir. La segunda parte es evaluativa. Si tomamos la distinción que hace Alegre entre casos de vulgarización deseables, indeseables o neutros, diría que el proceso chileno es indeseable.

II

Primera ilustración: la inaplicabilidad por inconstitucionalidad y el derecho de propiedad

En palabras de Ihering, “[u]no de los signos por cuales el jurista se distingue de todo otro hombre, está en la diferencia radical que establece entre las nociones de posesión y de propiedad.”¹³ Todos nosotros hemos sido adoctrinados en la diferencia entre dominio, posesión y mera tenencia. Conocemos la diferencia entre acción reivindicatoria y acciones posesorias. Sabemos el lugar que corresponde a la posesión en la adquisición del dominio por usucapión, tradición y ocupación. ¿Por qué exige el artículo 918 del Código Civil un año de “posesión tranquila y no interrumpida” para poder instaurar una acción posesoria? Como si no bastara con distinguir entre dominio, posesión y mera tenencia, ¿por qué distinguir además entre posesión regular e irregular (Código Civil, Art. 702), o entre posesión inscrita y posesión material? El lego se irrita ante estas distinciones. No logra ver en ellas sino el típico formalismo vacío y pedante que caracteriza a los abogados.

En 1979 se dictó el D.L. 2.695. Este decreto tiene por finalidad facilitar la constitución del dominio de las pequeñas propiedades raíces rurales y urbanas. Como todos ustedes saben, la forma normal para

¹² *ibid.*, §§10, 57.

¹³ Ihering, “La Posesión”, en *Estudios Jurídicos* p. 161-222, 163 (Heliasta1: Buenos Aires, 1974).

constituir el dominio de la propiedad raíz es mediante la prescripción. Para prescribir es necesario poseer. Para poseer bienes raíces es necesario inscribir su tradición (Código Civil, Art. 724 en relación con el 686 inc. 1º).¹⁴ Esto plantea al menos tres tipos de problemas. Puede ocurrir que haya más de una inscripción vigente para un mismo bien raíz. Puede ocurrir también que la posesión material no coincida con la posesión inscrita.¹⁵ Por último, es posible que no exista posesión inscrita, y que no sea posible establecerla. Todos estos problemas son indeseables, pues la posesión mal constituida impide el acceso al crédito, a planes asistenciales y entorpece la libre circulación de los bienes.

El D.L. 2.695 crea un mecanismo para adquirir un bien raíz por prescripción de corto tiempo (un año) (Arts. 1 inc. 1 y 15). La posesión regular se obtiene mediante la inscripción en el Registro del Conservador de un acto administrativo que reconoce al interesado su calidad de poseedor. Para tener derecho a este reconocimiento es necesario, entre otras cosas, estar en posesión material del inmueble, en forma continua y exclusiva, sin violencia ni clandestinidad, durante cinco años a lo menos (Art. 2 inc. 1 Nº 1).¹⁶

Este mecanismo descrito permite adquirir el dominio de un inmueble en contra del dueño legítimo. Nada hay de sorprendente en esto. Siempre es así con la prescripción. En efecto, la prescripción no es solo una forma de probar el dominio, sino un modo de adquirirlo. Por definición, la adquisición del dominio por prescripción siempre es en contra del dueño legítimo.

Es en este punto que quisiera invitarlos a considerar el proceso de constitucionalización y sus efectos vulgarizadores. Me interesan aquellos litigios en que el dueño contra quien se prescribió intenta ejercer alguna acción para recuperar el dominio del inmueble. Es evidente que estas acciones no debieran prosperar. La acción para recuperar el dominio es la reivindicatoria.¹⁷ Pero una vez operada la prescripción de corto tiempo del D.L. 2.695 la reivindicatoria pertenece al nuevo dueño, no al antiguo. Por injusto que pueda parecer, el antiguo dueño carece de acción para recuperar su propiedad. Sin embargo, no ha ocurrido siempre así en la jurisprudencia de los tribunales. En varias ocasiones los actores han solicitado la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del D.L. 2.695. Un estudio de la Universidad Diego Portales demuestra que entre 1992 y 1999 la Corte fue errática.¹⁸ Aunque declaró inadmisibles la mayoría de los recursos, acogió 11 de ellos. Interesa estudiar los argumentos que justificaron que estos recursos fueran acogidos. Tomo una sentencia de 20 de agosto de 1999. La Corte fundó así la declaración de inconstitucionalidad:

¹⁴ No se considera aquí el caso de la sucesión por causa de muerte, que es más complejo. En efecto, el Art. 688 del Código Civil dispone que la posesión de la herencia se confiere en el momento de deferirse la herencia, aunque esta "posesión legal no habilita al heredero para disponer en manera alguna de un inmueble, mientras no preceda" las inscripciones que ese mismo artículo dispone.

¹⁵ Por aplicación del Art. 728 del Código Civil, en tal caso sólo la posesión inscrita sería verdadera posesión. El artículo 2505 impide al poseedor material prescribir contra el poseedor inscrito.

¹⁶ Para computar estos cinco años el interesado puede, bajo ciertas condiciones, agregar la posesión "de sus antecesores, sea ésta legal o material" (Art. 3º).

¹⁷ A veces, en vez de interponerse directamente la acción reivindicatoria, se solicita la nulidad del acto administrativo que reconoce la calidad de poseedor regular al poseedor material. Ajustándose el acto administrativo al D.L. 2.695, su nulidad tampoco debiera prosperar.

¹⁸ Gómez Bernal, "La Jurisdicción Constitucional: Funcionamiento de la Acción o Recurso de Inaplicabilidad, Crónica de un Fracaso", en *Informes de Investigación del Centro de Investigación, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales* Nº 4 (1999).

[L]os artículos que se citan(...) abrogan por una parte las normas sobre posesión y dominio establecidas en el Código Civil, destruyendo la garantía de la posesión inscrita que es presunción de dominio y que son la base de la actual organización económica y social del país, y contravienen por otra la disposición constitucional antes transcrita porque privan del dominio sobre un inmueble inscrito al titular del derecho confiriéndoselo sin expropiación previa a un tercero que ha tenido su posesión durante cinco años; y

[L]a antinomia con los preceptos de la Carta Fundamental se ha producido no solamente con las normas legales mencionadas por la recurrente, sino que con el contexto general del decreto ley N° 2.695, ya que constituye un cuerpo legal que en su totalidad establece un sistema sustantivo y procesal, cuya aplicación tiene como resultado jurídico la privación a que se refiere el considerando anterior.¹⁹

Esta argumentación es problemática. La inconstitucionalidad consistiría, según la Corte, en que la prescripción del D.L. 2.695 es incompatible con el derecho constitucional de propiedad, puesto que permite a una persona hacerse dueña de un inmueble contra el dueño legítimo. Pero según se ha dicho esto es consustancial a la prescripción, de manera que si el reproche de constitucionalidad está bien fundado, la prescripción del Código Civil también sería inconstitucional. Y si la prescripción es siempre inconstitucional por infringir el derecho de propiedad, llegamos al paradójico resultado de que jamás sería posible probar la propiedad. La protección del derecho constitucional de propiedad nos habría llevado a su total desprotección práctica. ¿Cuál es entonces el argumento?

En verdad, la Corte encuentra la inconstitucionalidad en el perjuicio que el D.L. 2.695 causaría al régimen de posesión inscrita, en palabras ya citadas de la propia Corte, “base de la actual organización económica y social del país . . .” El problema con esta argumentación es que confunde argumentos constitucionales con argumentos legales. El régimen de posesión inscrita es legal; no tiene reconocimiento constitucional alguno. Nada impide al legislador modificarlo, o incluso derogarlo. No estoy afirmando algo esotérico, sino lo mismo que afirmaron siete ministros en voto de minoría y que fue recogido por la mayoría en sentencia de 25 de marzo de 2002:

“[E]l mencionado decreto ley N° 2.695, como puede advertirse, se orienta a regir situaciones especiales, respecto de las cuales no cabe aplicar las disposiciones ordinarias de la legislación civil, en particular las que comprenden la denominada “Teoría de la posesión inscrita”(...) disposiciones que por cierto no están revestidas de rango constitucional, de modo que nada impide al legislador modificarlas o apartarse de ellas en situaciones especiales, creando un estatuto de normas de aplicación particular por razones de interés público general, como acontece con el indicado cuerpo legal; (...)

[L]os preceptos del decreto ley N° 2.695 que se reprochan de inconstitucionales no establecen una modalidad para adquirir el dominio que se aparte enteramente de las que para la prescripción adquisitiva contiene el Código Civil, puesto que, además de la posesión material del predio, de no menos de cinco años, se requiere también posesión regular, que se otorga mediante la correspon-

¹⁹ Corte Suprema, sentencia de 20 de agosto de 1999, rol 3.238-97 (pleno), LexisNexis Chile, Jurisprudencia On Line.

diente inscripción en el Conservador de Bienes Raíces, situación que, por ende, habilita para adquirir el dominio del inmueble por prescripción una vez transcurrido un año desde la fecha de aquella inscripción”.²⁰

Nada hay que sea *per se* objetable en un giro de la jurisprudencia. De hecho, este giro puede explicarse en gran parte por los cambios en la integración de la Corte. Entre los dos fallos citados cambiaron ocho ministros.²¹ Esto ya bastaría para explicar el paso de un 10/7 a favor de la inconstitucionalidad a un 6/11 en contra de la misma. Si a esto se agrega que los ministros Benquis, Cury, Gálvez y Marín cambiaron de opinión, llegamos al categórico 15/2 de 1993 en contra de la inconstitucionalidad.

Esta explicación no es totalmente satisfactoria. Lo sería si la jurisprudencia hubiera sido uniforme antes y después del cambio de jurisprudencia. No lo ha sido. Aunque el argumento de fondo para rechazar el recurso sólo pasó a ser mayoritario el 25 de marzo de 2002, la inmensa mayoría de los recursos deducidos antes de esa fecha fueron declarados inadmisibles por razones formales. Lo inexplicable es que muchas de estas razones fueron consideradas y rechazadas en el citado fallo de 20 de agosto de 1999. La sentencia que precede a este fallo es de 16 de mayo del mismo año. En ella, la Corte declara inadmisibile el recurso por el siguiente fundamento:

“[E]n el libelo que contiene el recurso se deben indicar en forma clara y precisa, las razones por las cuales se considera que un determinado precepto legal es contrario a la Constitución indicándose la manera que adopta la presunta inconstitucionalidad.

[E]n el caso de autos, la parte recurrente solicita que se declare, que el decreto ley N° 2.695 es contrario a la Constitución. Lo anterior implica, necesariamente, que no analiza los preceptos legales en la forma como se señaló en el fundamento precedente; lo que era aún más necesario en el caso que se examina, si se considera que dicho cuerpo legal contiene un conjunto de disposiciones que no atañen al fondo del problema que plantea el recurrente. No obsta a la conclusión anterior, el hecho de que en el libelo se hayan citado algunos artículos del decreto ley N° 2.695, pues la referencia a ellos está circunscrita a la alusión que se efectúa de un fallo que dictó este Tribunal en una materia similar a la que motiva el presente recurso...”²²

Este argumento ha vuelto a aparecer en sentencia de fecha 9 de agosto de 2002. La situación puede entonces resumirse así: el 16 de mayo de 1999 era inadmisibile un recurso de inaplicabilidad contra la totalidad de un cuerpo legal. Tres meses después la Corte declaró explícitamente que el D.L. 2.695, en su totalidad, es inconstitucional. Tres años después ha vuelto a declarar inadmisibile un recurso dirigido contra el decreto en su totalidad. En ninguno de estos recursos hay siquiera referencias a la jurisprudencia anterior, menos aun razones que justifiquen los giros. Estas decisiones no son de diferentes tribunales, sino del pleno de la Corte Suprema.

²⁰ Corte Suprema, sentencia de 25 de marzo de 2000, rol 4.478-00 (pleno), cc 6, 8, LexisNexis Chile, Jurisprudencia On Line.

²¹ De los que se fueron, cinco pertenecían a la mayoría y tres a la minoría de 1999. De los que llegaron, una mantuvo la opinión que fue mayoría en 1999, pero los otros siete pasaron al lado entonces minoritario.

²² Corte Suprema, sentencia de 16 de mayo de 1999, rol 613-98 (pleno), cc 3-4, LexisNexis Chile, Jurisprudencia On Line.

Para no abusar de vuestra paciencia no me referiré a los demás argumentos. La situación es, sin embargo, análoga. Un día la Corte desestima el recurso porque atenta contra un derecho adquirido (lo que es de por sí absurdo). Otro día la misma Corte acoge el mismo recurso sin que los derechos adquiridos sean un problema.

¿Qué explica que la Corte haya declarado inaplicable el D.L. 2.695 en al menos 11 ocasiones entre 1992 y 1999? Lo natural sería encontrar en los propios fundamentos del fallo la respuesta a esta pregunta. Sin embargo, es ingenuo hacer tal cuando el mismo tribunal, integrado por los mismos jueces, resuelve la mayor parte de las veces en el sentido contrario. No nos queda más que especular sobre las verdaderas razones. Yo creo que lo que explica estos casos es el deseo de los jueces de hacer justicia. Es probable que en aquellos casos en que la Corte acogió el recurso la Corte estaba convencida de que si no declaraba inaplicable el D.L. 2.695 el actor sufriría una gran injusticia. Según se lee en la sentencia que acogió el recurso que he venido comentando, las causas en las cuales se dedujo el recurso incluían una querrela por saneamiento fraudulento, usurpación no violenta, falsificación de instrumentos públicos, etc. En verdad parece que aquí había ocurrido algo feo (y que me perdone la presunción de inocencia). Es entonces plausible pensar que la Corte resolvió con el fin de hacer justicia en esta causa. Es, en otras palabras, aquella tendencia moralizante propia del vulgarismo.

Lo grave de esta situación no es que la Corte haga justicia. Lo grave es que haga justicia a costa de crear incertidumbre respecto de las reglas que rigen el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de preceptos legales, de las que rigen su potestad para declarar dicha inconstitucional de oficio²³ y respecto de si el régimen de regularización de la pequeña propiedad raíz se ajusta o no a la Constitución Política. Es difícil exagerar la gravedad de esta incertidumbre. El derecho de propiedad ocupa un lugar central en la Constitución Política vigente, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y en la del Poder Judicial. Pues bien, la incertidumbre en torno a la constitucionalidad del D.L. 2.695 importa una incertidumbre respecto del derecho constitucional de propiedad que impide el desarrollo racional de esta importante área del derecho chileno.

Segunda ilustración: delegación de la soberanía jurisdiccional

Vamos ahora al Tribunal Constitucional. El profesor Zapata ha sostenido que desde 1989 el Tribunal ha actuado de espaldas a la democracia.²⁴ Usando las categorías propuestas aquí por el profesor Atria, creo que sería justo decir que el juicio del profesor Zapata descansa en sus concepciones.²⁵ Si tomamos el fallo del Tribunal que declaró inconstitucional el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, es posible afirmar que el profesor Zapata tiene una concepción de la soberanía y de los derechos fundamentales diferente a la del Tribunal.

²³ Es difícil armonizar la jurisprudencia que declara inadmisibles aquellos recursos dirigidos contra la totalidad de un cuerpo legal con la facultad constitucional que tiene la Corte Suprema para declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de oficio.

²⁴ Ponencia presentada al I Congreso Estudiantil de Derecho y Teoría Constitucional, 6 de agosto de 2003, Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile (hay registro audiovisual).

²⁵ Fernando Atria, "El Derecho y la Contingencia de lo Político", ponencia presentada al I Congreso Estudiantil de Derecho y Teoría Constitucional, 6 de agosto de 2003, Santiago, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

Yo quiero mirar el mismo fallo desde otro punto de vista. Para efectos de lo que me interesa mostrar voy incluso a dar por supuesto que aplicando mis concepciones yo habría llegado a la misma decisión que el Tribunal, es decir, voy a dar por sentada su inconstitucionalidad. El problema del fallo no está tanto en su conclusión como en sus fundamentos.²⁶ En su mejor reconstrucción, el principal fundamento del fallo es el siguiente:

- Conforme a la Constitución Política la soberanía reside en la nación y se ejerce por la nación y por las autoridades que la misma Constitución establece;
- La jurisdicción territorial es un atributo esencial de la soberanía nacional, y
- La jurisdicción de la CPI no es solo complementaria (Estatuto de Roma, preámbulo §10 y Art. 1), sino correctiva y sustitutiva de las jurisdiccionales nacionales.
- En consecuencia, el Estatuto de Roma reduce el ejercicio de la soberanía que la Constitución confía a los tribunales chilenos.

Por todas estas razones, el Estatuto de Roma no puede aprobarse sin previa reforma constitucional.

Aquí solo me interesa el siguiente punto. Para que el razonamiento del tribunal funcione, es necesario identificar con precisión en qué consiste aquel núcleo de soberanía jurisdiccional indelegable. Los invito a considerar las siguientes afirmaciones del tribunal. Primera: “[L]a jurisdicción (...) le corresponde ejercerla a los tribunales establecidos por la ley, lo cual confirma la aplicación del principio de territorialidad de la jurisdicción.”²⁷ ¿Cuál es ese principio? El mismo tribunal nos lo aclara más adelante: “[T]odo conflicto en cuya solución exista un interés público comprometido queda necesariamente sometido al conocimiento y decisión de los tribunales establecidos por la ley chilena.” Territorialidad sería equivalente a interés público. Pero si esto es así habría muchos mecanismos de solución de controversias aceptados por Chile que serían inconstitucionales. El interés público en el caso Pey, por la expropiación del diario El Clarín, es significativo. Sin embargo, su conocimiento y decisión está entregado a un arbitraje CIADI. Las razones ofrecidas por el tribunal Constitucional en *Estatuto de Roma* llevarían a considerar inconstitucional también el Convenio de Washington de 1965, que permite arbitrar en el CIADI los conflictos entre el Estado e inversionistas extranjeros. En todo caso no hay que preocuparse demasiado. Toda la política de promoción de la inversión extranjera depende actualmente de que Chile sea parte de dicho Convenio, de manera que nadie va a ser tan insensato de tomar en serio los argumentos del Tribunal en *Estatuto de Roma* para aplicarlos luego al citado Convenio.

El tribunal, quizás intuyendo el problema señalado, argumentó así:

“De las disposiciones invocadas, debe concluirse que todo conflicto en cuya solución exista un interés público comprometido queda necesariamente sometido al conocimiento y decisión de los tribunales establecidos por la ley chilena.”

²⁶ Los argumentos que siguen son una selección de los expuestos en Correa González y Bascañán Rodríguez, “El Estatuto de Roma ante el Tribunal Constitucional Chileno”, en *Revista de Estudios de la Justicia* vol. 1, p. 129 (2002).

²⁷ Tribunal Constitucional, sentencia de 8 de abril de 2002, rol 346, c 49.

Por el contrario, si estamos en presencia de derechos disponibles, podrá prorrogarse la competencia entre tribunales nacionales e incluso, como se ha hecho, a tribunales internacionales o de otros países.

Las materias cuyo conocimiento se entrega a la Corte Penal Internacional, por su naturaleza, son improrrogables por lo cual, para que Chile reconozca la jurisdicción de tribunales supranacionales deberá incorporar una nueva preceptiva constitucional a su sistema interno[.]²⁸

Hay aquí el siguiente argumento *ad minori ad maius*:

“si las partes no pueden prorrogar jurisdicción entre tribunales chilenos, menos puede el Estado prorrogar jurisdicción a tribunales extranjeros. Es cierto que si las partes no pueden prorrogar jurisdicción entre tribunales chilenos, menos pueden prorrogar jurisdicción a tribunal no chilenos. Pero lo que es cierto respecto de las partes no es necesariamente cierto respecto del legislador. No existe relación lógica alguna entre lo que unos u otros pueden hacer. Así, si bien ni el querellante ni el imputado o acusado en una causa criminal pueden cambiar el tribunal en que se halla radicada la misma, la ley sí pudo hacerlo. Las restricciones que encuentran las partes para elegir tribunal tienen su fuente en la ley; esta ley no obliga al legislador”.²⁹

El argumento del tribunal merece reconocimiento en una enciclopedia de argumentos vulgarizadores. Yo lo pondría bajo la siguiente entrada: *categorías aplicadas en contextos distintos a aquellos para las cuales formuladas, con gran golpe de efecto para el jurista incauto y grandísimo daño a la inteligibilidad del derecho constitucional.*

Revisemos una segunda afirmación del tribunal: “[E]l poder de un estado para ejercer jurisdicción sobre los crímenes cometidos en su territorio es un atributo esencial de la soberanía (...)”³⁰ Esta afirmación es menos problemática que la anterior. Aquí solo la justicia penal parece pertenecer al núcleo de soberanía jurisdiccional. Este núcleo se delimita además por el lugar de comisión del delito, que ha de ser el territorio nacional. En otras palabras, correspondería a los tribunales chilenos la potestad para conocer y juzgar los delitos cometidos en territorio nacional. Si tomamos en serio esta afirmación no serían tantos los tratados inconstitucionales por los que Chile se habría obligado en el pasado, pero aún los habría. En efecto, serían inconstitucionales todos aquellos tratados que, como la tortura, reconocen la potestad de tribunales internacionales para juzgar delitos ocurridos en Chile.³¹ Pero hay un problema adicional. ¿Qué argumentos ofrece el tribunal para demostrar que el conocimiento y juzgamiento de los delitos cometidos en territorio nacional pertenecen a un ámbito constitucionalmente reservado a los tribunales nacionales? Los desafío a que los encuentren.³²

Dejando a un lado las consecuencias que tiene el fallo para la aprobación del Estatuto de Roma, su principal problema es que crea incertidumbre en un área importante del derecho chileno. Hoy no puede

²⁸ *Id.*, c 50.

²⁹ Correa González y Bascuñán Rodríguez, “El Estatuto de Roma ante el Tribunal Constitucional Chileno”, en *Revista de Estudios de la Justicia* vol. 1, p. 129, 154 (2002).

³⁰ C 51.

³¹ Salvo que se entienda que esta jurisdicción no reduce la de los tribunales nacionales, pero lo mismo vale para *Estatuto de Roma*.

³² Los argumentos que ofrece el tribunal se examinan en Correa González y Bascuñán Rodríguez, “El Estatuto de Roma ante el Tribunal Constitucional Chileno”, en *Revista de Estudios de la Justicia* vol. 1, p. 129, 137ss (2002).

afirmarse con certeza si los arbitrajes internacionales son o no constitucionales. Tampoco si la Convención contra la Tortura,³³ la Convención Internacional contra la Toma de Rehenes³⁴ o la Convención para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves lo son.³⁵

A pesar de lo dicho nada hay que temer. Dado que los razonamientos del tribunal resultan tan problemáticos, no serán tomados en serio por la comunidad jurídica chilena. El fallo será recordado por unos, como el profesor Zapata, como un oprobio a la protección de los derechos fundamentales. Otros lo enarbolarán como un ejemplo de un Tribunal que no se deja amedrentar en la defensa de la soberanía. Pero nadie recordará los argumentos ofrecidos. Esto conduce a un estado de cosas lamentables.

Como he dicho en otro lugar con el profesor Bascañán Rodríguez, “[m]ientras los órganos constitucionales no generen una doctrina constitucional sólida que pueda dar lugar a razones universales no existirá en Chile un derecho constitucional que de verdad constituya un marco de referencia de contornos relativamente bien definidos dentro del cual se desarrolle una política civilizada.”³⁶

Podría ofrecer otros ejemplos, pero no me parece necesario por el momento. La ponencia del profesor Ferrada ha mostrado varios casos de vulgarización por constitucionalización en el derecho administrativo. El libro de los profesores Jana y Marín es lectura obligada para los interesados en la ‘vulgarización por constitucionalización’ del derecho civil.³⁷ Basta por el momento.

III

¿Cómo puede explicarse el efecto vulgarizador de la justicia constitucional chilena? Lo característico del proceso que ahora llamamos constitucionalización es que se produce por vía judicial. En eso se diferencia de lo que podría denominarse constitucionalización por codificación. Parte del proceso de codificación consistió en adaptar tanto el derecho público como el privado a los nuevos principios constitucionales que pasaron a reemplazar a los del antiguo régimen. Esa codificación se hizo por vía legislativa, no judicial. De hecho, la ideología revolucionara más extrema llevó incluso a negar a los jueces la facultad de interpretar las leyes oscuras y a cerrar las facultades de derecho. La ley debía bastarse a sí misma.

El problema de la constitucionalización por vía judicial es que ella exige ciertas condiciones para no desembocar en vulgarización. Se trata de aquellas condiciones necesarias para que exista una verdadera

³³ Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adopción, 10 de diciembre de 1984, entrada en vigor, 26 de junio de 1987, ratificación, 30 de septiembre de 1988, Decreto 808 de 7 de octubre de 1988; D.O. de 26 de noviembre de 1988.

³⁴ Convención Internacional contra la Toma de Rehenes, Art. 5; adoptada, 17 de diciembre de 1979; entrada en vigor, 3 de junio de 1983, ratificación, 12 de noviembre de 1981, Decreto 989 de 16 de noviembre de 1981, D.O. de 8 de enero de 1982.

³⁵ Convención para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves, Art. 7, adoptada, La Haya, 16 de diciembre de 1970, entrada en vigor, 14 de octubre de 1971, ratificación, 2 de febrero de 1972, Decreto 147 de 20 de marzo de 1972, D.O. de 19 de abril de 1972.

³⁶ Correa González y Bascañán Rodríguez, “El Estatuto de Roma ante el Tribunal Constitucional Chileno”, en *Revista de Estudios de la Justicia* vol. 1, p. 129, 160 (2002).

³⁷ Jana Linertzky y Marín, *Recurso de Protección y Contratos* (Editorial Jurídica de Chile: Santiago, 1996).

“acumulación de normas constitucionales a través del desarrollo de la justicia constitucional.”³⁸ Estas condiciones pueden satisfacerse de modos diversos. Los más adecuados parecen ser la doctrina de precedentes y la dogmática. Ninguno de ellos existe en Chile.

Lo dicho hasta el momento parecer cargar a los jueces con la responsabilidad de lo ocurrido. La responsabilidad es, en verdad, compartida. En una tradición jurídica sin doctrina de precedentes vinculantes buena parte de la responsabilidad recae en nosotros, los profesores de derecho. La razón no debiera ser difícil de entender.

La interpretación constitucional es considerablemente más difícil que la legal porque está mucho más abierta a argumentos morales generales. En otras palabras, es una argumentación menos institucional que la que se encuentra en la interpretación meramente legal. El recurso a argumentos generales resulta extremadamente problemático. Vivimos en sociedades en las que las personas tienen discrepancias incommensurables sobre lo que es bueno o malo. Carecemos de un método que nos permita resolver estas discrepancias. No hace falta ser relativista ético para aceptar esta afirmación. Hasta una persona convencida en la existencia de bienes absolutos tendrá que aceptar que no disponemos de los métodos para su conocimiento. Lo demás no es objetivismo, sino ingenuidad o autoritarismo moral. Esto no significa que debamos abandonar las discusiones morales, pues no nos quedaría entonces más que arreglar nuestras discrepancias por la fuerza. Confieso una preferencia por la discusión.

Condenados entonces a resolver asuntos constitucionales recurriendo a argumentos morales, no queda más que hacer un esfuerzo por institucionalizarlos al máximo posible. La tarea consiste en imponer coherencia a una discusión que, en algún punto, es inevitablemente abierta. Esto supone un constante examen público de argumentos constitucionales, tanto doctrinarios como jurisprudenciales. En la división del trabajo profesional las personas mejor situadas para hacer esto somos nosotros, los profesores universitarios. Hasta la fecha no hemos hecho bien ese trabajo. Esto se debe en parte a que la profesionalización de la academia jurídica es todavía muy débil, pero esto es algo que ciertamente puede cambiar en el futuro.

Existe, sin embargo, una dificultad que tiene que ver con el espíritu que insufla en muchos ambientes universitarios y que me temo sea el espíritu de los tiempos. La mejor descripción de este espíritu, curiosamente, la he encontrado en Weber, quien se refería así a la situación del derecho alemán de principios del siglo pasado:

“Un “lego” nunca podrá entender que, de acuerdo con la vieja definición del delito de robo, no pueda existir un “robo” de energía eléctrica. Lo que conduce a tales resultados no es una necesidad específica de la moderna jurisprudencia, sino en gran medida consecuencia inevitable de la incompatibilidad que hay entre las necesidades intrínsecas a un pensamiento jurídico formal lógicamente consistente y el hecho de que los acuerdos y actividades jurídicamente relevantes de los privados busquen resultados económicos y se orienten hacia expectativas determinadas económicamente. De aquí que surja siempre la renovada protesta de los particulares contra el pensamiento jurídico técnico como tal, la que incluso está encontrando apoyo en las reflexiones de los mismos juristas acerca de su actividad. . . . [C]on la aparición de los modernos problemas de clase surgen diversas exigencias materiales dirigidas al derecho de parte de un sector de los particulares (principalmente la clase trabajadora) y de parte de los ideólogos del derecho

³⁸ Favoreu, “La Constitucionalización del Derecho”, en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* vol. 12, p. 31, 33 (2001).

que repudiaban la vigencia exclusiva de tales criterios de pura moralidad mercantil y exigían un derecho social sobre la base de patéticos postulados morales (“justicia”, “dignidad humana”, etc.). Pero esto pone radicalmente en cuestión el formalismo del derecho, pues la aplicación de conceptos como el de “la explotación del estado de necesidad” (en la ley sobre la usura), o los ensayos tendientes a repudiar, considerándolos como inexistentes, los contratos leoninos, fundamentalmente descansan, desde el punto de vista jurídico, sobre normas antiformales, que no tienen carácter jurídico, convencional o tradicional, sino puramente ético, y pretenden representar una justicia material en vez de una legalidad formal”.³⁹

En el fondo se trata de un espíritu antiformalista, que pone las expectativas económicas o morales por sobre las categorías jurídicas formales. Para este espíritu, las decisiones judiciales sólo pueden ser evaluadas por su impacto puntual a dichas expectativas. Los fundamentos de la decisión dejan de importar, solo interesa el resultado. En el mejor de los casos esto resulta en un utilitarismo de actos, en el peor, en un intuicionismo de actos.

También percibo un espíritu antiformalista menos burdo, y por esa misma razón más peligroso. Siguiendo a Tocqueville lo llamaré espíritu literario. Veán ustedes en qué consiste:

“Lo que yo llamo el espíritu literario en política [nosotros podríamos decir ‘en el derecho’] consiste en ver lo que es ingenioso y nuevo más que lo que es verdadero, en amar lo que hace interesante un cuadro más que lo que sirve, en mostrarse muy sensible a la buena interpretación y a la buena dicción de los actores, independientemente de las consecuencias de la pieza, y a decidirse, en fin, por impresiones más que por razones”.⁴⁰

El derecho constitucional, particularmente en su situación actual, exige un espíritu distinto. No estoy seguro qué analogía usar. Quizás la mejor sea la del espíritu entomológico. El entomólogo observa bichos. Los observa hasta el cansancio. Compara unos con otros. Intenta establecer relaciones evolutivas entre ellos. Pero todo esto sería relativamente infértil si quedara solo en esto. Supongo que un buen entomólogo alcanza a ver en sus bichos respuestas a preguntas fundamentales sobre la naturaleza y la vida. Algo de ese espíritu es lo que supongo hace falta al derecho constitucional chileno.

Hay también razones institucionales que explican la fuerza del vulgarismo por constitucionalización. La más obvia es la falta de una doctrina de precedentes, que en el caso de la Corte Suprema llega al extremo. El Tribunal Constitucional suele al menos referirse a su propia jurisprudencia; otra cosa es que sea consistente con ella. Pero la Corte Suprema ni siquiera se refiere a sus propias decisiones, lo que ofrece son pocas esperanzas de que se vaya creando doctrina por vía judicial. Otro problema institucional se encuentra en la existencia de dos tribunales constitucionales, con relaciones funcionales prácticamente inexistentes. Me parece asimismo que hay errores de diseño en el recurso de protección, particularmente en lo que respecta a su procedencia indiscriminada en contra de privados. Alguna academia también es culpable de empeorar las cosas. Pienso en particular en quienes leen en los artículos 6 y 7 de la Constitu-

³⁹ Weber, *Economía y Sociedad* 652s (Fondo de Cultura Económica: México 1964 [1922]) (traducción corregida por el autor a la vista de la edición inglesa, Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology* vol. 2, (University of California Press: Berkeley 1968 [1922])).

⁴⁰ Tocqueville, *Recuerdos de la Revolución de 1848* 84 (Trotta: Madrid 1994 [1850-1]).

ción Pública una nulidad de derecho público amplia.⁴¹ Estos problemas de diseño son susceptibles de reforma, que si es inteligente puede contribuir a lograr coherencia doctrinaria.

IV

¿Por qué es indeseable el vulgarismo a la chilena? La forma no tiene valor intrínseco. La creencia contraria equivaldría a un fetichismo de la forma. Su valor sólo puede ser instrumental a fines que consideramos valiosos en sí mismos. La satisfacción de expectativas económicas y morales parecen mejores fines de la actividad judicial que el mero respeto a la forma. Sin embargo, valen aquí las palabras de Ihering:

“Existe una relación particular entra la forma y la libertad (...) El más completo desarrollo de la era de la libertad marca también el reinado del más tiránico rigor en la forma, que cede de su severidad al mismo tiempo que la libertad zozobra insensiblemente (...)”⁴²

Y más adelante:

“Pasa con el formalismo lo que con tantas otras organizaciones: todo el mundo hace constar sus defectos y ninguno se fija en sus beneficios, [que] son puramente negativos, esto es, impiden que se produzca el mal. Un solo caso que haga resaltar los inconvenientes de la forma, como por ejemplo un testamento declarado nulo, un pleito perdido por un vicio o descuido de la forma, hieren y se hacen notar más vivamente que millares de casos en los que, para el curso ordinario de las cosas, la forma ha llenado su misión tutelar. Nada de pasmoso es, por tanto, que el juicio del ignorante se muestre tan hostil al formalismo”.⁴³

Es decir, la forma no vale porque sí, sino porque es garantía de libertad. También, aunque no lo diga Ihering, es condición de justicia. Claro, no de esa justicia ideal que quisieran ver algunos, sino de la justicia a la que pueden aspirar las sociedades humanas. El tiempo no alcanza para desarrollar estos puntos, de manera que los dejaré aquí. No son por lo demás originales.

Quisiera sin embargo insistir en un punto tocado más arriba. La época que nos ha tocado está caracterizada por la convivencia de concepciones irreconciliables del bien. Además, un cierto grado de escepticismo ante la posibilidad de alcanzar un conocimiento absoluto del bien es parte de nuestra condición. Así, la libertad adquiere una preferencia lexicográfica frente a otros fines, puesto que solo ella es compatible en las condiciones actuales. Por tal razón ha de preferirse el respeto a la forma frente a la promoción de otros fines.

⁴¹ Esta nulidad ha llevado a un juez de letras a declarar inconstitucional un decreto aprobatorio de un tratado internacional por no haberse buscado aprobación parlamentaria a pesar de contener materias de ley. Esta sentencia debe leerse junto con la del Tribunal Constitucional rol 282. Aquí el tribunal afirmó la constitucionalidad de un tratado internacional promulgado sin aprobación parlamentaria a pesar de que regulaba aranceles, normalmente considerados materia de ley. Ver Correa González, “Los Acuerdos en Forma Simplificada en una Constitución Democrática: Comentario Crítico a Fallo del Tribunal Constitucional”, en *Estudios Públicos* vol. 75, p. 67 (1999).

⁴² Ihering, *Espíritu del Derecho Romano* 640 (Comares: Granada, 1998).

⁴³ *id.*, 647.

Lo dicho no importa negar que las normas jurídicas deban adecuarse en algún grado a las expectativas morales, y que en ocasiones los tribunales puedan estar mejor situados que el legislativo para asegurar ese mínimo grado de adecuación. Lo importante aquí no es negarse a la adaptación sensata, sino a exigir su reformalización. Déjenme ofrecer un ejemplo del derecho de familia para ilustrar lo que quiero decir.

En Chile no existe el divorcio vincular. Sin embargo, desde hace ya muchos años la sociedad espera que el sistema jurídico provea una solución al problema de los quiebres matrimoniales. Esta solución se ha encontrado en lo que para algunos es un artilugio. Los cónyuges prueban testimonialmente, en juicio de nulidad matrimonial, que en verdad no vivían en el lugar que declararon vivir al momento de contraer matrimonio. La consecuencia es la incompetencia del oficial del Registro Civil y la consecuente nulidad del matrimonio. Prefiero llamar a esto una ficción. Las ficciones molestan a algunos juristas. A mí me gustan porque creo que precisamente logran adecuar judicialmente el derecho a las expectativas sociales manteniendo su forma.⁴⁴

Quizás el ejemplo histórico más notable de adaptación formalista se encuentra en la *equity* inglesa. Por equidad entendemos justicia material aplicada al caso particular. No es ése el sentido de *equity* en el derecho inglés. Aunque el origen de la *equity* esté vinculado a la justicia material del caso particular, su resultado fue un cuerpo de derecho tan formal como el *common law*. Cuando las acciones del *common law* no servían a un potencial demandante, y éste lograba convencer a los funcionarios reales de que tenía derecho en justicia a que su litigio fuera resuelto por los tribunales del rey, éstos emitían una orden para que los tribunales de la corona conocieran de la causa. Pero desde ese momento la acción concedida pasaba al repertorio de las acciones de *equity*, de manera que en el futuro una persona en una situación análoga tenía *derecho* a obtener la misma orden. Esto dio lugar a la existencia de dos cuerpos de derecho paralelos, el *common law* y la *equity* cada uno con sus propias reglas sustantivas, tribunales y procedimientos y ambos formales.

Lo característico del derecho consiste en dar forma a las relaciones sociales. Esta forma es particularmente importante en nuestras sociedades abiertas, altamente diferenciadas y con múltiples concepciones del bien. La fuerte tentación ejercida por principios morales para abandonar las formas jurídicas es un peligro que debe ser resistido, ahora sí, como Ulises resistió a las sirenas. Pero la tripulación que amarra a Ulises, y que desobedece sus órdenes ante el canto de las sirenas, sólo podemos ser nosotros, los juristas. Si nosotros mismos dejamos de creer en la importancia central que tiene la forma jurídica para nuestra convivencia, temo que encallemos en la playa de las sirenas. En lo personal, a pesar de tener fuertes convicciones morales, no reclamo un conocimiento del bien superior al de cualquiera de ustedes. Lo único que reclamo es mi entrenamiento en la forma, producto de mi educación jurídica. Si me quedo sin forma, no me transformaré en un abogado cuya única herramienta sean las razones sustantivas. Me resulta un juego demasiado aleatorio y arrogante. Entonces preferiría dedicarme a la política o a la filosofía.

⁴⁴ Para las ficciones legales, ver Maine, *El Derecho Antiguo: Parte General* 28-30, 29 (Civitas: Madrid 1893 [1861]) (“[E]mpleamos aquí la palabra *ficción legal* para designar toda afirmación con que se oculta ó trata de ocultar la alteración hecha en una regla del derecho, cuya aplicación cambia, pero cuyo texto subsiste.”).

Breve respuesta al profesor Alegre y al público

Estoy de acuerdo en la tesis central de Alegre, a saber, que la demostración de que la vulgarización es indeseable necesariamente debe recurrir a argumentos de filosofía política. En esto mi ponencia es insuficiente, pero no muda. En ella mencioné que existe una relación importante entre forma jurídica y libertad. La prioridad de la libertad es un tema a su vez central en la filosofía política contemporánea. En mi ponencia he descansado en esa filosofía. Estoy consciente de que en este punto la tesis puede ser atacada. El ataque más obvio provendría de quienes no aceptan la prioridad de la libertad. No creo que el profesor Alegre se cuente entre estos últimos. Ante estos ataques sería posible insistir en dicha prioridad (mi preferencia) u ofrecer defensas alternativas. Probablemente el caso más difícil lo presenta una filosofía política marxista o neomarxista. En este punto reconozco que mi trabajo no puede convencer a un marxista. Por el momento no tengo interés en intentarlo siquiera.

¿Contribuye el derecho culto a una convivencia más civilizada, libre y democrática? Ésta es la pregunta fundamental que subyace a la valoración que hagamos de la vulgarización. Mi respuesta es que sí, aunque no siempre. El derecho es inevitablemente tosco. Su tosquedad es generalmente aceptada en la regulación de los mercados (derecho de contratos, propiedad). Puede sin embargo llegar a ser irritante cuando justifica la aplicación de penas corporales, cuando pretende regular toda acción política, cuando determina a quién corresponde la tuición de los hijos y cuando establece regímenes de visitas. Es posible que en algunas de esas áreas la contribución del derecho culto sea mucho menos que el dolor o falta de sentido que causa. Tiendo a pensar que así ocurre con el derecho de menores. Por eso, principios tan poco formales como 'el interés superior del menor' pueden ser más adecuados a esta área del derecho que un conjunto de sutiles distinciones conceptuales. Sin embargo, el derecho culto hace una contribución esencial al control racional del poder del Estado y al funcionamiento de los mercados. La vulgarización disuelve al derecho culto, y por eso contribuye a la arbitrariedad y el autoritarismo. En sociedades abiertas como las nuestras, las reglas de vida sencilla del hombre común son una peligrosa ilusión. La ausencia de forma deriva en anarquía o tiranía.

En ningún momento he argumentado a favor de un formalismo ciego. Parte de lo que denominé el espíritu entomológico consiste en preguntarse qué relación existe entre las formas y las necesidades sociales. Cuando la brecha es muy grande, la revisión de las formas se impone. Pero esta revisión no debe traducirse en su abandono, sino en su transformación. Maine identificó tres formas de transformación: las ficciones, la equidad y la legislación. Las dos primeras las mencioné hacia el final de mi ponencia. Maine cree que son poco adecuadas para un derecho desarrollado, y tiendo a coincidir con él. La legislación es, en cambio, la forma por excelencia para adaptar el derecho. La crítica a la vulgarización es también compatible con la idea democrática que corresponde al legislador la prioridad para declarar la voluntad general.