

El Desconocimiento del Derecho Como Condición de su Validez



Alejandro Labranque Zavala

Abogado – Universidad de Chile. Magíster en Antropología y Desarrollo – Universidad de Chile

Investigador programa Pulso – Universidad de Chile

labranque@vtr.net

Gabriela Egaña Rodríguez

Licenciada en Antropología Social – Universidad de Chile

gabriela.egana@gmail.com

Resumen

Se describe el problema que surge a raíz de los supuestos procesales del derecho moderno, que presume que los artefactos comunicativos (personas u organizaciones personificadas) a los cuales atribuye el origen de determinadas decisiones jurídicas, tienen un rol racional de supervigilancia de la validez, con independencia de las posibilidades prácticas que los mismos tienen en la generación de comunicaciones jurídicamente válidas, posibilidades que pueden ser afectadas por diversas variables, entre ellas el conocimiento o desconocimiento que puedan tener las partes de las reglas que gobiernan el procedimiento judicial y del derecho sustantivo afectado por las decisiones jurídicas.

Abstract

It describes the problem that arises in the wake of the alleged process of modern law, which presumes that the communication devices (personified individuals or organizations) to which attributes the origin of certain legal decisions have a rational role of supervision of the validity, Regardless of the practical possibilities they have in generating communications legally valid, possibilities that may be affected by many variables, including the knowledge or ignorance that may have parts of the rules that govern the judicial process and the substantive law affected by judicial decisions.

Palabras Clave: Validez- Invalidez- Expectativas normativas- Sistema Jurídico- Información

Introducción

Todos los tipos de sociedades detentan mecanismos a nivel estructural a fin de dar respuesta a la resolución de los conflictos normativos que se presentan en su seno. Aspectos claves de la relación entre las personas, como el desear cosas del otro o no estar dispuesto a ceder algo que se tiene como propio, deben ser regulados para evitar colisiones que pongan en peligro a las sociedades locales, especialmente aquellas en que el uso de la fuerza no parezca estar suficientemente concentrada en manos del Estado. Desde esta perspectiva, y a medida que aumenta el nivel de complejidad social, la necesidad de eruditos en normas se acrecienta al punto que en la actualidad, el sistema jurídico ocupa vastas zonas de las comunicaciones cotidianas de la sociedad.



De esta manera, los !kung de la zona de Kalahari o los Nuer del África oriental, según lo ha descrito la antropología, no necesitaban juzgados, fiscales, funcionarios judiciales, etc.; ya que como sociedades organizadas en bandas y aldeas, disponían de una serie de características como un tamaño reducido, un rol preponderante de las unidades domésticas y los grupos de parentesco, y una baja diferenciación, lo cual permitía una regulación de los conflictos de una manera más directa, entre los sujetos de derecho involucrados. Estudios realizados por autores clásicos de la antropología como Malinowski, Morgan, Evans-Prittchard y otros; se adentraron en estos temas lo cual dio origen a una importante base de conocimientos en torno a la regulación de los conflictos en tales tipos de sociedades y permitió iniciar la descripción desde las ciencias sociales del rol de los sistemas jurídicos en sociedades altamente complejizadas como la actual.

A medida que aumenta el nivel de complejidad de la sociedad, se presenta una pluralidad de posibilidades comunicativas, que se traducen en intereses jurídicos contrapuestos, ya sea a nivel individual como grupal, y que intentan posicionarse o imponerse unos por sobre los otros¹. A través de la ficción del "contrato social", lo anterior ya estaría resuelto al menos en el nivel de la filosofía política por las teorías de Rousseau, Hobbes, Locke y quienes se pueden inscribir más recientemente en este tipo de pensamiento, como Rawls. Siendo el Estado el garante de unos derechos previamente otorgados a los integrantes de la sociedad dependiendo de su posición relativa en la misma y de unas condiciones ideales de ejercicio de sus derechos.

Una de las dificultades de este modelo contractual- societario, es que pretende proyectar los derechos subjetivos como realidades preexistentes a la intervención del Estado, invisibilizando su carácter contingente planteado recién con el caso presentado e invisibilizando la actividad generadora de los organismos de la justicia que se describen sólo como declarando derechos que sólo deben ser verificados. Otro problema del modelo pactista es que el conflicto pareciera extenderse bastante más allá de la mera regulación de conflictos *inter partes*, extendiendo su influencia a normas de carácter general encargadas al sistema político, siendo constantemente requeridas las organizaciones de la justicia para que intervenga en ámbitos de la vida cotidiana y la intimidad, no relacionadas necesariamente a un caso particular, produciéndose una hipertrofia de este medio de comunicación en sedes decisorias que antes le imponían ciertos límites².

Planteamos en el presente artículo, que tal inflación de las comunicaciones jurídicas, necesita como requisito imprescindible, no que los artefactos comunicativos que reconoce o a las que van destinadas la comunicaciones jurídicas (personas naturales o jurídicas) manejen este tipo de lenguaje, sino todo lo contrario, que los sujetos del proceso no estén internalizados a cabalidad de sus derechos procesales y en consecuencia tener la posibilidad de rechazar (válidamente) cada una de las comunicaciones o decisiones jurídicas que se producen en las diversas fases procesales en que se ha segmentado el tiempo de los procesos. En caso contrario, es decir en la eventualidad de existir un medio constituido por una pluralidad de personas informadas y racionales, sería probable esperar que de manera reiterativa hubiera que revisar la validez de las resoluciones jurídicas, lo cual llevaría al menos a ralentización del sistema jurídico como medio de comunicación simbólicamente generalizado, reproduciéndose el conflicto como sistema parasitario en todas las decisiones y comunicaciones al interior del proceso, ya sea judicial u otra instancia de generación normativa.

Por ende, no se aspirará a una descripción de cómo la validez del derecho pudiera estar condicionada a un medio externo al mismo, pues no lo hace, simplemente por que la ignorancia o el desconocimiento del derecho no es derecho³ y difícilmente podría ser aceptada dicha situación como una comunicación jurídica, dada la clausura operativa del sistema. En esta línea el antiguo, pero vigente Código Civil de 1855, hace patente este tipo de programación en sus artículos 8º, 706 y 1452⁴. El primero de ellos señala:

Art. 8º. Nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia.

Se trata entonces de describir el problema que surge a raíz de los supuestos del derecho moderno, que presume que los artefactos comunicativos (personas u organizaciones personificadas) a los cuales atribuye el origen de determinadas decisiones jurídicas, tienen un rol racional de supervigilancia de la validez, con independencia de las posibilidades prácticas que los mismos tienen en la generación de comunicaciones jurídicamente válidas, posibilidades que pueden ser afectadas por diversas variables, entre ellas el conocimiento o desconocimiento que puedan tener las partes de las reglas que gobiernan el procedimiento judicial y del derecho sustantivo afectado por las decisiones jurídicas.

El presente trabajo tampoco intentará describir el problema directamente a partir de la programación de expectativas normativas, es decir: qué tipo de normas jurídicas se podría contemplar o no como condición de operación la ignorancia de las partes, lo que corresponde más bien a la dogmática jurídica como observador- operador del sistema jurídico. Se intenta describir entonces, en el nivel de operaciones contingentes, aquellas que los artefactos comunicativos puedan desencadenar en el sistema jurídico, específicamente en el proceso judicial, lo que logra ser observado y descrito a nivel organizacional (tribunales, fiscalías, defensorías, etc.) a través de sus decisiones orientadas a un caso, o a nivel de interacciones (audiencias).

Validez como Medio de Comunicación o Como Símbolo de Intercambio

El derecho positivo moderno basa su carácter de norma jurídica en la validez de la misma. Luhmann afirma al respecto:

"...Igual que otros sistemas que se encargan de una función, también el sistema jurídico, en la alternancia de sus operaciones, dispone de un símbolo con el que genera la unidad del sistema. (...) Esto lo logra, en el sistema del derecho, el símbolo de la validez jurídica..." (Luhmann 2002: 67).

Por ello, no es necesario ni que las decisiones jurídicas sean legítimas, entendiendo por ello el producto del dialogo racional entre los participantes del proceso, tal cual como sostiene Habermas⁵, ni que sean coherentes con la costumbre o "espíritu del pueblo" o *folkgeist* siguiendo a Savigny, o con los procesos históricos, sociales o políticos⁶ por medio de los cuales se llegó a establecer una determinada norma, lo que se expone por la dogmática jurídica como "fuente material" del derecho. Simplemente se va a requerir que la norma sea válida, es decir dictada conforme a derecho.

La validez jurídica queda así definida de manera puramente interna: el derecho válido es aquel generado conforme a derecho. La validez va a ser sencillamente la legalidad de la legalidad. De esta manera, se puede apreciar cómo el derecho y su validez tienen

una relación tautológica: todo derecho es derecho por que es válido y es válido sólo aquel derecho dictado conforme a derecho.

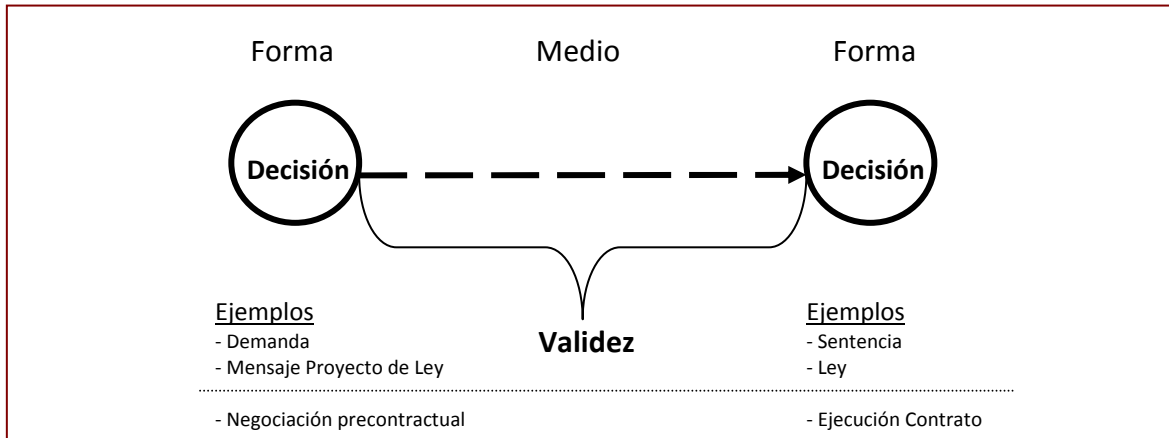
Siguiendo a Talcott Parsons, Luhmann considera que la validez es un "símbolo que circula, transfiriéndose en las operaciones subsecuentes"⁷. De esta manera, la decisión jurídica, es decir aquella operación que permite el enlace de un estado de derecho actual al siguiente (una nueva ley, la siguiente etapa de procedimiento, pero también una modificación de contrato respecto de las comunicaciones extraorganizacionales), que es operacionalizada siempre en el presente y lo hace en consideración a la validez jurídica pasada (que determina el estado actual) y futura (en tanto se pretenda que el nuevo estado sea válido o aceptable como comunicación jurídica), permite así la autopoiesis del sistema jurídico, a la vez que es el símbolo de su unidad. De esta manera significa la estabilidad dinámica del sistema, ya que no se puede saber a priori qué decisión va a ser efectivamente válida (la validez no es una norma), pero toda decisión jurídica debe ser válida para ser considerada como tal. La validez es también una forma que marca la diferencia entre dos lados (válido/ inválido), siendo la invalidez el lado externo o la "contraparte diabólica" de la validez, pero que sin embargo, también está contemplado como un "estado del sistema jurídico y no de su entorno" (Luhmann 2002:71), en otras palabras, también existe una programación (válida) dedicada a la invalidez de las decisiones jurídicas, pero manteniéndose la diferencia fundamental entre uno y otro tipo de decisión: la posibilidad de enlace con otras decisiones, donde la validez permite un nuevo enlace la invalidez lo bloquea.

Otro método para observar la validez, es hacer utilizable la distinción forma/ medio⁸, de acuerdo a la cual determinados elementos que consideramos como formas en la propia observación (V.Gr. decisión jurídica de inicio), pueden tener una conexión débil o ser el medio de conexión (loose coupling) con otras formas (V.Gr. decisión jurídica de término). Así, podemos describir sintéticamente el procedimiento legal como el enlace probable entre decisiones jurídicas en el medio de la validez, así como el proceso efectivamente verificado es el medio de validez que observado retrospectivamente ha enlazado una decisión de inicio con una de término.

La forma decisión jurídica se reproduce así en el medio de la validez. Cada decisión de carácter jurídico, esto es, conforme a derecho, es enlazada a la siguiente a través de la validez. *Contrario sensu*, la invalidez de las decisiones jurídicas impide la reproducción de nuevas decisiones jurídicas, encontrándose fuera de este *medium*. Donde hay invalidez aparentemente no hay medio donde reproducir decisiones jurídicas.

De esta manera, un debido proceso es el medio por el cual una demanda o querrela puede resultar "causalmente" en una sentencia condenatoria, un mensaje presidencial llegar a convertirse en una ley pero también una negociación precontractual, fuera del ámbito organizacional (decisional) dar origen a derechos subjetivos exigibles cuya fuente positiva es un contrato.

Fig. 1. Medio y Forma

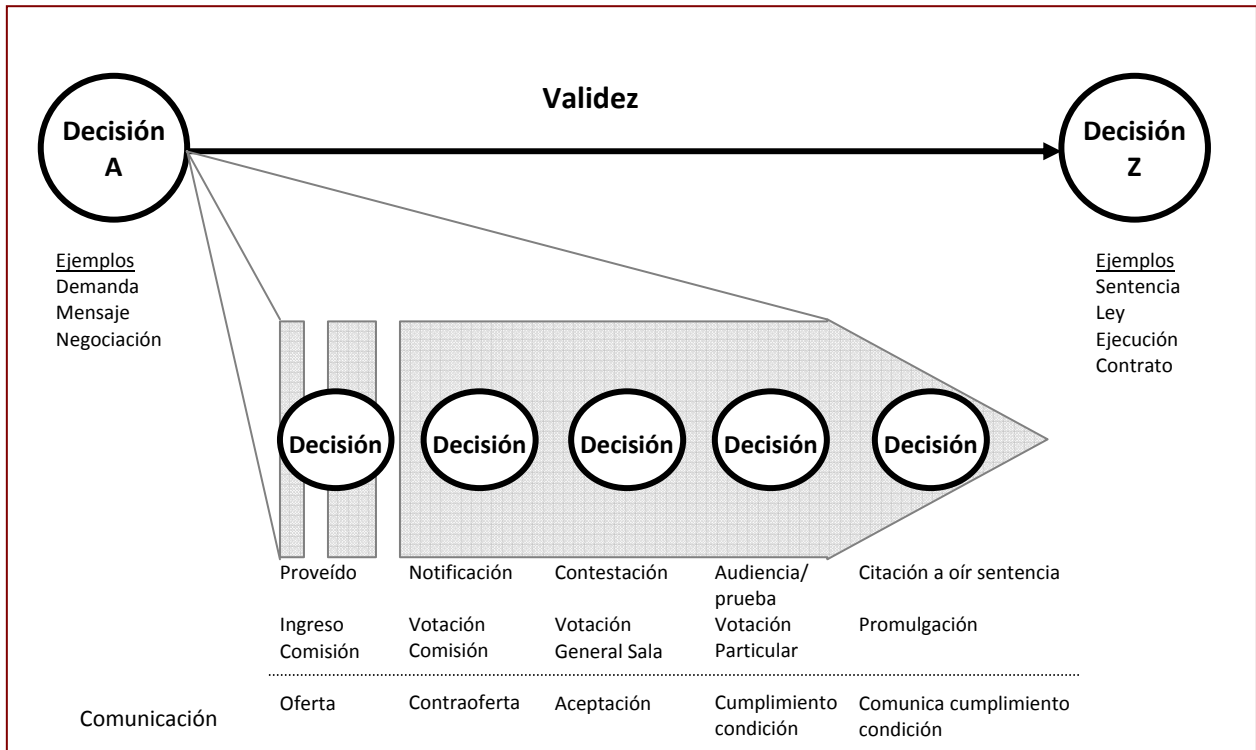


El medio de la validez, a su vez, puede volver a observarse como una serie de formas (decisiones válidas) en las cuales puede desglosarse el medio, así como las cadenas moleculares permiten el enlace entre dos átomos, pero ellas mismas se conforman de átomos, por lo tanto de formas enlazadas por formas, dependiendo de los puntos de referencia de la observación. El medio de la validez, remite así a las decisiones, donde puede afirmarse que el medio en que opera el símbolo de la validez es la comunicación jurídica, definiéndose circularmente una a otra. Este tipo de síntesis es meramente instrumental y permite una mejor observación y descripción del tiempo utilizado en las operaciones.

De esta forma el debido proceso, no sólo enlaza válidamente una demanda con una sentencia, sino que a partir de la primera decisión, puede observarse una serie de segmentaciones temporales- comunicacionales, que pueden ocurrir mediando turnos comunicativos de los artefactos de atribución, tal como ocurre en una conversación. Luego, a la demanda sigue la resolución que recae sobre ella declarando si contiene o no los requisitos de validez para aceptarla como tal (requisitos formales del escrito, patrocinio de un abogado, competencia absoluta del tribunal, etc.), a ella seguirá la notificación, luego la contestación o su declaración de rebeldía, apertura del término de prueba, rendición de la misma, etc. Esto es, cada acto o turno comunicativo es sometible a revisión de su validez por diversos mecanismos de impugnación, los que a su vez son atribuibles a cada artefacto comunicativo participante en cada oportunidad, siendo aquello aplicable también para el silencio (siempre que éste sea recogido por una decisión válida).

Como ya señaláramos con anterioridad, lo mismo es verificable (y válido) tanto para procesos judiciales, tramitación de nueva legislación y celebración y ejecución de contratos⁹ y, es decir para todos los ámbitos de reproducción del derecho, tanto organizacional como no organizacional.

Fig 2. Medio y Validez



Cómo Impugnar la Validez

El proceso evolutivo del derecho ha permitido su generalización mediante diversos mecanismos, ejemplo de ello es la independización del derecho procesal, o de "acción" del derecho material o sustantivo (lo que permite, por improbable que aparezca su derecho, que el agraviado acuda a las organizaciones de la justicia a reclamar su ahora "pretensión" de derecho), otro mecanismo de difusión es la generalización de la legitimación activa o pasiva para intervenir en juicio, se permite así, no sólo que se pueda perseguir una expectativa improbable, sino que lo haga el mayor número de personas posibles en determinadas circunstancias, lo que parecería concordante con la evolución social desde sociedades estratificadas a las funcionalmente diferenciadas, de esta manera, al menos desde el punto de vista del derecho no sería necesario pertenecer a cierta clase social para reclamar la intervención del aparato judicial, (sin perjuicio que la marginación pueda efectivamente producirse por la integración de la exclusión económica por falta de recursos para pagar una defensa letrada).

Un último punto que es relevante mencionar junto con los anteriores, para entender la expansión del derecho o posibilidad del mismo como medio simbólico de comunicación, es la generalización del derecho de las partes para impugnar la validez de las decisiones jurídicas (sean formulaciones de la contraparte o decisiones de los tribunales), lo que puede ser considerado como una extensión del derecho a acción, pero que sin embargo tiene una relevancia capital para la diferenciación del sistema jurídico del simple ejercicio del poder político. En efecto, si las decisiones de un tribunal u otra organización son inimpugnables (es decir siempre válidas), difícilmente se podrá hacer probable la aceptación de las expectativas normativas de las partes de un proceso (y la generalización de la comunicación jurídica), pues resultaría que la decisión es válida sólo en relación con la atribución de la comunicación (V. Gr. El

tribunal siempre tiene la razón), lo que es idéntico a lo que ocurre con el medio del poder, en que se deben seguir los comandos de una determinada autoridad simplemente por que es superior al destinatario. En otras palabras, la validez basada en una programación jurídica que no permita posibilidad alguna de invalidación o la haga extremadamente dificultosa, es funcionalmente equivalente al medio de comunicación simbólicamente generalizado basado en la forma superior/ inferior, en que una acción de alter determina una acción de ego, el que actúa bajo la posibilidad de recibir consecuencias indeseadas si no obedece.

Los medios de impugnación, al menos en el proceso judicial, constituyen así un elemento crítico para permitir la tecnificación del poder y su diferenciación entre poder válido e inválido. Los medios de impugnación son así generalizados y toman distintas formas reguladas por distintos estatutos jurídicos (Ej.: nulidad de lo obrado, recurso de reposición, recurso de apelación, recurso de casación, recurso de nulidad, recurso de revisión, etc.), los que a su vez tienen ellos mismos distintos requisitos de validez, lo que permite impugnar un gran número de decisiones jurídicas, dependiendo de la materia y tipo de procedimiento que se ha seguido. Entonces, no sólo la decisión de término (sentencia) va a estar sujeta a la incertidumbre de asignación de valor (conforme a derecho/ no conforme a derecho), sino también cada acto de procedimiento tendiente a lograrla.

Cómo Resguardar la Validez

En síntesis, cabe preguntarse si a nivel de operaciones jurídicas prácticas, esto es de decisiones, ya sean leyes, decretos, sentencias o de comunicaciones tendientes a celebrar un contrato, la emergencia de la pregunta por su validez es o no un aspecto usual de cada operación. En otras palabras, y si todo aquello que es válido lo es por que no es declarado inválido ante determinado sistema organizacional, resulta relevante determinar cuando, cómo y porqué se decide la invalidez de una comunicación, ello por que si en la práctica existen mínimas oportunidades para la impugnación de una decisión, resultará también que su conformidad o disconformidad con el sistema jurídico será menos relevante a nivel de operaciones. Para poder observar lo anterior deberemos preguntarnos entonces por las condiciones de posibilidad jurídica del lado opuesto de la forma: la invalidez.

Cabe recordar, que la comunicación jurídica es aquella efectuada desde el presente, para que sea aceptada (válida) en el futuro. Se selecciona una conducta de notificación destinada a ser conforme a derecho, esto es, se verificará previamente que cumpla con todos los requisitos que parecen redundantes con la programación jurídica, de esta manera se intentará interponer una demanda ante un tribunal competente, el mismo órgano intentará decidir sólo dentro del ámbito de su competencia legal, etc.

La invalidez va a ser eminentemente retrospectiva, salvo que se trate de casos de "inexistencia"¹⁰, en que el enlace aparece apriorísticamente como absolutamente improbable, generalmente en base a la atribución de la comunicación (un cargo distinto al juez no podría dictar una sentencia). En este sentido, y volviendo a la validez como símbolo, este por lo general caracteriza a las comunicaciones y decisiones jurídicas en un primer momento, tras lo cual se vuelven impugnables. Las decisiones jurídicas nacen válidas para convertirse en inválidas mediante otra decisión que nace válida, y así sucesivamente. En este contexto, el proyecto de ley o de sentencia que todavía no ha sido puesto en vigencia mediante la verificación de un procedimiento jurídico, no puede ser inválido sencillamente por que aún no es derecho, por mucho que los redactores se empeñen en estudiar la coherencia de la decisión con

las normas constitucionales o legales para evitar una futura anulación, existiendo así un momento intermedio de validez de la norma o decisión impugnada que puede ir desde el momento de su puesta en vigencia hasta su anulación. Si a lo anterior agregamos todavía que incluso las normas sobre invalidez y nulidad de las decisiones deben ser válidas, y que la invalidez se debe decidir conforme a un procedimiento válidamente tramitado, existe una desprobabilización de que las comunicaciones destinadas a provocar la invalidez de la decisión sean aceptadas como tales. Esto es así tanto para la generación de norma de aplicación general como la ley, como respecto de una particular como el contrato, pero siendo además el derecho un sistema parcial de la sociedad, cuya función es la estabilización de expectativas normativas, va a ser así siempre que el sistema de referencia, ya sea artefacto de atribución comunicativa u organización, realice una determinada actividad teniendo como expectativa una norma rematerializada dentro de sus límites internos (y cómo podría ser de otra manera).

Una simplificación de lo anterior sería el proyectar una norma conforme a la cual es lícito todo delito cometido contra un familiar¹¹. La expectativa de conducta podrá permanecer inalterable si no es rechazada como comunicación no conforme a derecho por la praxis de la policía y los tribunales, los que deberán considerarla a través de sus decisiones válidamente emitidas como ilegal y aplicar una cadena de decisiones también válidas que se encuentran en la programación del derecho penal respecto de la comisión de un delito. De esta manera, el delito puede no serlo hasta que es descrito como tal por las organizaciones de la justicia, en particular los tribunales, reproduciendo la pregunta del árbol que cae en medio del bosque sin ser escuchado. No ocurre de manera diferente respecto de las decisiones jurídicas tomadas en el resto del aparato burocrático y que deberían estar orientadas por lo que Hart caracterizó como normas secundarias de reconocimiento¹².

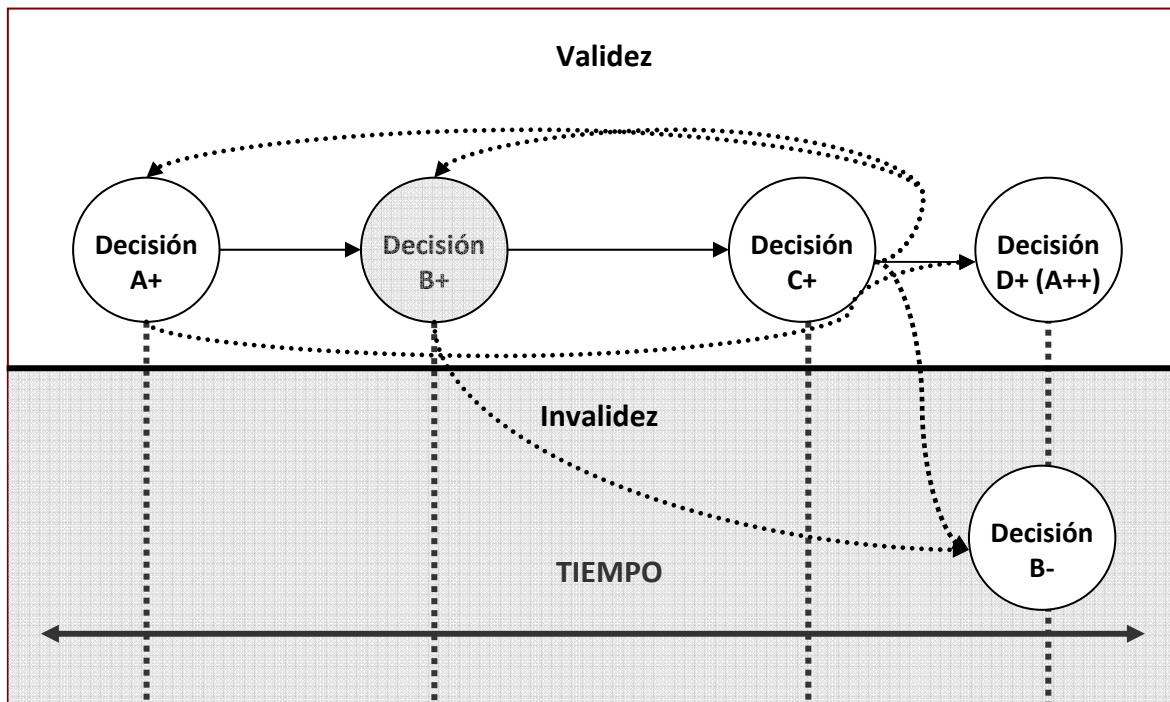
Sin embargo, siendo las posibilidades de enlace de las comunicaciones jurídicas improbables, se imponen además ciertas reglas organizacionales y prácticas para mantener cierta fluidez en la autopoiesis del sistema jurídico. La aceptación de la comunicación jurídica, su probabilización frente a la doble contingencia, sencillamente no es viable si cada operación es probabilísticamente rechazada, sin perjuicio que como comunicación jurídica siempre se debe reservar la posibilidad que así suceda, ya que una decisión incuestionable jurídicamente no reproduce los elementos propios del sistema, sería siempre una referencia externa, como la palabra de Dios, del gobernante o el espíritu del pueblo, o sencillamente, la última frase de un juez.

En este contexto, podemos preguntarnos nuevamente cómo el sistema jurídico no cae en el fracaso comunicativo permanentemente, ya que si sólo la validez permite el enlace de las decisiones jurídicas y la auto producción del derecho, el lado contrario de la forma, la invalidez, impide que ellas sean aceptadas como comunicación válida, es decir conforme a derecho. Lo anterior toma la forma de una paradoja, ya que la existencia de las posibilidades de impugnación permite que el derecho sea generalizable, esto es que existan posibilidades de aceptación de las comunicaciones particulares en este medio, en uno u otro sentido, lo que incentiva la participación en el mismo, pero una exagerada desprobabilización de la validez puede impedir que las decisiones puedan enlazarse. La ausencia de un solo eslabón de la cadena de decisiones, podría paralizar la autopoiesis del derecho, ya que bastaría con una sola decisión inválida para esterilizar cualquier probabilidad de producción de nuevas decisiones sobre la base de aquella.

Lo anterior nos plantea una interrogante acerca de la validez como requisito de enlace de comunicaciones válidas, en otras palabras, cómo el sistema jurídico logra eventualmente enlazar decisiones inválidas con decisiones válidas, reiniciando el sistema y esto en especial referencia al principio jurídico de inexcusabilidad¹³, que obliga a la jurisdicción a pronunciarse mediante una decisión de término (sentencia) acerca del caso planteado aún cuando no exista ley que lo regule expresamente. En términos procesales prácticos, podríamos preguntarnos cómo las demandas o querellas que no han sido legalmente propuestas (Ej.: no individualizan al tribunal ante el que se interponen en el escrito), y declaradas inválidas (V. Gr. Se declara la ineptitud del libelo), pueden en algún momento enlazarse con los demás actos jurídicos procesales, terminando en la dictación de una sentencia válida, ¿Cómo es que una decisión inválida puede dar lugar a una decisión válida?

La respuesta a lo anterior es que la estructura del sistema, es decir, las expectativas referidas a la invalidez, procuran nunca caer en dicha paradoja (o al menos, no hacerla explícita). La decisión que declara la invalidez de otra decisión, se describe ella misma como válida y efectuando un *bypass*, lo que en el mundo de la física hasta ahora parece imposible, retroceder en el tiempo para enlazarse con el estado anterior a la decisión inválida (si nos preguntamos porqué los juicios parecen prácticamente eternos, una respuesta podría ser que ellos recién han comenzado... de nuevo). De esta manera, dadas las decisiones jurídicas A, B, y C, en que se anule la decisión B, por la decisión C, esta última procurará declarar el estado anterior a B, desde el cual supuestamente se reproduce C, en este caso A. Procurando señalar, (sin poder observar el momento de nacimiento de su propia existencia) que a partir de este momento nos encontraremos nuevamente en el momento A, pero en una realidad alterna a la retrospectiva, en que la decisión B es inválida o nunca existió. Lo cierto es que C siempre es una actualización de validez en el presente, siempre es una nueva decisión que fantasea con la eliminación de la historia de invalidez (y hace efectiva ella misma esta suposición en el presente) proponiendo una nueva decisión reparada. C, B anulada y D (o A actualizada), pueden ser una misma decisión, una sola operación, aunque ella misma describa el pasado como permanentemente inválido o válido, ese pasado sólo se generó en el presente y en una decisión que pretende ser válida en el futuro, pero C y D también pueden diferenciarse temporalmente si consideramos que lo que antecedió a la decisión anulatoria fue un medio de impugnación tenido como válido.

Fig. 3. La Invalidez



De tal modo, una demanda mal notificada o mal planteada puede hacerse retroceder en el tiempo para que, ahora sí, pueda notificarse correctamente o corregirse los errores de redacción (P. Ej. hacer coincidir la suma con el cuerpo del escrito), el contrato convalidado o alguna de sus cláusulas anulada, como si nunca hubiera sido escrita, pero manteniendo la validez del resto del texto, etc.

En suma, al momento de producirse la decisión jurídica basada en la invalidez se declara esta última y se la trae al presente como tal, junto con pretender que la decisión anulatoria es también válida, se determina el estado actualmente válido (se retrotrae el proceso al estado anterior a lo anulado) o se fijan las condiciones bajo las cuales reparar la invalidez (que se corrija la demanda dentro de un plazo o que se dirija ante otro tribunal). Esta es la manera cómo aparentemente surge la validez de la invalidez, pero lo cierto es que tanto la decisión declarada como inválida, como la que declara dicha invalidez reproducen los elementos de una validez pretendida, generan su propia validez en el presente, no pueden sino reproducir los elementos que le son propios en cada momento, realizando su autopoesis.

Pero frente a esta primera restricción de la invalidez, surge un nuevo problema: ¿cómo evitar que en cada operación subsecuente se pretenda revisar la validez de toda la cadena decisional hasta el infinito? Si esto es admitido por el sistema, y no existiendo nada como una norma fundamental hipotética, un derecho divino o un espíritu del pueblo que sea la fuente material (externa) última del derecho, en cada operación de reproducción del mismo se podría discutir el origen de todo lo jurídico hasta llegar al momento de incertidumbre, o de descubrimiento de la paradoja constitutiva del derecho, esto es, que "en el principio el derecho no fue" (y por derivación causal, no es) conforme a derecho. Pero si cada búsqueda concluye lo expuesto anteriormente no es el verdadero problema comunicativo, sino la posibilidad misma de que cada comunicación esté sujeta a un largo período de incertidumbre en cada uno de los

enlaces, lo que haría al derecho inviable nuevamente como medio de comunicación simbólicamente generalizado, ya que cada conducta de notificación estaría sujeta a un largísimo debate acerca de la validez causal de todas las normas conocidas, consumiendo una gran cantidad de tiempo. Luhmann plantea que en el caso de regresiones *ad-infinitum*, se hace participar a la política, la que podrá respaldar o no el punto de inicio de la validez, especialmente en aquellas decisiones referidas a las disposiciones constitucionales sobre creación de decisiones de aplicación general¹⁴. ¿Pero cómo se soluciona en la cotidianeidad judicial el problema de la búsqueda interminable de validez/ invalidez? Fundamentalmente con la combinación de dos¹⁵ mecanismos: la segmentación del tiempo como requisito de los medios de impugnación, y con la inclusión en la programación de una supuesta voluntad racional de las partes, que es verdaderamente el tema que nos convoca.

Tiempos de Invalidación

La programación del derecho, específicamente la que se refiere al procedimiento, fracciona y estabiliza la utilización del tiempo del proceso. El proceso es el tiempo que media entre una decisión de inicio y una de término, creando una estructura (procedimiento) que traza etapas al proceso diferenciando (o creando) posibilidades de decisión dentro de él. De esta manera, el procedimiento puede establecer una serie de segmentos temporales que deberán ser contemplados por las partes como condición de aceptación de sus comunicaciones para ser escuchadas o enlazadas, esto es: el tiempo convertido en norma. El procedimiento puede ser descrito por la dogmática jurídica con prescindencia de las operaciones concretas que se generen dentro de él, el proceso va a ser la operacionalización contingente que se haga del procedimiento. La diferencia entre procedimiento y proceso es equivalente a la que existe entre posibilidad y operación.

Las operaciones autorreproducentes pretenden de esta manera ser encausadas bajo la forma de los plazos, ocupándose la programación del derecho para ello, donde puede haber operaciones jurídicas dentro de plazo o no dentro de plazo (extemporáneas). En el primer caso el valor de enlace de la misma es su aceptación como comunicación válida, en el segundo se da paso a la sanción de invalidez.

Con este mecanismo el procedimiento proyecta una vía temporal por la cual deben transitar las comunicaciones para ser aceptadas, apareciendo que dicha estructura, así como todas las que genera el sistema jurídico pueda tener solo dos consecuencias, la legalidad o la ilegalidad, o bien en el metanivel de las normas que controlan normas: la validez o invalidez de la decisión. Consecuencia de lo anterior, una decisión que resulte manifiestamente inválida, es decir con muchos elementos que observados parecen no conformes al sistema jurídico, puede finalmente resultar válida, puesto que el medio de impugnación no cuenta con un requisito de validez: el plazo dentro del cual ha de plantearse. El resultado es curioso, y a falta de otras posibilidades dentro del sistema, produce la validación de lo que se creía inválido, aunque realmente lo invalidable nunca ha pasado a ser inválido, sino que simplemente se desprobabiliza su impugnación. De esta manera, el procedimiento se asemeja a un canal con exclusas, que se van clausurando a medida que el tiempo alcanza un nivel preestablecido, donde las direcciones que pueda seguir todo proceso judicial (aunque se trate de casos idénticos) no va a ser lineal, sino contingente, producto de la combinación de las variables decisión y tiempo.

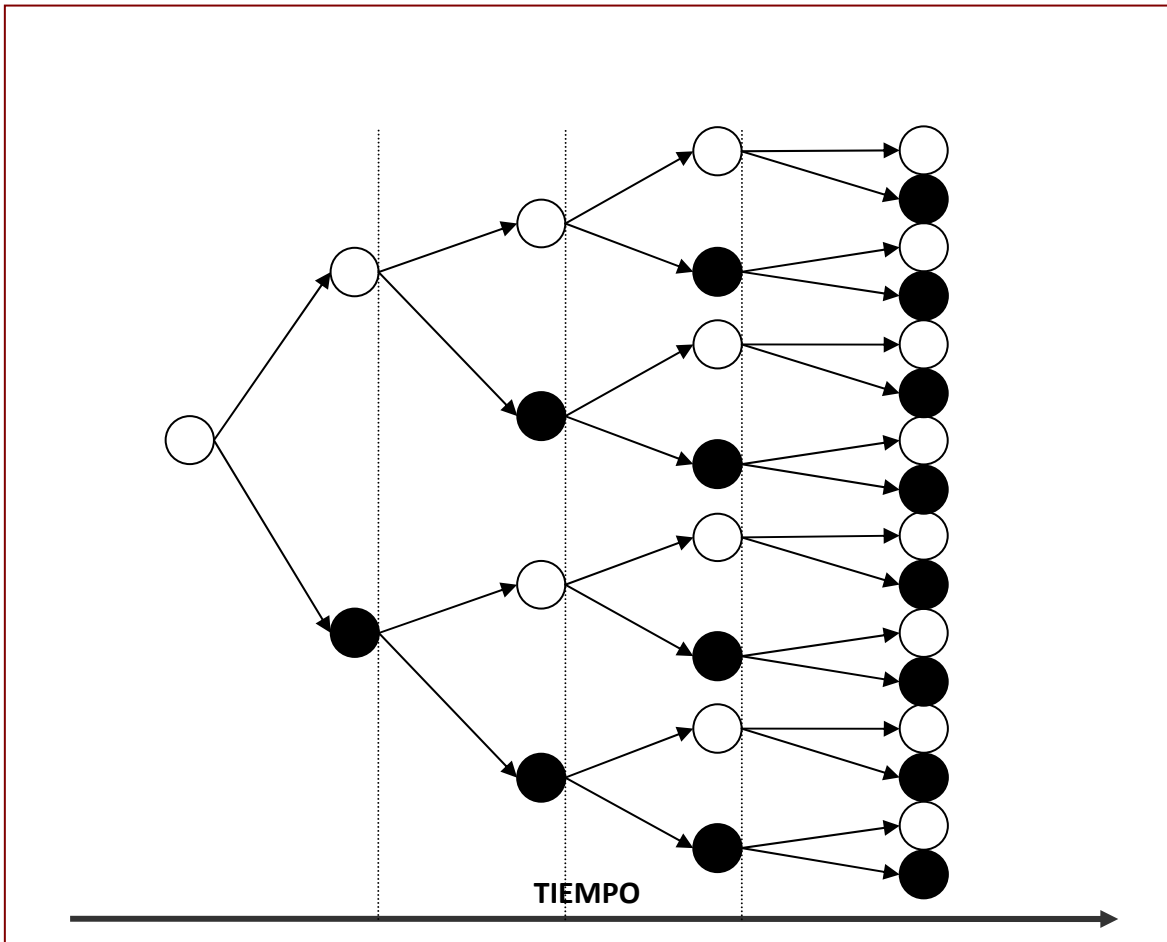
De esta manera el sólo transcurso del tiempo ocasiona variabilidad entre casos aparentemente semejantes, ya que bajo las mismas condiciones de redundancia o falta

de redundancia con el sistema jurídico, las decisiones pueden ser válidas o inválidas dependiendo del transcurso de los tiempos del proceso que a su vez determinan la validez o invalidez de los medios de impugnación. En otras palabras, dos casos similares pueden tener resultados normativos distintos, por el simple y apacible transcurrir del tiempo. Aunque la descripción no le sea grata a ningún jurista, las sentencias pueden erigirse sobre la base de testigos inhábiles como amigos o dependientes de quien los presenta, si no se los tacha (impugna) en el momento preciso, sobre documentos falsos, mientras no se los objete como tales, e incluso sobre errores ostensibles o arranques voluntaristas de los jueces, mientras no se ejerzan los recursos jerárquicos o disciplinarios dentro del plazo fijado para ellos. El transcurso del tiempo opera de esta manera, no sólo como la ordenación de los tiempos del proceso mediante un procedimiento, en que las partes pueden apoyarse para el ejercicio igualitario de sus derechos, sino también como un mecanismo de probabilización de la validez y como un modo de desconectar las cadenas decisionales en la eventualidad de una comunicación de invalidez de las decisiones ya tomadas.

Entonces, la pregunta por la validez pierde oportunidad, pero como toda operación del sistema ocurre en la actualidad, el propio tiempo y su infracción sólo podrán nacer en el presente. Lo que implica lo anterior es sencillamente el derecho fuera de control, pero cualquier observador con cierta experiencia práctica podrá reconocer que este tipo de contingencias simplemente ocurre. De esta manera, si en una decisión presente no se reconoce la inadmisibilidad (invalidez) de los recursos o peticiones de nulidad aunque sean extemporáneas y si por otra parte el tiempo para reclamar la invalidez de la impugnación ya ha transcurrido reconociéndose en una resolución subsecuente, la validez y la invalidez pueden reaparecer como verdaderas contingencias¹⁶, lo que es a su vez paradójico respecto a la función descrita para el sistema jurídico: estabilizar expectativas normativas.

Resulta de esta manera que las expectativas normativas sobre el proceso, aquellas que supuestamente se mantienen invariables en el tiempo, podrán ser reformuladas, pero no como expectativas cognitivas, sino como una variedad de piezas intercambiables que como bloques de armar, van correspondiendo o no con las segmentaciones temporales, esto es, aquello que se espera que suceda en referencia al procedimiento. Se proyecta el futuro normativo pero sólo con referencia al presente del proceso, y este presente puede cambiar para adelantarse, retroceder o repetirse, conforme a las decisiones tomadas en el tiempo del procedimiento. De esta manera, por ejemplo, el transeúnte que se dispone a pasear por un parque pretenderá normativamente que no lo asalten, si aquello acontece, esperará que se busque y sancione al culpable, si éste es encontrado buscará que se le mantenga en prisión preventiva y que finalmente se le condene al máximo de las sanciones penales. El procedimiento contempla una serie de etapas respecto de las cuales es posible proyectar distintos futuros. La víctima o querellante no esperará la dictación de sentencia condenatoria por la mera interposición de la querrela o denuncia, sino que el tribunal se pronuncie sobre la admisibilidad (validez) de la misma, ordene notificarla al querrellado, y así sucesivamente, pero si resulta que en las fases finales del juicio penal el proceso de aprehensión y levantamiento de evidencia fueron efectuados inválidamente y la prueba declarada ilícita, podremos encontrarnos nuevamente en la disyuntiva de participar o no en un nuevo juicio si el anterior fue anulado, y en definitiva si ir o no al parque, proyectando el futuro normativamente, pero quizás aguardándolo cognitivamente en un nuevo presente, esto es, con expectativas normativas que sabemos pueden o no cumplirse.

Fig. 4. Alternativas de Validez/ Invalidez



El Entorno Racional

La distinción Inclusión/ exclusión, toma así una renovada relevancia para el valor de reflexión. Inclusive un sistema parcial de la sociedad como el jurídico, con un medio simbólicamente generalizado como es el poder/ derecho, el que a su vez tiene su propio código binario por medio del cual simplifica toda la realidad que es capaz de procesar, asignándole dos valores: conforme a derecho/ no conforme a derecho, puede ser desgeneralizado a nivel organizacional mediante prácticas que impidan el paso del lado interno al externo de la forma. Así como la desidia, la negligencia o la mera prevalencia de la voluntad de la persona como requisito de atribución del medio de impugnación, el desconocimiento (conocido) acerca de los medios para provocar la invalidez de una decisión es una de las condiciones de la validez de la misma, ¿Qué puede significar lo anterior en términos de operaciones e interacciones cotidianas? Simplemente que lo que se cree válido, no va a depender sólo de la programación del derecho, sino de los medios de impugnación que surjan como evento (información) para el artefacto comunicativo persona que se encuentra en posición de ejercerlos, el que va a estar acoplado con el sistema de conciencia particular y podrá estar relacionado con la verificación de sus capacidades cognitivas, basada en su biografía personal o "carrera" individual, por parte de la organización jurídica.

Lo anterior provoca cuestionar las políticas públicas referentes al acceso a la justicia en tres niveles, el primero consistente en dejar a los usuarios librados a la organización, como ocurre con los tribunales de familia o las víctimas en el nuevo sistema procesal penal, el segundo para plantear mecanismos de evaluación permanente acerca de la información rendida en cada caso a los usuarios por organizaciones como la Defensoría Penal Pública e incluso abogados particulares, acerca de los derechos de invalidación que se tienen en cada etapa procesal y las condiciones de su ejercicio (particularmente las que tienen que ver con el cumplimiento de los plazos).

Un último nivel de cuestionamiento es la posible colisión que existe entre normas organizacionales orientadas a la eficiencia, como el estímulo individual otorgado bajo la condición de terminar el mayor número de causas por unidad de tiempo, nos referimos especialmente a los procesos judiciales en que intervienen organizaciones encargadas de asesorar o representar a quienes se ven involucrados en un proceso, como Defensorías Públicas o Licitadas, Ministerio Público, etc. y la información otorgada a los beneficiarios del servicio jurídico de asesoría, en un contexto creciente de falta de tiempo e incentivos para probabilizar la cognición (al menos siguiendo un protocolo de atención), la que si además es exitosa, puede probabilizar los requerimientos de impugnación de las diferentes decisiones, multiplicando las tareas que debe realizar la membresía de la organización por cada caso. En otras palabras, si un abogado le señala a su cliente que puede apelar es más probable que le ordene hacerlo que si no se lo dice, lo que debe además observarse en el contexto de incentivos económicos para terminar causas dentro de un cierto lapso. En este sentido, la diferencia de conocimientos entre usuarios no profesionales y quienes los representan, abogados a honorarios o facilitados por una organización destinada al efecto, así como respecto de las organizaciones e interacciones en que se hacen valer sus derechos, puede ser observada como estructural, con independencia de la capacidad profesional y experiencia biográfica que puedan tener en los asuntos que son llamados a conocer. Lo anterior es apoyado por la ficción jurídica de la representación en el mandato judicial, por el que la persona es prácticamente sustituida por su representante ante el tribunal, configurando una parte o interviniente.

La relación entre representantes y representados en juicio toma de esta manera un carácter del todo relevante en términos que puede ser el contexto de dicha interacción donde se resuelve el ejercicio de los derechos procesales de las partes, perdiendo relevancia lo que acontece en la audiencia pública, constituyendo esta última la exposición histriónica de decisiones ya planificadas por la parte compleja, ya sea informadamente y ponderando cada posible consecuencia de los escenarios posibles en términos de derechos del interviniente, ya sea como planificación autónoma del representante que requiere ciertos gestos simbólicos del representado, al que se mantiene en un cierto margen de ignorancia.

Lo anterior puede también observarse en el extracto de una serie de entrevistas realizadas el año 2006, para la construcción del trabajo de campo de uno de los autores de este artículo, destinado precisamente a indagar el impacto de la reforma procesal penal en las expectativas procesales de los usuarios del mismo. Los extractos presentados corresponden a la entrevista realizada a una defensora penal licitada de la Región Metropolitana:

Cita N° 1:

(I: Investigador; E: Entrevistado)

E: depende de 2 cosas, una, si son como más..., si tienen hasta cuarto medio, igual cachan algo, si son delinquentes habituales, también, "oye, mi derecho aquí y yo no dije nada, porque tengo derecho a guardar silencio", empiezan así y si tienen alguna educación, mas o menos, como hasta cuarto medio, igual cachan algo, sino no cachan

I: No cachan nada, y ¿Qué porcentaje tú dirías que cacha y cuáles son los que no cachan?

E: Hay algunos que no entienden, ni que pasa en la audiencia, nada, tu les dices que acepten responsabilidad y aceptan y nunca supieron que hicieron y tu les estas diciendo, porque sabes que es lo mejor para el tipo, no tienen por donde mas salirse, ¿cachai?, pero termina el juicio y te preguntan "¿me podría explicar que paso?"

(...)

I: Pero ¿Qué porcentaje cacha y que porcentaje no cacha?, ósea así al aire, digamos

E: A ver... el 40%, no cacha nada, nada

I: ¿40%?, igual es hartito

E: Nada, no cacha nada, no es

que ni siquiera sepa sus derechos, sino que no cacha nada y por ejemplo, nadie... no sé, si te había dicho, pero eh sobre todo cuando tienes abreviados, de gente que tiene escolaridad muy baja y que no ha estado nunca en el tema, primera o segunda vez, tienes el problema, de que el juez, les va a hacer las preguntas del abreviado y se las tiene que repetir mil veces, porque el tipo no entiende y el juez, en una falta de criterio, en ese sentido, le dice "usted renuncia al juicio oral", "Sí", porque tu ya le dijiste mil veces, que digiera que "sí", "sí, renuncio", "eh, pero usted sabe, que en ese juicio oral, el Ministerio Público tiene que probar, que usted fue culpable y que eventualmente usted podría ser absuelto", y le empiezan a hablar un montón de cosas y que la causa y la prueba y no se que, y después le dicen "porque si usted acepta lo más probable, es que salga condenada, porque usted esta aceptando" y la gente no entiende nada, es un tipo que tiene 5^a básico, ¿cachai?, la otra vez me toco una que dijo, "¿sabe leer y escribir?", "mas o menos", ¡mas o menos!, ¿cachai? y les hacen todo ese pregunterío y el tipo no cacha nada, lo único que hacen, los a tinados te miran y tu les haces así, [hace un gesto afirmativo] les haces así po', "sí", ¿cachai?, porque o sino no tienen idea, porque la mitad no entiende, lo que el juez les dice, no entienden que les están diciendo, no cachan nada, pero algunos se empiezan a perder y dicen "sí... no... no... ya", y tu, más o menos que le pegas, ja ja, no... mal. Tenía esa señora por micro trafico, que apenas sabia escribir, ¿cachai?, y Toledo, que es un juez, ¿cachai?, le hizo... le pregunto un montón de rato y yo estaba al lado toda urgida y le hacía así y mas encima cuando tu les haces muchas señas, el juez te dice "defensora le estoy preguntando al imputado, no moleste, no lo induzca, no responda usted", y es una lata, porque el tipo no sabe que responder, porque no entiende que le estas diciendo, es una tontera.

(...)

En este contexto, resulta interesante observar los recursos de nulidad tramitados por la Excm. Corte Suprema en el primer semestre del año 2007, dónde es posible apreciar una clara diferencia entre la cantidad de recursos interpuestos por la defensa privada en comparación a la Defensoría Penal Pública. Lo mismo ocurre en menor proporción entre las fiscalías y los querellantes particulares. De todos modos, el porcentaje de recursos acogidos finalmente por el órgano superior es el mismo para la mayoría de los recurrentes (a excepción de los querellantes que no tuvieron acogida en los recursos interpuestos).

Tabla 1. Recursos de nulidad tramitados por la Excm. Corte Suprema. Período: 1 Enero-30 Junio 2007¹⁷

Recurrente	Resultado	Total Nacional
Defensoría Penal Pública	Acogido	1
	Inadmisible o Rechazado	5
	Desistido o Abandonado	0
	Remite a ICA	12
	Pendiente	2
	TOTAL	20
Ministerio Público	Acogido	1
	Inadmisible o Rechazado	0
	Desistido o Abandonado	0
	Remite a ICA	1
	Pendiente	0
	TOTAL	2
Defensa Privada	Acogido	1
	Inadmisible o Rechazado	35
	Desistido o Abandonado	1
	Remite a ICA	43
	Pendiente	11
	TOTAL	91
Querellante	Acogido	0
	Inadmisible o Rechazado	3
	Desistido o Abandonado	0
	Remite a ICA	1
	Pendiente	0
	TOTAL	4
Total	Acogido	3
	Inadmisible o Rechazado	43
	Desistido o Abandonado	1
	Remite a ICA	57
	Pendiente	13
	TOTAL	117

Aunque los resultados parecen ser los mismos, el ejercicio de derechos procesales de impugnación ha sido en términos netos mucho más intenso en las segundas, lo que implica además una probabilización comunicacional cuantitativamente superior. Si el derecho se diferencia del poder mediante la validez/ invalidez de los comandos impartidos, en el primer caso ellos se encuentran más cercanas al mero ejercicio del poder que los segundos. **RM**

Bibliografía

ARNOLD MARCELO, DARÍO RODRÍGUEZ M, 1990. Sociedad y Teoría de Sistemas. Editorial Universitaria, Santiago.

BOHANNAN PAUL, 1965. The Differing Realms of the Law. American Anthropologist. Diciembre 1965, Vol. 67, No. suppl_2, pp. 33-42.

CADENAS HUGO, 2006. Derecho y Sociedad: ¿Es Posible la Integración Social Mediante el Derecho?. Trabajo Publicado en el libro Observando Sistemas, Nuevas Apropiaciones y usos de la Teoría de Niklas Luhmann, Ignacio Farías y José Ossandón Editores, 2006. Págs. 263- 281, Ril ediciones, Fundación Soles, Santiago.

CORSI GIANCARLO, ESPOSITO ELENA, BARALDI CLAUDIO, 1996. GLU: Glosario sobre la teoría Social de Niklas Luhmann. ITESO- Anthropos, México.

EVANS- PRITCHARD E. E., 1997. Los Nuer. Ed. Anagrama, Barcelona.

FOUCAULT MICHEL, 1973. La verdad y las formas jurídicas. Publicado en http://www.avizora.com/publicaciones/derecho/textos/0009_1_verdad_formas_juridicas.htm, accesado en junio de 2004.

FOUCAULT MICHEL, 2000. Los Anormales, Curso en el Collège de France (1974- 1975). Ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.

GIRARD RENÉ, 1983. Mimesis, violencia y sacrificio. Ed. Anagrama, Barcelona.

HABERMAS JURGEN. 2003. Teoría de la Acción Comunicativa. Taurus Humanidades, Santa fe de Bogotá.

KANDEL RANDY FRANCES, 1992. How Lawyers and Anthropologists think differently. Six differences in assumptions and outlook between anthropologist and attorneys. National Association for the Practice of Anthropology Bulletin, 1992, Vol. 11, No. 1, pp. 1-81. Posted online on December 21, 2004.

LEITE GONÇALVES GUILHERME, 2006. Las Paradojas de la Certeza del Derecho. Trabajo Publicado en el libro Observando Sistemas, Nuevas Apropiaciones y usos de la Teoría de Niklas Luhmann, de Ignacio Farías y José Ossandón Editores, 2006. Págs. 283- 295, Ril ediciones, Fundación Soles, Santiago.

LUHMANN, 1983. Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica. Centro de estudios constitucionales, Madrid.

LUHMANN, 1995. Poder. Anthropos, México.

LUHMANN, 2002. El Derecho de la Sociedad. Universidad Iberoamericana, México.

LUHMANN, DE GEORGI, 1993. Teoría de la Sociedad. Universidad de Guadalajara, México.

MAINE HENRY SUMMER, 1993. El Derecho Antiguo, Civitas, Madrid, también accesible en: http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/derecho_antiguo/indice.html

MALINOWSKI BRONISLAW, 1966. Crimen y Costumbre en la Sociedad Salvaje. Ed. Planeta- Agostini, Buenos Aires.

MATURANA HUMBERTO, 2002. La Objetividad, un argumento para obligar. Dolmen ediciones- Océano, España.

ROUSSEAU JEAN JACQUES, 1991. El Contrato Social, Edaf, Madrid.

SARRABAYROUSE OLIVEIRA MARÍA JOSÉ, 1999. Grupos, lealtades y prácticas: el caso de la justicia penal en Argentina, *Revista de Sociología E Política* N° 13, 81- 104, Nov. 1999.

SARRABAYROUSE OLIVEIRA MARÍA JOSÉ. Los juicios orales y la construcción del objeto judicial, accesado en www.naya.org el 14 de diciembre de 2004.

SPENCER- BROWN, G., 1979. *Laws of Form*. E.P. Dutton, Nueva York.

TAUSSIG MICHAEL, 1995. *Un Gigante en Convulsiones*. Ed. Gedisa, Barcelona.

TORRES NAFARRATE JAVIER, 2004. *Luhmann: La Política como Sistema*. UNAM, México.

WEBER MAX, 1992. *Economía y sociedad : esbozo de sociología comprensiva*, edición preparada por Johannes Winckelmann. Fondo de Cultura Económica, México.

Notas

¹ : *"...De esta igualdad de capacidades surge la igualdad en la esperanza de alcanzar nuestros fines. Y, por tanto, si dos hombres cualesquiera desean a la misma cosa, de la que, sin embargo, no pueden ambos gozar, devienen enemigos; y en su camino hacia el fin (que es principalmente su propia conservación, y a veces sólo su delectación) se esfuerzan mutuamente en destruirse o subyugarse..."* (Hobbes (1980 {1651}), *Leviatán*, Capítulo XIII, Editora Nacional: Madrid.).

² Un ejemplo del anterior puede darlo la noción de "Fuerza Mayor", que sirve, junto con el "Caso Fortuito" para excusar a las partes del cumplimiento de un contrato. A diferencia del caso fortuito, la fuerza mayor ha sido entendida como un acto de autoridad pública (y no como un acto de Dios como ocurre con el caso fortuito), lo que da cuenta que en el derecho clásico, de los Códigos del siglo XIX, como el propio Código Civil, el ámbito de la Política como generadora de decisiones de carácter general, es aún fuertemente diferenciado del derecho. Las constituciones chilenas del SXX y las recientes reformas a la misma, dan cuenta en cambio de una juridización de tales actos de la autoridad política, incluso aquellas que por su esencia son asociadas a la "voluntad soberana" de la misma, como las leyes o los reglamentos, llegando incluso a someterse a invalidación ex-post, y respecto de casos individuales, mediante el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la Ley contemplado en el artículo 93 N° 6 de la Constitución, esto es, se pueden objetar las leyes mismas aunque ya hayan cumplido con el procedimiento válido de su dictación.

³ Lo que equivale a decir que la ignorancia o desconocimiento del derecho no es válida para solicitar la invalidez de una decisión o comunicación jurídica. El error de derecho no tiene cabida dentro del sistema jurídico, salvo escasísimas excepciones como el pago efectuado por error de derecho en materia civil (Art. 2297 del Código Civil) y el error de tipo o de prohibición en materia penal.

⁴ Art. 8°. Nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia.

Art. 706 (...) Un justo error en materia de hecho no se opone a la buena fe.

Pero el error en materia de derecho constituye una presunción de mala fe, que no admite prueba en contrario.

Art. 1452. El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento.

⁵ La premisa de Habermas puede ser resumida de esta manera: "Válidas son aquellas formas de acción en las que los posibles afectados, participando en un discurso racional, podrían dar su consentimiento". (Habermas 1992 en Luhmann 2002: 68).

⁶ Luhmann agrega: *"Desde el punto de vista de la historia, esta concepción de validez como símbolo de la unidad del derecho, sustituye la pregunta por las fuentes [materiales] del derecho y, con ello, sustituye el punto de partida de todas las teorías "positivistas" del derecho"* (Luhmann 2002: 68).

⁷ *"...El símbolo no efectúa una conexión entre observaciones, sino un enlace entre operaciones -a pesar de que todas las operaciones, incluyendo el símbolo, se puedan observar dentro del sistema. La simbolización operativa se plantea en un nivel más bajo que el de las observaciones. Este nivel es indispensable para la continuidad entre operación y operación, es decir, para la producción de referencias recursivas y para encontrar las operaciones enlazantes -independientemente de lo que un observador, posteriormente, diferencie y designe con ello..."*. (Luhmann 2002: 67).

⁸ Corsi, Espósito y Baraldi señalan que "la distinción entre forma y medium es siempre relativa: nada es en sí mismo forma o medium, sino siempre medium relativamente a una forma que se le impone". En este sentido, nos parece productivo efectuar la conversión entre la validez como símbolo de intercambio y

medium, ya que permite describir las direcciones históricas que toma la validez en referencia a la invalidez, también conducida por el estatuto legal de invalidez y la utilización del tiempo por la misma programación del derecho.

⁹ Nos referimos con ejecución de contratos, no a su judicialización mediante su ejecución forzada, sino la etapa en que los derechos subjetivos de las partes son efectivamente exigibles, esto es que se han devengado y se encuentran en el momento de ser ejecutados o puestos en práctica, lo que temporalmente es posterior a su celebración, que a la vez es posterior a los actos jurídicos unilaterales que le dan lugar (en el caso de un acto jurídico bilateral), oferta y aceptación, que son posteriores a las negociaciones precontractuales, etc.

¹⁰ La inexistencia es para los redactores simplemente un tipo de invalidez o nulidad, ello simplemente por que tarde o temprano habrá que declararla mediante una decisión válidamente emitida en el presente. Sin embargo es un punto de mayor ostensibilidad de la validez del derecho, ya que siendo inexistente y no simplemente invalidable, el acto jurídico no tiene reglas de impugnación, incluyendo el plazo, por lo que se trata de situaciones siempre actualizables en el lado de la invalidez, lo mismo parece ocurrir en el derecho público respecto de la nulidad contemplada en el Art. 7° de la Constitución. Respecto de la inexistencia el texto dogmático más recurrido en Chile es el de Victor Vial del Río, que recoge las posiciones doctrinarias de Alessandri y Claro Solar. Este último señala: “si falta una de sus cosas esenciales a su existencia, el acto jurídico no puede existir, no puede producir efecto alguno, es la nada” (Luis Claro Solar: XII. Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. Santiago, Ed. Nacimiento, 1938, pág. 582) citado de Victor Vial del Río, *Actos Jurídicos y Personas*, Volumen I, Tercera edición. Ed. Universidad Católica, Santiago. 1998.

¹¹ El artículo 489 del Código Penal establece una excusa legal absoluta excluyendo la autoría del hurto, defraudaciones y daños a los familiares directos, para remitirlos sólo a la responsabilidad civil, pero ello no se produce respecto de cualquier familiar, no se extiende a todo delito.

¹² En su obra *The concept of law*, Hart señala que las normas secundarias de reconocimiento se basan en un criterio de identificación que sirve para determinar que normas pertenecen de manera efectiva al sistema jurídico. (Véase edición en castellano: *El concepto de Derecho*. 1980. México D.F.: Nacional.)

¹³ El principio de inexcusabilidad es el motor del derecho, es lo único que permite que las causas judiciales terminen como sentencias y no como abono vegetal (aunque posteriormente puede ocurrir algo equivalente), en nuestro ordenamiento local es formulado en el Capítulo VI: “Poder Judicial”, Art. 73 de la Constitución Política: “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión”. Lo que implica que la falta de resonancia del caso con las normas ya existentes en el medio simbólico del derecho no impedirá la nueva generación de derecho, ha de buscarse la redundancia de maneras alternas y aún rebuscadas, pero resolviendo el caso dentro del código.

¹⁴ En este sentido, Luhmann pone de ejemplo el caso de la auto-limitación de la modificación legal en la Constitución. Plantea lo que ocurre si se establece constitucionalmente la invalidez de la modificación de la constitución y posteriormente se modifica la disposición que prohíbe la modificación (que está protegida por sí misma) produciendo una paradoja y una “regresión ad eternum”. El problema ya no es controlable por normas, por lo que se hace intervenir a la política. La política debe creer que la modificación es válida [Luhmann 2002: 160].

¹⁵ No hablaremos aquí de las “formalidades” u otros requisitos con que deben contar los medios de impugnación para poder ser eventualmente aceptados como tales, lo que también constituye una barrera preliminar a la invalidación, por constituir también un requisito común a muchas de las actuaciones para ser aceptadas como existentes o válidas y por tener, en consecuencia aplicación generalizada en el derecho, pero sin duda constituye una barrera de entrada que puede ser muy estricta en caso de medios de impugnación, especialmente los recursos jerárquicos. Tampoco nos ocuparemos de la cosa juzgada, por medio de la cual una decisión identificada como equivalente a otra anterior se puede descartar a priori o a posteriori de la validez.

¹⁶ Un ejemplo bastante ostensible de lo anterior es el recurso de nulidad presentado por la defensa de Aarón Vásquez, contra una sentencia condenatoria dictada en un segundo juicio oral, por haber sido anulada la sentencia condenatoria anterior vía recurso de nulidad. Resulta que el recurso fue acogido en la primera instancia contra texto expreso del Código Procesal Penal, el que señala en su Art. 387 que; “Tampoco será susceptible de recurso alguno la sentencia que se dictare en el nuevo juicio que se realizare como consecuencia de la resolución que hubiere acogido el recurso de nulidad. No obstante, si la sentencia fuere condenatoria y la que se hubiere anulado hubiese sido absoluta, procederá el recurso de nulidad en favor del acusado, conforme a las reglas generales”. Si bien el segundo recurso de nulidad fue finalmente rechazado por la Corte Suprema el 12 de marzo de 2008, ello pone de manifiesto la plasticidad que pueden alcanzar las vías de impugnación, dependiendo por cierto de factores tales como la calidad de la defensa.

¹⁷ Fuente: Ministerio Público. Boletín Estadístico Primer Semestre 2007. División de Estudios, Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión. www.ministeriopublico.cl (12/03/2008. 15:35).