

# EL VALOR DE LA IGUALDAD EN LOS FALLOS JUDICIALES: ¿DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA DE NUESTROS TRIBUNALES?\*

por PAULO MONTT RETTIG

*Egresado de Derecho, Universidad de Chile*

## I. Introducción

En un trabajo anterior<sup>1</sup> nos hemos acercado al núcleo de aquello que comúnmente llamamos jurídico. A través de dicho ejercicio pudimos constatar que el fenómeno del Derecho se nos manifiesta como cualquier otro fenómeno, y que su manifestación más evidente la constituye la decisión justificada de un conflicto por parte de un tercero imparcial y desinteresado.

Este artículo, a su vez, no tiene por objetivo insistir o ahondar en lo anterior, sino analizar la decisión de un conflicto en relación a uno de los valores jurídicos fundamentales que le dan contenido. Partiendo de la base de que las decisiones deben ser justificadas —y que un conflicto puede ser razonablemente decidido en un sentido u otro—, intentaremos analizar la decisión tomando en cuenta uno de aquellos elementos que válidamente nos pueden llevar a decidir de una determinada manera. En este caso, se ha escogido el valor jurídico de la *igualdad*.

Por tanto, en este artículo nos ocuparemos de la igualdad, pero no en términos generales, sino más bien intentando descubrir la forma en que opera (o no opera) a la hora de decidir un conflicto. Y como decidimos tratar el tema de la igualdad en concreto, lo hemos querido hacer a propósito de situaciones específicas, pero siempre que dichas situaciones se encuentren en el “epicentro” del Derecho. Y qué más propio de lo jurídico que la decisión de un conflicto.

Por ello, para trabajar hemos escogido cuatro sentencias judiciales en relación al problema de la llamada *retrocesión*. Esto se debe a que se trata de cuatro casos que —aparentemente— podría decirse son “iguales”, pero que dieron lugar a decisiones en dos sentidos totalmente distintos.

Debemos advertir al lector que el análisis de las decisiones no tiene por objetivo determinar si el criterio de justicia escogido en cada una de ellas es bueno o malo, justo o injusto. Simplemente, intentaremos determinar si las respectivas sentencias se hacen o no cargo de la igualdad al decidir los casos escogidos de manera diferente.

En las páginas siguientes, el lector recibirá una explicación del enfoque que hemos dado a la igualdad para efectos de este estudio, a fin de introducirnos en el tema.

Posteriormente, se hará una breve exposición de lo que constituye el problema de la *retrocesión*, así como una reseña de los cuatro casos escogidos, incluyendo sus decisiones y las argumentaciones de éstas.

\* El presente artículo corresponde, esencialmente, al trabajo final del autor para el curso Filosofía del Derecho 1999, del profesor Jorge Streever Prieto, y cuyo título original es “El Valor Jurídico de La Igualdad a Propósito de la Decisión de Algunos Casos sobre Retrocesión”. A dicho trabajo sólo se le hicieron las correcciones necesarias para la presente publicación.

<sup>1</sup> Véase “El Derecho como Obra de Arte o la Forma de lo Jurídico”, por Víctor Fritis *et al.*, *Revista Derecho y Humanidades*, N° 7, 1999, págs. 125-140.

Concluido ello, daremos a conocer nuestra primera conclusión en relación a los casos utilizados, para desprender las consecuencias que de ello derivan.

Siguiendo el esquema ideado, en la parte siguiente a dicha conclusión intentaremos descubrir (entre otras cosas) si las cuatro decisiones analizadas se hacen cargo del problema de la igualdad desde un enfoque sustantivo, y si se justifica o no el tratamiento desigual que ellas hacen en cada caso.

Finalmente, terminaremos este trabajo con algunas conclusiones de nuestra investigación, así como con ciertas reflexiones en torno a nuestra constatación.

## II. Nuestro enfoque de la igualdad

Para efectos de este trabajo, nos referiremos a la igualdad desde un punto de vista sustantivo, enfoque que nos presenta diferentes posibilidades para acercarnos a la igualdad como valor jurídico fundamental. Así, la igualdad se presenta –en un primer nivel– cuando el juez se enfrenta a un caso en que constata desigualdades entre las partes y las trata como si fueran iguales. O sea, lo que hace el juez es crear una equivalencia que no existía entre las partes, como ocurre, por ejemplo, en los casos de abuso de posición dominante en los mercados.

Pero a nosotros nos interesa otro tipo de igualdad jurídica sustantiva: aquel en que se trata de evitar discriminaciones arbitrarias en el trato real y efectivo entre las partes de un mismo juicio y –particularmente– en juicios diferentes. Desde este enfoque podemos decir que los casos iguales deben ser decididos de igual manera, así como los casos distintos deben ser decididos de manera diferente.

Se nos podría objetar que lo anterior poco tiene que ver con la igualdad y que, más bien, se relaciona con la llamada “regla de justicia”, según la cual “se deben tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual”<sup>2</sup>. Sin embargo, podemos replicar justificadamente señalando que la igualdad es un concepto axiológicamente neutro, y que es la justicia lo que da valor a la igualdad. Por otra parte, el concepto de igualdad no se distingue totalmente del concepto de justicia, puesto que éste, en una de sus acepciones, se identifica justamente con la igualdad. Así, se dice que “es justa una acción, un hombre, una ley que instituye o respeta, una vez instituida, una relación de igualdad”<sup>3</sup>.

Esclarecido lo anterior, podemos concluir que si se mira la igualdad desde un enfoque sustantivo, los casos iguales deben resolverse de manera igual y los casos distintos deben ser resueltos de manera diferente.

Por ende, si se produce un cambio en las decisiones de un mismo tipo de conflicto, dicho cambio debe ser justificado. De lo contrario –y tomando en cuenta lo que se ha señalado anteriormente–<sup>4</sup>, si tal cambio no puede justificarse, deberíamos cuestionarnos seriamente si estamos o no frente a un fenómeno jurídico<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Bobbio, Norberto, *Igualdad y Libertad*, Barcelona, España, Ediciones Paidós, 1993, pág. 64.

<sup>3</sup> *Ibid.*, pág. 57.

<sup>4</sup> Véase referencia hecha en la nota 2.

<sup>5</sup> “Para que haya una tranquilidad en el orden de las conductas, la decisión jurídica de un conflicto de cierto tipo que se dé hoy, no puede ser radicalmente diferente de las decisiones que para conflictos del mismo tipo se den en días o meses siguientes... En consecuencia, cierta generalización del fundamento de decisiones jurídicas parece ser necesaria si, en la sociedad política de que se trate, podemos hablar de Derecho” (Streeter Prieto, Jorge: “Apuntes para facilitar la redacción de un trabajo sobre *la forma de lo jurídico*”, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1999).

Por su parte, si tal cambio es razonable y se justifica, por ejemplo, por razones de utilidad pública o interés general, no podemos sino concluir que el juez se ha hecho cargo de la igualdad, creando una igualdad sustantiva.

### III. La retrocesión: concepto y casos

#### A. *Concepto*

Se ha definido a la retrocesión como “la restitución del objeto expropiado a su primitivo dueño, por incumplimiento del fin que justificaba la expropiación, quedando ella sin efecto, restituyéndose la indemnización recibida”<sup>6</sup>. De la anterior definición, podemos concluir que la denominada retrocesión se presenta necesariamente a propósito de la expropiación de la propiedad de un bien.

Sin perjuicio de lo anterior, la retrocesión puede referirse no sólo a los casos de incumplimiento del fin que se le asigna al objeto expropiado —como lo señala la anterior definición—, sino también a aquellos casos en que no se ejecuta la obra o no se establece el servicio que justificó la expropiación o que resulta un sobrante después de cumplido el propósito o, incluso, cuando con el tiempo cesa la afectación del objeto al servicio que se destinó luego de la expropiación.

Sin embargo, para efectos del presente estudio, nos limitaremos al concepto de retrocesión que señalamos anteriormente.

#### B. *Algunos casos de retrocesión*

El primer caso a analizar (caso I) es el llamado “Barahona Urzúa, Jorge con CORA”<sup>7</sup>, cuyos hechos fundamentales consisten en que hubo un predio que fue expropiado para cumplir con la función social de la propiedad, establecida en la reformada Constitución de 1925. Dicha finalidad era, básicamente, la asignación a pequeños propietarios establecidos en la Ley N° 16.640 de Reforma Agraria.

Al no cumplirse el referido destino, se alega en la demanda, nace para el propietario el derecho a demandar la retrocesión.

Los argumentos de la Corte Suprema para acoger la demanda son, en esencia, los siguientes:

- a) De acuerdo con el principio de la inexcusabilidad, reclamada la intervención de los tribunales en forma legal y en negocios de su competencia “no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aún por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión” (artículos 73 de la Constitución Política de la República y 10 del Código Orgánico de Tribunales);
- b) Como la ley no contempla expresamente la acción de retrocesión, debe recurrirse a la *equidad natural*, en razón de lo dispuesto por los artículos 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil y 24 del Código Civil;

<sup>6</sup> Peñailillo Arévalo, Daniel, *La Expropiación ante el Derecho Civil*, pág. 27.

<sup>7</sup> Véase R.D.J., Tomo LXXVIII, 1981, 2ª Parte, sec. 5ª, págs. 207-224.

- c) La causa de la expropiación es el bien común y la función social de la propiedad. Por tanto, si no se cumple con el destino asignado al predio, la expropiación carece de causa y desaparece la razón para mantener la propiedad.

A las razones anteriores se unen otras, pero no en forma principal, sino como accesorias de aquellas. Son las siguientes:

- d) Las condiciones de pago de la indemnización (a largo plazo, según el avalúo fiscal y no según el valor real del predio, y con un reajuste ínfimo) conducirían a una situación de total *injusticia y falta de equidad*; y
- e) La expropiación se realizó en circunstancias especiales: a las 8 de la mañana llegó al fundo expropiado un gran número de funcionarios de la CORA y de carabineros, quienes expulsaron al señor Barahona, a su mujer y a tres hijos inválidos; al día siguiente de lo cual el señor Barahona murió de un ataque al corazón. Es importante precisar que lo anterior es tomado en cuenta por el Tribunal, en relación a la equidad conforme a la cual se decidió el conflicto.

El segundo caso (caso II) corresponde a “Aspillaga Sotomayor, Pedro con CORA”<sup>8</sup>, el cual fue fallado por la Corte Suprema el mismo día que el caso I (9 de octubre de 1981). No obstante la similitud de los hechos con el caso I, la sentencia rechaza la demanda en base a los siguientes argumentos:

- a) La expropiación es un acto que cabe dentro del Derecho Público, en el cual sólo puede hacerse lo que la ley expresamente autoriza; y la ley no contempla la sanción de “caducidad” invocada por el demandante en relación a la expropiación;
- b) La Ley N° 16.640 de Reforma Agraria dispone que los predios expropiados se reputan adquiridos por medio de un título saneado, el cual no puede ser impugnado por causa alguna; y
- c) Nuestra ley no contempla la acción de retrocesión.

El tercer caso (caso III) con que trabajaremos es “Molfino Chiorrini, Antonio con CORA”<sup>9</sup>, cuyos hechos también son muy similares a los dos anteriores casos. Los argumentos de la Corte de Apelaciones de Santiago para acoger la demanda son los siguientes:

- a) Si bien nuestra ley no contempla expresamente la acción de retrocesión, basta que se reconozca y garantice el derecho de propiedad para que exista retrocesión, ya que la propiedad tiene un carácter absoluto y las restricciones que la afectan (por el hecho de ser excepcionales) deben tener aplicación estricta;
- b) El principio de inexcusabilidad obliga al juez a fallar aun a falta de ley (argumento similar al del caso I);
- c) Las condiciones según las cuales se paga la indemnización (señaladas a propósito del caso I), de negarse lugar a la retrocesión, darían lugar a un enriquecimiento sin causa;

<sup>8</sup> Véase R.D.J., Tomo LXXVIII, 1981, 2ª Parte, sec. 5ª, págs. 224-228

<sup>9</sup> Véase R.D.J., Tomo LXXIX, 1982, 2ª Parte, sec. 5ª, págs. 202-216.

- d) Si se niega lugar a la retrocesión se corre el riesgo de caer en el *abuso del derecho* por parte del Estado, ya que no se está cumpliendo con la finalidad dada al objeto expropiado;
- e) La causa final de la expropiación está constituida por el cumplimiento del destino —calificado por la ley— que se dará al objeto expropiado. El principio de igualdad jurídica en los derechos y obligaciones entre el Estado y los particulares exige que se cumpla la mencionada causa final; y
- f) La equidad natural, en virtud del artículo 170 N° 5 del Código de Procedimiento Civil (argumento tomado del caso I).

Finalmente, el caso IV se refiere a un recurso de queja interpuesto por el Servicio Agrícola y Ganadero (ex CORA)<sup>10</sup>. Dicho recurso fue acogido por la Corte Suprema y los argumentos esgrimidos son, fundamentalmente, los siguientes:

- a) La acción de retrocesión no está contemplada en nuestra legislación; y
- b) Si bien la equidad natural constituye una fuente interpretativa de la ley e integradora de lagunas legales, no es fuente creadora de Derecho.

#### IV. Una primera conclusión

Luego de haber expuesto los casos anteriores, podemos concluir que los hechos que les dieron lugar son prácticamente iguales. Si bien no se puede hablar de identidad entre los mencionados hechos (puesto que cada hecho sólo es idéntico a sí mismo), se puede apreciar que todos los casos coinciden en aspectos fundamentales, a saber:

- a) En todos los casos estamos frente a un acto de expropiación por parte del Estado; y
- b) En ninguno de ellos se dio cumplimiento a la finalidad establecida por la ley para el objeto expropiado.

Desde la perspectiva de los demandantes, los hechos anteriores bastarían para interponer las respectivas demandas, por lo que se deduce que no serían necesarios otros hechos adicionales.

Por tanto, podemos decir que los cuatro casos poseen ciertas propiedades en común (constituidas por los dos aspectos fundamentales recién mencionados), respecto de las cuales son “iguales”. Son estos elementos en común los que nos permiten compararlos; elementos que se consideran (o no se consideran) por el juez al momento de decidir los conflictos respectivos.

Es por ello que, para efectos de este trabajo, los hechos son sustancialmente los mismos; es decir, se trata de casos iguales.

Ahora bien, podríamos señalar que en el caso I hay ciertos hechos que lo harían distinto de los otros tres. Se trata de las circunstancias especiales que rodearon la materialización de la expropiación del predio de los demandantes, de las cuales se hace cargo el Tribunal al momento de decidir “conforme a la equidad, con que debe ser resuelto este asunto...”. Sin perjuicio de

<sup>10</sup> Véase R.D.J., Tomo LXXXII, 1985, 2ª Parte, sec. 5ª, págs. 126-128.

esta diferencia —la cual se analizará en la siguiente parte de este trabajo, para ver si se justifica o no un trato desigual— podemos terminar esta parte de nuestra investigación con la siguiente conclusión: estamos frente a casos iguales.

#### V. ¿Existe en los casos señalados un real planteamiento del problema de la igualdad?

Ya hemos concluido que estamos frente a cuatro casos iguales, lo cual es un requisito previo para que opere la regla según la cual se debe tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. En efecto, ello supone que ya se han establecido los criterios para determinar cuándo dos cosas se deben considerar equivalentes entre sí. De lo contrario, no podríamos abordar la igualdad desde nuestro enfoque, ya que como dice Bobbio: “La regla de justicia presupone, en efecto, que ya están resueltos los problemas comprendidos en la esfera de la justicia retributiva y atributiva, es decir, presupone que se han elegido los criterios para establecer cuándo dos cosas deben considerarse equivalentes y cuándo dos personas deben considerarse equiparables”<sup>11</sup>.

Pero si concluimos que estamos ante cuatro casos o conflictos iguales, inmediatamente nos planteamos la siguiente pregunta: ¿cómo se ha llegado, entonces, a decisiones totalmente diferentes? O dicho de otra forma, ¿existe algún elemento que justifique un tratamiento diferente?

A nuestro juicio, y hablando en términos abstractos, existen dos posibilidades para justificar un tratamiento desigual respecto de dos conflictos.

La primera se refiere, obviamente, a que los casos son efectivamente diferentes. Ya hemos concluido que —salvo en el caso I— esto no rige en nuestra situación.

Pero, como veremos, ni siquiera el caso I puede considerarse como diferente. En efecto, si bien la sentencia se refiere a ciertos hechos especiales que rodearon la expropiación del fundo de los señores Barahona, debemos recordar que lo que motivó el conflicto no fueron estas circunstancias especiales, sino que no se cumplió con el destino asignado al bien expropiado.

Es este hecho lo que da lugar al conflicto sobre la retrocesión y no —por muy doloroso que resulte— la expulsión de tres hijos inválidos o la muerte del señor Barahona. Podríamos decir, entonces, que estos hechos son ajenos al conflicto y que no caben dentro de él (salvo para fines persuasivos). Y si estos elementos no forman parte del conflicto, no pueden servir como factor de comparación con los otros tres casos, para llevarnos a concluir que se trata de casos distintos.

Así, las posibles diferencias del caso I con los otros tres no pueden considerarse como *relevantes* (y por tanto, no deben ser tomadas en cuenta por el tribunal), por lo que mal podríamos decir que el caso I es diferente del resto y, por tanto, que justifica un tratamiento desigual. En razón de ello, creemos que no se justifica un desigual trato del caso I en relación al resto.

Pero, incluso poniéndonos en la hipótesis de que el caso I es distinto a los otros tres, ¿cómo puede justificarse el tratamiento desigual que se da a los casos II y IV en relación al caso III, todos los cuales son “iguales”?

Lo anterior no es fácil de responder, y nos conduce al otro criterio según el cual se puede justificar un tratamiento desigual respecto de dos casos.

Hemos señalado en la introducción a este artículo, que es perfectamente posible que un conflicto sea decidido razonablemente de una manera u otra, siempre que la decisión esté

<sup>11</sup> Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pág. 64-65.

justificada. De lo contrario no nos sería posible comprender, por ejemplo, cómo en los Estados Unidos de un día para otro se prohibió la segregación racial, cuestión que antes se consideraba como indiscutiblemente lícita y hoy nos parece aberrante. En este caso, nos resultaría difícil sostener que el cambio en la decisión del problema de la segregación es injustificado. Por tanto, reconocemos que puede haber más de una solución posible para un mismo conflicto.

Y si un mismo conflicto puede resolverse de formas diferentes, también se puede decidir de manera diferente conflictos iguales, siempre que las decisiones estén justificadas. En las siguientes líneas intentaremos descubrir si la desigualdad de trato en nuestros cuatro casos de retrocesión está o no justificada, intentando así responder a las preguntas que nos plantea Bobbio: “¿Pero basta con aducir razones para que una discriminación pueda considerarse justificada? ¿Cualquier razón, o más bien ciertas razones que ciertas otras?”<sup>12</sup>. La cuestión, debemos señalarlo, no es fácil e implica necesariamente un problema de valoración.

En primer término, podemos señalar que todas las sentencias colocan a las partes en una situación determinada o, dicho de otra manera, determinan la *categoría esencial* de cada parte. En efecto, por un lado, se coloca a una parte en la posición de expropiante que no ha dado a la cosa el destino asignado y, a su vez, se coloca a la otra parte en la categoría de expropiado. Determinadas estas categorías procedería, según Perelman, aplicar la justicia formal, que “consiste en observar una regla enunciando la obligación de tratar de una cierta manera a todos los seres que forman parte de una categoría determinada”<sup>13</sup>. De esta forma, según dicho autor, la igualdad de trato sería una consecuencia de la aplicación de esta regla.

Pero hemos dicho que bien puede ocurrir que dos conflictos iguales sean decididos de diversa manera, sin que con ello se pase a llevar el valor jurídico de la igualdad. Si bien aceptamos que, en principio, los casos iguales deben ser tratados de manera igual, asimismo creemos que si existe una razón plausible que justifique un trato desigual, dicho principio puede (o debe) ser desechado.

El problema se presenta, a nuestro entender, cuando el juez no considera los argumentos dados por una decisión anterior en relación al mismo problema. Veremos si éste es o no el caso nuestro.

Respecto de las decisiones de los casos I y II —que, por cierto, son totalmente distintas—, puede llegar a entenderse que no consideren las argumentaciones de una y otra, ya que ambas son del mismo día. La cuestión se refiere, por ende, principalmente a los casos III y IV.

En cuanto a la decisión del caso III, puede decirse que es casi una reproducción de la del caso I (Barahona), sin perjuicio de lo cual agrega ciertos argumentos en relación a un posible enriquecimiento sin causa y abuso del derecho por parte del Estado. Sin embargo, dicha sentencia no se refiere a importantes argumentos dados anteriormente (ver caso II) para rechazar la retrocesión. Por una parte, simplemente omite pronunciarse respecto del saneamiento del título de la propiedad expropiada, desentendiéndose totalmente de este argumento.

Por otra parte, al referirse al argumento de la equidad, no logra justificar cómo ella permite acoger la demanda a falta de una acción existente en nuestro ordenamiento. Es decir, *de la aplicación de la equidad no se desprende como consecuencia lógica la necesidad de acoger una acción que no existe* (circunstancia, esta última, que casi ni se menciona).

<sup>12</sup> Bobbio, Norberto, *op. cit.*, pág. 74.

<sup>13</sup> Perelman, Chaim, “La Justicia”, Materiales de Lectura, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1999, pág. 9.

Así, si se analiza la sentencia del caso III en relación a las de los casos I y II, pareciera que quienes dictaron aquella ignoraban absolutamente la existencia de esta última.

La decisión del caso IV pareciera ser igualmente sorprendente, más aún considerando que uno de los jueces que la dictó se pronunció a favor de la retrocesión en el caso I. Así pues, los jueces que pronunciaron aquella decisión parecieran simplemente ignorar la existencia de los casos I y III, ya que no se invoca ninguna razón especial para desatender a lo decidido anteriormente por ellos mismos.

Si se analizan comparativamente los cuatro fallos, no se aprecia ninguna justificación razonable para el constante cambio de criterios a la hora de decidir el tema de la retrocesión. Pareciera, por cierto, que en cada oportunidad se produjo una amnesia jurisprudencial en relación a lo decidido con anterioridad. No queremos decir con ello que los conflictos relativos a la retrocesión deban decidirse en un sentido u otro, sino sólo hacer presente que los fallos analizados llegan a determinadas conclusiones sin que nos podamos explicar cómo lo hicieron de esa manera y no de otra.

Creemos que hubiera sido posible llegar a las mismas decisiones, pero por caminos diversos. Uno de ellos podría haber sido, por ejemplo, reconocer la existencia de una regla según la cual se debe acoger o rechazar la retrocesión, pero consagrar a la vez una excepción a dicha regla para el caso particular, dando las razones de por qué se debe acoger dicha excepción. De esta manera se respeta la decisión particular, pero se reconoce al mismo tiempo la existencia de una regla anterior.

Otra posibilidad, estimamos, hubiera sido justificar por qué no se está de acuerdo con la regla anterior, dejándola sin efecto para el futuro, en razón —por ejemplo— del interés general, la utilidad pública, etc. Resulta perfectamente válido referirse a argumentaciones de decisiones anteriores con la finalidad de rebatirlas y crear una nueva decisión. De esta manera se reconoce la existencia de una regla, se señala por qué dicha regla ha perdido su validez y se crea, justificadamente, una nueva regla igualmente razonable. Esto es lo que ocurrió en los Estados Unidos a propósito del ejemplo de la segregación racial. Pero nada de ello ocurre en nuestros casos, en que simplemente se hace caso omiso a lo decidido con anterioridad.

Al no tomarse en cuenta lo fallado anteriormente en relación a un caso igual, parece razonable cuestionarse la validez de la regla creada por la nueva decisión. Así, podría sostenerse que esta última decisión *carece de justificación externa*, ya que deja de lado los presupuestos conforme a los cuales se decidió previamente un conflicto igual (presupuestos que, salvo que haya una razón plausible o generalmente aceptada para reemplazarlos por otros, deberían ser observados).

En nuestros casos, mal puede decirse que se ha decidido conforme a leyes generales, puesto que no queda clara la validez de una regla que se modifica constantemente. ¿Qué grado de generalidad puede tener una regla de este tipo? Pareciera que, más bien, no estamos frente a regla alguna, por lo que una decisión no puede fundarse en ella sin caer en la arbitrariedad. En efecto, “una regla es arbitraria en la medida en que, por el hecho de no ser la consecuencia necesaria de una ley teórica, ella no es susceptible de justificación”<sup>14</sup>. De esta manera, y a fin de evitar la arbitrariedad, los casos iguales deben decidirse de manera igual, salvo que exista una razón plausible, comprensible objetivamente, que permita un tratamiento desigual.

<sup>14</sup> *Ibid.*, pág. 13.



Ya hemos señalado que no nos interesa emitir un juicio de valor respecto de los criterios utilizados para decidir cada caso. El objetivo de analizar los cuatro fallos escogidos, en relación al valor jurídico de la igualdad, consiste en establecer si nuestros tribunales consideraron o no la igualdad al momento de decidir cada conflicto.

Si se analiza cada fallo en forma independiente podría pensarse que estamos frente a una decisión justificada, tanto interna como externamente. Sin embargo, hemos optado por un análisis comparativo, para ver cómo opera la justificación de cada decisión en relación a las demás.

Así, un silogismo aparentemente correcto a propósito de una decisión particular, es destruido por otra decisión que parte de una premisa mayor diferente, sin invocar ninguna razón suficiente para dejar de lado la regla (premis mayor) válida hasta entonces.

Lo anterior crea una situación de intranquilidad entre todos quienes formamos parte de una sociedad organizada, ya que no sabremos a qué atenernos en el futuro, debido a esta ausencia de reglas claras.

Y si nuestras reglas generales no son claras, se abre la posibilidad de una arbitrariedad permanente en la decisión de nuestros conflictos. En efecto, como ya se ha señalado, una decisión es razonable (y, por tanto, deja de ser arbitraria) en la medida que es justificada, es decir, cuando se deduce como consecuencia necesaria de una regla más general. Por ello, a falta de reglas generales claras, resulta tremendamente difícil decidir justificadamente un conflicto.

Esta posible ausencia de justificación en las decisiones nos conduce, inevitablemente, a cuestionarnos si los fallos analizados son en realidad una manifestación del fenómeno jurídico. Y lamentablemente, la respuesta a esta interrogante parece ser negativa en nuestro caso.

Por ello sostenemos que el valor jurídico de la igualdad no sólo puede y debe servir de fundamento a una decisión en que existe desigualdad entre las partes de un mismo conflicto, sino que además debe estar presente a la hora de decidir conflictos similares. De esta manera, la regla de justicia según la cual se debe tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, no sólo garantiza la armonía y el orden social, sino que permite la subsistencia y evolución del fenómeno del Derecho.

## VI. Conclusiones Finales

El fenómeno del Derecho se manifiesta paradigmáticamente a través de la decisión justificada de un conflicto, por parte de un tercero imparcial y desinteresado.

En dicha decisión no puede estar ausente el valor jurídico de la igualdad, el cual, en una de sus manifestaciones sustantivas, nos conduce a rechazar discriminaciones arbitrarias por parte del juez al momento de decidir conflictos similares.

Lo anterior nos permite hacer aplicable la regla conforme a la cual se debe tratar igual a los casos iguales y desigual a los desiguales. Y así, cualquier cambio en la decisión de casos similares (o iguales, en los aspectos relevantes) debe basarse en razones calificadas o comprensibles objetivamente.

En los cuatro casos escogidos a propósito del problema de la llamada *retrocesión*, nos enfrentamos con decisiones distintas para casos iguales, sin que en ellos se aprecie una justificación razonable para decidir de una manera u otra. Es más, cada decisión pareciera simplemente ignorar lo resuelto con anterioridad, decidiendo el conflicto como si nunca antes se hubiese presentado uno similar.

Lo anterior no sólo abre el camino a la arbitrariedad (en el sentido de que no hay reglas generales de las cuales se pueda deducir la decisión del conflicto como consecuencia necesaria), sino que pone en duda la presencia misma del fenómeno del Derecho en las decisiones comentadas.

Por ello, la igualdad jurídica no sólo se manifiesta dentro de un conflicto a fin de corregir posibles desigualdades entre las partes, sino también para impedir decisiones arbitrariamente diferentes entre casos similares. Así se permite que la decisión de un conflicto sea justificada, con lo cual se logra el desarrollo normal del Derecho.

En este trabajo no hemos querido imponer criterios para la decisión de conflictos, basándonos en valores que podrían estimarse fundamentales. Al tratar del valor jurídico de la igualdad, simplemente pretendemos mostrar que no basta con justificar una decisión en forma independiente, sino que es necesario tomar en cuenta lo decidido razonablemente con anterioridad, sea para seguir dicho criterio, sea para abandonarlo, pero nunca haciéndolo de manera arbitraria.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Materiales de Lectura para Clases de Filosofía del Derecho, 1999.
2. Bobbio, Norberto, *Igualdad y Libertad*, Barcelona, España, Ediciones Paidós, 1993.
3. *El Derecho como Obra de Arte o la Forma de lo Jurídico* por Víctor Fritis Iglesias et al. *Revista Derecho y Humanidades*, N° 7, 1999, págs. 125-140.
4. Peñailillo Arévalo, Daniel, *La Expropiación ante el Derecho Civil*.
5. Perelman, Chaim, *La Justicia*, Materiales de Lectura, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1999.
6. Sartori, Giovanni, *Teoría de la democracia, Los Problemas Clásicos*, Materiales de Lectura para Clases de Filosofía del Derecho, 1999.
7. Streeter Prieto, Jorge, "Apuntes para facilitar la redacción de un trabajo sobre *la forma de lo jurídico*", Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 1999.
8. Streeter Prieto, Jorge, "Casos Difíciles", Materiales de lectura para Clases de Filosofía del Derecho, 1999.