

## Introducción al Derecho II

### Teoría de la argumentación jurídica

### Bitácora del curso

En esta bitácora el estudiante encontrará una descripción sucinta de lo discutido clase a clase. De este modo puede saber qué se ha discutido en una clase particular, si (por ejemplo) no ha podido asistir a ella y necesita saber las materias que debe actualizar, o qué se discutirá en la clase siguiente. Nótese en particular que el sentido de esta bitácora no es el de proveer un “resumen” del contenido del curso: el detalle con el que está explicado el contenido de cada clase aquí no pretende más que hacer de este documento una herramienta de referencia y de actualización.<sup>1</sup>

#### Ir directamente a:

[Clase 0 \(13/08\)](#)    [Clase 1\(18/08\)](#)    [Clase 2 \(20/08\)](#)    [Clase 3 \(25/08\)](#)    [Clase 4 \(27/08\)](#)  
[Clase 5 \(29/08\)](#)    [Clase 6 \(01/09\)](#)    [Clase 7 \(03/09\)](#)    [Clase 8 \(05/09\)](#)    [Clase 9 \(08/09\)](#)  
[Clase 10 \(10/09\)](#)    [Clase 11 \(12/09\)](#)    [Clase 12 \(15/09\)](#)    [Clase 13 \(22/09\)](#)    [Clase 14 \(26/09\)](#)  
[Clase 15 \(29/09\)](#)    [Clase 16 \(01/10\)](#)    [Clase 17 \(03/10\)](#)    [Clase 18 \(06/10\)](#)    [Clase 19 \(08/10\)](#)  
[Clase 20 \(10/10\)](#)    [Clase 21 \(13/10\)](#)    [Clase 22 \(15/10\)](#)    [Clase 23 \(17/10\)](#)    [Clase 24 \(20/10\)](#)  
[Clase 25 \(22/10\)](#)    [Clase 26 \(24/10\)](#)    [Clase 27 \(27/10\)](#)    [Clase 28 \(29/10\)](#)    [Clase 29 \(03/11\)](#)  
[Clase 30 \(05/11\)](#)    [Clase 31 \(07/11\)](#)    [Clase 32 \(14/11\)](#)    [Clase 33 \(17/11\)](#)    [Clase 34 \(19/11\)](#)  
[Clase 35 \[Final\] \(21/11\)](#)

#### **Clase 0 (13/08) ([arriba](#))**

#### **Presentación general del curso**

Mientras el curso de “introducción al Derecho I” se ocupaba de la teoría del sistema jurídico, revisando el desarrollo de la auto-comprensión del Derecho hasta la configuración de éste como una práctica institucionalizada, el curso de “introducción al Derecho II” se encarga de abordar la teoría del razonamiento jurídico suponiendo esta última comprensión.

---

<sup>1</sup> Esta bitácora fue realizada por los ayudantes Naiara Susaeta, Benjamín Walker, Felipe Perillán y Fernando Carvallo

Durante este curso tendremos en todo momento presente la siguiente pregunta: ¿qué diferencia hay –si es que hay alguna– entre el razonamiento práctico general y el razonamiento jurídico?

El razonamiento jurídico es razonamiento conforme a Derecho, y razonamiento práctico general podríamos decir, es el razonamiento del resto del mundo: razonamiento no vinculado jurídicamente, como el moral, político, etc. Esta misma pregunta, puede realizarse de otra forma, cuestionándonos lo distinto entre la razón teórica y la razón práctica, siendo la primera aquella que busca saber que es verdadero o falso, y la segunda aquella orientada a saber que debe hacerse.

Ahora ¿Hay diferencia entre razonamiento jurídico y práctico general? Esta pregunta será la que desarrollaremos en el curso, pues aunque no lo parezca, es la pregunta más importante que se tendrán que hacer para saber el motivo por el que vienen a esta escuela. Es decir, si la respuesta es no, no hay nada específico que aprender en el Derecho, lo que debemos hacer es aprender a convencer. Entonces, entender esta pregunta nos ayudará a entender el sentido del Derecho, pues si la respuesta es afirmativa lo que entendemos por Derecho cambia: Buscamos una diferencia que sea suficiente para decir que el Derecho es imparcial, mientras que el razonamiento práctico general es partisano.

En las opiniones constitucionales, ahora, encontramos partisanismo. Es, por tanto, un razonamiento defendido por el sujeto que lo realiza, pero atribuido y disfrazado de razonamiento jurídico.

Dentro de este curso se defenderá que el Derecho mismo supone que el sentido del Derecho es ser diferente de la política, pues si la política entra al Derecho, éste se disuelve. Hablar de “jurídico-político” carecería, por tanto, absolutamente de sentido..

Este es un curso en que el tema del curso es ¿En qué sentido hay una diferencia? El escéptico aparecerá como villano, pues estará constantemente exigiendo la razón de las cosas, siendo por tanto un villano necesario. Habrá que viajar al infierno del escepticismo, para volver teniendo una respuesta que sea post escéptica, que dé cuenta de ésta.

**Lectura próxima clase:** RAWLS (1955), SEARLE (1997)

## Clase 1 (18/08) ([arriba](#))

### Capítulo 1. EL PROBLEMA DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO: RAZONAMIENTO PRÁCTICO EN CONTEXTOS INSTITUCIONALIZADOS.

#### 1.1. Reglas como resúmenes y reglas como prácticas. La idea de “práctica”

##### *Ruptura de la transitividad de la relación de justificación – Formalismo decimonónico*

En el Derecho moderno la racionalidad es extrínseca al sistema jurídico, y por tanto, podemos hablar de un sistema autónomo que posee sus propios modos de análisis, creación, etc.

Un sistema de Derecho debe ser puramente formal, no puede estar supeditado a lo que es razonable, ya que existe desacuerdo en ese punto. Pero ¿Cómo usar este sistema sin caer en el formalismo? ¿Cómo aplicamos normas de una manera puramente formal sin instrumentalizar, de alguna manera, los casos particulares? A lo largo del curso encontraremos una respuesta, ojalá satisfactoria.

Para realizar este trabajo, lo primero es volver a Rawls. Lo característico de un sistema de reglas como prácticas es la fractura que genera en el razonamiento práctico, rompiendo la transitividad de la relación de justificación entre un principio y una regla que lo especifica, por una parte, y tal regla y su aplicación a un caso particular, por otra. Tratándose de este tipo de reglas, la respuesta a la pregunta por lo que es razonable al interior de la práctica (i.e. la justificación de la aplicación de la regla) no tiene por qué ser la misma que la respuesta a la pregunta por la razonabilidad de la práctica misma (i.e. la justificación de la regla). Es precisamente esta fractura la que no se presenta en un sistema de reglas como resúmenes: en él, la razonabilidad de la aplicación de una regla a un caso es la misma razonabilidad (pero especificada) que justifica la práctica sobre la que tal regla rige. De esto se sigue que lo característico de las reglas como resúmenes es que ellas, al ser aplicadas, son enteramente transparentes a aquello que las justifica.

Una práctica de reglas como resúmenes supone cierto tipo de sociedad: una que es, en lo relevante, culturalmente homogénea. Cuando la diversidad de una sociedad llega al punto de no permitir que la mera apelación a la justicia solucione los problemas que en ella se presentan, el modo de producción de las reglas se vuelve relevante. Este es el paso al Derecho moderno, y tiene como función constituir un lenguaje común en el contexto de una cultura heterogénea. En un sistema de reglas como práctica, nuestro desacuerdo sobre el fundamento de la práctica no dice nada respecto de nuestro (des)acuerdo sobre lo que es debido dentro de ella.

“El common law se hace puro a sí mismo bebiendo de la fuente de la justicia” (Lord Mansfield), y esto porque sus reglas suponen transparencia de la relación de justificación. Por lo mismo esta purificación es incompatible (y habrá que ver hasta qué punto) con el Derecho moderno, pues sólo en la medida en que la práctica sea opaca es que puede ser común a quienes tienen distintas comprensiones de lo que es justo.

La respuesta tradicional a la pregunta del curso la entrega el formalismo decimonónico: la diferencia entre razonamiento práctico-general y razonamiento jurídico es radical, pues el Derecho es enteramente opaco a su justificación. Sin embargo, esta solución se ha revelado como

insostenible. ¿Habrá alguna manera de afirmar cierta transparencia respecto de las reglas como prácticas sin por ello hacer que éstas devengan reglas como resúmenes, vale decir, sin restablecer completamente la transparencia?

Para partir con este trabajo revisemos a Searle. Lo que intenta hacer es un bosquejo de lo que nosotros consideramos la “realidad social”, buscando llegar a las estructuras básicas o procedimientos que constituyen lo que nosotros conocemos como realidad social, por oposición a la realidad natural. Están los hechos sociales que poseen un sub-segmento que son los hechos institucionales. Lo particular de ellos es su autorreferencialidad, que es lo que ocurre, por ejemplo, con el dinero: El dinero es dinero porque la mayoría de la gente lo cree, y lo trata como tal. Y esto es atípico, dice Searle, pues son pocos los elementos cuya función depende de la práctica más que de sus características intrínsecas.

Lo mismo pasa con el Derecho, que, en alguna medida, tiene que basarse en lo que los participantes entienden por él. Entonces, la estructura X cuenta como Y en C, típica de los hechos institucionales, sería en el caso del dinero, por ejemplo: estos papeles cuentan como dinero en tales circunstancias.

## Clase 2 (20/08) ([arriba](#))

### 1.1. Reglas como resúmenes y reglas como prácticas. La idea de “práctica”

*Reglas constitutivas – Hechos brutos, hechos sociales, hechos institucionales*

Es relevante hacer la distinción entre hechos brutos y hechos sociales. En el caso de los hechos institucionales se da que no puede deducirse de antemano, de su estructura física, la función que va a cumplir, pues su significación se da por el hecho de que los sujetos le asignen tal significación, una asignación colectiva de función de un estatus ontológico derivado que permite que “X cuente como Y en C.” Los hechos brutos no permitirían por sí solos explicar ni comprender los hechos institucionales, pues estos consisten en hechos brutos con funciones atribuidas por la colectividad, los cuales se ejecutan de manera sistemática.

La característica del hecho institucional del matrimonio, la promesa, etc., es que no pueden entenderse mientras no existan interrelaciones con otros hechos institucionales distintos que permiten su adecuada comprensión.

Searle habla de la idea de los actos de habla performativos. Que un hecho institucional se funde en actos de habla performativos, significa que las afirmaciones tienen cierto contenido proposicional, la parte de la oración que habla de un estado de cosas en la realidad que podrá ser verdadero o falso (valor veritativo de la proposición). En actos de habla performativos el contenido proposicional constituye un estado de cosas distinto al anterior cuando se emite la oración pertinente para hacerlo en el contexto en que corresponde hacerse.

La fórmula X cuenta como Y en C, nos da la estructura del punto de vista interno de la práctica. No puede existir punto de vista interno si uno considera las reglas como resumen, pues estas asumen un punto de vista externo de quien está dentro de la práctica.

Sin reglas constitutivas no podemos tener un punto de vista interno y sin punto de vista interno no podemos tener algo que pueda entenderse como una práctica, pues es este punto de vista interno el que permite comprender adecuadamente la práctica y darse una razón a sí mismo para actuar. En el caso de las reglas como resumen se hace sólo una descripción de los hechos, que a lo más van a establecerse en base a un criterio de utilidad.

El sistema del Derecho depende de una práctica de obediencia general de parte de los que se encuentran dentro de la práctica y un punto de vista interno respecto de ella.

Es relevante también para referirse a los hechos institucionales, observar la autonomía de los hechos institucionales, es decir, no existe la necesidad de que los sujetos que se encuentran bajo la práctica tengan conciencia de la estructura de reglas constitutivas que suponen la práctica, basta que se comporten como si tuvieran conciencia de ello. Basta que tengan punto de vista interno, pero no las razones de dicho punto de vista interno; lo importante es la mantención de la práctica. La visión de los sujetos durante la vida de la práctica puede cambiar por distintos motivos históricos, pero no es relevante los motivos de justificación de la práctica por la colectividad, mientras la práctica se mantenga vigente.

Existe, sin embargo, una diferencia estructural entre los hechos institucionales como el Derecho y aquellos como los juegos.

Dentro de las reglas constitutivas hay 2 tipos:

1. Hay reglas que constituyen para regular: Las reglas del Derecho establecen ciertas definiciones que trascienden de la regla misma.

2. Reglas que regulan para constituir: su finalidad está en sí mismas, regulan una serie de conductas de los participantes con la finalidad de que el juego pueda ser constituido.

**Lectura próxima clase:** MacCormick (2011)

### Clase 3 (25/08) ([arriba](#))

#### 1.2. Prácticas institucionalizadas

Vemos que MacCormick también entra a desmenuzar las instituciones, las cuales dependen de la interpretación de objetos, eventos y acciones singulares a través de la referencia a un determinado marco normativo (contextos institucionales).

Así, distingue en primer lugar las prácticas informales, manifestaciones espontáneas que tienen un aspecto tanto externo (un cierto patrón predecible) como interno (norma implícita que sirve de guía de conducta respondiendo a las expectativas recíprocas de quienes ejecutan la práctica, manifestado en una reacción crítica frente a un comportamiento que se aleja del

universalmente esperado), ejemplificado - para efectos de graficar su proposición - en el fenómeno social de las “colas”, cuya existencia responde a un consenso o actitud ampliamente común entre sus participantes sin necesidad de una formulación normativa única que pueda ser aceptada universalmente para que esta práctica sea satisfactoria. En segundo lugar distingue las prácticas institucionalizadas, que importan la incorporación de reglas secundarias y una atribución de autoridad al procedimiento y/o agencia que las formuló (para efectos de – siguiendo el ejemplo - resolver pugnas dentro de la práctica de la cola en la medida en que se va complejizando). Para que haya hechos institucionales tiene que haber reglas como práctica (Rawls).

Hay al menos tres sentidos relevantes de institución: en un primer sentido como prácticas; en un segundo sentido como prácticas institucionales formalizadas que desarrollan el segundo sentido de reglas (vinculación de reglas secundarias). El tercer sentido - agrega – deriva de la palabra *institutio* haciendo referencia a un libro de texto en latín. Vemos, entonces, una relación no conceptual entre el primer sentido (práctica que admite hechos institucionales) y el segundo (incorporación de reglas secundarias) ¿Puede haber institucionalización en el segundo sentido en una práctica que no admite hechos institucionales (regulaciones de mandato o prohibición)? Parece inevitable que la institucionalización en el segundo sentido fuerce las de primer sentido. Hay, sin embargo, una diferencia importantísima para la cual es útil manejar una diferencia entre tres tipos de reglas:

1. Reglas de aplicación absoluta (ilustradas por las reglas del juego): frente a un hecho operativo especificado en la regla el juez no puede sino aplicar su consecuencia normativa, sin espacio para hacer valer interpretaciones o excepciones.

2. Reglas de aplicación estricta: pueden darse circunstancias relacionadas con los valores que ella protege de manera que su propósito mismo se vería afectado al aplicarse, lo que deja espacio de discreción a quien decide respecto a la norma.

3. Reglas de aplicación discrecional: quien decide considera cada caso ponderando a la luz de todos los factores que parezcan pertinentes.

La diferencia media entre las de aplicación absoluta, siendo estas no derrotables al constituir la posibilidad misma de la práctica (como un penal en el fútbol), y las de aplicación estricta, por su parte derrotables ya que las consecuencias que ellas disponen de la realización de un hecho pueden no seguirse aún si los hechos se han realizado, por haber consideraciones diferentes, como principios. Las reglas de Derecho son generalmente derrotables. Esta característica de la regla es propia de la institución a la que pertenece, es el Derecho el que tienen algo que hace a las reglas derrotables, no las reglas en sí.

El sentido de introducir el lenguaje institucional es que la regulación busca ser más eficaz. Antes del concepto institucional del delito o contrato habían reglas puramente regulativas sobre qué se podía hacer o no, cuándo un intercambio era obligatorio o no. Hart diría que estas reglas primarias tienen limitaciones para su regulación, por lo que la institucionalización mira este sistema para hacerlo más eficaz.

MacCormick ayuda a entender los elementos de un Derecho positivo nacional en términos de ver la transición de un orden normativo informal a uno institucionalizado. Así, luego de describir las colas en tanto prácticas que constituyen un orden normativo informal, hace la pregunta sobre la presión por institucionalizar al presentarse excepciones a la forma en que opera la cola en su contexto de práctica informal, para desarrollar un segundo nivel de regla que especifique quién tiene autoridad, y así.

**Lectura próxima clase:** Ihering (1852), Atiyah (1984)

#### Clase 4 (27/08) (arriba)

##### 1.4. Forma y formalismo

Atiyah diferencia entre razonamiento sustantivo, esto es, cuando el argumento mira a todas las cosas que son en el fondo relevantes y que pueden pesar en la conclusión, y razonamiento formal, que usa razones de forma que no se refieren a la cuestión sustantiva relevante, evitando la necesidad de recurrir a la razón de fondo. Vemos que las reglas de responsabilidad sirven para graficar uno u otro, en tanto aquella que nos pide la indagación por la culpa implica una pregunta sustantiva y aquella objetivizada simplemente nos pide constatar un hecho (Responsabilidad aquiliana y responsabilidad objetiva respectivamente).

No se trata de que no nos interese la cuestión sustantiva, pero el razonamiento que lleva a responder la pregunta a cambiado de tipo, ya no es un razonamiento sustantivo, ya no vamos al fondo sino que a la forma. Si hay algo que nos permitirá responder la pregunta del curso es que el razonamiento jurídico es formal. Cuando estamos distribuyendo los bienes de una persona que ha fallecido la pregunta sustantiva es cómo habrá querido el que ha fallecido que se distribuyan sus bienes. Para esto no hacemos referencia a la última voluntad del causante, sino que a su testamento, sabiendo que este tal vez no sea su última opinión. Esto es lo paradójico respecto al razonamiento formal: este sería a la vez irracional. Queremos que el juez falle de forma justa, pero sin apelar a lo sustantivamente importante. Bentham criticaba este hecho: “decidir deliberadamente... sin razón”.

¿Qué racionalidad tiene el razonamiento formal? Se podría decir que las reglas deben ser interpretadas en términos de salvar el razonamiento jurídico de su irracionalidad, pero eso nos deja sin responder la pregunta del curso. ¿Es posible entender la labor de interpretación de la ley sin que eso reduzca el razonamiento jurídico a razonamiento sustantivo?

Para efectos de resolver esto Atiyah analiza el caso del matrimonio. ¿No sería más simple eliminar el matrimonio bajo el entendido de que solo ha devenido en una etiqueta (Searle)? Aquí el autor tiene un acercamiento puramente formal, evitando referirse a su significación o dignificación. Así, la forma matrimonial se hace fundamental al facilitar la identificación del

demandado de alimentos, por ejemplo. La pregunta por la racionalidad de la forma matrimonial tiene que ser sustantiva, es sustantivamente importante distinguir tipos de relaciones en las cuales los seres humanos asignan especial importancia (mi relación con esta persona no es pasajera o irrelevante, sino que central). Cuando un sujeto no puede manifestarse la opinión de su conviviente o persona significativa cobra más importancia que la de cualquier otro tercero fuera de esa relación. Para que el Derecho trate a su relación como una relación significativa deben dar forma al matrimonio, así nadie hará ninguna pregunta para efectos de comprobar este. Cuando la pregunta sustantivamente central aparezca ya no tendremos que mirar a la vida de cada uno, sino que el que pueda mostrar su certificado de matrimonio dará por acreditada esa significatividad. Esto importa autonomía de las partes, respondiendo ellos lo sustantivo y no así el juez (cuán significativa es la relación), cosa que nadie dudará una vez acreditado.

## Clase 5 (29/08) ([arriba](#))

### 1.4. Forma y formalismo

La explicación de la forma siempre está en la sustancia, pero cuando se introduce una forma inmediatamente se abre espacio para un caso disfuncional. La pregunta por el matrimonio como un estatus institucional supone una razón sustantiva por la cual queremos identificar a esos seres.

Es una exigencia de justicia distinguir una relación especial respecto a otras. Una posibilidad es no recurrir a la forma, indagar en el comportamiento de la relación. Produciendo un certificado facilito la identificación de la relación especial que no distingo respecto de otras relaciones. Esto significa que las partes son absolutamente soberanas para reconocer relaciones significativas, a veces se nos pierde cómo la forma constituye una razón de libertad y no así de opresión.

Bentham encontraba que decidir con exclusión conciente de la razón era un absurdo por omitir lo importante, como lo es la última voluntad del causante, por ejemplo. Diremos ahora, repasando lo anterior, que no se omite lo importante, sino que ya se respondió esa pregunta por haber tenido la persona soberanía sobre ella y su respectiva respuesta.

Ahora, las instituciones no solo se pueden desviar sino que se vuelven precisamente en contra de su propósito. Vemos el caso de un breve y temprano matrimonio que es reconocido para efectos de la pensión de sobrevivencia por sobre otra relación prolongada con quien la persona pasó hasta el fin de sus días y tuvo varios descendientes. Aquí el argumento benthamita parece reaparecer. La respuesta que antes dimos contra Bentham ya no sirve porque no se está dando cuenta de la verdadera relación significativa. ¿No debió el causante separarse para asignar la significación a su segunda relación? El Derecho no se lo permitía, ya que el matrimonio “es para toda la vida”, pero aquí nos enfrentamos a un hecho bruto que no es así. El Derecho esta

asignándole un valor sustantivo: es sustancia, no forma, y se constituye así en un contexto de realidad en que eso no ocurre.

Este caso muestra que uno puede responder de dos formas: una manera sustantiva donde hay requisitos que satisfacen la condición o no; un conjunto de relaciones matrimoniales y no matrimoniales. El Derecho superpone ambas formas de responder, y si calzan podemos responder la pregunta difícil (sustantiva) con la fácil (forma). El problema se da, claro está, cuando ambas esferas se van progresivamente separando por las fluctuaciones de nuestras concepciones a lo largo del tiempo.

Entonces, la forma supone una razón o justificación sustantiva para su existencia. Esto no debe ser confundido, porque en su operación esta significación es invisible. En la justificación sustantiva de la forma uno podrá ver los dos conjuntos (relación sustantiva bajo criterio formal y bajo criterio de satisfacción de condiciones). En la medida en que estos conjuntos se separan la práctica del razonamiento formal se hace inestable. La forma se justifica en la medida en que la respuesta al argumento benthamita se pueda aún sostener. Si esto no se asume el argumento formal deviene “formalista”. Así, la forma tiene presupuesto de racionalidad (estabilidad), en la medida en que esta sea garantía de que lo sustantivo ha sido respondido. A medida en que eso empieza a no obtenerse gana la idea de que la forma deviene en puro formalismo. Así, la desformalización asimila cada vez más el razonamiento práctico al jurídico.

## Clase 6 (01/09) ([arriba](#))

### 1.4. Forma y formalismo

#### *Forma y sustancia - Desformalización*

Debemos distinguir entre el razonamiento formal del razonamiento formalista. La argumentación formalista se desentiende de los presupuestos sustantivos, negándolos. En cambio, la argumentación formal lo que hace es desplazar las consideraciones sustantivas, es decir, el momento en función del que se tiene que decidir es uno distinto del sustantivo. Debe existir una armonía entre las condiciones sociales y la posibilidad de creación de formas. El argumento formal supone ciertas condiciones sociales, además de formas institucionales. Cuando esa armonía existe, hay razonamiento jurídico, y lo formal puede entenderse como desplazamiento.

Llegando a la conclusión de que el razonamiento jurídico es razonamiento formal, para que este no se disuelva, es necesario que sea rigurosamente formal. Frente a los casos en que el sistema entra en crisis, donde la atención a la forma nos lleva a una respuesta opuesta a la que nos llevaría la atención a la sustancia, para los formalistas decimonónicos, como Montesquieu, solo debíamos atender a la forma, ya que si atendíamos a la sustancia, abríamos el paso a la *desformalización*. Para mantener la integridad del razonamiento formal, había que alejar toda sustancia.

Sin embargo, esta idea es implausible hoy. No es posible una adjudicación formalista a la manera del exegeta del siglo XIX. Es por esto que se afirma que en algunos casos se puede abrir la puerta al espíritu y en otros casos no. Los primeros son los casos en que el legislador, cuando

decidió, no considero la situación particular a la que se encuentra el juez en un caso determinado. El juez, a partir del espíritu de la ley, en la aplicación de esta, la modifica. En cambio, no se puede abrir al espíritu cuando el juez se enfrenta a un caso que sí fue respondido por el legislador, porque este no modificaría la ley, sino que iría en contra de ésta.

¿Tenía razón el formalista del s XIX? ¿Se puede abrir la cuestión sustantiva en algunas situaciones y en otras no? El caso del que deja entrar la sustancia contra la ley y el caso que el juez deja entrar la sustancia para rectificar la ley sin negarla, si el formalista tiene razón, constituyen un mismo tipo de casos que dan paso a la *desformalización*.<sup>2</sup> La clave del curso esta en encontrar las razones para afirmar que estos dos casos si pueden ser diferenciados.

**Lectura próxima clase:** LA FORMA DEL DERECHO, CAP. 6 Y 7, ATRIA (2014)

## Clase 7 (03/09) ([arriba](#))

### 1.4. Forma y formalismo

#### *Creación y Aplicación de la ley – Rigurosidad de la ley - Adjudicación*

Pueden proveerse dos tipos de explicación sobre la diferenciación entre un momento de aplicación y un momento de creación de normas jurídicas. Como el Derecho (en un sentido moderno) es artificial, la creación es una decisión política, donde el pueblo decide por medio del legislador (en donde se encuentra representado). La separación entre creación y aplicación del Derecho, es la separación entre la discusión entre representantes y el momento de aplicación técnica. Lo que importa es distinguir el momento sustantivo del momento formal. La discusión política es razonamiento sustantivo, no hay razones formales.

Una vez dictada la ley, ésta decide una cuestión sustantiva. Y habiendo decidido la cuestión sustantiva, el que debe aplicar la ley toma la decisión legal como una razón formal, es decir, que excluye de consideración las cuestiones sustantivas, no porque la niegue, sino que ya ha sido decidida.

Revisemos un pasaje de Montesquieu:

“Podría ocurrir que la ley, que es ciega y clarividente a la vez, fuera, en ciertos casos, demasiado rigurosa. Los jueces de la nación no son, como hemos dicho,

---

<sup>2</sup> La idea de Derecho supone que a través de la discusión pública y la decisión pública, será posible decidir qué es lo que nos conviene a todos, y es en ese sentido justo. Pero si esto no es así, por diversas razones, entonces es cada vez más difícil ver la decisión legislativa como una razón formal que desplaza y no que niega. Esto muestra algo muy importante, que es que estas discusiones que parecen filosóficas, no siempre son filosóficas (discusiones sobre la justicia). ¿Hay alguna razón para pensar que si una decisión es tomada acorde a un procedimiento formal, es más justa a la que toman 4 generales? Si uno lo niega, y esa opinión es generalizada, la autoridad de la ley empieza a ser menor. El razonamiento jurídico se hace más sustantivo, y los que ganan son los que tienen más poder para defender sus posturas. Lo que aparece como filosófico y teórico en realidad no lo es. Lo que se está discutiendo son las condiciones de estabilidad de prácticas sociales realmente existentes. Estamos identificando las condiciones de operación del razonamiento formal que no está en el mundo de las ideas, sino que está en el mundo real.

más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes. La parte del cuerpo legislativo que considerábamos como tribunal necesario, anteriormente, lo es también en esta ocasión: a su autoridad suprema corresponde moderar la ley a favor de la propia ley, fallando con menos rigor que ella”<sup>3</sup>

En casos en que la ley es demasiado rigurosa, la solución es fallar con menos rigor que la ley, pero el problema es que los jueces no pueden hacer esto, dado que son seres inanimados, y dado que no pueden alterar el rigor de la ley, entonces es necesario que intervenga el poder legislativo.

Hay que distinguir los casos en que una ley es injusta, porque la decisión abstracta contenida en la ley es injusta, es decir, que no se refiere a un caso en particular, sino que a una clase de casos; de los casos particulares en que no cabe aplicar la ley porque no han sido previstos por el legislador, entendiéndose que la aplicación de la ley sería demasiado rigurosa. Es un problema planteado por las peculiaridades del caso. No puede ser entendido como una autorización del legislador, sino como una inadvertencia. No es que las razones sustantivas hayan sido sopesadas, sino que el supuesto es que la cuestión sustantiva no ha sido discutida por nadie.

En los últimos casos, la ley ha sido demasiado rigurosa, ya que pretende ir más allá de lo que puede ir. Entonces, cuando la ley resulta acorde a su tenor literal, aplicable a un caso que no fue decidido por el legislador, no es un déficit por falla abstracta de la ley, sino por las peculiaridades del caso.

Como lo plantea Montesquieu, la ley es clarividente porque permite identificar la solución sustantivamente correcta sin mirar a las consideraciones sustantivas. Podemos saber cuál es la última voluntad del causante sin preguntar cuál es la última voluntad del causante. La formalidad de la razón formal, la formalidad de la ley, es clarividencia; nos permite ver mucho más, pero nos permite ver mucho más precisamente porque es ciega a las características de un caso particular. La ceguera de la ley es la razón por la cual ésta es clarividente.

Un problema es que el juez considere que la ley sea injusta, por tanto, el juez no la aplica; se actúa con lealtad a la justicia pero no con lealtad a la ley. Y otro problema es que el juez modere la ley por la ley misma, aquí no se rechaza la ley; sino que se corrige el rigor de la ley por la ley misma, aquí se actúa con lealtad a la ley. Se corrige el rigor de la ley, por medio del espíritu de la ley, siendo leal con la ley. El juez por tanto no viola la ley al modificarla por la ley misma. Cuando uno se encuentra ante un caso inusual, la solución que la letra de la ley sugiere es la solución que corresponde al espíritu de la ley, entonces la corte modera la letra de la ley para realizar el espíritu.

---

<sup>3</sup> Montesquieu, *Del Espíritu de las Leyes*, libro 11 cap. 6, p. 112.

Juez actúa con lealtad al espíritu pero no a la letra. Sin embargo, se necesita una intervención legislativa para asegurar lo rectificado.

Ante una ley injusta, el juez en tanto juez, tiene el deber de fallar acorde a la ley. El problema se plantea para el sujeto que asume como juez, si será posible fallar acorde a esa ley injusta. Si el juez puede apartarse del texto para moderar su rigor de ley a favor de la propia ley, entonces el juez siempre está en posición de reabrir la cuestión sustantiva, y ya no sería juez. La función de moderar la rigurosidad de la ley por la ley misma, es un deber del legislador, no del juez. Pone en riesgo el momento partisano de la creación de la ley y de decidir sobre la cuestión sustantiva.

## Clase 8 (05/09) (arriba)

### 1.4. Forma y formalismo

*Comprensión formalista – Arbitrariedad hasta la perfección - Soberanía y libertad de las partes*

En la *comprensión formalista* el juez que no está en posición de juzgar la ley, sino que -por el contrario-, ella será el estándar que lo guiará en su proseguir; en otras palabras: *su boca pronunciará las palabras de la ley*. Lo anterior se manifiesta en el hecho de que las razones que legitiman en sí al cuerpo legal no le competen a él –en tanto su rol institucional-, no obstante aquello, el problema sustantivo es reconocido, pero no le competirá al juez. Desde esta perspectiva ¿Le compete al juez moderar la ley en caso de que esta fuese injusta? No, debido a que no podemos distinguir institucionalmente si se estaría moderando la ley por: (i) una injusticia; o (ii) por la ley en sí, lo cual abriría un camino hacia la arbitrariedad. Por ende ¿A quién le corresponde moderar la ley? Al legislador, en razón de que en su ámbito de facultades no habrá peligro en que pueda hacerlo. Por otro lado, el juez no podrá nunca moderar la ley, es más, para él siempre será una razón formal para su actuar.

Por un lado *Ihering* introduce la idea de que los beneficios del razonamiento formal son negativos, en el sentido de que impide el mal. Por otro, vemos que cuando la forma “falla” se evidenciará muchísimo más que en los casos en que efectivamente cumple su propósito. Con el transcurso del tiempo la mantención de una práctica que sea capaz de distinguir entre las relaciones jurídicas significativas y no significativas justificará la “acumulación de miseria sobre cabezas de quienes no lo merecen” –desde la perspectiva del formalismo, claro-.

Se distinguen así distintas etapas: (1) arbitrariedad: juez adjudica en virtud de su propio parecer; en respuesta a esta fase caracterizada por su parcialidad surge (2) formalismo: aquí el juez entenderá la reglas serán siempre como razones formales para su actuar, luego de dilucidar diversas fallas en casos particulares, como diría *Bentham*, los *ojos del público se abrirán* y se pasará a una nueva etapa; (3) desformalización: caracterizada por su “arbitrariedad hasta la perfección”,

aquí el juez podrá fallar o de acuerdo a la forma o a la sustancia, y podrá ser aplaudido/criticado por ello.

## Clase 9 (08/09) (arriba)

### Capítulo 2. TEORÍA GENERAL DE LAS INSTITUCIONES.

#### 2.1. La inteligibilidad de las instituciones.

##### *Posición institucional – Opacidad de la función*

El argumento trabajado en las clases pasadas lleva a una situación incómoda: Como fruto de una comprensión moderna del Derecho, se redefine la posición del juez, porque si el juez se encuentra bajo un sistema de reglas como resúmenes, lo que se espera de él es muy distinto a que si opera bajo reglas como prácticas, dado que estas últimas tienen una dimensión formal “reforzada”, que opera con la regla de desplazamiento: es distinto decidir sobre la práctica, que decidir estando bajo la práctica.

Ahora, ¿Qué ocurre cuando el juez corrige la aplicación de la ley para darle mayor eficacia? Eso está bien, lo que está mal es que el juez prescinda de utilizar la ley. Y cuando decimos mal o bien, lo que queremos decir es que en el primer caso el juez está realizando un buen ejercicio de la función jurisdiccional, es lo “apropiado”, y en el segundo no lo es.

Pero ¿Cómo decidir qué corresponde y qué no corresponde, si la función del juez no es algo natural? Hay conceptos como el agua, que existen desde antes de que estuviera el humano preguntándose que es agua, y habrá después de que dejen de existir los humanos. Pero ¿Qué define lo que es el agua? Ponerlo bajo el microscopio y averiguar su estructura atómica, que debería corresponder a H<sub>2</sub>O.

Con los órganos del cuerpo, en cambio, no nos interesa su estructura, sino que cumpla su función: Lo que sea que bombee sangre, a pesar de su estructura (claro debe ser una estructura que consiga hacerlo), será corazón.

Un concepto puede estar definido por algo interno (estructura o función) o algo externo (la manera en que es ocupado). Eso interno es lo que se llama naturaleza.

## Clase 10 (10/09) (arriba)

#### 2.1. La inteligibilidad de las instituciones.

##### *Concepto institucional – Estructura – Función*

Los conceptos jurídicos ¿qué tipo de conceptos son? ¿Hay naturaleza estructural o funcional en ellos?

La decisión judicial es clave porque la decisión jurisdiccional reclama no ser sino aplicación del Derecho. Es decir, desde el punto de vista institucional el deber del juez es decidir conforme a Derecho. En todo caso, hay que tener claro que uno está respondiendo no según lo que efectivamente acontece, sino la expectativa institucional que se tiene en torno a la función del juez. Nuestra pregunta es si algo diferencia al razonamiento Jurídico del razonamiento práctico general.

Para ello asumimos que razonamiento jurídico es aquel guiado para decidir conforme a Derecho. El art 19: “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, so pretexto de consultar su espíritu”, es una respuesta a la pregunta cómo se organiza una institución para que esa institución en general decida conforme a Derecho. Hay por tanto una explicación en que el art. 19 es una consecuencia de una teoría de que quiere decir qué es decidir conforme a Derecho y otra que dice que el art 19 es la necesidad de darle a esa teoría de que es decidir conforme a Derecho una dimensión institucional.

Pero ¿Qué se sigue del artículo 19? En principio, teóricamente le corresponde al juez moderar la ley por la ley misma, pero esto es algo que por razones institucionales debemos negar. Y por ello se vuelve relevante saber de a dónde salen los conceptos jurídicos, porque la ley se puede equivocar.

## Clase 11 (12/09) ([arriba](#))

### 2.1. La inteligibilidad de las instituciones.

#### *Concepto nominal – Opacidad de la función*

¿Qué es un cuasi contrato? La gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa, la agencia oficiosa, entre otros. Pero no hay nada que defina un cuasi contrato, porque no hay un concepto de cuasi contrato. Si intenta hacerlo, de hecho, solo dice actos lícitos que generan obligaciones, donde también caben los contratos. Nos encontramos entonces ante una categoría de cosas que se agrupan bajo un nombre que no dice nada sobre esas cosas. El concepto de cuasi contrato es, por tanto, un concepto nominal, lo que quiere decir que no hay una teoría del cuasi contrato, sino solo lo que la gente dice que es.

Que sea nominal es, negativo “no hay nada que pueda decirse del cuasi contrato, sino que se explica solamente porque la gente dice que eso es lo que son”. Y si un concepto es nominal lo que define el ámbito de aplicación de un concepto es una comunidad de usuarios.

Los conceptos jurídicos nunca son estructurales, porque siempre la pregunta surge por qué esas características formales y no otras. Entonces, o la forma es la manera de hacer probable una función, o una forma no cumple ninguna función y la respuesta a su existencia es “porque sí”, y entonces será un concepto nominal. No hay conceptos jurídicos estructurales, porque ante la pregunta a su estructura solo se puede responder dando paso a la conclusión de que es funcional o nominal.

Ahora, ¿porque hay conceptos naturales estructurales, y no jurídicos estructurales? Porque los conceptos jurídicos son teoría. Lo interesante del Derecho es que hay una alta relación ente su

estructura y su función. Una vez que se entiende que la estructura media la función, se pueden hacer inteligibles las instituciones. Que el testamento tenga una estructura particular es dependiente de la función a la cual sirve: identificar la última voluntad del testante. Si esto es así, ¿cuál es la relación, dentro de un concepto institucional, entre estructura y función? Dicho de otro modo: si lo que define al concepto es función ¿por qué necesitamos la estructura? Pensémoslo así por un momento. Obviando la estructura, al juez lo único que le interesa es la última voluntad del testante. Pero el juez no está en la mejor posición institucional para determinar cuál es la última voluntad del testante. Si se hace improbable que el juez considere el testamento, en términos del curso, se diluye la distinción entre razonamiento jurídico y razonamiento práctico general.

La tesis del curso es que la función define el concepto, pero que las estructuras determinan las instancias del concepto. En ese sentido, la estructura rompe con la transitividad. Tiene que ser opaca a su propia justificación: impedir que en cada instancia se aplique el concepto se mire a la función. El problema es que, aun teniendo eso en cuenta, la función no ha de devenir irrelevante. Y ello es crucial para entender que, en contextos institucionalizados, estamos frente a la posibilidad cierta de que la estructura no sólo la haga opaca, sino que olvide la función por la cual ella existe.

## Clase 12 (15/09) ([arriba](#))

### 2.1. La inteligibilidad de las instituciones.

#### *Posición institucional – Opacidad de la función*

¿Cuál es la relación que cabría entablar entre estructura y función? Veamos un ejemplo de Introducción I. ¿Qué cuenta como la voluntad popular? Su característica más perspicua es que va *en el interés de todos*. Recordemos que esta es una cuestión polémica –o al menos no transparente todavía–. La única manera que tenemos para determinar qué es lo que va en el interés de todos es a través de una estructura. Esa estructura tiene una razón de ser: pretende hacer probable lo que la justifica, esto es, que la ley vaya en el interés de todos.

Si volvemos sobre una definición estructural del concepto de ley, tendríamos que aceptar que no hay nada particularmente democrático en la conformación de la voluntad soberana. Pero, si realizamos el ejercicio inverso, una vez que entendemos cuál es la substancia de la ley –la voluntad del pueblo– podemos pensar en cuál sería la forma de hacer probable, mediante una institución, que la ley de hecho sea la voluntad que reclama ser. En ese sentido, es claro que el sistema binominal no hace probable que la ley sea la voluntad popular. La institucionalidad, en Chile, no está diseñada para representar nada.

Una vez que se entiende que la estructura *media* la función, se pueden hacer inteligibles las instituciones. Que el testamento tenga una estructura particular es dependiente de la función a la cual sirve: identificar la última voluntad del testante. Si esto es así, ¿cuál es la relación, dentro de un concepto institucional, entre estructura y función? Dicho de otro modo: si lo que define al

concepto es su función ¿por qué necesitamos la estructura? La respuesta de Moore es obviar la estructura. Por eso Moore plantea una vuelta al Derecho natural: la función no solo define el concepto, sino que permite *identificarlo* en cada instancia en que sea pertinente su aplicación. Eso significa que el juez debe poner la vista directamente en la justicia del contrato. Pensémoslo así por un momento. Obviando la estructura, al juez lo único que le va a interesar es la justicia del contrato. Pero el juez no está en la mejor *posición institucional* para determinar qué es lo que las partes consideran como justo. Se hace improbable, de hecho, que el juez considere lo que es justo si ignora, por ejemplo, lo que consta en el contrato estipulado por las partes. En términos de Atiyah, no tiene competencia para ello; en términos del curso, se diluye la distinción entre razonamiento jurídico y razonamiento práctico general.

Moore, entonces, diría que la estructura debe ser plenamente *transparente* a la función. La intención del curso es negar la pretensión de Moore: la función *define* el concepto, pero las estructuras determinan las *instancias* del concepto. En ese sentido, la estructura rompe con la transitividad. En otras palabras, la función determina la estructura, pero la estructura identifica las instancias del concepto. No es necesario mirar a la función cada vez que pretendamos identificar si el contrato es un intercambio justo, solo debemos tener en cuenta la estructura. Y en ese sentido, la estructura rompe con la transitividad: tiene que ser *opaca* a su propia justificación. La función le da inteligibilidad al concepto, pero no operatividad. Podemos entender que un contrato es un intercambio justo mirando a la función, pero lo que *cuenta como* intercambio justo en el contexto jurídico lo sabremos poniendo la vista sobre la estructura. El problema es que, aun teniendo eso en cuenta, la función no ha de devenir irrelevante. Y ello es crucial para entender que, en contextos institucionalizados, estamos frente a la posibilidad cierta de que la estructura no solo la haga opaca, sino que olvide la función por la cual ella existe. No es casual que la tendencia de las instituciones sea volverse contra ellas mismas.

### Clase 13 (22/09) ([arriba](#))

2.2. El principio democrático

2.3. Formas de legitimación del ejercicio de las potestades públicas

*Principio democrático – Legitimación Material/Legitimación Orgánico-Personal*

En este punto ya sabemos cómo entender las estructuras jurídicas. Estas son o arbitrarias -cuando son puramente nominales y no tienen contenido-, o estructuras que median funciones y es ahí cuando sabemos cómo entenderlas por medio de preguntarnos cuál es la función que median, buscando su importancia y el porqué de su necesidad en atención a la improbabilidad de que se cumpla el objetivo de la institución en forma natural, esto es, sin la mediación institucional.

La pregunta por la racionalidad de una estructura es la pregunta por si hace suficientemente probable que ocurra aquello que pretende lograr. Debemos hacer una tarea de reconstrucción del

contexto institucional del razonamiento jurídico para poder, a través de ello, responder la pregunta del curso.

La estructura puede reclamar hacer probable el cumplimiento de la función sin que efectivamente lo haga, caso en el cual tendríamos en forma camuflada el ejercicio de voluntades particulares. La respuesta escéptica es que la estructura jurisdiccional escondería el hecho de que la decisión depende la voluntad de quien opera esta estructura: La función de la ley es determinar qué es lo que va en el interés de todos, pero la estructura de la ley no hace esto suficientemente probable, entonces el discurso detrás de la institución estaría escondiendo el hecho de que hay voluntades que manipulan la estructura para hacer parecer que lo que se obtiene va en el interés general, ya que de otro modo no podrían ejercer sus voluntades. Una postura escéptica en forma global niega toda estructura sosteniendo que todas ellas son en realidad una forma camuflada de ejecución de voluntades particulares y nunca podrán hacer suficientemente probable el desempeño de la función.

No hay ninguna razón para pensar que nunca van a hacer probable el desempeño de la función por parte de una estructura y que siempre va a ser un engaño; ello sin perjuicio de que en algunos casos la afirmación pueda tener razón, respecto de estructuras puntuales.

El punto de partida es, primero, asumir que hay funciones que son mediadas por las estructuras que hacen probable el desempeño de dichas funciones, por lo que tendrían sentido. Esto corresponde al “dogma del legislador racional”: no es un dogma acerca de cómo la ley fue producida, sino que el análisis jurídico asume de entrada que la ley es racional, es un acto de fe en la parte inicial de la reconstrucción, sin perjuicio de que más adelante pueda ser revisada y demostrarse su irracionalidad y que finalmente sean estructuras meramente nominales, pero al menos en principio es algo que debemos asumir para la realización adecuada de esta tarea.

En adelante, nos será de utilidad la idea del “principio democrático”. El principio democrático es una afirmación sobre la única fuente de normatividad para el Derecho moderno, esto es, que el Derecho tiene normatividad porque es la voluntad del pueblo. El Derecho corresponde al conjunto de estructuras cuya función es hacer probable la realización de la voluntad del pueblo, sin embargo en su operación debe hacerse opaca a esta función. El principio democrático es entonces la clave para entender por qué el Derecho sirve. Uno debiera entender que la separación de los poderes del estado en funciones de administración, jurisdicción y legislación corresponde a una herramienta para hacer probable la realización de la voluntad del pueblo. La realización del principio democrático supone distintas razones por las cuales es improbable y esas distintas razones son neutralizadas por distintas instituciones que dan origen a las características del estado moderno y que dan lugar a la legislación, la administración y la jurisdicción.

Hay 2 consecuencias importantes del principio democrático: (i) es una forma de legitimación orgánico-personal y; (ii) es legitimación material. El principio democrático en su dimensión orgánico-personal exige que las personas que detentan los cargos a los cuales van asociadas las potestades públicas, lo detenten de un modo que pueda ser reconducible a la voluntad del pueblo. La otra dimensión, la cual nos resulta mucho más relevante para los efectos de lo que nos interesa a nosotros, es la dimensión material. Es una dimensión de contenido: el contenido de las decisiones de ejercicio de las potestades públicas debe ser reconducible al pueblo. Hay quienes dicen que la legitimación orgánico-personal implica legitimación material. Hay que diferenciar la pregunta de qué legitima a una persona a desempeñar un cargo de aquélla por la

legitimación del contenido de una decisión tomada en el ejercicio de una potestad pública. La respuesta genérica será para ambas la misma: el pueblo. Sin embargo, el camino seguido para cada una es distinto.

#### Clase 14 (26/09) ([arriba](#))

(24/09: Primera evaluación)

2.2. El principio democrático

2.3. Formas de legitimación del ejercicio de las potestades públicas

#### *Voluntad del Pueblo*

Principio democrático es una condición de estabilidad del Derecho moderno. “las instituciones le temen al déficit de legitimación”. No estamos hablando de justicia o moralidad, sino de “física institucional”; se requiere la existencia de una legitimación suficiente para que la institución sea aceptable.

Es un error confundir la legitimación material con la orgánico-personal. Una es la pregunta por el contenido de las decisiones y la otra es por quién las toma.

En el sentido que nos interesa para la legitimación material, la voluntad del pueblo no es una voluntad que pueda ser entendida como un hecho bruto. Voluntad del pueblo en este sentido, corresponde a una lectura no positiva, es decir, no literal de la idea de la voluntad del pueblo. La manera adecuada de entender la voluntad del pueblo, corresponde a una lectura negativa de ésta, esto es, política: que el fundamento de la legitimidad sea la voluntad del pueblo, quiere decir que ninguna voluntad particular legitima. Entonces tenemos que la voluntad del pueblo es la voluntad de nadie, ello porque es la voluntad de todos; es una voluntad purgada de cualquier particularidad. Entonces, la ley es en cuanto a su contenido lo que es querido desde una perspectiva para la cual todos los intereses de todos nosotros son igualmente importantes. En ese sentido la voluntad del pueblo es un concepto negativo: no es una voluntad particular.

La voluntad del pueblo es infalible, ello porque es la voluntad del pueblo, eso lo que muestra es que es un concepto polémico. Identificar algo como la voluntad del pueblo es decir yo estoy con ellos. Identificar cual es la voluntad del pueblo es tremendamente polémico, pues implica ponerse del lado de la posición con la que se identifica. Que el pueblo sea infalible quiere decir que es contradictorio identificar algo como la voluntad del pueblo y negarlo. Es contradictorio que alguien diga “yo estaba con la UP, pero el golpe de estado era la voluntad del pueblo chileno”, así como es igual de contradictorio decir “yo estaba contra la UP, pero la voluntad del pueblo chileno era que el gobierno de Allende continuara”.

Vivir conforme a la voluntad del pueblo en forma natural, esto es, no institucional es altamente improbable por lo que se hace necesaria la mediación institucional para que esa improbabilidad sea probable (no por ello necesaria).

#### Clase 15 (29/09) ([arriba](#))

2.3. Formas de legitimación del ejercicio de las potestades públicas

"La fuente de Legitimación democrática de Los poderes públicos [consiste] en el hecho [...] de que las decisiones sean tomadas, directa o indirectamente, por los mismos destinatarios, o más exactamente, por la mayoría de ellos y sean, por eso, expresión de la "voluntad" y de la "soberanía popular". Podríamos llamar formal o procedimental a esta noción de democracia. En efecto, ella identifica a la democracia simplemente sobre la base de las formas y de los procedimientos dirigidos a garantizar que las decisiones resultantes sean expresión, directa o indirecta, de la voluntad popular. La identifica, en otras palabras, en base al quién (el pueblo y sus representantes) y al cómo (la regla de la mayoría) de las decisiones, independientemente de los contenidos, es decir, de qué cosa se decida, aun si tales contenidos son antiliberales, antisociales e incluso antidemocráticos"<sup>4</sup>

Ferrajoli, en el pasaje precedente, presenta la idea de democracia formal como una democracia que es independiente del contenido de lo decidido. En ese sentido, esta concepción de la democracia se ocupa del "quien" y del "como" de las decisiones, no así del "que". Pero, ¿cómo sería un modelo ideal de democracia sustantiva, en donde no se mira solo al "quien" y al "como", sino también al "que"? ¿Cuál sería el "que" que determina la democracia sustantiva? Sería necesario responder a esta segunda pregunta para poder pensar en la primera, y la respuesta, que pareciese ser obvia, es "lo que el pueblo quiere". Sin embargo, al tratar de responder a la pregunta sobre lo que el pueblo quiere, algunos podrán plantear que, dando por superada la cuestión sobre la acción volitiva del pueblo, este se puede equivocar. Entonces, debemos enfrentarnos al problema sobre quién determina lo que el pueblo quiere, a lo que se responde con "lo que va en el interés de él", "lo que le conviene", lo que necesariamente nos lleva a la idea de "interés general", y lo complejo de su determinación.

El autor plantea que la democracia que mira solo al "quién" y al "como" y no mira al "qué" no es fuente de legitimación material, sino que orgánico-personal. Pero no ve que la forma institucional de responder a la sustancia, consiste en transformarla en forma, como lo hemos visto en los contratos y testamentos. Ferrajoli está confundido, entonces, con la idea de entender que la opacidad de la forma jurídica respecto de la sustancia es negación de la última. Las estructuras son ciegas a sus funciones, por lo que miran al "quien" y al "cómo". Un claro ejemplo es el procedimiento legislativo. Lo que no ve Ferrajoli es la razón de la lógica formal, es decir, que el sentido de responder a la pregunta sobre el "quien" y el "como" busca hacer probable la respuesta

sobre el “qué”, identificando el interés general por medio de las instituciones, sabiendo que la falta de esta mediación solo nos conduciría a los intereses particulares del “más fuerte”. Es por esto que las palabras de Residente (Calle 13), cuando dice “yo veo lo de lejos lo que de cerca tu no ves” son tan acertadas, dado que es ingenuo pensar que mientras más cerca de los intereses particulares, más cerca del interés general, siendo que es todo lo contrario.

La forma es ciega al contenido en su operación. Pero las instituciones son en gran medida teoría. No hay conceptos puramente estructurales. La caracterización de la institución es sensible a la manera en la que la reconstruimos. Esa lógica de reconstrucción afecta la manera en la que entendemos la institución. Todo procedimiento contiene sustancia, pero la sustancia importante es la que está escondida en el procedimiento (como se puede observar en la Constitución Política de la República de Chile).

## Clase 16 (01/10) (arriba)

### 2.3. Formas de legitimación del ejercicio de las potestades públicas

#### *Principio Comisarial – Principio de Independencia*

La clase comienza advirtiendo que las distintas formas de legitimación vistas hasta ahora no son las únicas concebibles, pero sí las únicas que dan cuenta de la configuración estructural del Derecho moderno. Éste produce distintos modos de legitimación para el ejercicio de las potestades legislativa, administrativa y jurisdiccional.

La distinción entre las formas de legitimación orgánico-personal y material descansa en que mientras la primera refiere a la legitimación posicional de quienes ostentan ciertos cargos asociados a ciertas potestades públicas, la segunda mira al contenido de las decisiones que se toman en el ejercicio tales potestades. Si bien ambos modos de legitimación son en principio diferenciables, queda por definir es si acaso son *enteramente* independientes.

Ya hemos visto que la ley es una decisión sobre una norma abstracta que pretende dar debida cuenta de lo que va en el interés general. Ello se hace probable en la medida en que tal procedimiento tenga cierta configuración institucional, que purgue a la decisión de intereses particulares. En virtud de tal configuración la ley cuenta con legitimación material.

Las decisiones tomadas en el ejercicio de la potestad administrativa son, en cambio, concretas y particulares. Entre la generalidad y abstracción de la ley –por una parte– y la concreción y particularidad de la decisión del funcionario de la administración –por otra– siempre habrá una distancia que no podrá ser legitimada materialmente en forma mecánica, al modo de una “pura ejecución de la ley”. La vinculación concreta al contenido de la ley es imposible para el caso de la potestad administrativa. Con todo, es posible otra forma de legitimación material: siempre que pueda decirse que (i) existen relaciones de subordinación entre los distintos funcionarios de la administración, lo que a su vez (ii) permita reconducir la decisión de tales funcionarios a sus respectivos superiores (llegando eventualmente hasta el Presidente de la República), haciendo responsables a estos por la decisión de aquellos, entonces puede decirse que las decisiones de tales funcionarios están legitimadas materialmente. En este punto vemos la

conexión existente entre la legitimación orgánico-personal de los funcionarios de la administración y la legitimación material de sus decisiones: la cadena de legitimación que asciende desde los funcionarios inferiores hasta el Presidente junto al programa de gobierno de este último (que da cuenta de cierta comprensión de lo que va en el interés general) salvan la distancia que en un principio había entre la decisión del funcionario subordinado y la abstracción de la ley.

La forma de legitimación material que tienen las decisiones tomadas en el ejercicio de la potestad administrativa tiene una estructura informada por un *principio comisarial*. Siempre que se cumplan las condiciones (i) y (ii) puede decirse que el funcionario inferior es un comisario o mandatario del superior, que a su vez es su comitente o mandante.

Esta estructura no es casual. Es precisamente lo que corrige el déficit de legitimación material existente en las decisiones de la administración. Las instituciones se acomodan ante posibles situaciones en las cuales hay, por un lado, una presión motivada por un déficit de legitimación material y, por otro, una caracterización institucional que obstaculiza una respuesta adecuada a esta presión. Se trata de una situación de contradicción entre función y estructura, situación que se resuelve ya sea por la modificación de las instituciones existentes o bien por el desarrollo de prácticas que tiendan a interpretar tales instituciones de un modo que genere legitimación material.

¿Cuál es la forma de legitimación material de las decisiones tomadas en virtud de la potestad jurisdiccional? Es característica fundamental de la jurisdicción la independencia con la que cada juez cuenta al adjudicar, independencia que se manifiesta –por ejemplo– en la prohibición expresa de la avocación, y al no ser ésta posible tampoco lo es la responsabilidad del juez superior por la decisión que toma el juez inferior. Nótese: la avocación es esencial a la potestad administrativa. La estructuración de la potestad jurisdiccional no sólo no coincide con la de la potestad administrativa, sino que es precisamente opuesta a ésta, y en la medida en que pretende hacer probable la vinculación del juez a la ley garantizará a su vez la independencia judicial.

Al decir que este curso una óptica institucional y no teórica, es que nuestro punto de partida es este. Tenemos que buscar una explicación para una diferencia tan grande. Uno no parte desde la base con la teoría de la jurisdicción, sino con que existen dos estructuras que se informan por principios distintos. Si tenemos formas institucionales tan distintas, debe existir alguna razón que tendremos que descubrir

## Clase 17 (03/10) ([arriba](#))

### 2.3. Formas de legitimación del ejercicio de las potestades públicas

#### *Principio Comisarial – Principio de Independencia*

Hay que notar el punto del argumento donde estamos. Lo que hemos hecho es aceptar la descripción superficial y preliminar de las cosas. Por un lado, hay una potestad estatal organizada conocida como administración, con su propia estructura y, por el otro, tenemos otra potestad estatal organizada con otra estructura llamada poder jurisdiccional. Ambas estructuras tienen principios centrales distintos. La administración está informada por el principio comisarial, mientras que al poder jurisdiccional lo informa el principio opuesto, el de independencia. En la

clase anterior dejamos abierta la pregunta sobre el sentido de esta distinción, sobre el sentido de tener estructuras informadas por principios distintos.

Si afirmamos que cuando el tribunal declara nulo un contrato, está realizando el mismo tipo de acción que la decisión del funcionario de viabilidad cuando decide construir un puente en vez de una carretera, no tienen ningún sentido la distinción. Es por esto que tenemos dos opciones, o las estructuras median funciones distintas, o están distinguidas arbitrariamente.

Vamos a partir desde el punto de que las estructuras son distintas porque median funciones distintas. La finalidad de la administración, como se observa en el art. 3 de la Ley de bases “*es promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente y fomentando el desarrollo del país a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley, y de la aprobación, ejecución y control de políticas, planes, programas y acciones de alcance nacional, regional y comunal;*” mientras que el poder jurisdiccional tiene “*la facultad de conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado (...)*” Por esto, cuando el funcionario director de viabilidad decide sobre el camino en vez del puente, lo que hace es perseguir el bien común, determinando que se aproxima mejor a su cumplimiento. Sin embargo, apelar al estándar de “persecución del bien común” no nos dice mucho, producto de que este es un fin abstracto, no polémico. Lo problemático es la legitimación material que tiene el funcionario para usar los medios que le da la ley de un modo determinado. Para poder hacernos cargo de este punto, debemos preguntarnos anteriormente, ¿qué implicancias tiene la elección de tal o cual candidato a presidente?

En términos de legitimación orgánico personal, la elección de Bachelet es la decisión de que ella sea la presidenta. La legitimación material que da la elección, es al programa, que es lo que identifica de mejor manera el interés general. Entonces, en la medida en que la administración se informe por el principio comisarial, lo que ocurre es que el funcionario decide como si estuviese decidiendo su superior, es decir, lo que hace es desarrollar el programa.

En el caso del poder jurisdiccional la lógica es distinta. La decisión respecto del contrato nulo se encuentra legitimada materialmente porque ley fija con precisión las condiciones bajo las cuales se debe decidir. No hay distancia entre el fin genérico y la decisión, dado que la misma ley pretende determinar el contenido de la decisión. Entonces el juez se encuentra legitimado en la medida en que aplica la ley. Es por esto que los jueces, para hacer probable la aplicación de la ley, no deben perseguir fines, ni sujetarse a los fines planteados por su superior, a diferencia de lo que ocurre con los funcionarios de la administración. De ahí el principio de independencia.

## Clase 18 (06/10) ([arriba](#))

### 2.3. Formas de legitimación del ejercicio de las potestades públicas

## 3. LA JURISDICCIÓN Y SU CONFIGURACIÓN INSTITUCIONAL

### 3.2. Legitimación de la decisión judicial y su relación con su forma institucional

#### *Principio Comisarial – Principio de Independencia*

Tenemos, entonces, estos dos modos de legitimación material: principio comisarial (propio de la Administración) y el principio de independencia (propio de las instituciones que imparten justicia). Esto merece observaciones.

En primer lugar la distinción entre jurisdicción y administración (legitimación mediante sujeción concreta a la ley y decisiones que son instrumentales para la realización de fines) refleja la idea de que los ciudadanos no son medios, sino fines, tratándose de un tema de dignificación al ser humano. Para el juez no hay una racionalidad distinta a sancionar que lo guíe, siendo esa sanción lo que merece el sujeto conforme a la ley. Esto a diferencia de cómo para un intendente la sanción si opera como un medio para conseguir un cierto resultado. En el Derecho moderno lo suyo de cada uno está fijado por la ley, a diferencia del Derecho pre-moderno. El momento jurisdiccional es, entonces, un momento no instrumental, el sujeto no aparece como un sujeto para concretar un fin, eso significa sujeción a la ley.

En segundo lugar hay que distinguir dos situaciones: frente al hecho de un funcionario que dispone respecto a una norma abstracta (bien común) uno podría decir que teóricamente el funcionario está aplicando la ley en las circunstancias del caso porque satisface las necesidades públicas, ¿Por qué hacer la diferencia entonces? Esto es porque el estándar del funcionario está concebido en términos tan genéricos que no alcanza a legitimar de forma completa. En el caso de la ley la relación que hay entre la norma legal y la decisión particular es suficiente para que la decisión judicial pueda ser legitimada.

El juez no puede opinar que otro juez, en las mismas circunstancias, hubiera tenido otra opinión respecto al caso siendo ella válida, a diferencia de la administración, en caso en que un grupo hubiera querido construir un puente y otros no, siendo esto completamente válido. Ahora, en el caso de la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional media una opinión política entre la ley y la aplicación, lo que se trata de compensar con la designación política, pero creando un conflicto de legitimación.

## Clase 19 (08/10) ([arriba](#))

### 3.1. Teorías e instituciones

### 3.4. La ley y su aplicación. “Aplicar la ley” como función

*Expresión indeterminada – Expresión impropia*

Es improbable que se lleve a cabo el desempeño natural de ciertas funciones sin ciertas estructuras, como lo puede ser la decisión o aplicación de la ley dando a cada uno lo que merece, por ejemplo. Entonces, ¿qué es decidir por aplicación concreta de la ley?

Vemos que la Teoría del Derecho durante el Siglo XX cambió el tema que se discute bajo “aplicación de la ley”. Decide conforme a la ley aquel que es la boca que pronuncia las palabras de la ley - vamos a llamar esta idea aplicación mecánica - lo que es una manera de entender la sujeción del juez a la ley (y que hoy está desacreditado). La idea de aplicación mecánica ignora que la ley debe ser moderada, y esto afirma que el sentido de la ley, el significado de la proposición contenida en el texto legal, es impertinente. Es decir, el juez no está en condiciones de moderar la ley o la ley misma (“cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal...”). Esto es considerado implausible, y frente a esto Savigny hace una tipología de los casos problemáticos respecto a la aplicación de la ley, se trata de dos razones distintas e independientes.

Primero tenemos la expresión incompleta o indeterminada. Tiene el carácter de un discurso interrumpido que deja en suspenso su sentido. No alcanza a transcribir un pensamiento completo, y con esto Savigny se refiere al “espíritu” de la ley. El texto pretende transmitir una voluntad, el pensamiento del legislador, y hay distintas formas en que la ley puede ser incompleta. Así mismo, van a haber varios pensamientos compatibles con la comprensión (vemos el caso de lo que se puede entender por “competente inscripción” en el caso del artículo 730 del Código Civil). Puede ser, entonces, por vacío, ambigüedad, etc.

Esto presenta las siguientes características: primero, es un defecto de la función administrativa; segundo, es un problema apreciable en abstracto, no en concreto; tercero, es un problema cuya identificación es imparcial, o puede ser imparcial, porque se puede identificar el problema formalmente mediante argumentos lógicos; cuarto, la identificación del problema es neutral respecto de la solución del problema. Porque identificar el problema es neutral respecto de cual es la solución.

Luego, tenemos lo que denomina expresión impropia. Esto ocurre cuando le da un sentido claro y determinado, pero diferente del pensamiento real de la ley. Lo que hay es una expresión que da un pensamiento claro y completo (no adolecen de expresión incompleta) pero que es incompatible con la intención que el legislador trató de hacer efectiva en la redacción de la ley (vemos el ejemplo del barbero de Bologna).

Posee las características que nombramos a continuación: primero, es un problema que no es apreciable en abstracto, sino que en concreto (las características particulares de un caso peculiar), es un problema vinculado a la aplicación; segundo, no necesita ser un defecto de la ley (la ley – en rigor – no es defectuosa), el problema viene dado por la peculiaridad del caso; tercero, su identificación es polémica, no imparcial, y esto es porque, en cuarto lugar, la solución o identificación del problema no es neutral respecto de la solución.

Es una contradicción entre el sentido de la ley y su tenor literal, por consiguiente, para identificar la expresión impropia hay que identificar el pensamiento, ya que la posterior comparación es la que determina la impropiedad. La manera de solucionar el problema es corregir la expresión para que exprese bien el pensamiento, no es un problema de forma, sino que pura sustancia.

Teniendo esto en consideración, vemos que el problema de la expresión incompleta no puede ser ignorado, pero no así el caso de la de la expresión impropia. La incompletitud tiene que ser solucionada antes de aplicar la ley, mientras que el problema de ignorar la impropiedad es sancionar a quien no lo merece.

## Clase 20 (10/10) ([arriba](#))

### 3.4. La ley y su aplicación. “Aplicar la ley” como función

*Comprensión formalista y comprensión escéptica - Textura abierta del Derecho*

El problema del Capítulo VII de Hart es la aplicación del Derecho por referencia a reglas preexistentes y abstractas. El punto de partida es la *comprensión formalista*: la decisión judicial es una decisión que aplica al caso particular la decisión abstracta de modo que la función que le corresponde al juez es la de fijar los hechos cuando son controvertidos (hay una premisa mayor como condición de alguna consecuencia jurídica de la premisa menor que afirma la verdad de la proposición, y la conclusión se sigue silogísticamente de ellas).

Ante la comprensión formalista del ordenamiento jurídico, surge como reacción una *comprensión escéptica*, que entiende que esta vinculación del juez a la ley es una ilusión. Esto se puede entender de distintas maneras: (i) los jueces están en una posición que hace posible que fallen en contra de reglas vigentes (su decisión podría ser corregida posteriormente, pero habrá algún momento en que esa sentencia dictada deviene firme y valdrá aun cuando tenga un error), por lo que uno podría decir que ese tribunal no está vinculado a la ley; (ii) las reglas, por su propia naturaleza, siempre dejan espacio para la controversia: todo lo que tiene que decir el juez es si falla como pide el demandante o el demandado. Si eso es así, pensar que el juez falla con sujeción a la ley sería ingenuo.

Hart pretende dar con una solución en la vía media entre formalismo y escepticismo. La manera en que construye esto es diciendo que el formalista pasa por alto una característica fundamental de los lenguajes naturales: los lenguajes naturales son lenguajes en los cuales el significado del concepto está dado por su uso. Esto implica dos cosas: (i) no puede haberse dado sin una convergencia considerable de usos; (ii) ese acuerdo es compatible con áreas de desacuerdo. Es decir, existe un núcleo de significado y un área de penumbra (que él llama una *textura abierta*).

Con esta idea, Hart muestra que la pretensión del formalista es injustificada por ser exagerada: no se da cuenta de que las reglas jurídicas están expresadas en lenguaje natural, que está traspasado por esta textura abierta. Esta misma respuesta (invertida) le sirve de respuesta al escéptico. Así, Hart entiende que el escéptico es un absolutista desilusionado, observación que da cuenta de que, en algún sentido, formalismo y escepticismo son lo mismo (hay continuidad entre lo uno y lo otro).

Para entender esta continuidad uno podría distinguir entre dos tesis: (i) una tesis sobre qué significa aplicar una regla (aplicar una regla es decidir un caso conforme a ella mecánicamente); (ii) una tesis sobre qué es lo que los jueces hacen (para el formalista, los jueces siempre aplican reglas). Lo que niega el escéptico cuando ataca al formalista es la segunda tesis (el juez nunca aplica reglas), pero no la primera. De hecho, afirma la primera, para descartar la segunda. Y esta primera tesis es una con la que Hart también está de acuerdo, esto es, la tesis de que para lograr mantener la separación entre Derecho y política es necesario que el razonamiento jurídico sea estrictamente mecánico, porque cualquier razonamiento que no suponga aplicación mecánica de reglas es una decisión que implica que la resolución del caso sea política. Esta tesis de Hart, de escépticos y formalistas, es la tesis decimonónica, que hoy entendemos inaceptable, y es la tesis que ha estado en discusión en los últimos 40 años.

El argumento de Hart descansa en una afirmación sobre el lenguaje y su significado, sobre la idea de que el Derecho que se construye sobre el significado que está dado por el uso. Esta tesis tiene consecuencias, porque si el significado está en el uso, entonces no hay significado sin uso. Con uso no habla sobre prácticas sociales, sino que sobre el aspecto externo (suficiente convergencia del modo de uso). Esto nos lleva a otra conclusión, que consiste en que al ser

prácticas sociales, no hay razón para pensar que ese uso va a ser enteramente uniforme en todos los casos. De hecho, lo normal es que haya un núcleo de significado con convergencia, rodeada por desacuerdo. Habrá un uso convergente, pero que tendrá un área de desacuerdo compatible. En el núcleo no es posible el desacuerdo, a diferencia al caso de la periferia. Esto explica porque tienen razón los formalistas y los escépticos. Ellos exageran lo que es verdad, la idea de que en el núcleo del significado no hay posibilidad de desacuerdo de usuarios competentes.

Cuando se tratan de cosas sobre el núcleo del significado de los conceptos, la aplicación de las reglas implica una cuestión mecánica, pero en casos de textura abierta, él está autorizado para la discreción judicial, debido principio de inexcusabilidad.

La observación de Hart, es que hay un sentido en que el escéptico es un formalista desencantado. Hay una conexión interna entre escepticismo y formalismo y esta conexión va a iluminar la distinción entre expresión impropia y expresión indeterminada. Hart está hablando de la expresión incompleta, no hay referencia a la impropiedad. Lo que es común al formalista y el escéptico es que rechazan la expresión impropia, al igual que Hart.

## Clase 21 (13/10) (arriba)

### 3.4. La ley y su aplicación. “Aplicar la ley” como función

#### *Aplicación Mecánica – Formalistas – Escépticos*

Formalista es la idea de que la decisión judicial se sigue mecánicamente de las reglas aplicables, y es extremo porque no nota que como las reglas están expresadas en lenguajes naturales va a haber casos en los cuales las reglas no sean mecánicamente aplicables, casos en los cuales en el Derecho, sus concedores competentes tendrán distintas opiniones sobre que significan los términos de las reglas, y eso generará discreción, lo que los formalistas niegan, y al hacerlo, exageran. Los escépticos exageran porque ignoran que hay un núcleo de significado, y habiendo esto, hay atribuciones de significado a las reglas aplicables que revelan incompetencia del que la hace. Tenemos entonces casos claros, en que la aplicación de la regla efectivamente es “mecánica”, y casos difíciles en los que son compatibles con la regla más de una aplicación, teniendo el juez discreción para decidir, siendo eso es la textura abierta. Esto permite explicar por qué formalistas y escépticos tienen la razón, y por qué ambas son equivocadas.

Finalmente, el escéptico es un formalista desilusionado, dice Hart, pues se ha dado cuenta que las reglas no son lo que serían en un mundo formalista, por tanto, es un formalista que en algún momento se dio cuenta que existía la textura abierta, y ante esto, niega que haya regla alguna. Tiene por tanto la misma concepción de las reglas que el formalista, pero su desilusión lo lleva a negarlo todo: Hay una concepción común a lo que es la existencia de una regla para formalistas y escépticos, que sería que una regla es un estándar mecánicamente aplicable.

La diferencia entre formalistas y escépticos no está en que es una regla y como se aplica, sino en otro punto, que es si eso describe correctamente la decisión judicial. El argumento de Hart, porque intenta ser una vía media que da a cada uno lo suyo, cuestiona esta segunda tesis. Al formalista Hart le diría que está equivocado porque las reglas jurídicas son estándares que no son mecánicamente aplicables, pero al escéptico le diría que este exagera la dimensión de que las reglas dejan en libertad al juez.

Lo interesante es que la batalla se libra al nivel de la tesis 2, de cómo comprender los estándares que contienen los sistemas jurídicos actualmente existentes. Puede el juez corregir el sentido de la ley cuando es claro, para aplicarlo al caso particular? El formalismo decimonónico diría que no, en virtud del art. 19.

Lo discutido por Hart es que la idea de textura abierta es un problema de determinación, de cómo manejar la expresión incompleta. Si alcanza algún caso, todos los casos, etc.

En la lógica de la expresión impropia el que sanciona al barbero no está aplicando correctamente la regla, pues aplicar correctamente la regla en ese caso es hacer una excepción a ella.

Lo que hay que discutir está en la primera tesis, que quiere decir decidir conforma a una regla, escépticos formalistas y Hart están todos de acuerdo en que es decidir aplicarlo mecánicamente: Para formalistas es lo que siempre pasa, para escépticos lo que nunca pasa, y para Hart lo que a veces pasa. Pero la pregunta es esa, y en particular, ¿reconocer y corregir la impropiedad de una expresión es decidir conforme a la regla o con excepción a ella?

Reconocerle al juez competencia o poder para corregir la expresión impropia pone en riesgo la sujeción del juez a la ley de un modo en que darle poder para corregir la expresión indeterminada no lo hace. Es decir, no es problemático desde el punto de vista de asegurar la sujeción del juez a la ley reconocer que el juez tendrá que decidir qué quiere decir “competente inscripción”. No es problemático, pero como no puede haber decisión del caso antes de corregir la incompletitud de la descripción de la ley, no hay ley a la cual el juez pueda estar siendo desleal al completar la expresión. En el caso de la expresión impropia si hay una ley que le señala que quiere decir, entonces se plantea la pregunta de si el juez está realizando correctamente el pensamiento de la ley corrigiendo la expresión, o está el juez cambiando el pensamiento, y reemplazándolo por lo que a él le hubiera gustado. Esta pregunta no tiene por qué ser respondida del mismo modo cuando se formula en el contexto de la idea del surgimiento de la idea moderna de Derecho, pues esta se intenta poner sobre una práctica que entiende las reglas como resúmenes, en la que la expresión impropia no resultaba problemática, esta es problemática cuando se entiende que la ley es voluntad.

El precio de un formalismo riguroso es hacerse visible. El concepto de Derecho de Hart, o esa discusión o como se discute la aplicación del Derecho en que asume que la expresión impropia está excluida, asume que aplicar una regla es decidir mecánicamente, es la comprensión que se sigue del éxito del formalismo del siglo XIX, y esa es la ironía, que lo que hace formalista al siglo XIX no es alguna tesis absurda sobre que no hay ambigüedad en la ley, lo que lo hace formalista es su exclusión de la impropiedad de la expresión como una cuestión que los jueces deben mirar, los jueces deciden conforme a la letra. En el siglo XX esa idea de que la impropiedad de la expresión desaparece termina siendo tan obvia que el problema de la impropiedad desaparece completamente, Hart ni siquiera lo ve, formalismo ahora significa algo distinto, es la negación de la posibilidad de expresión incompleta.

## Clase 22 (15/10) ([arriba](#))

### 3.4. La ley y su aplicación. “Aplicar la ley” como función

*Expresión Indeterminada – Juez autómatas - Juez Activista - Juez Comisario*

Nos enfrentamos al problema de qué hacer cuando el tenor literal no es claro. La expresión indeterminada nos dice que hay un pensamiento que permite corregir la expresión, pues es la voluntad del legislador.

El contexto de la práctica jurídica moderna es la necesidad de entender que el Derecho no es solo expresión, que hay una razón, y la labor del juez es hacer que se use esa razón. Hacer coincidir, por tanto, el tenor literal con el espíritu, aunque la revisión del espíritu resulte sospechosa (por eso la utilización del “so pretexto” y no “para”).

Bentham nos dirá que el juez pre moderno decidía de acuerdo a lo que él creía justo, no siguiendo reglas. Pero aparece esta “regla del precedente” que busca acabar con la arbitrariedad incluyendo en la decisión un criterio distinto a la voluntad del juez, que es el de fallar conforme a decisiones anteriores. Se eliminaría así la arbitrariedad, pero aparece el carácter no acomodaticio del Derecho, ya que comienzan a aparecer casos que no cabe subsumir en otros anteriores, y al ser la decisión no acomodaticia es evidentemente injusta, lo que debe ser aceptado.

La existencia de esas reglas hace habitual las decisiones injustas, pero a pesar de eso no se les considera así dado que sino habría que volver al primer momento y quitarle toda vinculación al juez de algo que no sea su voluntad. Entonces ¿Cómo puede ser esta práctica estable? Bentham dice que lo es en tanto las decisiones injustas son entendidas como un precio digno de ser pagado, es decir, en tanto estemos dispuestos a tener esas injusticias con tal de que las decisiones judiciales no sea sólo voluntad del juez.

Surge entonces una segunda etapa en que esto comienza a volver natural, y que el Derecho sea artificial es algo obvio para las personas. Con el tiempo, sin embargo, esto se va volviendo crecientemente problemático y la presión por esta “injusticia” lleva a los jueces a comenzar a apartarse de la ley, ante lo cual la opinión pública celebra. Así mismo lo harán cuando su decisión sea acatar la ley. Y esto, es lo que Bentham dice caracteriza este tercer punto, en el que de hecho nos encontraríamos ahora.

El deber del juez es decidir correctamente, con justicia, y cómo hacer esto se vuelve finalmente objeto de múltiples discusiones. Los jueces siguen lo que dispone la ley y los hechos probados del caso, por tanto, el poder judicial se ejerce por funcionarios que se rigen por el principio de independencia, siendo su legitimación material del tipo de vinculación concreta del juez a la ley, y no comisarial, que termina atribuyendo la responsabilidad “hacia arriba”.

Hay tres maneras de entender entonces la función judicial: La primera, en la que el juez es autómatas (situación inestable, dado que poco a poco se le pide al juez que deje de serlo), la segunda en la que es un activista de una causa (cuando éste no debe decidir conforme a la ley, sino hacer justicia según Derechos fundamentales y etc.), siendo lo interesante de esta posición que también es inestable, dado que sus decisiones no pueden ser legitimadas por un sistema que responde al principio de independencia, pues ¿Cómo sería independiente si tiene un interés en el resultado del caso?. Hay una contradicción, por tanto, en que el juez activista se entienda parte de una estructura caracterizada por el principio de la independencia. Un juez que decide de acuerdo a sus intereses no puede tener sentido en aquella estructura, sino en una comisarial.

## Clase 23 (17/10) (arriba)

### 3.4. La ley y su aplicación. “Aplicar la ley” como función

*Juez Autómata – Juez Activista – Juez Comisario*

El Estado moderno es tal, que posee una estructura que haga probable su función, justificándose las decisiones tomadas en una reconducción de estas a la voluntad del pueblo.

El sistema jurídico en el que nos encontramos, tiene sentido entonces, siempre y cuando entendamos que es parte de esta estructura, y que sus conceptos son del tipo funcionales (aquellos que se definen porque su función cumple algo en determinados contextos). Si entendemos que son conceptos nominales, entonces caeríamos en el problema de los escépticos, que no son capaces (porque creen que son conceptos de éste tipo) de entender el sistema jurídico.

Pero esta estructura cobra sentido ahora, tras ciclos de adjudicación que no presentaban las mismas características que el actual. Está el ciclo del SXIX, que reacciona a la arbitrariedad sujetando al juez firmemente a la ley, decidiendo mecánicamente sin hacer ningún juicio, y posteriormente el SXX, de “arbitrariedad perfecta”.

¿Cómo se entiende entonces la figura del juez? La comprensión propia del formalismo exegético del siglo XIX: la del juez como un autómeta, un aplicador mecánico de normas jurídicas. Consideraciones sociológicas hacen que esta comprensión hoy no sea defendida. Una segunda posibilidad consiste en entender al juez como un comisario, legitimando materialmente sus decisiones por referencia a una estructura informada por un principio comisarial. Por último, un juez puede entender que su función al decidir un caso particular no es aplicar la ley, sino hacer justicia. Será entonces un juez activista. Se explica cómo es que este juez se comporta como un free-rider y cómo es que la única forma de legitimar materialmente sus decisiones consiste en insertarlo en la misma estructura comisarial que informa las decisiones del juez comisario.

## Clase 24 (20/10) [\(arriba\)](#)

### 3.4. La ley y su aplicación. “Aplicar la ley” como función

El juez comisario es el funcionario de la administración. La comisión es el mandato cuando es específico para una función, un mandato especial. Lo que el comisario debe hacer es realizar del modo más fiel posible el mandato y si enfrenta circunstancias especiales, debe consultar a su mandante. En caso de no poder hacerlo, deberá actuar de la mejor manera posible para desempeñar su función. La comisión es un límite positivo y negativo, indica lo que puede hacer el comisario y lo que no puede hacer.

Cuando se compara la estructura comisarial con el poder judicial, vemos diferencias. Principalmente por el principio de independencia. El juez cumple una función que no es reducible al mandato, el juez no es un comisario, no se puede entender de esa forma la función judicial. La función del juez es dar a cada uno lo que le corresponde.

Una de las grandes distinciones que hace Dworkin es entre policies y rights. El juez no emplea policies. El juez no tiene una finalidad determinada.

No hay precedentes pues en tal caso el juez estaría sometido a acatar ciertas decisiones previas, carecería independencia respecto de sus superiores y lo más probable es que en tal caso los jueces empezaran a implementar políticas y con ello le entregarían una finalidad concreta. En Chile las sentencias judiciales sólo producen eficacia respecto de las causas en las que actualmente se pronunciaren.

Una situación como la anterior generaría un déficit de legitimación material precisamente porque estaría enfocado a cumplir su finalidad.

El juez activista se plantea como la superación del autómata, pues reclama la misma posición del juez, pero concibe la función judicial de un modo en el cual sus decisiones carecen de legitimación material por el principio de independencia, pero ese déficit se supera mediante la interpretación de la ley conforme al principio comisarial. La posición del activista es evidentemente inestable, reclama su independencia, pero a través del principio comisarial se mantiene suficientemente ceñido a la ley. El juez activista es una figura de transición que hoy se encuentra altamente defendida. Él debe sólo hacer aplicación de la ley sin pensar en las consecuencias de dicha aplicación.

El sentido de la estructura es hacer probable el desempeño de una función, la cual no es probable sin dicha estructura. La función del activista es conseguir la realización de un programa. La estructura que hace probable el desempeño de la función judicial no es una estructura activista, sino comisaria. Entonces tenemos, por dicho motivo, una situación inestable que genera una presión para reinterpretarla.

## Clase 25 (22/10) [\(arriba\)](#)

### 5. LA DESFORMALIZACIÓN DEL RAZONAMIENTO JURÍDICO

#### 5.1. La distinción entre reglas y principios y la cuestión de la discreción judicial

##### *Aplicación Binaria - Principios*

Una regla puede ser, si concurren o no los hechos operativos, aplicable o inaplicable. Una vez que se ha determinado que los hechos operativos concurren, entonces debe aplicarse la norma; si no se cumplen dichos hechos, entonces la norma es irrelevante para el caso. A esto se refiere la aplicación binaria de las reglas.

Uno podría distinguir entre normas y reglas teniendo a las primeras como género y a las segundas como especie. Dworkin habla de estándares normativos como el género. Regla sería sólo una especie, un tipo especial de estándar normativo que es binario en su aplicación, es decir, que se construye por la vía de hechos operativos a las cuales se vincula una consecuencia jurídica y esos hechos operativos especifican condiciones de aplicación. Si concurren, la norma será aplicada y en el caso contrario, no se aplicará. Una vez que se decide que la regla se aplica, esta “controla” el caso.

Además de las reglas, Dworkin agrega los principios. Los principios no tienen la estructura de las reglas, ya desde su formulación son distintas. Los principios son estándares categóricos y no condicionales. Tratándose de un principio no hay hechos operativos de los que dependa la aplicación del principio. Al no tener esta forma condicional, la aplicabilidad de un principio no es binaria. Los principios siempre pueden aplicarse, pero no controlan. El hecho de observar que un principio es aplicable, no determina la solución. Lo anterior porque los principios no determinan soluciones, sino que apuntan en una dirección y cuando hay principios que apuntan en direcciones contrarias, hay que “pesarlos”.

Volviendo a la tesis hartiana, que es “los estándares jurídicos son reglas”, implica que no son principios. Los principios se construyen de manera distinta a las reglas, no valen por razones

formales fijadas por la regla de reconocimiento, sino que valen por razones sustantivas, lo que explica que no posean condiciones formales de aplicación: valen porque son correctos.

Otra de las tesis de Hart relevante para Dworkin es la discutida en el capítulo 7. Cuando quien debe aplicar una regla jurídica se encuentra con un caso en que la regla es claramente aplicable, entonces la solución jurídicamente correcta es decidir el caso conforme a la regla; cuando se encuentra con un caso discutible o de textura abierta, entonces el juez tiene discreción, lo cual implica que deberá tomar una decisión no controlada por el Derecho al mostrarse éste insuficiente para responder ante esa situación. Frente a ello Dworkin sostiene que es una comprensión equivocada e insuficiente. Este autor agrega a la discusión la distinción entre discreción en sentido fuerte y discreción en sentido débil. A veces hay estándares que no son susceptibles de ser aplicados mecánicamente, casos en los cuales quien debe aplicar las reglas deberá hacer uso de su juicio para completar la aplicación. Discreción en sentido débil es la que tiene el juez para aplicar un estándar que no es susceptible de ser mecánicamente aplicado, pero que se distingue del caso donde quien debe decidir no tiene ningún tipo de estándar. La discreción en sentido fuerte, por oposición a la discreción en sentido débil, consiste precisamente en aquellos casos donde no se tiene un estándar que pueda servir de guía para la decisión, no podrá ser calificada esta decisión de correcta o incorrecta como sí será posible hacerlo en un caso de discreción en sentido débil.

Hart ignora esta distinción introducida por Dworkin, pues cuando Hart habla de discreción se está refiriendo a discreción en sentido fuerte, porque Hart afirma que el Derecho es un conjunto de reglas (no de reglas y principios). Si el Derecho es un conjunto de reglas y principios, es decir, un conjunto de estándares mecánicamente aplicables y estándares no mecánicamente aplicables, entonces es posible la discreción en sentido débil. En un caso de discreción en sentido débil la respuesta correcta será aquella sustentada por las mejores razones.

## Clase 26 (24/10) ([arriba](#))

### 5.1. La distinción entre reglas y principios y la cuestión de la discreción judicial

#### *Textura abierta - Principios*

En la reconstrucción de Hart, los casos que tienen que ser resueltos por los jueces se dividen en dos grupos: (i) núcleo de significado de las reglas, donde el formalista tiene razón, el juez no tiene discreción y; (ii) los casos que pertenecen a la textura abierta, donde las reglas aplicables no solucionan el problema y el Derecho exige al juez solucionar el caso, dándole discreción al juez.

Dworkin señala que Hart no distingue correctamente entre discreción en sentido fuerte y sentido débil. La primera es la decisión que tiene que tomar cuando no aplica estándares anteriores, es una decisión de creación, no tiene sentido preguntarse si es correcta o incorrecta jurídicamente, pues ello supone estándares anteriores. La discreción en sentido débil es la que tiene el juez cuando tiene que decidir con aplicación de estándares que no son susceptibles de aplicar mecánicamente.

¿Cuál es la discreción que tienen los jueces? Si los estándares jurídicos son reglas, entonces no hay espacio para la discreción débil en el Derecho. Si entre los estándares jurídicos hay principios, entonces si hay espacio para la discreción en sentido débil. Dworkin propone una tesis más dura, dado que hay principios jurídicos, el juez nunca tiene que decidir de modo que su

decisión no sea de aplicación de estándares preexistente, sino que siempre son preexistentes, unas veces son mecánicas y otros no. La comprensión del Derecho como un conjunto de reglas y principios a la que apunta permite realizar esta afirmación, pues cuando el juez tiene discreción es en sentido débil, no se libera de estándares preexistentes, sino que son estándares que no son susceptibles de aplicación mecánica. Entonces, según Dworkin, el juez sólo tiene discreción en sentido débil y con ello, habrá casos libres de reglas pero no de Derecho, por tanto, se trata de estándares jurídicos que no son formalmente aplicables.

## Clase 27 (27/10) (arriba)

### 5.1. La distinción entre reglas y principios y la cuestión de la discreción judicial

#### *Discreción en sentido débil – Discreción en sentido fuerte*

Estamos discutiendo la distinción que realiza Dworkin entre discreción en sentido débil y discreción en sentido fuerte. Decíamos que la discreción en sentido débil se presenta ante decisiones que exigen la aplicación de estándares preexistentes conforme a los cuales puede calificarse tales decisiones como correctas o incorrectas. Estos estándares son principios, no reglas, de modo tal que su aplicación no es mecánica. Ahora bien, ¿qué sentido tiene decir que una decisión es discrecional en sentido débil si al mismo tiempo no contamos con ningún procedimiento (mecánico) para verificar su corrección? ¿No es esto problemático?

La pregunta anterior puede atenderse mirando a nuestras prácticas argumentativas . Nuestras discusiones son sensibles al tiempo y lugar en el que vivimos. Dadas ciertas condiciones, ciertas creencias que resultan (hoy) obviamente falsas pueden llegar a ser plausibles, es decir, pueden explicarse los motivos por los cuales alguien podría llegar a tenerlas, a pesar de su trivial falsedad. Esta dependencia de contexto no pone en cuestión el hecho de que sostener una creencia y reclamar la corrección de una afirmación son una y la misma cosa. Por supuesto, de reclamar la corrección de una afirmación no se sigue negar la posibilidad del error (en cuyo caso la creencia ha de ser modificada), como sí se sigue el deber de dar razones que otorguen un soporte a tal creencia para quien la ponga en cuestión. Nada de lo dicho hasta aquí cambia al introducir una distinción entre lo que es “opinado” y lo que es “verdadero”, pues tal distinción no tiene operatividad: la verdad sólo puede aparecer como las opiniones de alguien sobre lo que es el caso.

El formalismo decimonónico sostiene que si la aplicación de la ley no es puramente mecánica entonces la distinción entre el razonamiento práctico-general y el razonamiento jurídico deviene imposible. Todo espacio de desacuerdo en la aplicación de la ley permitiría la infiltración de la política en el Derecho. El punto de la idea de discreción en sentido débil es que aquí el formalismo decimonónico se equivoca. De la inexistencia de un algoritmo que demuestre la corrección –a satisfacción de todos– de todas las afirmaciones no se sigue la imposibilidad de distinguir lo correcto de lo incorrecto. De la aplicación (polémica) de la ley a un caso particular se sigue el deber de justificarla ante quienes la impugnan, no bastando apelar a la facticidad de la decisión (como si se tratase de una con discrecionalidad en sentido fuerte). La función de los principios es crear un espacio común para que podamos discutir sobre la pertinencia de la aplicación de una norma. De ellos depende la posibilidad de la argumentación, de la discusión, del reconocimiento.

Para Hart la respuesta correcta a una pregunta jurídica es una cuestión de aplicación mecánica de reglas, y cuando ésta no es posible (porque el caso en cuestión está fuera del núcleo de significado de la regla) se tiene discreción. Dworkin sostiene que hay estándares que no pueden ser aplicados mecánicamente (vale decir, que descansan en el criterio del juez) y aun así pueden ser correcta o incorrectamente aplicados.

Aparece aquí el desacuerdo en torno a la aplicación de estos estándares. Habrá jueces que, tomando todos los elementos contextuales en consideración, decidirán ciertos casos de cierta manera y jueces que, con base en las mismas consideraciones, decidirán casos los suficientemente similares de manera contraria. ¿Cómo se dirime el conflicto entre estas dos pretensiones de corrección contradictorias? Hart diría que no hay nada que dirimir, que pretender que fuera del núcleo de significado de una norma hay una aplicación correcta de reglas, y otras falsas, es un engaño. Si Hart tiene razón, los jueces solucionan los casos “difíciles” en dos etapas: primero acotan el rango de soluciones “aceptables” desde el Derecho para un caso, y luego deciden entre esas distintas soluciones atendiendo a consideraciones morales o políticas. Dworkin observa que la práctica judicial no opera así y, aunque ello es cierto, puede entenderse su argumento desde nuestra práctica argumentativa cotidiana. Esto es lo que discutíamos la clase anterior.

Si el mundo de la aplicación mecánica es el único espacio común para los participantes de una práctica argumentativa cualquiera, si no hay distinción entre discreción en sentido débil y discreción en sentido fuerte, entonces el formalista decimonónico y el escéptico tienen razón. Viviríamos en un mundo de solipsistas, toda vez que el estándar de corrección exigido para el razonamiento práctico-general sería uno inalcanzable. La práctica judicial sería una que opera sistemáticamente engañada respecto de sus posibilidades. Esta es una manera de responder a la pregunta del curso.

Pero si se entiende que la distinción entre lo jurídico y lo político tiene que ver no con la distinción entre acuerdo y desacuerdo (vale decir, entre aplicación mecánica y cualquier otro tipo de aplicación de reglas), sino con la manera en que el desacuerdo es entendido, entonces se abre la posibilidad de responder a la pregunta del curso de manera distinta. Podemos encaminarnos en esta dirección atendiendo a la mayor densidad que tiene la trama argumentativa de la práctica jurídica, en la que la pretensión de corrección de las decisiones jurídicas tiene una expectativa más fuerte de ser satisfecha. En la idea de discreción en sentido débil está la posibilidad de este camino.

## Clase 28 (29/10) [\(arriba\)](#)

*Formalismo – Escepticismo – Dimensión normativa – Dimensión de lealtad con historia*

Hart descubre un punto de continuidad entre el escéptico y el formalista que muestra que hay algo común a ambos: una tesis sobre qué quiere decir “decidir conforme a una regla” (decidir conforme a la regla es aplicar la regla a un caso particular, mecánicamente). La pretensión hartiana de que el capítulo 7 fuera una vía media entre formalismo y escepticismo descansa en su aceptación de esta tesis, esto es, Hart también diría que decidir conforme a una regla es aplicarla mecánicamente al caso particular. Dworkin cuestiona esta tesis, con la idea de discreción en sentido débil. Como decidir conforme a una regla es aplicarla mecánicamente, su aplicación ha de ser binaria: o la regla decide el caso, o no contribuye en nada al mismo. Así, si la regla es aplicable

a algún aspecto de la disputa, ese aspecto queda decidido, pero si el aspecto no queda decidido, la regla es inaplicable.

El argumento de Dworkin supone que es posible reclamar corrección para un acto de aplicación de un principio, o sea, de un estándar que no puede ser aplicado mecánicamente. Él desarrolla una teoría de interpretación alternativa; una teoría de la interpretación que rechaza esta idea común a formalistas y escépticos, pretendiendo construir la idea de la interpretación del Derecho sobre la base de la interpretación como una práctica argumentativa.

El argumento dworkiniano se enmarca en un contexto en el cual la Corte Suprema norteamericana empezaba a adoptar una posición extraordinariamente progresista. Dworkin provee una explicación a este fenómeno, entendiendo que hay una explicación de cómo, a partir de principios como los mantenidos en la Constitución, es posible decidir casos particulares sin que sea un caso de usurpación política (pues los principios constitucionales no son reglas mecánicamente aplicables). Si el razonamiento jurídico sólo es jurídico en la medida en que su instrumental sean estándares susceptibles de ser aplicados mecánicamente, entonces la situación actual es evidentemente una de disolución de Derecho. Pero no hay mucho espacio para argumentar eso hoy, dada la creciente importancia de los principios jurídicos. En ese contexto, una comprensión de la interpretación jurídica que era compatible con la aplicación de estándares que no eran mecánicamente aplicables era lo que se necesitaba.

La pregunta es cómo puede mantenerse la distinción entre lo jurídico y lo político una vez que uno acepta que el razonamiento jurídico no es sólo mecánico. La manera en que él responde a esta pregunta es sosteniendo que la interpretación y la aplicación del Derecho tienen dos dimensiones: una *dimensión normativa* (evaluativa) y tiene una *dimensión de lealtad con la historia* (el que decide hoy, decide en el contexto de una tradición que tiene historia, asumiendo entonces responsabilidad sobre la misma). Así, la situación es similar a lo que sucedería al continuar una novela ya escrita; esta sería la posición en la que está el juez (razonamiento jurídico).

Una vez que uno abandona la tesis común a Hart, formalistas y escépticos, la respuesta a la pregunta por la distinción entre razonamiento jurídico y razonamiento práctico se transforma en un problema institucional: cómo pensar en instituciones que permitan diferenciar lo jurídico de lo político. Pues en la medida en que los estándares no susceptibles de aplicación mecánica se hacen comunes en la adjudicación de Derecho, lo que se hace probable es su uso por parte de quien tiene que decidir para avanzar sus ideas. Una vez que hemos llegado a este punto, se marca el camino para lo que sigue: preguntarse cómo las decisiones jurisdiccionales pretenden hacer probable eso que es improbable: que cuando se discuta sobre la base de estándares no susceptibles de ser aplicados mecánicamente esa discusión no sea simplemente una discusión pura y simplemente política.

## Clase 29 (03/11) ([arriba](#))

### 5.3. Principios y constitución

#### *Premisa oculta - Imparcialidad*

Está en discusión la pregunta del curso: ¿Tiene algo de especial el razonamiento jurídico del razonamiento práctico general? Lo que está en discusión es la premisa oculta que está en el capítulo VII de Hart, y es que quiere decir que los jueces tengan discreción.

En ese sentido, hay que recordar la distinción entre la discreción en sentido fuerte y débil, siendo sólo esta última compatible con una respuesta afirmativa a la pregunta del curso.

La controversia de Hart, el formalista y el escéptico es una controversia entonces de primer orden, hasta que aparece Dworkin, que no discute con ellos, pues no se pregunta si eso que contaría como una respuesta afirmativa se realiza o no en la práctica, sino que se pregunta que contaría como una respuesta afirmativa, ya que si el Derecho esta hecho de reglas y principios los jueces tendrían discreción en sentido débil, y por tanto, hay una respuesta afirmativa a la respuesta del curso (pues hay una respuesta jurídicamente correcta). Dworkin diría, por ejemplo, que la diferencia entre un juego y el Derecho, dado que ambos son sistemas de reglas, es que este último tiene principios.

Entonces si uno toma la tesis dworkiniana de los sistemas jurídicos (hay reglas y principios) y luego superpone la tesis oculta de Hart, entonces se hace escéptico. Porque si hay principios, estos son aplicables de modo no formal, y si la aplicación no formal de estándares a la Hart es un caso de discreción en sentido fuerte entonces todos los casos son casos en principio de discreción.

Irónicamente, aunque Dworkin es el gran defensor de la constitución, el mismo ha mostrado por que la Constitución no es Derecho, pues la única manera de entenderla es la lectura moral. Así, ha mostrado que la aplicación de la Constitución no puede ser una cuestión jurídica. Hay que negar que la Constitución es una ley más, pues tiene una posición tal que si fuese entendida como Derecho o interpretamos la constitución de modo formalista, perdiendo la oportunidad de resignificarla políticamente, o interpretamos el resto de las leyes a las reglas de la constitución, siendo lecturas morales las de todos los demás Códigos, y quitándole imparcialidad a todo el Derecho.

El atractivo de la tesis oculta de Hart es, entonces, que el Derecho puede ser imparcial porque el Derecho es forma y entonces solo habrá Derecho en la medida en que haya respuestas formales, y por eso era necesario excluir la expresión impropia, porque esta no es forma sino sustancia, al contrario de la expresión indeterminada.

Actualmente hay que preguntarse si se puede pretender que la imparcialidad del Derecho esté garantizada por la forma. Y aparecen dos respuestas, una es la de los escépticos que creen que la imparcialidad del Derecho es hoy culturalmente imposible, y lo que Dworkin diría es que esto es una explicación equivocada a como se asegura la imparcialidad del Derecho, pues esta no está dada por un conjunto de reglas que reducen el razonamiento jurídico a uno puramente formal. Lo que daría imparcialidad al Derecho, finalmente, sería que el razonamiento jurídico no es abstracto, esta institucionalmente vinculado, es decir, parte y termina en instituciones determinadas.

## Clase 30 (05/11) ([arriba](#))

### Capítulo 4: INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

#### 4.1. Interpretación de la ley

*Interpretación en sentido amplio y en sentido estricto – Modelo operativo*

¿Qué podemos decir de cómo se interpreta y aplica la ley?

La interpretación tiene un sentido amplio, que no es propio del Derecho por ser demasiado indiscriminado, y uno estricto, que sí.

En formas de comunicación particular, interpretar es atribuir significado a formas de comunicación. Esto es relevante porque aparece en la interpretación de la ley, pero de todos modos debe ser separado de la interpretación jurídica. ¿Siempre es necesario interpretar para aplicar? Dependerá del sentido que demos a la interpretación.

Wroblewski dice que es posible conciliar las posiciones de usar siempre la interpretación, como condición necesaria para atribuir significado, con la de solo a veces usarla, como manera de solucionar un problema de interpretación.

Aquí la interpretación es la manera de solucionar un problema, lo que en palabras de Wroblewski es una situación de interpretación que es distinta de una de isomorfía, que es lo que ocurre cuando no hay dudas relevantes sobre el significado abstracto de una norma jurídica, por lo que no hay necesidad de realizar una operación tendiente a despejar dudas sobre la norma.

Situación de interpretación, sería para el entonces, los casos en que hay dudas. Y eso es la interpretación en sentido estricto. Se necesita, por tanto, un proceso de certificación. Y he ahí su aforismo “la ley clara no requiere ser interpretada”. El que dice que siempre es necesario interpretar estaría diciendo que se trata o de interpretación en un sentido amplio (normas jurídicas son formas de comunicación, lo que es siempre cierto) o de, lo que resulta interesante, un sentido estricto de interpretación, lo que cabe ser discutido, pues afirmaría que no existen casos de isomorfía.

Hay una cuestión que es crucial para entender el texto, que es entender el sentido de este modelo operativo, lo que se conecta a lo discutido en el capítulo 5. Entender el sentido es entender qué es lo que tendría que ofrecernos el modelo para que dijéramos es “un buen modelo”, cuál es el estándar de éxito que le daríamos. Que lo veíamos también al revisar a Dworkin: El problema de la pregunta del curso no es decir sí o no, si no ver que es lo que contaría como una respuesta afirmativa. Qué es lo que contaría como modelo exitoso de interpretación.

Un modelo de operación sería exitoso en la medida en que entregara un procedimiento para solucionar casos de situación interpretativa, de modo tal, que aplicando el modelo podríamos solucionar ojalá todos, y sino algunos casos a satisfacción de todos o casi todos los participantes. El problema es que si la solución es esa se transforma en un mecanismo formal, considerándose para solucionar el problema lo formal y no la sustancia. Situaciones de interpretación serían casos de lo que Hart llamaba textura abierta, en la que los jueces tienen discreción. En este sentido, un modelo operativo de interpretación transformaría casos duros en casos fáciles, siendo un complemento de los casos de textura abierta. Y si eso fuese así, dejaría de haber interpretación porque sería aplicación de la regla.

Esa es la manera inicial de entender el libro de Wroblewski, pero eso no es lo que uno debe esperar de un modelo operativo de interpretación: un criterio formal que entregue criterios para mostrar la solución correcta a ojos de todos los participantes.

Entonces ¿Cuál es el sentido?

Lo que debe hacer es dar forma a los argumentos, ponerlos en un esquema, establecer sus relaciones, caracterizarlos típicamente, y decir lo que se pueda decir de cada uno de ellos.

Wroblewski dice que hay argumentos funcionales, sintéticos, semánticos. Al dar forma a los argumentos podemos ponerlos en su lugar dentro de una red de ellos, el problema es que esto no es dejándonos más cerca de saber cómo desplegar los argumentos para llegar a una conclusión, pero si nos da más claridad y transparencia, pues estructura la discusión del conflicto interpretativo, de modo tal que la comunicación se vuelve más probable.

El modelo operativo es, entonces, una reconstrucción que da forma para permitir la identificación fácil de los argumentos, y saber por el tipo de argumento que es, algunas cuestiones sobre el. El proceso interpretativo, a través de un modelo operativo entonces, aumenta la racionalidad de la discusión.

El tercer tema que es mencionado por Wroblewski, aun cuando no es lo central, es la distinción entre justificación interna y externa. La última es la justificación de las premisas del razonamiento jurídico, y la interna es la de la conclusión a partir de esas premisas.

La justificación interna incluye un silogismo. Y cuando nos preguntamos si el razonamiento judicial es silogístico hay dos respuestas, interesándonos aquella que se aleja del formalismo y dice no importa cuales sean las premisas, sino que de ellas se siga rigurosamente la conclusión. Entonces una decisión justificada desde el punto de vista interna será correcta sólo si sus premisas son correctas, esto es, están justificadas externamente.

## Clase 31 (07/11) ([arriba](#))

### 4.1. Interpretación de la ley

*Interpretación amplia, amplísima, estricta – Contexto lingüístico, sistemático, funcional*

*Directrices de procedimiento y preferencia*

Estábamos viendo el modelo de interpretación operativa de Wroblewski, que en el fondo busca reconstruir la interpretación del juez, qué fue lo que hizo para llegar a esa decisión. Así, el modelo pretende ordenar las preguntas del por qué y cómo de la interpretación, más que dar una respuesta a ellas.

Ante esto, se señala que existen tres formas de interpretación. Amplia (i), Amplísima (ii), Estricta (iii). (i) es atribuir sentido a una palabra como objeto cultural. Ej.: una piedra que tiene cierta forma se le puede atribuir sentido de ser una herramienta, (ii) es atribuir a una palabra un sentido lingüístico, (iii) es atribuir sentido a una proposición con significado que resulta en principio problemática.

Y hay, a su vez, distintas situaciones de interpretación:

Anfibología: ambigüedad. Sentido no es claro, hay muchos sentidos posibles.

Antinomias: En un caso concreto hay dos posibles normas que se pueden aplicar, pero éstas son contradictorias

Lagunas: cuando aparentemente no hay ley que sea pertinente para solucionar el caso.

La situación de interpretación es cuando se diagnostican algunos de estos casos.

Una vez que se diagnostica que la proposición legal no es clara, el juez acude a directivas interpretativas, cuya función es determinar el modo en que el intérprete debería atribuir significado a esa proposición legal, y las llama reglas. Cabe señalar, que de todos modos, es complejo llamarlas así con tanta facilidad atendiendo a lo conversado en otro momento del curso acerca de Dworkin. Pero el punto es que la directriz hace ver al ciudadano cual fue el proceso interpretativo para llegar a esa decisión, y después analizar si esa decisión se justifica.

En algún sentido este modelo sirve para volver a afirmar una posición institucional del juez. ¿Por qué la decisión del juez es correcta? Porque su situación institucional hace probable que sea más correcta.

Dentro de las directivas podemos encontrar dos niveles:

1) Primer nivel: Controlan el modo de atribución de significado en un contexto particular, que puede ser:

a. Contexto lingüístico: El lenguaje es común. Ordinario de las palabras. El lenguaje legal está escrito en lenguaje común, por lo tanto las reglas del lenguaje ordinario son también aplicables al lenguaje legal. Ej.: Cuando en los fallos se acude a los significados de la RAE.

(i) Si no hay razones suficientes, el sentido de un término legal será el de un lenguaje natural común.

(ii) Técnico: No se entenderá un significado diferente a aquello que se entiende como lenguaje legal (ej.: aplicar las definiciones que da el Código Civil de “persona”)

(iii) A una palabra distinta no se le puede aplicar el mismo significado. Ej.: Si el código civil dice “individuo”, no podemos inferir que se está refiriendo a personas

(iv) No se puede atribuir un significado que sea redundante.

(v) En la construcción de la formulación legal tienen que usarse las reglas de la sintaxis del lenguaje ordinario

b. Contexto Sistemático: Dar cuenta que las reglas legales no existen consideradas aisladamente, sino son parte de un sistema, esto quiere decir, que en general apuntan a consistencia y coherencia. Una regla legal no puede ser interpretada de manera tal que se contradiga con otra regla del mismo sistema jurídico. Esto se aplica a todo nivel: entre regla y regla, entre regla y principio, etc.

c. Contexto Funcional: “Dependencia social del derecho”: las reglas tienen ciertos fines, y que por lo tanto, que la regla aparezca como problemática en este nivel, se contradice con el fin de su establecimiento.

(i) Elemento Histórico: la determinación de cuál es el fin que la regla persigue está determinada por la historia de la ley. La historia de la ley está en el diario oficial, cuando se revisan las discusiones que dieron origen a la ley se puede encontrar el fin que ésta persigue.

En algún sentido, este elemento dice que la ley tiene acumulada una tradición. Está en un espacio y tiempo definido.

(ii) Legislador actual: No hace referencia en un espacio y tiempo definido, sino se pregunta por el establecimiento de la ley desde ahora.

(iii) Intérprete: lo que el intérprete entiende de la ley.

2) Segundo nivel: Reglas que definen la aplicación de las directrices de 1er nivel. Aparecen cuando, por ejemplo, hay discrepancia entre dos directrices de 1er nivel.

a. Directrices de Procedimiento:

b. Directrices de Preferencia: Debe primar la funcional sobre la lingüística, esto es, interpretación extensiva, porque la interpretación excede el tenor literal. Por el contrario tenemos la interpretación restrictiva, en la que se privilegia el sentido lingüístico.

El autor dice que hay que usar todas las directrices. Primero usar la lingüística, sistemática, funcional; de manera tal que la decisión final a la que llegue, pueda ser sometida a cualquiera de esas tres directrices. Una vez que se somete a las 3 directrices, pueden suceder dos cosas: Que se confirme que el sentido atribuido es el correcto, lo que llamamos situación de confirmación, o que

haya que elegir porque resulten significados diversos, teniendo que generarse preferencias para guiar la decisión judicial.

Sólo podemos concluir que la racionalidad del derecho tiene que ver con que el tipo de discusión sobre como atribuir significado no es la misma que la que se pregunta por lo que es justo. El modelo operativo lo que busca es dar cuenta del problema institucional, y que finalmente, la razón que da a la decisión del juez el carácter de "correcta" es justamente el que ésta se realiza en una situación institucional, que vuelve probable que lo sea.

## Clase 32 (14/11) ([arriba](#))

(10/11: Segunda evaluación; 12/11 Paro)

### 4.1. Interpretación de la ley

#### *Directivas del Código Civil*

Arts. 19-24 CC, interpretación de la ley

Lo primero es entender las consecuencias jurídicas que se siguen de ellas. Son más bien directivas a la manera Wroblewskiana. El sentido de ellas no es proveernos una serie de reglas que nos resuelvan el problema interpretativo. Lo que pretende hacer el modelo operativo es proveer una estructura de manera de poder identificar y distinguir los problemas, sus razones y los modos en que se solucionan. Por ello es que señala que las decisiones dependen de valoraciones; tal como estas reglas. Son puntos que pretenden ser argumentativamente firmes en el sentido de que los argumentos que descansan en estas reglas son por ello argumentos más fuertes.

La exclusión de la expresión impropia es uno de los pilares del Derecho formalista decimonónico. El sistema de Derecho chileno actual no es decimonónico. Entonces ¿cómo podemos entender hoy que en nuestro sistema la expresión impropia si es relevante, cuando tenemos el inciso 1° del art. 19 como Derecho vigente? El análisis de esto lleva a una conclusión relevante, pues hay una cierta asimetría entre la posición del juez que resuelve el caso de expresión impropia y la posición del profesor que después de las decisiones judiciales escribe un libro que pretende describir el contenido del Derecho en el área respectiva. En rigor no es correcto decir que así como hay leyes de expresión indeterminada, hay leyes de expresión impropia; hay leyes de expresión indeterminada y hay leyes cuya expresión resulta impropia dados los hechos particulares de un caso que son especiales. Para el juez que tiene que decidir, el problema que hace que se dé un caso donde es necesario interpretar la ley, no se da por una falta de claridad en el tenor literal de la norma, sino que éste es claro pero su aplicación al caso particular es problemática y ello no sería aplicar correctamente la ley. Para el caso del profesor de Derecho por su parte, la situación es distinta puesto que al analizar la decisión judicial adoptada por el juez del caso, el profesor está describiendo el contenido abstracto del Derecho chileno, haciendo referencias a la normativa y principios pertinentes para explicar por qué tal caso es distinto. El juez, en cambio, está adecuando la impropiedad de la expresión a las peculiaridades del caso, es un problema concreto que fluye del caso. El profesor lo usa como una especificación del contenido abstracto de la ley en cuestión, lo toma como una especificación de una excepción implícita aclarando con ello el contenido abstracto de la regla. Lo que era para el juez un problema que surgía de las peculiaridades del caso, se transforma para el profesor en una decisión que especifica el contenido abstracto de la ley. Visto desde el punto de vista del juez, este debería decir "el sentido de la regla es claro, pero su aplicación es problemática porque el caso tiene peculiaridades", pero el profesor va a decir que el sentido de la regla no es claro, porque la regla tenía una excepción implícita que no había sido

reconocida y ahora si ha sido reconocida, entonces la ley por sí misma no es clara en su tenor literal. Así, la conclusión es que el art. 19 deja de prohibir la expresión impropia.

Esto muestra que los arts. 19-24 como son directivas a la manera de Wroblewski, deben ser entendidos como reglas como resúmenes más que como reglas como prácticas. Las reglas ahí contenidas son resúmenes de experiencias pasadas y por ello valen como valen las reglas de experiencia, proporcionan a quien debe resolver un punto más seguro de lo habitual en el cual fundarse, pero no es un punto totalmente inexpugnable, pues pueden controvertirse con casos que se desvíen del resumen en ellas contenido. De la propia lectura de los artículos mencionados, se deja ver que son recomendaciones respecto de lo que es razonable.

Los arts. 20 y 21 contienen lo que Wroblewski llamaría directivas semánticas. El art. 22 es una regla que contiene una directiva que Wroblewski llamaría sistémica, al hacer referencia a otras leyes del mismo estilo o que traten el asunto.

Dentro de los artículos 19-24 no se encuentra ninguna directiva funcional, lo cual es claro cuando observamos que lo que el artículo 19 precisamente hace es excluir el argumento funcional para derrotar la expresión legislativa.

El art. 23 es una regla que debe entenderse como que la interpretación judicial no puede estar orientada por consideraciones prospectivas, sino que tienen que estar orientadas por el genuino sentido y alcance de las disposiciones legislativas y en algún sentido es también exclusión de elementos funcionales. Ello no quiere decir que los elementos funcionales estén totalmente excluidos, sino que se aceptan fundados en directivas sistémicas o semánticas. Es la misma idea de que la estructura es opaca a la función. La pura apelación a la función o a la sustancia es insuficiente y resulta impertinente.

El art. 24 es el único que parece sujeto a una directiva de segundo nivel de preferencia, pues es el único que está sujeto a que las demás directivas sean insuficientes. Este artículo parece constituir una apertura a consideraciones de sustancia cuando las consideraciones sistémicas o semánticas, parecen haber sido insuficientes, por ello se trata de una directiva de segundo orden de preferencia.

Los métodos (o elementos) contenidos en estos artículos reciben los nombres de: histórico: lo que aparece en la historia fidedigna de la ley; lógico: la relación que hay entre las partes de una ley; gramatical: como se entienden las palabras de la ley y; sistemático: atendiendo a otras leyes relacionadas.

En los últimos años ha habido una tendencia a aceptar cada vez más el método histórico. Ello resulta problemático puesto que en la historia fidedigna de la ley se contienen opiniones o voluntades personales de aquellos que forman parte de la creación de la ley y por ello distan de ser lo que la ley pretende ser (una declaración de la voluntad de todos que atiende al interés general), al tratarse de voluntades particulares. Éste método le resta valor al momento de la promulgación, que implica precisamente purgar la ley de las voluntades particulares que atienden a situaciones fácticas que llevan a distintos grupos a tomar una postura a su respecto.

## Clase 33 (17/11) ([arriba](#))

### 4.3. Lagunas en el Derecho

#### *Sistematización del Derecho*

El argumento de Alonso nos sirve para tratar de responder la pregunta de cuándo se acaba el Derecho. Hart diría que una vez que hemos constatado que nos enfrentamos a una situación de textura abierta es necesario ejercer discreción. Dworkin, por su parte, diría que nunca se acaba, el juez debe buscar la mejor respuesta dentro del rango que permite la ley. Así, Alonso pretende dar una solución intermedia con algo que puede ser caracterizado como una sistematización del Derecho, y para esto es necesario tener presente cuatro conceptos: universos del discurso, propiedades, casos y soluciones.

Para aterrizar esto nos vamos al concepto de las prestaciones mutuas, estas son las que se deben las partes como consecuencia del ejercicio exitoso de una acción. Ahora, como consecuencia del ejercicio exitoso de una acción reivindicatoria surge una pregunta, ¿Qué ocurre, en el caso de un inmueble, con los frutos percibidos o con las inversiones? ¿Qué indemnización le debe el verdadero dueño a los poseedores? Aquí hablamos del universo del discurso, respecto del cual nos remitimos a las reglas del Código Civil.

Será necesario sistematizar las reglas: identificar las propiedades que la ley hace relevantes para responder la pregunta, así las reglas distinguen entre el tipo de inversión y la buena o mala fe del poseedor (donde no es concebible que un tipo de gasto esté en más de una categoría: gastos necesarios, gastos útiles y gastos de mero lujo), de forma tal que estas propiedades configuran casos distintos. Sería esperable, entonces, que frente a cada caso constituido por la conjugación de las propiedades que se distinguen exista una solución. Entonces, en el caso en cuestión pueden ser pagar el gasto, pagar el mayor valor de la cosa, retener la cosa y *ius tollendi* (llevarse las cosas dejando la cosa en el estado en que estaba antes). Ahora, en el ejemplo existe una incógnita respecto a la solución cuando el poseedor de mala fe hace gastos útiles, lo que sería una laguna. Una posibilidad es decir que aquí se acaba el Derecho – la hartiana – el juez tendrá que crear una solución para el poseedor vencido, tratándose de discreción en sentido fuerte, o sea, no decido por aplicación de estándares preexistentes. Una vez que hemos sistematizado nos damos cuenta de que hemos llegado a los límites del Derecho. Sin embargo, Alonso cree que puede continuarse el Derecho agregando la solución correcta, notando que las soluciones no están aleatoriamente relacionadas con los casos: hay una cierta racionalidad. La relación entre esos dos casos se repite en los casos de gastos por lujo distinguiendo la mala y buena fe. Vemos entonces que el legislador prefiere al poseedor de buena fe, y en esta línea podemos encontrar una relación análoga entre quienes generan gastos necesarios y mejoras útiles, estando las primeras en mejor posición.

Aquí Alonso dice que en consideración a los principios las soluciones se reducen a alguna que pueda dar cuenta de estos. Este ejercicio de reconstrucción enmarca los límites desde donde podemos hablar de que hay espacio fuera del Derecho (soluciones que no den cuenta de los principios), y es lo que uno esperaría que el juez razonara al momento de dar una solución a este caso que queda fuera del Derecho - según Hart - y dentro - según Alonso - en términos en que sigue siendo una descripción del Derecho.

## Clase 34 (19/11) ([arriba](#))

### 4.3. Lagunas en el Derecho

### 4.4. Antinomias

#### *Reconstrucción racional del sistema de reglas – Antinomias en nivel e validez y en nivel de aplicación*

Ante todo, hay que notar que para Alonso hay una forma de resolución de casos que debe ser descartada: Aquella en que el juez elige una entre varias soluciones posibles, y busca su correlación con el caso. La que el propone, en cambio, indica que al constatar que no hay una regla que se ajuste al caso particular hay que dar un paso más, el cual implica una reconstrucción racional del sistema de reglas.

Esto aún indica 1 solución. Alonso dice que ahí se acaba el Derecho. Reduce el rango de opciones abiertas para el juez (acabándose en el punto 2).

Ahora, la pregunta interesa es que razón hay para aclarar acabado el Derecho en el punto 2. ¿Cómo identificar el punto 2? Porque los principios dirían que hay más de una solución posible. La primera versión del punto 1 da cuenta de todos los casos, de modo que si uno mirara más allá de las reglas que hemos estado mirando, podríamos acercarnos más a una solución correcta. Fijar el punto en cualquiera que no sea 1 quiere decir, en el fondo, “yo sólo puedo llegar hasta aquí”, lo que excluye obviamente que pueda ir más allá.

Entonces por ejemplo, cuando el dueño tiene que indemnizar al poseedor siendo que su posesión es ilícita, ¿en qué podemos justificarlo? En un enriquecimiento sin causa, que justificaría la indemnización del poseedor vencido.

Con cargo al poseedor vencido se enriquece el dueño. Cada caso de inversión que se indemniza es contrario al Derecho de propiedad, y de no indemnizarse, contrario al enriquecimiento sin causa. Es entonces cuando uno tiene que elegir entre esas soluciones.

Que solución de poseedor de buena fe y mala fe sea lo mismo no es que a la ley no le importe la diferencia, sino que en ese sentido, no hay espacio no más, es un caso que no debe acercarse a los principios. Y todo esto es para lustrar una idea, que es que cuando se pasa el punto 1, donde terminamos, toda solución tiene las mismas características. No hay razón política para decidir por qué se acaba a diferencia de lo que explica el punto 2.

Esta es la manera en que funciona el análisis jurídico.

El modelo de lagunas de Alonso también puede verse desde las antinomias, y a este respecto es de suma relevancia el que la ley lo que tiene en la antinomia es dos soluciones incompatibles con el mismo ámbito de validez.

Tras entender esto de Alonso, podemos analizar lo que pasa con Bobbio, quien distingue entre tipos de antinomia, que pueden solucionarse bien en el nivel de validez o de aplicación de normas. Así se solucionarían los casos con criterios de preterición, como por ejemplo, norma más nueva prefiere a la más vieja, dejando ésta última de cubrir esos casos.

## Clase 35 (21/11) (arriba)

### 4.4. Antinomias

*Antinomias aparentes y reales – Discreción en sentido fuerte y débil – Casos difíciles*

*Cierre del curso*

Las Antinomias consisten en casos de concurrencia de ámbitos de aplicación de normas diferentes, que llevan a soluciones contradictorias. Un modo de solucionar esta concurrencia viene dado por la invalidación de una norma respecto de la otra. Sin embargo, las antinomias operan respecto de la aplicación de la norma, más que de su validez, en el ámbito de aplicación judicial. En estos casos, el juez cuenta con criterios de interpretación, no de invalidación.

Tenemos distintos criterios de preterición o preferencia de normas. Entre ellos encontramos criterios de (i) Jerarquía, (ii) Temporalidad y (iii) Especialidad.

El criterio de (i) Jerarquía se aplica tanto en el nivel de validez (ya que desde el 2005 que se puede invalidar una norma antinómica con una norma constitucional por el tribunal constitucional.<sup>5</sup>) como en el de aplicación (en virtud del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad<sup>6</sup>, en donde la norma es preterida, no se aplica en el caso particular, pero nada se dice respecto de su validez).

El criterio de (ii) Temporalidad, por otro lado, es lo que, en materia civil, se conoce como *derogación tácita*, operando como un criterio de preferencia,<sup>7</sup> en donde se aplicará la norma nueva, dado que esta deroga tácitamente a la norma antigua.

Por último tenemos al criterio de (iii) Especialidad, que consiste en que se aplicará la norma especial por sobre la norma general, dado que la norma especial es una excepción a la norma general.

Los casos de antinomias que se resuelven por medio de los criterios anteriores, en el ámbito de aplicación de ellas, son las conocidas como antinomias aparentes, dado que nuestro ordenamiento soluciona estos casos. Sin embargo, a nosotros nos interesa revisar las antinomias reales, que consisten en aquellas en las que no contamos con criterios prefijados para solucionarlas. Este sería el caso de una ley nueva general que está en antinomia con una ley antigua especial.

Frente al caso de antinomias reales, podríamos aplicar el test de Alonso, para llegar al punto en donde se acaba el Derecho. Tendríamos que reconstruir la racionalidad del sistema, hasta llegar al punto en donde el Derecho no nos entrega una única respuesta, en donde ya no contamos con criterios para la solución de estas antinomias. Estos serían los casos difíciles.

Frente a estos casos difíciles, autores como Bobbio y Wroblesky, nos describen que luego de aplicar criterios formales, sin encontrar satisfacción al conflicto, tenemos que recurrir a las valoraciones del intérprete.

---

<sup>5</sup> Acción de inconstitucionalidad prevista en el art. 93 n° 7 de la CPR, ante Tribunal Constitucional

<sup>6</sup> Art. 93 n° 6 CPR

<sup>7</sup> La derogación expresa consiste en que una ley nueva deroga expresamente a una antigua, perdiendo esta última validez. En cambio, en la derogación tácita, esta derogación opera como un criterio de preferencia en caso de concurrencia de ámbitos de aplicación de distintas normas, desplazando la nueva a la antigua en ese caso particular, sin decir nada respecto de la validez de dicha norma. Esta diferencia es relevante en caso de derogación de la ley nueva, por una ley posterior, dado que en el caso de la derogación expresa, la derogación de la norma derogatoria expresa no vuelve a dar vigencia a la norma derogada, mientras que la derogación de la norma derogatoria tácita, vuelve a darle aplicación a la norma derogada tácitamente en el ámbito de concurrencia, dado que ya no habría ámbito de concurrencia.

Si entendemos que el razonamiento jurídico es un razonamiento puramente formal, debemos excluir las valoraciones y afirmar, a la Hart, que estamos ante casos difíciles donde la respuesta viene dada por discusiones de índole político o moral (determinación de la “solución más justa”), y ya no jurídicas (*i.e.* discreción en sentido fuerte). Sin embargo, también podemos enfrentar estos casos difíciles utilizando las directivas interpretativas de Wroblesky, o, desde Dworkin, estaríamos ante casos de discreción en sentido débil.

\* \* \* \*

A lo largo del curso hemos estado discutiendo acerca del razonamiento jurídico, si existe alguna diferencia entre él y el razonamiento práctico general. Toda esta discusión la hemos dado desde un punto de vista político, polémico. El Derecho tiene la pretensión de entregar, en este contexto, imparcialidad.

Sin embargo, ¿cuál es el sentido del Derecho?

Una idea subversiva, en un sentido peyorativo de la palabra, es lo que ocurre en el mundo real. Cuando un juez se enfrenta a casos difíciles, lo que hace es preguntarse respecto de la “justicia” de la solución y luego se remite a los libros para justificar lo que “le nació del alma”. Esta idea es justamente lo que hace imposible el Derecho. El juez omite la pregunta respecto de porque es justamente eso lo que le “nace”. Podemos responder a que lo que le “nace” viene dado por la biografía del juez. Y muchas veces esa biografía es influida por el “sentido común”.

Lo que esta idea pierde de vista es el hecho de que en una forma de vida desarrollada bajo el Derecho, influye la capacidad de tomar distancia de los propios juicios naturales, la posibilidad de someternos a la crítica, criterios que no sean biografía, domesticación de la voluntad.

El **Derecho no es solo voluntad, sino que domesticación de la voluntad**. Lo polémico influye en el Derecho. Es el modo de vida del abogado que entiende que el Derecho no es algo enteramente ajeno a él, pero que tampoco es reducible a su voluntad. Y es justamente esto lo que niega la tesis subversiva, esta autoconciencia que surge del tipo de persona que es, y que se sujeta a un análisis reflexivo de lo que quiere que sea. Si el Derecho es reducible a la propia voluntad, nos lleva a vivir en un mundo de solipsistas, donde cada uno vive solo.<sup>8</sup>

La lealtad al Derecho no es la lealtad a las decisiones jurídicas. Si observamos nuestras leyes actuales, no podemos más que decir que distan mucho de ser lo que nos gustaría que fueran. Pero lo que hay detrás es que el mundo no está sometido a la propia voluntad, sino que uno se puede alejarse de lo que quiere y someterse a criterios distintos. Y eso distinto de la propia voluntad es entender al Derecho como la oportunidad de crear algo común, distinto de la acumulación de voluntades, justamente para domesticar la voluntad.

La idea de discreción en sentido fuerte niega esta manera de entender el Derecho. En cambio, la discreción en sentido débil justamente reconoce que para llegar a las soluciones

---

<sup>8</sup> Si uno ve la realidad de la escuela, donde tenemos a alguien que quiere ser decano, pero las reglas se lo niegan, en distintas instancias, pero aun así sigue buscando el modo de hacerse con el cargo, revela una manera de entender el Derecho.

correctas debemos basarnos en algo común. El Derecho no es entendido acción estratégica para lograr mis fines, la acción estratégica de los poderes fácticos.

La pregunta del curso, en realidad, es sobre si el Derecho es algo común.

Depende de cómo respondamos la pregunta del curso para saber si el estudiar Derecho, el ser abogado es una vida digna de ser vivida, una historia digna de ser contada.