

FERNANDO ATRIA

# LA FORMA DEL DERECHO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2016

## CAPÍTULO 10

# ESTRUCTURAS DE LEGITIMACIÓN MATERIAL

### 1. PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA Y PRINCIPIO COMISARIAL (JURISDICCIÓN Y ADMINISTRACIÓN)

En sus *Comentarios a la Constitución de 1833*, Manuel CARRASCO ALBANO, se preguntaba por qué la organización del poder judicial era tan marcadamente diversa a la de los otros poderes del Estado:

Nótese bien la diferencia que [la constitución] establece entre el Poder Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. En los dos primeros, el Supremo Jefe, el Presidente o las Cámaras según los casos, *representan por sí solos los poderes respectivos*, son los árbitros de nombrar sus agentes y auxiliares, con independencia de todo otro poder, y ejercen una dirección activa y absoluta sobre sus funcionarios. El Poder Judicial no es organizado así por nuestra Constitución [...]. [Según la Constitución] habrá un Supremo Jefe en lo judicial; pero ese jefe no será más que un Superintendente, no ejercerá sino atribuciones disciplinarias, correccionales sobre los demás representantes de ese poder (CARRASCO ALBANO, 1858: 186-187).

Aquí hay algo extraordinariamente importante, y para observarlo será instructivo comparar la estructura del poder judicial con la estructura de la Administración. Al hacerlo, notaremos que cada una de estas estructuras no solo son diferentes, sino que parecen estar estructuradas por principios opuestos. Aunque esto será tratado con más detención más abajo, por ahora basta decir que los funcionarios de la administración, cuando pertenecen a los órganos directivos de la administración, no tienen independencia ni inamovilidad. Al contrario, pueden ser removidos por el presidente de la República a voluntad de este; los jueces, por su parte, no son de exclusiva confianza de nadie, sino *inamovibles*; en la administración, la *avocación* es la regla general: el superior

puede avocarse al conocimiento de un asunto que está siendo conocido por el inferior, y puede también darle instrucciones especiales o generales; en el poder judicial la avocación está expresamente prohibida; la Corte Suprema no ocupa, respecto de los jueces, una posición análoga a la de «jefe superior de servicio», y ciertamente no puede dar instrucciones, siquiera generales. Esto se expresa diciendo que el juez es independiente.

La diferencia es tan grande, y la oposición tan perfecta, que es poco probable que se explique solo por razones históricas. Metodológicamente hablando, el punto de partida debe ser precisamente el opuesto: la radical diferencia estructural no es arbitraria, debe tener como correlato alguna diferencia funcional considerable. Lo que vemos es que ambas potestades son *dos modos alternativos de legitimación material*. En efecto, esta dimensión de legitimación asume dos formas:

Por un lado mediante [...] la vinculación de todos los órganos del Estado a las leyes establecidas [...]; y por el otro mediante una responsabilidad sancionada democráticamente, con los controles correspondientes, y adecuada para el tipo de tareas asumidas (BÖCKENFÖRDE, 2000b: 62).

La observación de CARRASCO ALBANO es la constatación de que la estructura de la potestad jurisdiccional supone como modo primario de legitimación una del primer tipo (lo que exige vinculación concreta del juez a la ley e independencia judicial), mientras que la de la Administración supone el segundo modo de legitimación (lo que exige una estructura a través de la cual se transmitan órdenes e instrucciones hacia abajo y responsabilidad hacia arriba). Una decisión jurisdiccional está legitimada materialmente cuando ella es correcta aplicación de la ley, es decir, cuando su contenido refleja correctamente el contenido de la ley. La estructura de la potestad jurisdiccional supone que lo que debe ser institucionalmente asegurado es la posibilidad de que el funcionario que ejerce el poder judicial (el juez que dicta sentencia) lo hará apegado a su deber de decidir en conformidad a la ley, y no a otras consideraciones. Por eso, *la sujeción del juez a la ley es correlato estricto de su independencia*: que el juez sea independiente hace probable que su decisión refleje solo el contenido abstracto de la ley. *Independencia judicial y sujeción a la ley son una y la misma cosa*<sup>1</sup>: la forma institucional de garantizar (hacer probable) la legitimación material de las decisiones jurisdiccionales por vinculación concreta e inmediata a la ley. El juez es «independiente de toda otra autoridad en el ejercicio de sus funciones» (art. 12 COT) porque para el juez ejercer su función es actuar con sometimiento a la ley y solo a la ley, no a ninguna otra autoridad.

<sup>1</sup> «En todos los casos, los fundamentos del control y de la decisión judicial han de ser normas que permitan una subsunción precisa y delimitada. La sujeción a una de estas normas es, justamente, condición y premisa de la independencia del poder judicial. Cuando el juez abandona el terreno en que realmente es posible una efectiva subsunción bajo normas generales y, como consecuencia, una sujeción concreta a la ley, deja de ser un juez independiente, sin que pueda aducirse en su descargo ninguna apariencia de judicialidad» (SCHMITT, 1998b: 53).

La diferencia que hemos observado que existe entre la organización de la potestad jurisdiccional y la potestad administrativa, refleja que el modo de legitimación material de la Administración es distinto. El contenido de un acto de la Administración del Estado, a diferencia del de una sentencia judicial, no se legitima mostrando que es aplicación concreta de la ley. La decisión del Ministerio de Obras Públicas de construir un puente no se legitima en cuanto a su contenido mostrando que ella es concretamente mandada por la ley, que la ley obliga al ministerio a construir precisamente ese puente. La legitimación material opera aquí a través de una estructura jerárquica que permite entender que la decisión de construir ese puente, tomada por un funcionario, se sigue de instrucciones, planes, políticas o programas materialmente legitimados y realizados a través de mecanismos dotados de la capacidad técnica necesaria, y sancionados democráticamente.

Ahora, ¿qué explica la necesidad de esta bifurcación de la legitimidad material? ¿Por qué dos formas, y no solo una? Es interesante notar que esta pregunta aparece periódicamente, cuando se hace evidente que la designación tradicional para el llamado «poder ejecutivo» es una incorrecta manera de designar a lo que hoy se denomina «administración». Aunque es incorrecta, es una manera que todavía puede encontrarse, y de hecho ya la hemos encontrado. Recuérdese el pasaje de DETMOLD que ha sido citado más arriba:

Quando hay una regla obligatoria, los jueces deben aplicarla. Esto es una función ejecutiva. Cuando no hay regla, o la regla es insatisfactoria, los jueces han de crear una. Esta es una función legislativa. Bajo este esquema, ¿dónde está el elemento judicial? (DETMOLD, 2001: 152; cit. *supra*, p. 110).

Esta comprensión de la legitimación material de las decisiones de la Administración las asimila a las decisiones jurisdiccionales, porque entiende que ellas se legitiman mostrando que son aplicación concreta («ejecución») de la ley. Si esto fuera así, la diferencia entre la potestad administrativa y la potestad jurisdiccional, en cuanto a sus respectivas configuraciones institucionales, no tendría relación alguna con el modo de su legitimación material; desde este punto de vista, sería enteramente arbitraria. Nótese lo peculiar de este movimiento: se trata de entender una determinada configuración institucional, que hace una distinción notoria (entre administración y jurisdicción). Sin embargo, las palabras con las que designamos estos dos poderes («ejecutivo» y «judicial») no nos permiten dar cuenta de esa diferencia. La conclusión es que ¡lo que es negado o declarado irrelevante es la diferencia institucional! Lo que tenemos que hacer es evidente: corregir nuestros conceptos. El poder ejecutivo (en la medida en que lo que suele llamarse «Administración» corresponde a este poder) no es uno cuya función sea «poner en ejecución» la ley.

Es interesante detenerse en este punto preciso, porque la pretensión de que lo fuera acompañó al surgimiento del Estado moderno. Originalmente, la única forma de legitimación material de decisiones públicas sería la sujeción

concreta a la ley («ejecutivo»). Como explica Luciano PAREJO, «esta formulación es la consecuencia lógica y necesaria de la organización del ejecutivo justamente como mero «ejecutor» de los mandatos legales emanados del Parlamento» (PAREJO, 2003: 112). Pero ella fue, al decir del propio PAREJO, «una formulación histórica efímera y de realización efectiva prácticamente nula» (PAREJO, 2003: 112). La razón por la que la pretensión de que la Administración se limitara a realizar un rol de sola ejecución de la ley resultó prácticamente nula *está en la idea misma de administración, como despliegue de medios para lograr un fin*. En efecto,

la Administración, a diferencia del Poder Legislativo y del Poder Judicial, *es un poder activo por excelencia* [...]. La Administración provee cotidianamente a las necesidades generales, en parte supervisando, controlando, autorizando u ordenando actividades privadas [...] en parte prestando servicios a los ciudadanos [...] en parte apoyando o colaborando con particulares y empresas al desarrollo económico y social u otros fines de interés general [...] y mediante otras actividades (SÁNCHEZ MORÓN, 2007: 38-39; cursiva agregada).

Por supuesto, esta acción no es una acción que persiga fines propios de la Administración (el Estado no tiene fines propios). El fin de la Administración es el interés general (la Ley 18575 consagra esta idea explícitamente, aunque por referencia a la idea, sustantivamente equivalente, de «bien común»). Pero lo que *en concreto* debe hacer un órgano cuya función es perseguir el interés general (bien común), no puede ser previsto y anticipado por la ley. Esta es la razón que explica que la pretensión inicial de que la Administración fuera estructurada como una organización cuya finalidad pudiera ser descrita como la «ejecución de la ley» debía ser «históricamente efímera» como dice PAREJO. En efecto, perseguir el interés general a través de la acción de órganos del Estado obliga a esos órganos a formular políticas y programas, a desarrollar planes de acción que, para ser eficaces, deben tomar en consideración las circunstancias concretas de la acción y el conocimiento experto disponible. Por eso la Administración se caracteriza por ser una potestad *ordenada de modo finalista*: debe hacer lo que en las circunstancias convenga al interés general. La ley fija el fin de modo abstracto, pero la Administración decide sobre los medios adecuados para obtener este fin. Pero entonces la decisión sobre qué medios usar en las circunstancias no puede ser legitimada materialmente por vinculación concreta a la ley. Debe ser legitimada mediante una estructura que permita entender que la acción del funcionario inferior es ejecución de programas o instrucciones dados por el funcionario superior, que retiene por eso responsabilidad por su formulación y ejecución.

Lo anterior explica la necesidad de la fractura del principio democrático, en su faz material o de contenido. Cuando de lo que se trata es de legitimar decisiones que pueden ser anticipadas en abstracto y que no son sensibles a consideraciones de oportunidad o conveniencia, la legitimación material asume la forma de la vinculación inmediata y concreta a la ley, y su correlato

institucional es lo que será denominado «principio de independencia». Este es el caso de la potestad jurisdiccional, porque aquí se trata de dar a cada uno lo que le corresponde en conformidad a la ley, no de perseguir fines a través de decisiones sobre casos particulares. Cuando se trata de legitimar materialmente decisiones que deben dar cuenta de las circunstancias concretas de la acción, que por consiguiente no pueden ser anticipadas y determinadas en abstracto por normas generales, o cuya regulación concreta anticipada implica sacrificios considerables en términos de eficiencia y eficacia, entonces la legitimación material por vinculación concreta a la ley se hace imposible y es necesaria una forma de legitimación que permita responder por qué esa manera de desplegar los medios disponibles es reconducible al pueblo, cuyo correlato institucional es el «principio comisarial».

Las diferencias estructurales entre la potestad jurisdiccional y la administrativa se explican por referencia a estos dos modos de operación del principio democrático, que serán explicados con cierto detalle en lo que sigue.

## 2. LA POTESTAD ADMINISTRATIVA Y EL PRINCIPIO COMISARIAL

Una manera de explicar las características estructurales de la Administración del Estado es verlas como manifestación de una estructura informada por la lógica del *mandato*, en la que entonces las relaciones entre autoridades se ordenan conforme a las posiciones de mandante/mandatario. Esta es la manera de operación de la legitimación material o de contenido cuando no hay vinculación concreta a la ley:

Allí donde la ley no establece explícitamente la finalidad y el contenido, sino que señala solo el marco y los límites de la acción (ejecutiva) del Estado o, de un modo especial, donde atribuye delegaciones o ámbitos de discrecionalidad no determinados de un modo preciso. [En estos casos] la responsabilidad y la dependencia de las instrucciones aparecen como algo ineludible para que se mantenga la legitimación democrática (BÖCKENFÖRDE, 2000b: 63).

Es decir, tratándose de órganos cuya función se ejerce persiguiendo finalidades no *concretamente* identificadas por la ley, la legitimación material o de contenido no puede obtenerse por la vía de sujetar al órgano a un conjunto preciso de deberes de acción. Aquí esta forma de legitimación se traduce en una *estructura por la que se conducen relaciones de responsabilidad y dependencia*.

Este es en general el caso de la Administración. Como ya está dicho, la función de la Administración no es reducible a la ejecución de la ley. El Ministerio de Obras Públicas no aplica concretamente la ley cuando construye un puente. Esto quiere decir: la legitimación material o de contenido no exige

ni supone que la Administración muestre que cada acción o decisión de cada uno de sus órganos es ejecución de un mandato legal concreto. Por eso en el caso de la Administración la legitimación material o de contenido se reconduce a una *estructura* cuyas características permitan entender que las decisiones adoptadas a través de ellas son dirigidas por (y responsabilidad de) un órgano del Estado legitimado para realizar su comprensión del interés general, incorporada en planes y programas que pueden ser reconducidos al pueblo.

## 2.1. El «primer» mandatario

En el caso de la Administración del Estado, la estructura en cuestión tiene en su cúspide al presidente de la República. En efecto, es al presidente de la República a quien, como «jefe del Estado», le corresponden las funciones de gobierno y administración de este (art. 24 CPol)<sup>2</sup>. La Ley 18575 es explícita a este respecto: los órganos de la Administración del Estado son sus «colaboradores» (art. 1 Ley 18575). Todo esto quiere decir que tanto el gobierno como la Administración están vinculados al presidente de modo más o menos inmediato, por relaciones que pueden ser descritas como «mandatos» o, en la terminología tradicional del derecho administrativo, de *jerarquía y dependencia* o, en su caso, de *supervigilancia* (arts. 28 y 29 Ley 18575).

Un *mandato* es una relación en virtud de la cual una persona, llamada «mandante», encarga la conducción de uno o más asuntos a otra, llamada «mandatario», quien ha de realizarlos por cuenta y riesgo de la primera. Que el presidente sea el «jefe» del Estado quiere decir que él es el «primer» mandatario: esto quiere decir que su mandato es recibido directamente del titular de la soberanía, el pueblo (art. 5 CPol)<sup>3</sup>. El presidente designa («a su volun-

<sup>2</sup> CPol = Constitución Política de la República (chilena). Para el argumento de esta parte se utilizará la estructura administrativa del Estado chileno. Pero en general esas referencias tendrán una finalidad ilustrativa, porque el argumento pretende ser aplicable no solo al derecho chileno. La idea misma de asumir una óptica institucional («desde abajo») no teórica («desde arriba») nos obliga a comenzar asumiendo perspectivas locales, de prácticas jurídicas situadas y diferenciadas, para ir construyendo conceptos cada vez más generales a partir de ellas. Es importante tener presente, por lo anterior, que la estructura administrativa chilena es inusualmente concentrada. Por eso en el presidente de la República confluyen muchas más cadenas de legitimación de lo que es común en otros Estados, particularmente los europeos. Podría pensarse que eso hace que lo que se dice aquí sobre la legitimación material de la Administración no es aplicable más que a estructuras centralizadas como la chilena, pero eso sería un error. En principio, la idea de legitimación por una estructura informada, como lo llamaremos, por un principio comisarial, no implica nada respecto de cuál ha de ser el punto de anclaje de dicha estructura en la voluntad popular. Puede ser, como en el caso chileno, el presidente de la República, en quien confluyen prácticamente todas las cadenas de legitimación (con la excepción de los alcaldes, que son otro punto de anclaje, cuando se trata del ámbito municipal). Pero es también posible que haya una pluralidad de puntos de anclaje, como en un Estado federal. La tesis defendida aquí no implica que debe haber *uno* supremo, sino que esas cadenas legitimatorias deben anclarse en la voluntad del pueblo.

<sup>3</sup> Tiene sentido distinguir el «mandato» (general) recibido por el presidente de las comisiones (más o menos especiales) recibidas por los funcionarios inferiores. Por eso en lo sucesivo hablaré de «comisión» en estos casos.

tad» conforme al art. 32, núm. 7 CPol) a sus ministros, subsecretarios, intendentes y gobernadores, los que entonces son sus mandatarios o comisarios (son de su «confianza exclusiva», conforme al art. 32, núm. 10 CPol). Los órganos de la Administración deben tener un jefe superior de servicio, que es de confianza del presidente, y relacionarse con él a través de uno de sus ministerios (arts. 28, 29 y 49 Ley 18575; art. 7 Ley 18834). De ese modo es posible apreciar cómo la lógica del mandato, conforme a la cual el funcionario superior encomienda al funcionario inferior una tarea a realizar de modo que corresponde al mandatario desplegar los medios disponibles para lograrlo, es la que informa la estructura orgánica de la Administración del Estado. Es parte de la lógica misma del mandato lo que es incompatible con la organización judicial: que entre el mandante y el mandatario hay una relación jerárquica y que el mandatario no puede reclamar independencia frente al mandante, por lo que la avocación es siempre en principio posible (art. 11 Ley 18575). En lo que sigue, esta «lógica del mandato» será denominada «principio comisarial» (comisión es el nombre que recibe el mandato cuando es especial, y por eso: el presidente es mandatario, los demás son sus comisarios).

En el caso de los órganos o servicios descentralizados o desconcentrados por ley, el presidente de la República por sí o a través del ministerio respectivo ejerce las poderes de control o supervigilancia que en cada caso establece la ley, entre los que destaca que el jefe superior de servicio es de su exclusiva confianza (art. 49 Ley 18575; art. 7 Ley 18834). Esta relación de subordinación del comisario al comitente, mediante dependencia o supervigilancia, compensa el déficit material o de contenido de la acción del comisario, en la medida en que la ley no define su función mediante la identificación de contenidos concretos de acción sino que le da medios para perseguir finalidades de la manera que en concreto sea más adecuada. Lo compensa porque, como el comisario responde en todo caso ante el comitente; como el comitente en principio puede avocarse, darle instrucciones, o fijar políticas y programas respecto de los asuntos que el comisario está conduciendo, y como adicionalmente puede (en su caso) removerlo por haber perdido su confianza, lo que el comisario hace es imputable al comitente, es decir, el comitente es responsable por lo que el comisario hace. Como los órganos de la Administración están vinculados entre sí en una red de relaciones comisariales que pueden reconducirse hasta el presidente (o al alcalde o el concejo municipal, en su caso), que ha recibido un mandato popular para ordenar la acción de la Administración en función de una determinada comprensión del interés general, la legitimación material o de contenido, es decir, la legitimación de lo que la Administración hace en cuanto al *contenido de esta acción*, satisface el principio democrático, porque sus decisiones son reconducibles al pueblo.

Antes de continuar, es importante decir algo sobre el sentido del mandato que recibe el presidente de la República, el «primer» mandatario. La

manera que hoy resulta natural entender esta idea es positivamente, vinculada al programa de gobierno que al momento de ser elegido el candidato victorioso ofreció al país. La elección de un presidente y su programa legitimaría materialmente dicho programa, que a su vez sería el «encargo» que el mandante (el pueblo) hace al presidente (mandatario). En alguna medida esto es efectivo, aunque la medida en que lo es depende de las circunstancias y en todo caso es difícil extenderlo igualmente a cada aspecto del contenido del programa, porque la discusión pública que antecede a una elección suele concentrarse solo en algunos aspectos (esto sería, por lo demás, otro caso de reducción de la legitimación material a la orgánica-personal). Respecto de estos es razonable decir que ellos pueden dar un contenido positivo al mandato que el presidente recibe (la reforma educacional en el caso de Michelle Bachelet en Chile en 2013 y la reforma al sistema sanitario en caso de Barack Obama en Estados Unidos en 2008, parecen ser buenos ejemplos de esto). Pero la principal dimensión que está siempre presente en la idea de que el presidente de la República recibe del pueblo un mandato es negativa, no positiva<sup>4</sup>. Implica que al gobernar, el presidente no está gestionando sus asuntos, sino asuntos ajenos (del pueblo). Por consiguiente el estándar al que se somete es el estándar fiduciario del que actúa a nombre y por cuenta de otro. Este contenido negativo del mandato se va especificando positivamente a medida que la acción gubernativa se despliega a través de una estructura comisarialmente organizada.

## 2.2. La ley y la Administración

Habiendo ya dicho que el mandato del presidente es fundamentalmente negativo, ¿Hay algo más que decir? Para la Administración del Estado como un todo, el contenido del mandato que recibe está especificado en el art. 3 de la Ley 18575 (de bases generales de la administración del Estado). Esta especificación muestra por qué la legitimación material o de contenido no puede satisfacerse por la vía de exigir que lo que la Administración haga sea acción concretamente vinculada a la ley. En efecto, la ley especifica el contenido de la función de la Administración disponiendo que esta debe

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 (art. 3 Ley 18575).

Lo que ahora es especialmente relevante es la relación entre la Administración y la ley. La ley aparece ante la Administración en dos momentos:

---

<sup>4</sup> Debo esta aclaración a una observación de Rodrigo CORREA.

en primer lugar, aparece como lo hace en el art. 3 recién transcrito, fijándole una finalidad abstracta («promover el bien común atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente»). Las leyes orgánicas de los servicios públicos u otras reparticiones del Estado contienen reglas equivalentes al art. 3 Ley 18575, que especifican una dimensión parcial del bien común que le corresponde perseguir al servicio u órgano respectivo.

La segunda manera en que la ley aparece ante la Administración es aquella a la que el art. 3 alude: como el medio para realizar su función («a través del ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución y la ley»).

Por lo que hemos dicho más arriba, entre la finalidad genéricamente fijada por la ley («promover el bien común») y una decisión concreta de la Administración (como la de construir un puente) hay una brecha que impide legitimar materialmente la segunda como aplicación concreta de la primera. Por supuesto, eso no quiere decir que no haya una relación de legitimación, solo que esa relación no puede ser *inmediata*. El funcionario que toma la decisión alegará que ella está legitimada por el hecho de ser lo que en las circunstancias exige la promoción del bien común, pero la pregunta por la legitimación puede formularse de nuevo: ¿por qué *esa* comprensión del bien común? Esto tiene dimensiones: por un lado, el funcionario debe poder responder que esa comprensión del bien común es parte de una visión sobre el país y lo que este necesita que puede ser imputado al pueblo. Dicha visión está contenida en «políticas, planes [y] programas». En segundo lugar, la ejecución de esa visión tiene un componente técnico del que la Administración, dadas sus características, puede dar cuenta.

En la realización de ese programa, aparece la ley en su segunda dimensión vinculando a la Administración en cuanto a los medios que esta puede desplegar para perseguir su fin. La Administración ejerce atribuciones legalmente concedidas, lo que quiere decir: la ley es externa al mandato, en el sentido de que  *fija límites y crea posibilidades de actuación*. Estas son las dos dimensiones en las que la ley sirve a la Administración como medio: *negativamente*, en tanto la acción de la Administración no puede infringirla (la ley la *limita*), y *positivamente*, en tanto las atribuciones mediante las cuales la Administración ha de actuar han de ser conferidas por ley (la ley la *habilita*). Esta idea de que la ley limita y habilita a la Administración es expresamente afirmada por la Ley 18575:

Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente le haya conferido el ordenamiento jurídico (art. 2 Ley 18575).

Nótese: *someter su acción* a la Constitución y las leyes. Esto no dice nada acerca de qué acciones debe realizar la Administración, sino acerca de cuál-

les son los *modos de acción abiertos para ella*. Nótese adicionalmente (para adelantar el contraste de la siguiente sección) que una afirmación como la del art. 2 de la ley 18575 respecto de los tribunales de justicia («los tribunales someterán su actuación a la Constitución y las leyes») no tendría sentido, precisamente porque la idea de que alguien debe someter su actuación a un estándar como la ley no dice todavía nada respecto de cuál es el contenido concreto de la acción así sometida. La vinculación de los tribunales a la ley es más intensa que la de los órganos de la Administración, porque los primeros no solo han de someterse a la ley en su acción, sino que su acción *es* la actuación de la ley<sup>5</sup>.

Es importante notar que lo que hemos dicho respecto del presidente y sus comisarios directos (ministros, subsecretarios, intendentes y gobernadores, al tenor del art. 32 núm. 7 y núm. 10 CPol) vale también para la organización interna de los órganos de la Administración. Por eso el régimen general de todos los funcionarios públicos los deja «afectos a un régimen jerarquizado y disciplinado», en virtud del cual tienen el deber de «obedecer las órdenes impartidas por el superior jerárquico» [art. 61.f) Ley 18834, de estatuto administrativo; véase también art. 7 Ley 18575]. De hecho, tienen incluso el deber de «realizar los trabajos extraordinarios que ordene el superior jerárquico» [art. 61.d) Ley 18834]. Como contrapartida de esto, están sujetos a control, no solo de que estén persiguiendo los fines institucionales (es decir, que no haya corrupción), ni de que lo estén haciendo a través de medios lícitos (es decir, que no haya ilegalidad), sino de que lo estén haciendo de modo *eficiente y oportuno* [art. 64.a) Ley 18834; art. 11 Ley 18575].

En resumen, la estructura de la Administración es una que permite que circulen por ella relaciones de dirección y responsabilidad, y cumple de ese modo la finalidad de garantizar

su juego instrumental al servicio de la realización práctica de las decisiones adoptadas por los órganos políticos o superiores. Solo una estructura vertical posibilita, en efecto, la constitución en el seno de la organización de una cadena de relaciones entre sus unidades transmisoras eficazmente, desde la primera a la última de estas, de las directrices que vienen de las instancias políticas o superiores, de modo que todas dichas unidades conformen por igual sus actividades a tales directrices (PAREJO, 2003: 84).

Es importante notar las dos dimensiones que supone esta forma de organización, de las cuales PAREJO aquí menciona solo una. A la facultad de dirección y control que implica la jerarquización de la Administración central del Estado corresponde la posibilidad de hacer responsables al funcionario superior por las decisiones y actuaciones del inferior:

---

<sup>5</sup> Esto, por supuesto, obliga a distinguir «discreción» de «discrecionalidad», como lo haremos *infra*.

Es precisamente esta facultad de dirección y control la que sirve de base para que posteriormente el parlamento o los órganos representativos regionales exijan la responsabilidad política de los ministros, intendentes y gobernadores (BORDALÍ y FERRADA, 2008: 11).

### 3. LA POTESTAD JURISDICCIONAL Y EL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA

Hemos visto que lo que provee legitimación material al actuar de la Administración es una estructura informada por el principio comisarial cuya finalidad es la de permitir la transmisión de instrucciones hacia abajo y responsabilidad hacia arriba. Para entender la relevancia de este punto, es útil comparar la estructura de la Administración con la de la potestad jurisdiccional, que responde al otro modo de legitimación material o de contenido, el principio de independencia.

También hemos notado que las características de una estructura organizada conforme al principio comisarial son incompatibles con la idea misma de independencia que caracteriza la posición judicial. Lo que aquí hay, entonces, no son solo dos estructuras diversas, sino dos estructuras informadas por principios *opuestos*: por el comisarial una y por el de independencia la otra. Mientras los órganos del Estado tienen «jefes» que son esencialmente amovibles, los jueces son por expreso mandato legal inamovibles: «Los jueces permanecerán en sus cargos durante su buen comportamiento» (art. 80 CPol); mientras la avocación es de la naturaleza del mandato, ella está expresamente prohibida para los jueces:

Ningún tribunal puede avocarse al conocimiento de causas o negocios pendientes ante otro tribunal, a menos que la ley le confiera expresamente esta facultad (art. 8 COT).

Mientras la Administración tiene una finalidad genéricamente fijada por la ley (en el art. 3 Ley 18575), para cuyo cumplimiento sus órganos deben adoptar las medidas que sean instrumentalmente adecuadas (con la limitación de que ellas sean compatibles con la ley, conforme al art. 2 Ley 18575), los tribunales tienen un encargo legalmente delimitado:

La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley (art. 76 CPol, art. 1 COT).

Los tribunales no tienen la libertad de elegir los medios a ser utilizados para ejercer esta facultad (art. 4 COT); tampoco pueden decidir los asuntos respecto de los cuales ejercer su potestad (art. 7 COT), ni la oportunidad que deben ejercerla (art. 10, inc. 1.º COT, que establece una prohibición de actuar sin que alguien solicite su intervención), ni cuándo es oportuno no ejer-

cerla (art. 10, inc. 2.º COT, que establece el llamado «principio de inexcusabilidad»); por último, ellos no son responsables por las consecuencias de sus decisiones (art. 13 COT).

Todo esto se explica por la modalidad de legitimación material o de contenido de la actuación de los tribunales: los tribunales están vinculados a la ley de un modo mucho más intenso que la Administración. Esto puede expresarse diciendo que su finalidad es aplicar la ley. Por consiguiente, *el contenido de su actuación está fijado por la ley*. Nótese la diferencia: mientras la ley fija a la Administración su finalidad y le confiere medios de acción, sin imponerle deberes concretos de acción, para los tribunales la ley aparece como determinando qué deben hacer y cómo deben hacerlo. Por eso los tribunales son independientes (art. 12 COT): la manera en que el contenido de sus decisiones se legitima no es al modo de la Administración, es decir, mostrando que su contenido es desarrollo de un programa políticamente legitimado, sino mostrando que el contenido de sus decisiones está determinado por la ley, que es dictada mediante un procedimiento que asegura (= hace probable) su legitimación material. Tratándose de la potestad jurisdiccional, pero a diferencia de la potestad administrativa, su «legitimación está desvinculada del mecanismo representativo y centrada exclusivamente en la autoridad de *la realización objetiva del derecho*» (PAREJO, 2003: 107; cursiva agregada). Si la legitimación de la Administración es *comisarial* (sus decisiones son tomadas a través de una estructura comisarial que las hace en definitiva reconducibles al pueblo por la vía de imputárselas al presidente de la República o a algún otro punto de anclaje en la voluntad del pueblo), la legitimación de la jurisdicción es por la vía de su *vinculación inmediata a la ley*. Si el principio que informa a la estructura de la Administración es el *principio comisarial*, el que informa la estructura de la jurisdicción es el *principio de independencia*.

Esto no quiere decir que un juez sea un «mero» aplicador «mecánico» de la ley. Por diversas razones, en muchos casos los tribunales tienen lo que suele denominarse «discreción». Pero es útil aquí hacer una distinción entre esta idea de «discreción» y la característicamente administrativa idea de «discrecionalidad». Que un tribunal tenga discreción quiere decir que el estándar que debe aplicar es en algún sentido deficitario, como el caso ya visto de la referencia a quienes sufrieren de «impotencia perpetua e incurable» en el art. 4 de la (hoy derogada) ley de matrimonio civil chilena. El déficit legislativo, acoplado con el principio de inexcusabilidad (art. 10, inc. 2.º COT), significa que el juez deberá determinar el sentido de esa expresión, que está infradeterminada por la ley. Pero nótese que la situación aquí resulta de un déficit en la ley, y vale aquí todo lo dicho en el capítulo 6 sobre leyes de expresión incompleta o indeterminada. Por consiguiente, para aplicar la ley el juez debe suplir este déficit, determinando cuál es la interpretación de la expresión legislativa que corresponde de modo más pleno al sentido de la ley,

que avanza de manera más eficaz los fines de la ley<sup>6</sup>, etc. Habiendo suplido de este modo el déficit de la expresión legislativa, el juez debe entonces adjudicar el caso, dándole a cada uno aquello a lo que tiene derecho. La determinación judicial, aunque controvertible en tanto compensa un déficit legislativo, y en este sentido adoptada en ejercicio de la «discreción» que implica el principio de inexcusabilidad, es una que *reclama ser la mejor interpretación posible del derecho vigente*. En los casos de *discrecionalidad* administrativa la situación es distinta. Aquí la ley reconoce a la Administración un ámbito dentro del cual ella debe desplegar sus facultades del modo más eficaz y eficiente posible. La discrecionalidad administrativa *no es el resultado de un déficit legislativo, sino precisamente el modo en que la ley deja a la Administración un espacio para actuar eficazmente en procura de sus fines*. Incluso cuando la ley deja al juez un espacio de discreción (como cuando establece penas fijando solo márgenes mínimos y máximos), el deber del juez es determinar, considerando los aspectos relevantes del caso, lo que el condenado merece, no lo que es más adecuado para perseguir los fines legislativos. Una consecuencia de esto es la que observa agudamente Ernst FORSTHOFF:

A diferencia de la justicia, la Administración no se concentra en una situación de hecho, aislada y extraída de la vida social. Mientras que el juez solo decide sobre esta situación de hecho, aceptando en lo demás la vida social como algo dado que no está llamado por principio a modificar, la Administración tiene que ver con el orden social como un todo [...]. En esta diversidad en la forma de sus funciones se expresa la diferencia objetiva entre actividad judicial y Administración. Cometido de la actividad judicial es la decisión referida a un hecho y obtenida por medio del conocimiento del derecho; cometido de la Administración, la conformación social dentro del marco de las leyes y sobre el suelo del derecho<sup>7</sup>.

No se me escapa que el lector podría estar sorprendido de la «ingenuidad» de esta sección: ¿cómo puede decirse que la decisión judicial se legitima por sujeción concreta a la ley después de un siglo o más de realismo jurídico,

<sup>6</sup> Nótese que es un error decir de un caso como este que el juez ha de adoptar la decisión que avanza de modo más eficaz los fines que puedan encontrarse en lo que se denomina «la historia de la ley». El razonamiento vinculado a fines del juez, cuando es pertinente, está *siempre mediado por una regla*: el juez (*qua* juez) puede usar razonamiento vinculado a fines para determinar el sentido oscuro de una regla, y luego decidir el caso conforme a esa interpretación de la regla; pero no puede decidir el caso mediante razonamiento vinculado a fines. Nótese adicionalmente que este «debe» no es normativo, sino descriptivo. Significa no que actúa «inmoralmente» cuando lo hace, sino que si lo hace no actúa como juez.

<sup>7</sup> FORSTHOFF, 1958: 18-19. Como FORSTHOFF no distinguía entre *discreción* y *discrecionalidad*, unas páginas más arriba había desechado como criterio de distinción la idea defendida aquí: «tampoco es posible ya separar justicia y administración en el sentido de que el derecho es para la primera fin en sí y para la segunda, en cambio, solo medio para un fin o simple límite» (*ibid.*: 16), y en su reemplazo ofrece la caracterización citada en el texto principal, conforme a la que, a diferencia de la Administración, «la justicia no está al servicio ni del pasado ni del futuro, sino vinculada al presente» (*ibid.*: 18). Habiendo distinguido como lo estamos haciendo ahora entre *discreción* y *discrecionalidad*, la observación de FORSTHOFF adquiere un fundamento particularmente sólido, como manifestación de la diferencia entre los dos modos de actuación del principio democrático.

pragmatismo, estudios críticos, etc.? ¿Puede simplemente negarse todo lo que se ha escrito y discutido sobre indeterminación del derecho, derrotabilidad, textura abierta, etc.? Por ahora no estoy diciendo nada acerca de esto. Y considerar esta cuestión es útil para aclarar el sentido de la idea de legitimación material como clave para entender la estructura del derecho moderno y la idea de una teoría construida «desde abajo». La exigencia de la legitimación material no es «normativa», como si solo estuviéramos diciendo que es «justo» o «moralmente correcto» que el derecho esté legitimado. Es la función que es mediada por las estructuras del derecho, lo que quiere decir que es condición de inteligibilidad de estas. Si las condiciones necesarias para la operación de las dos formas de legitimación material no son posibles hoy, entonces esas estructuras no son inteligibles, y habrá que decir que son cáscaras vacías («ideas muertas», como lo diremos más adelante). Lo dicho hasta ahora no implica ni afirmar ni negar que la sujeción concreta del juez a la ley es hoy posible, porque lo que estamos tratando de hacer es entender las estructuras realmente existentes del derecho. Si el crítico tiene razón y la idea de sujeción concreta es hoy insostenible, eso no quiere decir que la jurisdicción no se define por las ideas correlativas de independencia y sujeción a la ley, sino que la jurisdicción es hoy imposible.

Recíprocamente, la distinción entre discreción y discrecionalidad no es una distinción teórica, que suponga que los conceptos de, por ejemplo, «buena fe» y «buen funcionamiento del servicio» se distinguen por su contenido de modo que el primero deja menos «libertad» que el segundo a quien decide. Es una distinción política: ambos conceptos existen no en su propio paraíso, sino en el contexto de prácticas sociales realmente existentes. Y en el contexto de esas prácticas la legitimación material de una decisión puede apelar, en el caso de la buena fe, a la idea de «aplicación», y esa apelación es en principio suficiente. Entonces esas decisiones pueden darse a través de una estructura informada por el principio de independencia. Pero en el otro caso la apelación es insuficiente en el sentido político (no teórico) de que ella no alcanza a responder la demanda de legitimación material, y es entonces necesario que la decisión sea producida a través de una estructura informada por el principio comisarial.

Y esto lleva a otro punto importante, que será discutido en el capítulo 11, y que es también consecuencia de entender que la demanda de legitimación material no es una exigencia «normativa» externa a las instituciones, sino una condición interna de inteligibilidad de ellas: si la sujeción concreta del juez a la ley es hoy imposible, pero las decisiones «judiciales» siguen siendo producidas en estructuras que descansan en una forma de legitimación material que supone sujeción a la ley, la conclusión será que esas decisiones adolecen de un más o menos severo déficit de legitimación. Y la situación en la que una estructura produce habitualmente decisiones que adolecen de un déficit

de legitimación es inestable, porque hace que esa estructura comience a ser entendida como *irracional* (un mero «ritualismo» propio de abogados). Las consecuencias de esto serán discutidas en el capítulo 11.

Lo que está en juego al discutir la sujeción del juez a la ley es entonces importante. Pero, a diferencia de mucha literatura de teoría del derecho, no podemos dar por sentado que esta idea es inmediatamente transparente y que entonces lo único interesante aquí es si la sujeción del juez a la ley se obtiene o no en nuestros sistemas jurídicos actuales. Debemos analizar con más cuidado qué significa decidir con sujeción a la ley, es decir, qué quiere decir «aplicar» la ley en el sentido en que necesitamos entender esa idea para hacer inteligible la potestad jurisdiccional, definida por una estructura informada por el principio de independencia.

### 3.1. Aplicación de la ley y sujeción concreta

Más arriba ha sido explicada la relación entre las dos partes del art. 1 del Código Civil (la ley es «una declaración de la voluntad soberana» que se caracteriza por ser «manifestada en la forma prevista por la constitución») por referencia a la distinción entre función (improbable) y estructura (mediadora). Que una decisión sea tomada «en la forma prescrita por la constitución» quiere decir que es probable que ella sea una decisión que va en el interés del pueblo; lo suficientemente probable como para que institucionalmente cuente como una decisión de la voluntad soberana, del pueblo. La ley cumple la función de imputar una voluntad a «nosotros», el pueblo, pero esa voluntad es identificada preguntándose no si es «efectivamente» la voluntad del pueblo, sino si ha sido producida conforme al procedimiento y por el órgano establecido en la constitución. Jurídicamente hablando, la individuación de una ley se hace por referencia a su estructura, no a su función. Un juez carece de competencia para sostener que, atendido el hecho de que el sistema electoral vigente en Chile no permite la representación adecuada de los ciudadanos chilenos<sup>8</sup>, lo que satisface las condiciones procedimentales establecidas en la constitución no es «ley» (esto, por supuesto, no implica inmediatamente nada sobre lo que el individuo que ocupa ese cargo debe o no hacer; solo que, *qua* juez, no puede considerar ese argumento). En la individuación, la estructura prima sobre la función. Pero para identificar y hacer inteligible esa estructura es necesario entenderla como el medio de expresión del soberano.

La dictación de una ley, entonces, es la identificación de una norma general como una norma que el pueblo quiere, es decir, una que va en el interés de todos. Dicho todavía de otro modo, es una norma que toma en cuenta el interés

---

<sup>8</sup> El sistema electoral llamado «binominal» chileno fue modificado en 2015. Véase, al respecto, ATRIA, 2013a.

de cada uno. Pero, ¿exactamente *qué* es lo que se pretende que va en el interés de todos, de acuerdo a la declaración legislativa? La respuesta es: la decisión en la que la norma legal consiste. Aunque aquí algunas calificaciones serían necesarias en una discusión más completa, la decisión legislativa puede típicamente formularse con la forma de un condicional: en las condiciones tales y cuales, cierta consecuencia jurídica es debida: si *abc*, entonces *d*. Que en esas condiciones lo debido sea *d* es lo que va en el interés de todos.

Cada uno de los términos del antecedente (*a*, *b* y *c*) es una *propiedad*<sup>9</sup>. Una propiedad es una característica de un estado de cosas susceptible de ser verdadera o falsa. Un conjunto de propiedades identifica un *caso*. El consecuente (es decir, *d*) puede ser denominado «solución» (que contiene la permisión, la prohibición o la obligación de realizar una acción). Las decisiones legislativas correlacionan, entonces, *casos* con *soluciones*. Nótese que tanto los casos como las soluciones pueden ser *genéricos* o *específicos*: un caso genérico es un conjunto de propiedades, mientras un caso específico es un estado de cosas. Un caso específico «corresponde» a un caso genérico cuando es un estado de cosas del cual puede decirse que son verdaderas las propiedades que definen al caso genérico. Vinculando ahora las dos cuestiones que hemos notado, el hecho de que se dicte una ley que dispone que «si *abc*, entonces *d*» significa que el legislador ha decidido que va en el interés de todos que el caso genérico identificado por las propiedades *abc* sea correlacionado con la solución genérica *d*.

Lo explicado hasta ahora parece dar el siguiente contenido a la idea de aplicación de la ley: la ley correlaciona casos genéricos con soluciones genéricas, y la función del juez es declarar que un estado de cosas sometido a su conocimiento corresponde o no a un caso genérico correlacionado por la ley con una solución genérica (= si las propiedades que definen al caso genérico son o no verdaderas en el caso del que está conociendo), de modo que este deba o no ser correlacionado con la solución específica correspondiente a la solución genérica contenida en la ley.

Esto es lo que suele designarse como una comprensión «mecánica» de la aplicación de la ley; es, en todo caso, el modo en que esa expresión será aquí utilizada. El juez es un «autómata», un ser inanimado que no puede modificar ni el rigor ni el alcance de la ley y debe limitarse a ser la boca de esta, si la función judicial es entendida de modo que la idea de sujeción a la ley se agota en la declaración de que determinado caso específico es una instancia de un caso genérico, porque las propiedades que definen al segundo son verdaderas del primero, por lo que la correlación entre caso genérico y solución genérica contenida en la ley debe ser replicada correlacionando del mismo modo el caso específico y la respectiva solución específica.

---

<sup>9</sup> Para lo que sigue, véase, en general, ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971, de donde he tomado, con mucha simplificación, la terminología.

La caracterización anterior se ofrece no como una defensa de esa comprensión de la jurisdicción, sino como una manera de identificar, más allá del lugar común, lo que queremos decir al hablar de «aplicación mecánica». No es necesario, de hecho, decir mucho más para notar que esta comprensión de la función judicial (el juez como autómatas) es una de la que, ya en las primeras décadas del siglo XX, podía decirse que «había sido liquidada» (KELSEN, 1935: 27). Pero es necesario recordar que la razón por la que esta comprensión de la función judicial resultó «liquidada» fue que su supuesto (que la identificación de los casos genéricos correlacionados por la ley con soluciones genéricas no es problemática) había sido abandonado. Como ya hemos observado, fue la posibilidad de la expresión indeterminada la que mostró que la idea del juez como autómatas debía ser eliminada.

Volvamos al problema de la identificación del caso genérico de impedimento dirimente contenido en el antiguo art. 4, núm. 3 de la Ley de Matrimonio Civil (hoy derogada). Aquí la propiedad era «sufrir una persona de impotencia perpetua e incurable» y la solución era «prohibido contraer matrimonio». Como la impotencia tiene dos formas (*a*: de engendrar y *b*: de realizar el acto sexual) la caracterización del núm. 3 del art. 4 era ambigua: no dejaba claro cuál de tres casos genéricos (*a*, *b* o *ab*) era el que estaba correlacionado por la ley con la solución genérica. En casos como estos es un error decir que el juez debe «aplicar mecánicamente» la ley, si con eso quiere decirse que ha de limitarse a constatar que el caso específico sometido a su conocimiento es una instancia del caso genérico correlacionado con una solución por la ley, porque antes debía decidir cuál era el caso genérico.

¿Es el juez, en estos términos, un «aplicador mecánico»? Como ya hemos visto, pese a que la teoría del derecho del siglo XX se jactaba de haber abandonado el formalismo decimonónico, la verdad es que esta comprensión de qué es decidir por aplicación de la ley continuó vigente. Ya hemos observado (en el capítulo 6) cómo esto pudo ocurrir: como un subrepticio cambio de tema, que marca el paso desde una óptica institucional a una óptica «teórica». Al analizar el argumento de HART en el capítulo VII de *The Concept of Law*, observábamos que la tesis de que aplicar reglas es lo que aquí hemos denominado «aplicación mecánica» era común al formalista, al escéptico y a HART mismo. La diferencia entre los dos «extremos» y la «vía media» hartiana no aparecía cuando se trataba de caracterizar en qué consistía decidir por aplicación de reglas, sino al preguntarse si decidir por aplicación de reglas era una correcta caracterización de lo que hacían los jueces o si los sistemas jurídicos contemporáneos contenían «reglas» en este sentido. Pero entonces la pregunta es: cuando el juez hace algo distinto de aplicar la ley, ¿está actuando como «juez»? ¿Está ejerciendo la potestad jurisdiccional? La vía media hartiana, que mantenía la comprensión de escépticos y formalistas sobre lo que significa decidir por aplicación de reglas, pero insistía en que los jueces hacen cosas

adicionales a resolver por aplicación de reglas, terminaba descansando en un concepto nominal de «jurisdicción», como todo aquello que hacen los funcionarios que nuestras intuiciones nos sugieren llamar «jueces».

Lo que veremos a continuación es que para evitar esta forma de nominalismo es necesario tematizar, y eventualmente rechazar, la tesis oculta que hemos encontrado en el capítulo VII de *The Concept of Law*. El problema no estaba en si los jueces aplican o no la ley, si lo hacen siempre, nunca o a veces, sino en qué quiere decir decidir por aplicación de la ley.

### 3.2. No aplica la ley el que la aplica «mecánicamente»

Para entender el problema de la aplicación de la ley (o la aplicación de la ley como un problema) debemos unir las dos conclusiones a las que habíamos llegado: por una parte, que el legislador se pronuncia sobre casos genéricos; por la otra, que el sentido institucional de la ley es que constituye una declaración de la voluntad del soberano (es decir, de todos, de *nosotros*) que toma en cuenta los intereses de todos, es decir, va en el interés de todos. El hecho de que ambas cosas sean atribuibles a la ley no es casual. La razón que justifica la pretensión del legislador de decidir qué es lo que va en el interés de todos es la configuración institucional del órgano y el procedimiento legislativo. Esa configuración pretende capacitar institucionalmente a órgano y procedimiento para decidir a nombre de todos. Una de las condiciones que hacen a esto probable es que las decisiones legislativas solucionan casos genéricos. De esto se sigue que lo que el legislador ha podido decidir es que va en el interés de todos que el caso *genérico* sea correlacionado con una determinada solución genérica. Y el problema es que de esto no se sigue que vaya igualmente en el interés de todos, que todos los casos específicos correspondientes sean correlacionados con la solución específica respectiva.

El problema ha sido profusamente discutido en filosofía moral y del derecho. Ha aparecido bajo diversos rótulos: la (posibilidad de la) distinción entre utilitarismo de acto y utilitarismo de reglas; la posibilidad de una «ética situacional» y en general el problema del particularismo ético; la distinción entre reglas y principios; la «derrotabilidad» de las reglas, etc. En todos los casos de lo que se trata es del problema de la relación entre una solución genérica y la solución específica correspondiente.

Sobre esta cuestión se enfrentaron, por ejemplo, KANT con Benjamin CONSTANT<sup>10</sup>. Lo que los enfrentó fue el problema de las consecuencias de

<sup>10</sup> KANT, 1996. Las citas al texto de CONSTANT están tomadas del artículo de KANT. El texto de CONSTANT («Des réactions politiques») data de 1796. Ya me he referido a este intercambio en ATRIA, 2002b, capítulo 5.

aceptar una norma genérica como «no mentirás» respecto de casos específicos en que un agente debía decidir si mentir o decir la verdad. El hecho de que la norma «no mentirás» sea una norma válida significa que ella va en el interés de todos. Usando la terminología de la ética del discurso, que provee un contexto especialmente adecuado para lo que nos interesa ahora, podemos expresar las condiciones de validez de una norma que soluciona casos genéricos en la forma de un principio, que suele ser denominado «principio de universalización»:

*U*: Una norma es válida si puede ser aceptada por todos los afectados.

Y el supuesto del que parten tanto KANT como CONSTANT es que la norma «no mentirás» satisface esta condición. Sin embargo, CONSTANT negaba que de esto se siguiera un deber incondicional de decir la verdad, y criticaba a KANT por sostener lo contrario:

El Filósofo llega incluso a afirmar que sería un crimen mentirle a un asesino que persigue a nuestro amigo y pregunta si este se ha refugiado en nuestra casa.

Que una norma satisfaga *U* quiere decir que los intereses de los afectados han sido tomados en consideración y ponderados; la norma refleja el resultado de esa ponderación, y por eso al decidir un caso al cual la norma es aplicable no es necesario ponderar de nuevo esos intereses. El caso sugerido por CONSTANT muestra, sin embargo, el problema de *U*: si el hecho de que una norma satisfaga *U* quiere decir que está justificada (= es válida), la validez de la norma queda entonces sujeta a que los intereses de las partes del caso específico sean intereses que fueron considerados y ponderados al decidir sobre ella. Como (por hipótesis) el caso de CONSTANT es un caso en el que se hacen relevantes intereses no considerados (porque no concurren en el o los casos típicos), entonces el caso muestra los límites de la justificación de la norma. Para corregir este problema podemos introducir a nuestra norma ya justificada («no mentirás») una excepción *concreta* (como: «A menos que sea necesario para salvar la vida de un inocente que es perseguido por un asesino») o podemos formularla en términos abstractos («salvo cuando sea correcto mentir, habiendo considerado todas las cosas»). Si adoptamos la primera solución, tendremos que permanecer abiertos a la posibilidad de un nuevo caso especial en el futuro, en que una nueva excepción concreta será necesaria. Pero entonces del hecho de que aceptemos una norma universal como «no mentirás» no se sigue que tengamos el deber de no mentir en un caso particular, porque, después de todo, tratándose de cualquier caso particular podría ser verdadero que también ahí se justifique mentir. La norma no guía la acción en caso alguno. Si adoptamos la segunda solución, por otra parte, entonces podemos decir que la norma obliga en cada caso (porque solo nos obliga a decir la verdad si es correcto decir la verdad), pero entonces deviene irrelevante. Uno tiene el deber de decir la verdad cuando es correcto decir la verdad porque es correcto

decir la verdad, no porque haya una norma que nos obligue a decir la verdad cuando es correcto decir la verdad. Esta última es redundante.

Nótese cómo esta disyuntiva reproduce algunas cuestiones familiares que han sido discutidas en el último tiempo en términos de la distinción entre reglas y principios: la primera posibilidad corrige la norma inicial transformándola en una norma más concreta (aunque todavía genérica: aquí «más concreta» implica que ha aumentado el número de propiedades definitorias del caso genérico del antecedente); la segunda la transforma en un principio. La diferencia entre ambas posibilidades es que una «regla» supone que los casos cubiertos por ella ya han sido solucionados y que su contenido (de la regla) refleja el resultado de una ponderación de bienes ya realizada; un «principio» supone ponderación futura. Precisamente no pretende que ha habido ponderación al momento de formular el principio, y por eso la cuestión de bajo qué circunstancias se justifica mentir no ha quedado solucionada: solo se ha decidido que, *ceteris paribus*, es incorrecto mentir.

Así las cosas, pareciera que uno debe concluir que, o tiene el deber de decir la verdad al asesino, o la idea de «norma general» carece de sentido. Mi impresión es que fue la necesidad de elegir uno de estos extremos lo que llevó a KANT a la notoriamente implausible solución de que en el caso de CONSTANT uno tiene el deber de decir la verdad. Porque es claro que, al menos en cuanto al deber de acción, la cuestión entre KANT y CONSTANT ha de decidirse a favor de este último: ¿deberíamos entonces concluir que la idea de normas generales es imposible? La conclusión es apresurada.

Debemos comenzar notando que el caso de CONSTANT es problemático porque, independientemente de cuán justificada en abstracto esté la norma «no mentirás», ella no está justificada en este caso. Que ella no esté justificada en *este caso* significa que la decisión contenida en ella refleja una ponderación de bienes que no incluye algunos de los intereses que, en el caso de CONSTANT (a diferencia de los casos «típicos» de aplicación), están presentes.

En términos de la ética del discurso, esto significa que el principio de universalización debe fracturarse en dos: uno que controla la justificación (validez) de normas y otro que controla su aplicación. El primero entiende la idea de imparcialidad que subyace a *U* en un sentido universal y recíproco («¿han sido tomados igualmente en cuenta los intereses de todos los afectados por la norma?»), mientras el otro entiende la imparcialidad en un sentido aplicativo («¿es la norma de cuya aplicación se trata una que al ser aplicada al caso trata imparcialmente los intereses de todos los involucrados en él?»)<sup>11</sup>. Es importante notar que, si bien la idea es la misma (la de imparcialidad) ella aparece de forma suficientemente distinta en cada principio, por lo que aplicar uno

<sup>11</sup> Sobre la idea de imparcialidad en sentido aplicativo, véase GÜNTHER, 1993: 39.

no es reducible a aplicar el otro. Este punto es relevante porque muestra que la necesidad de abrir un discurso de aplicación no implica negar lo decidido en el discurso correspondiente de justificación. Justificación y aplicación se diferencian por su contenido, es decir, por lo que está sujeto a determinación discursiva:

Lo que es relevante para la justificación es la norma misma, independiente de su aplicación a un caso particular. Es una cuestión de si va en el interés de todos que todos siguieran la norma. Si una norma encarna o no el interés común de todos no es una cuestión que dependa de su aplicación, sino de las razones que pueden ofrecerse para que la norma deba ser observada como una regla por todos. Lo que es relevante para la aplicación, en contraste, es la situación particular, independientemente de si la observancia general va en el interés de todos. Es una cuestión de si y cómo la norma debe ser seguida en una situación particular en vista de todas las circunstancias particulares de esta (GÜNTHER, 1993).

Es esta distinción entre justificación y aplicación la que provee la clave para entender la diferenciación institucional entre jurisdicción y legislación. Lo que nos muestra es que la figura del juez como «mero» aplicador mecánico de la ley es defectuosa no porque a veces la ley no sea mecánicamente aplicable (porque es oscura, ambigua o contradictoria, etc.), sino porque *no entiende lo que es aplicar la ley*. Esto implica corregir el cambio subrepticio de tema que ya identificamos: lo que nos importa no es el problema de la indeterminación, sino el de la impropiedad de la expresión.

Casos como el de CONSTANT han sido también discutidos con frecuencia en la teoría del derecho: PUFENDORF hacía referencia a una ley de Bolonia conforme a la cual todo el que derramara sangre en la calle debía ser sancionado con la mayor severidad, ley que fue invocada en el proceso contra un barbero que había salvado la vida de un cliente practicándole una sangría en la calle (véase PUFENDORF, 1934: 5.12.8, pp. 802-803); FULLER imaginaba una regla, a la que ya hemos hecho alusión, que prohíbe entrar vehículos al parque y se pregunta si ella sería aplicable al caso de unos veteranos de guerra que quieren usar un vehículo militar en un monumento a los caídos a ser erigido en el parque, o una regla que sanciona al que duerma en una estación de ferrocarriles que pretende ser aplicada a un pasajero que se queda dormido mientras espera en la madrugada su tren retrasado (FULLER, 1958: 664); DWORKIN discute el caso de un individuo que reclama una herencia testamentaria después de haber sido condenado por el homicidio del causante, alegando que todas las condiciones formales de validez de la asignación testamentaria habían sido satisfechas, porque la legislación aplicable no incluía una regla como la contenida en el art. 968, núm. 1 CC [DWORKIN, 1977b: 23 (73)].

Todos estos casos tienen una forma común: se trata de casos en los que la objeción no es que la ley es, en abstracto, injusta, sino que el caso en cuestión

no es un caso al cual la ley deba ser aplicada. Dicho en los términos introducidos más arriba, la objeción no es que el legislador decidió incorrectamente (injustamente, irracionalmente) que el caso genérico debía ser correlacionado con una solución genérica. La objeción es que, aun cuando esa decisión sea aceptada, y aun cuando el caso específico se caracteriza por las propiedades que caracterizan al caso genérico, propiedades adicionales del caso específico implican que este no debe ser tratado como una instancia del caso genérico, porque esas propiedades adicionales implican que en el caso están envueltos intereses que no fueron ponderados al decidir sobre la norma abstracta.

Aquí lo que nos ocupa no es decidir si esta última objeción es correcta en todos los casos mencionados más arriba. Todo lo que necesitamos es *distinguir* estas dos posibles objeciones, y notar que, como sostenía GÜNTHER, en principio ellas son independientes, porque se refieren a cuestiones distintas: uno podría objetar en abstracto la ley que sanciona al que duerme en la estación diciendo que es, por ejemplo, injusta porque es opresivo castigar a alguien por no tener un lugar donde dormir y verse obligado a dormir en la estación<sup>12</sup>. Aquí la objeción sería que es incorrecto (injustificado, injusto) correlacionar el caso *genérico* (dormir en la estación) con la solución (genérica) «prohibido». Como vimos al discutir el famoso *dictum* de MONTESQUIEU, lo que habría que decir es que la ley es demasiado rigurosa porque es injusta, porque ella no refleja los intereses de todos. Pero hay una objeción distinta que puede ser formulada, una que no necesita impugnar la correlación (abstracta) entre esos casos genéricos y soluciones genéricas: la objeción es que la ley no es aplicable al caso del pasajero que se queda dormido mientras espera su tren en la madrugada. En otras palabras, que este caso, pese a ser formalmente una instancia del caso genérico respectivo (en tanto comparte todas sus propiedades), no es un caso de aplicación de la regla.

Es importante distinguir los dos problemas. Ya hemos visto la forma genérica de la distinción: en términos de GÜNTHER, uno mira a las razones que justifican la norma, y debe ser decidido por referencia al interés de todos. El otro mira a la situación particular, y debe resolverse por referencia a la cuestión de cómo debe ser seguida la norma en ese caso particular. Pero podemos especificar esta diferenciación genérica (y sus problemas) en diferencias más precisas, y para eso es útil volver a SAVIGNY.

En el capítulo 6 hemos visto que SAVIGNY distinguió dos defectos de los que podía adolecer la ley. El primero, como se recordará, era el de expresión incompleta. Este es un problema que afecta a la ley en abstracto, en tanto impide determinar con la precisión suficiente cuál es la decisión tomada por el legislador: ¿se ha decidido que no pueden contraer matrimonio los que no pueden realizar el acto sexual, los que no pueden engendrar, o los que tengan

<sup>12</sup> Como lo hacía Jorge RODRÍGUEZ (*supra*, n. 13 del capítulo 1).

ambas formas de impotencia? Lo característico de estos problemas es que puede decirse que la expresión incompleta de la ley es propiamente un *defecto* de esta: la ley podría haber sido más clara y el problema no existiría; el legislador no legisló adecuadamente porque no expresó una decisión completa que *pueda* ser aplicada a un caso por el juez. Si el juez ha de aplicar una ley de expresión incompleta tendrá que completar la expresión. Aquí la posibilidad de aplicar sin completar es derechamente inexistente.

Pero vimos que en los casos que SAVIGNY llamaba de «expresión impropia» la cuestión es diversa. Aquí la expresión de la ley sí soluciona el caso, por lo que la alternativa que antes no existía ahora sí está abierta: puede aplicarse la expresión de la ley (decidir el caso «mecánicamente») o puede corregirse la impropiedad de la expresión. Por consiguiente, no podemos decir que la impropiedad ha de ser corregida porque no *puede* aplicarse la ley de otra manera. Necesitamos decir que, correctamente entendida la decisión legislativa, el legislador *no ha decidido* que debe sancionarse a los pasajeros que se duermen mientras esperan su tren atrasado en la madrugada, o que el heredero asesino tiene derecho a la asignación testamentaria, etc. Como la decisión legislativa («correctamente entendida») no cubre estos casos, aun cuando ellos son instancias de los casos genéricos respectivos, la ley («correctamente entendida») no es aplicable.

Aquí puede ser útil notar que la designación «ley de expresión indeterminada» es adecuada como en rigor no lo es la designación «ley de expresión impropia». El problema de la indeterminación es que la expresión legislativa no alcanza a transmitir una decisión, y es por eso incompleta; en otras palabras, es un problema apreciable *en abstracto*, sin referencia a caso alguno. Los casos en los cuales la cuestión se discute constituyen la oportunidad institucional para pronunciarse ante el problema, pero en rigor, el problema existe antes de los casos: quienquiera explicar en abstracto el significado de la disposición contenida en el núm. 3 del art. 4 de la (hoy derogada) Ley de Matrimonio Civil chilena se encontrará con el problema de qué sentido, de tres posibles (recuérdese: *a*, *b* o *ab*), debe asignársele esa regla. No ocurre lo mismo con la expresión impropia. Aquí el problema no está en la ley sino en el caso: lo que en rigor debemos decir es que la expresión de la ley, *aplicada al caso*, lo soluciona inadecuadamente, y lo soluciona inadecuadamente no porque *la ley* sea defectuosa, sino porque *el caso* es especial y respecto de él la expresión es impropia. La expresión de la ley no es impropia en abstracto: es impropia (= inapropiada) ante los hechos del caso.

Las dos consideraciones anteriores abonan la misma conclusión: la impropiedad de la expresión de la ley no es un defecto de esta, sino un problema que surge desde la consideración de un caso particular: el problema no es la ley, es el caso (el problema debería entonces ser denominado «impropiedad *de la aplicación* de la expresión de la ley»).

Esta idea es de fundamental importancia, porque si no podemos decir que la impropiedad de (la aplicación de la) expresión de la ley es consecuencia de un ejercicio deficitario o incompleto de la potestad legislativa, entonces el que corrige la expresión impropia de la ley no está haciendo lo que el legislador no ha hecho debiendo haber hecho. Si el ejercicio perfecto de la potestad legislativa no excluye la posibilidad de casos de impropiedad de la expresión legal, entonces solucionar este problema no es ejercer potestad legislativa.

Pero si no es potestad legislativa, ¿qué potestad se ejerce cuando se corrige la expresión impropia de la ley? Esta pregunta puede responderse de dos maneras dependiendo de si la tesis oculta que encontramos en el capítulo VII de *The Concept of Law* es afirmada o rechazada<sup>13</sup>. La primera respuesta lleva a la comprensión del juez como autómatas. De acuerdo a ella, la impropiedad de la expresión legal no debe ser corregida, porque es un problema jurídicamente inexistente: el caso se *define* por sus propiedades legalmente mencionadas. Podremos lamentar que esos casos ocurran, pero es el precio que debemos pagar para poder legislar mediante reglas generales. Esta es la «dureza de corazón» que según BENTHAM caracterizaba a los abogados y que, como hemos visto, subyace al subrepticio cambio de tema discutido en el capítulo 6<sup>14</sup>.

La segunda respuesta abandona la idea de aplicación mecánica: la corrección de la expresión impropia de la ley es la forma paradigmática de ejercicio de la potestad jurisdiccional, es de hecho lo que nos provee la clave para entender la jurisdicción.

Pero junto con proveernos de la clave para entender la función jurisdiccional, la impropiedad de la expresión nos advierte acerca de su improbabilidad. La distinción entre aplicación y justificación supone que las normas válidas a ser aplicadas tienen una expresión que es resistente a la apelación puramente sustantiva a la imparcialidad aplicativa, y por eso es necesario distinguir institucionalmente entre la potestad de justificar normas y la de aplicarlas. Dicho de otro modo, esta distinción es más jurídica que moral (salvo cuando se asume una comprensión jurificada de la moral), porque las normas morales no tienen, normalmente, un tenor literal que oponga resistencia a la necesidad de adecuación. En consecuencia, la cuestión crucial que surge al tratar el problema de la expresión impropia es el problema notado por SAVIGNY: la diferencia entre corregir la expresión o corregir el pensamiento (la ley) es una diferencia puramente sustantiva, que no puede ser formalmente asida. La relevancia de esta advertencia se hará evidente, espero, cuando discutamos en la nota al capítulo 13 la diferencia entre control concreto y control abstracto de constitucionalidad, que descansa sobre la distinción entre justificación y aplicación.

<sup>13</sup> *Supra*, pp. 111 y ss.

<sup>14</sup> Véase el pasaje de KELSEN ahí discutido (cit. *supra*, 115).

### 3.3. La función judicial y su estructura: el poder judicial como un poder «inexistente y nulo»

¿Cómo hacer probable la jurisdicción, esto es, la decisión de casos particulares por aplicación (en el sentido ya indicado) de la ley, sin otro fin que el de dar a cada uno lo suyo?

La respuesta que subyace a la estructura jurisdiccional es el principio de independencia, y especialmente la negación del principio comisarial. En efecto, el principio comisarial hace improbable la jurisdicción, así como el principio de independencia hace improbable la administración.

En ciertos casos la razón para esto es evidente. De hecho, es *tan* evidente que nos impide ver el problema central. Si los «jueces» fueran comisarios de, por ejemplo, el presidente de la República o el ministro del Interior, eso haría probable que la decisión de casos particulares fuera guiada por móviles de oportunidad o conveniencia del presidente o el ministro. La pregunta para el juez no sería (= es poco probable que sea) qué es lo suyo de cada parte, sino cuál es la decisión que resulta oportuna o conveniente para su comitente. Pero la cuestión como la plantea CARRASCO ALBANO nos muestra que el problema no es (o no es solo) este, sino uno más importante: que no tiene que ver con *quién* sea el comitente, sino con la idea misma de la relación comisarial. En efecto, ¿por qué no entender a los jueces como comisarios de la Corte Suprema?

Es decir, el hecho de que el principio de independencia exija no solo que no haya un comitente «externo» al Poder Judicial, sino tampoco un comitente «interno» muestra que el problema no es quién es el comitente, sino el principio comisarial mismo. Y la razón debería ser a estas alturas suficientemente clara. Para el comisario (*qua* comisario) sus acciones o decisiones son siempre instrumentales, en el sentido de que son correctas solo si resultan ser un medio adecuado para llevar adelante su encargo. El suyo es siempre un ejercicio de prudencia, incluso cuando debe aplicar la ley. Para usar los términos del art. 2.150 del Código Civil, el comisario debe «obrar siempre del modo que más se acerque a sus instrucciones y que más convenga a su misión». Y eso implica, como ya hemos visto, que para el comisario la ley aparece como un instrumento, es decir, como la definición (positiva o negativa) de los medios (normativos y materiales) con los que cuenta para desempeñar su misión. Pero es definitorio de la función jurisdiccional que para esta la ley no aparece como un medio, sino como un fin.

Es crucial entender que esta última afirmación no es «moral». Es absurdo pensar que la teoría del derecho puede responder, sin mirar al contenido de las normas, a cuál es el deber moral del individuo que ocupa el cargo de juez. Como todos los deberes morales formulados en abstracto, ellos son suscepti-

bles de ser derrotados en concreto. Por eso es importante distinguir dos preguntas: una es la pregunta qué significa actuar como juez, otra es la pregunta si en un contexto determinado un individuo tiene el deber de actuar como juez. No puedo pensar en ninguna razón en abstracto para negar que sea posible que el ciudadano que ocupa el cargo de juez tenga el deber «moral» de no actuar como juez respecto de algunas reglas. Si uno quisiera vincular estas dos preguntas, tendría que decir que todo ciudadano que ocupa el cargo de juez ha respondido afirmativamente a la pregunta «¿son estas reglas, reglas de las cuales yo puedo ser juez?»<sup>15</sup>. Pero esta no es una pregunta para el juez, es una pregunta para el ciudadano (es decir, su respuesta no es una decisión del individuo *qua* juez, sino *qua* ciudadano).

Es decir, lo que estamos considerando ahora es qué quiere decir decidir casos como juez, no quién ni cuándo tiene el deber de decidir casos como juez. Nuestra pregunta es por la inteligibilidad de una institución, no por el deber «moral» de uno o varios individuos.

Hacer inteligible la institución, como ya hemos notado, implica, en primer lugar, identificar la función que cumple; luego explicar por qué esa función requiere, para hacer su desempeño probable, de una estructura; y por último mostrar cómo esa estructura hace la función probable. Como el argumento ya está expuesto ahora podemos formularlo de modo más bien dogmático: en el caso del juez, la función es dar a cada uno lo suyo conforme a la ley; esto es improbable porque lo probable es que quien tenga que decidir use su poder decisorio para avanzar alguna finalidad distinta de dar a cada uno lo suyo. Una estructura informada por el principio de independencia hace probable la jurisdicción por la vía de configurar las condiciones de la decisión, de modo tal que es improbable que ella responda a alguna finalidad distinta de dar a cada uno lo suyo.

Este es el sentido de un pasaje también famoso de *El Espíritu de las Leyes* y que también, como el que ya hemos comentado, es habitualmente incomprendido:

El poder judicial no debe darse a un Senado permanente, sino que lo deben ejercer personas del pueblo, nombradas en ciertas épocas del año de la manera prescrita por la ley para formar un tribunal que solo dure el tiempo que la necesidad lo requiera. De esta manera el poder de juzgar, tan terrible para los hombres, se hace invisible y nulo, al no estar ligado a determinado estado o profesión. Como los jueces no están permanentemente a la vista, se teme a la

<sup>15</sup> Incluso esto es demasiado exigente. Es posible que un ciudadano asuma el cargo de juez solo para contribuir de ese modo a la lucha contra el derecho burgués. Es posible que haya llegado a la conclusión de que su contribución a la revolución será más eficaz en este puesto de lo que podría hacer con un fusil en la sierra. El dirá que es «juez» precisamente porque se trata de leyes de las cuales nadie puede ser juez. Pero aquí no se trata de un juez, sino de un revolucionario disfrazado de juez. Y no se trata de un juez precisamente porque no responde afirmativamente a la pregunta del texto principal.

magistratura, pero no a los magistrados (MONTESQUIEU, 1984: Ley 11, capítulo 6, p. 108).

Este pasaje admite dos interpretaciones. La más común, apoyada en la última frase, es que como el juez es la boca que pronuncia las palabras de la ley mientras la boca pronuncie las palabras que debe pronunciar, resulta indiferente qué boca es (de quién es), y por eso la persona del magistrado es invisible. Pero la segunda oración de esta afirmación («el poder de juzgar se hace invisible y nulo») no se refiere a la invisibilidad del magistrado sino a la invisibilidad del *poder de juzgar*, y es esta idea la que quiero considerar a la luz de las argumentaciones anteriores. Nótese también que la tesis central de este pasaje no es la indicada en la primera frase (que no debe darse el poder judicial a un senado permanente) sino en la segunda (que el poder de juzgar es invisible y nulo). El pasaje afirma que el medio adecuado para asegurar lo segundo era lo primero. Esta idea no fue particularmente influyente. Pero debe entenderse que esa recomendación era un medio para obtener una finalidad importante (la invisibilidad del poder de juzgar). Eso deja espacio para encontrar otros medios, si tenemos clara la relevancia de la finalidad.

Es importante especificar el sentido en el que el poder judicial es un poder nulo. MONTESQUIEU supone esta especificación, aunque no la desarrolla: «De los tres poderes de que hemos hablado el de juzgar es, *en cierto modo*, nulo» (MONTESQUIEU, 1984: libro 11, capítulo 6, p. 110; cursivas agregadas). ¿Por qué solo «en cierto modo»?

Desde luego no es la *autoridad* del juez para decidir un caso particular la que ha de ser invisible y nula. Para las partes el poder del juez es claramente visible (y no se ve cómo podría dejar de serlo, o cómo podría pensarse que es conveniente que deje de serlo). El «cierto modo» en que ese poder era invisible es el del art. 3 del Código Civil: la tesis debe ser que, *más allá de la visibilidad propia respecto de las sentencias en las causas en que actualmente se pronunciaren*, el poder de juzgar es invisible y nulo.

El sentido en el que esta idea debe ser rescatada es que la existencia del Poder Judicial, en uno de los sentidos en que esa expresión se usa, es una estructura que hace improbable la jurisdicción. Me refiero al uso de la expresión en frases como «la Corte Suprema es la cabeza del Poder Judicial», o en discursos hoy inducidos por agencias de cooperación internacional, que financian proyectos sobre «gobierno judicial»<sup>16</sup>. Es en este sentido, el que hace alusión a una estructura con la Corte Suprema a la cabeza y que necesita de formas de «gobierno», que el Poder Judicial debe ser «invisible y nulo», porque el Poder Judicial no existe.

---

<sup>16</sup> Sobre los supuestos de estos programas de «modernización judicial», véase KRYGIER, 2009.

Es importante distinguir los sentidos de la expresión «poder judicial». La observación de que el Poder Judicial no existe no implica que no haya jueces ni que ellos carezcan de autoridad: solo implica que ellos no tienen esa autoridad en tanto *funcionarios de una organización*. Así como las sentencias judiciales se legitiman materialmente por sujeción a la ley, y no por ser dictadas por un miembro de una organización, el poder judicial es, en su sentido propio, el poder que tiene cada juez, no el poder de una organización ejercido por un funcionario llamado «juez». El poder judicial en tanto tal carece de unidad de agencia, no es un agente colectivo (por eso debe en su sentido propio escribirse con minúsculas, y por eso he estado usando las mayúsculas en cursivas cuando me refiero al poder judicial en el sentido impropio, como «Poder» del Estado, como una organización de la cual el juez el funcionario). Cuando no se refiere a la potestad de un juez para decidir un caso, «poder judicial» no es sino una abreviación que significa: todos los jueces.

Compárese, como lo hizo CARRASCO ALBANO, con el poder legislativo: no es posible decir que «poder legislativo» sea una abreviación para hacer referencia a los miembros de las cámaras, porque cada miembro de una cámara no tiene autoridad en la forma en que la tiene el juez. La expresión «poder legislativo» indica a un tipo especial de agente colectivo, es decir, una pluralidad de individuos que es entendido por el sistema jurídico como un agente. Es el poder legislativo, y no la mayoría de ambas cámaras, el que aprueba una ley. Toda la autoridad que tiene un diputado o senador la tiene en virtud de que contribuye a formar la voluntad de un agente colectivo.

La situación del poder judicial desde este punto de vista es radicalmente distinta. No es el Poder Judicial el que decide un caso o dicta una resolución, es el tribunal respectivo. El Poder Judicial no actúa, no aparece. Solo aparece el tribunal. Como un poder del Estado que actúa en tanto tal, uno que ha de escribirse con mayúsculas, el poder judicial no existe. La idea de un Poder Judicial con agencia y auto percepción de agencia colectiva es diametralmente opuesta al Estado de derecho, porque solo cuando el Poder Judicial es en este sentido *nulo* es probable que quienes deben solucionar litigios lo hagan como jueces y no de otro modo.

Hemos dicho que la jurisdicción es el poder de dar a cada uno lo suyo de acuerdo a la ley, y que «aplicar la ley» es algo más sofisticado que la idea peyorativa asociada con la «mera» aplicación «mecánica» de la ley. La aplicación de la que hablamos incluye el poder de adecuar las normas generales cuando estas adolecen, en términos de SAVIGNY, de *expresión impropia*. Esto es algo que se aprecia atendiendo al caso particular. Por tanto, lo que la organización del poder judicial (en el sentido propio, como una abreviatura: la organización del conjunto de jueces) debe lograr es maximizar la capacidad del juez para atender al caso. Pero ¿qué características institucionales afectan la capacidad del juez para atender al caso? La respuesta genérica es: impide al juez atender

al caso *cualquier consideración instrumental* del mismo. Atender al caso es intentar comprenderlo en sus propios términos, no como un instrumento para algo. Todo lo que haga probable que el juez mire instrumentalmente los casos de los que conoce hace improbable la jurisdicción. Y como para tener instrumentos es necesario tener finalidades, la estructura primera de la organización de los tribunales es *impedir que ellos desarrollen finalidades propias*.

Recuérdese que si la administración del Estado tenía una finalidad (art. 3 Ley 18575) la administración de justicia tenía una función o una facultad (art. 1 COT). Como decíamos entonces, si nos viéramos obligados a especificar la finalidad del poder judicial tendríamos que decir: su finalidad es resolver casos aplicando adecuadamente la ley; su finalidad es ejercer de modo adecuado su facultad.

Pero desde luego, del hecho de que la ley no le asigne expresamente una finalidad no se sigue que cuando el juez deba conocer del caso no perseguirá alguna finalidad, así como el hecho de que la ley le imponga el deber de no perseguir ninguna finalidad no es suficiente para hacer probable que no persiga finalidad alguna. Uno puede imaginar finalidades obvias de dos tipos que la ley puede de modo relativamente fácil eliminar. Las del primer tipo son finalidades privadas, y se solucionan haciendo el estatuto del juez inmune al contenido de sus decisiones. Es evidente que si el juez cree que su permanencia en el cargo o su salario o sus condiciones de trabajo o su progreso en la carrera judicial serán afectados por el modo en que decida es improbable que decida teniendo a la vista no lo que a las partes en derecho corresponde, sino qué decisión es la que mejor avanza sus propios intereses.

La segunda es la que implica el entenderse parte de una organización, y tener entonces la función de contribuir al logro de la finalidad de la organización. En efecto, si existe una entidad que debe actuar en un caso a través de uno de sus miembros, es prácticamente inevitable que ese miembro se pregunte cómo su acción en ese caso promoverá o perjudicará la posibilidad de la entidad de actuar en el futuro. No se trata de que la finalidad, aspiración o iniciativa para la cual el caso es una oportunidad sea reprochable: a veces lo será y otras veces no lo será. El problema no es la naturaleza reprochable o no de la finalidad, el problema es que cuando hay una finalidad para la cual el caso es concebido como un instrumento ya no hay decisión del caso en sus propios términos, sino uso instrumental del caso.

Esta es, entonces, la razón por la que en un Estado de derecho el Poder Judicial necesita ser «inexistente y nulo»: en la medida en que el poder judicial se concibe a sí mismo como un agente colectivo, con intereses y demandas propias, la presión por entender el caso no en sus propios términos sino como una oportunidad para avanzar sus intereses colectivos puede ser irresistible. Si «el Poder Judicial [...] ha estado y está clamando por [...] reformas, que no

deben seguir esperando»<sup>17</sup> y cuya satisfacción depende de la disposición de otros Poderes de Estado, es ingenuo pensar que el juez atenderá en sus propios términos al caso cuando él (o su superior) crea que la posibilidad de que el clamor del Poder Judicial sea escuchado dependerá de cómo decida. En ese contexto, lo probable es que el juez pase a ser entendido como un mandatario, un comisario del superior, cuyo deber es decidir del modo que más conviene a la organización.

---

<sup>17</sup> Ministro M. Garrido M., presidente de la Corte Suprema, en su discurso de inauguración del año judicial, 1 de marzo de 2002 (la cursiva es agregada).

## CAPÍTULO 11

### EL CICLO DE LA ADJUDICACIÓN EN ACCIÓN

¿De qué depende que una potestad esté configurada de un modo o de otro? El argumento de los capítulos anteriores responde esta pregunta por referencia al *modo de legitimación material de una decisión de ejercicio de esa potestad*. Hemos observado que la distinción entre jurisdicción, legislación y administración es la diferenciación entre tres modos de legitimación material, es decir, tres modos de mostrar cómo es que una decisión de ejercicio de una potestad pública es reconducible, en cuanto a su contenido, al pueblo.

Atender solo al modo de legitimación material, sin embargo, no es suficiente: hemos visto que los conceptos jurídicos son conceptos funcionales, pero no inmediatamente funcionales: son conceptos funcionales estructuralmente mediados. Y la forma característica del Estado moderno no aparece mientras no atendemos a la mediación estructural de la función, a las estructuras cuya justificación reside en que hacen probable que las decisiones tomadas al albur de ellas estén legitimadas conforme a la modalidad específica de legitimación material de cada potestad.

La respuesta a nuestra pregunta inicial, entonces, es: depende de la función que cumple, porque la estructura está subordinada a la función. La función determinará el modo de legitimación material que le es propio, y ese modo de legitimación determinará la estructura respectiva.

#### 1. LOS PRESUPUESTOS Y LÍMITES DEL RAZONAMIENTO FORMAL

Hemos visto que el juez tiene la función de correlacionar el caso específico sometido a su conocimiento con una solución específica: «prohibido»,

«permitido» u «obligatorio». Pero como lo que el juez debe hacer es decidir el caso conforme a la ley, en principio la decisión judicial asume sin discutir la correlación genérica contenida en la ley. Esto quiere decir que el juez ha de decidir guiado por razones formales. La pregunta para el juez es una pregunta de aplicación de una norma abstracta válida, no por la norma abstracta misma. La norma abstracta es justificada, ante el juez, porque ella reúne determinadas condiciones de validez institucionalmente caracterizadas.

Que el juez ha de decidir guiado por razones formales quiere decir que la decisión judicial se basa en razones cuyo mérito no está sujeto a discusión. Y la pregunta es si el hecho de que sea razonamiento formal justifica calificar a esta manera de entender la responsabilidad de un juez como «formalismo» en sentido peyorativo.

El argumento por la afirmativa podría construirse sobre la base de las críticas de Jeremy BENTHAM al *common law* inglés. De acuerdo a BENTHAM, el sistema de precedentes (que obliga al juez a decidir no como él cree que es correcto decidir dados los hechos del caso, sino conforme a decisiones anteriores) conduce a la «actuación sin razón, a la franca exclusión de la razón y por consiguiente a una oposición a la razón» (véase BENTHAM, 1983: vol. I, p. 434). El juez podrá creer que es razonable declarar la conducta del demandado «permitida», pero hay un precedente aplicable conforme al cual debe ser declarada «prohibida». El juez no puede discutir derechamente el problema: ¿debe la conducta del demandado ser prohibida? En vez de eso debe y puede discutir una cuestión distinta, *formal*: ¿está este caso cubierto por el precedente anterior? Para BENTHAM, esto era pedirle al juez que para decidir ignorara las razones importantes (las sustantivas, es decir las razones por las que la conducta del demandado debería o no ser prohibida) y considerara otras razones (las razones institucionales sobre la aplicabilidad del precedente). La crítica de BENTHAM era que esto era decidir *irracionalmente*: al decidir sobre los derechos del demandado, el juez lo haría sin considerar las razones importantes.

No es este, desde luego, el lugar para discutir si la crítica de BENTHAM al *common law* de su época era correcta o no. Algo de eso ya hemos hecho en el capítulo 6, al explicar el sentido en el que la ley puede ser, como decía MONTESQUIEU, ciega y clarividente a la vez. Ahora debemos notar que, en los términos de la teoría del derecho hoy dominante, que no ve en la ley nada especial y la trata solo como un modo más de producción de normas generales, no hay razón por la que este argumento deba ser restringido solo al precedente y la regla de *stare decicis*. Lo que hoy en la teoría del derecho (particularmente en Estados Unidos) se denomina «pragmatismo» es una generalización de este argumento de BENTHAM, generalización que puede formularse de la siguiente manera: al decidir sobre el caso sometido a su conocimiento, el juez decidirá sobre cuál es la solución específica con la que debe correlacionarse el caso específico. Pero lo hará asumiendo una determinada correlación entre el

caso genérico y una determinada solución genérica, sin atender a las razones que justifican esta correlación genérica. ¿No puede el afectado quejarse (como lo hacía BENTHAM) de que el juez está decidiendo sobre sus derechos actuando sin razón, con franca exclusión de la razón y por consiguiente por oposición a la razón?

A diferencia de la teoría hoy dominante, que como está dicho no ve en la legislación nada más que un modo entre otros de creación de normas, el argumento de este libro entendería que la objeción de BENTHAM no era a la existencia de razones formales, sino a las peculiares razones formales que ofrecía el *common law*. Para BENTHAM el problema era que las reglas formales que los jueces aplicaban eran reglas que no habían sido hechas racionalmente, sino que eran el resultado del trabajo de «obreros clandestinos», siempre trabajando, siempre negando lo que han hecho cuando ya lo han hecho<sup>1</sup>. Por eso BENTHAM creía que la solución no era la abolición del razonamiento formal, sino la codificación.

Pero ya hemos visto que las esperanzas de BENTHAM en la posibilidad de la ley de resolver el ciclo de la adjudicación eran infundadas. Entonces podríamos preguntarnos si la idea de que su crítica al *common law* no alcanzaba a la legislación no era igualmente infundada, con lo que la crítica se transformaría en una objeción al razonamiento formal, no al sistema de precedentes. Es decir, podríamos ahora reinterpretar a BENTHAM como un pragmatista, y preguntarnos, ¿bajo qué condiciones la crítica de BENTHAM al sistema de precedentes vale como una crítica al razonamiento formal?

La cuestión nos lleva a lo que Patrick ATIYAH ha llamado «los presupuestos del razonamiento formal» (ATIYAH, 1984: 118). Esto nos dará una pista importante cuando, en la sección siguiente, intentemos identificar la presión adaptativa a la cual las exigencias de legitimación material sujetan a las estructuras del derecho.

ATIYAH nota que «en los años recientes» (escribiendo en 1984) ha habido una sistemática decadencia «en el derecho de contratos y, en verdad, probablemente en todo el derecho» del peso de las razones de forma. El caso del derecho de contratos, en particular a la luz del surgimiento del derecho de protección al consumidor, es especialmente claro en esto:

Cada vez más los tribunales parecen dispuestos a explorar la transacción, abrirla, e ir más allá de las razones de forma, y atender a las razones de sustancia para la creación o negación de las obligaciones (ATIYAH, 1984: 116).

¿Qué explica esta decadencia del razonamiento formal? La explicación de ATIYAH mira al sentido del razonamiento formal, que implica ciertos presupuestos del mismo:

---

<sup>1</sup> Véase *supra*, n. 19 del capítulo 2.

Un extendido uso de razones de forma en la adopción de decisiones presupone a mi juicio que las razones de sustancia también serán, o han sido, o cuando menos podrían haber sido, más apropiada y satisfactoriamente consideradas en otra oportunidad, o en alguna otra manera o por alguna otra persona (ATIYAH, 1984: 118).

Cuando el juez decide por aplicación formal de la ley, por ejemplo, esa decisión formal (en tanto se niega a considerar las razones de sustancia para la norma legal) no es (por esto) arbitraria, porque si bien la cuestión sustantiva de si hay o no buenas razones para la correlación abstracta que contiene la ley entre el caso genérico y la solución genérica es excluida de consideración, dichas razones han sido consideradas por el legislador. No se trata de que la cuestión no sea considerada, sino que ya ha sido considerada. Nótese que la decisión que el juez se rehúsa a revisar es la decisión del caso genérico, no la del caso específico. Lo que justifica la aplicación formal de la ley es que el presupuesto identificado por ATIYAH se satisface en alguna medida suficientemente adecuada: en la medida en que sea razonable para el juez descansar en el hecho de que la cuestión ya ha sido decidida, no hay necesidad (ni justificación) para decidirla de nuevo, para corregir el juicio legislativo. Esto vale para la ley, tanto como para el contrato y el testamento (etc.). El juez que se limita a declarar que el contrato es formalmente válido y por consiguiente debe ser cumplido, y que sobre esa base rechaza la defensa del demandado que alega que no debe cumplir porque el contrato es (sustantivamente) injusto, descansa en el supuesto de que el contenido del contrato fue discutido y querido por las partes. Al negarse a escuchar el argumento sobre la injusticia del intercambio que ahora levanta una de las partes, el juez no está negando la relevancia de que el intercambio sea justo, sino actuando en el entendido de que esa cuestión fundamental ya fue respondida por quienes estaban en una mejor posición que él para hacerlo. Si este supuesto implícito del razonamiento formal es correcto, entonces el razonamiento formal no es *per se* irracional. Cuando lo es, deviene irracional: si nunca nadie pudo discutir la justicia del intercambio es irracional negarse a considerarlo hoy con el argumento de que ya fue decidido. Aquí la forma se transforma en *pura* forma, «ritualismo» irracional.

El supuesto del razonamiento formal, entonces, es que la irrelevancia de las razones de sustancia al adjudicar puede ser entendida como *desplazamiento* (de la cuestión sustantiva a otro órgano o procedimiento mejor situado para resolver) y no como *negación* (de la relevancia de las consideraciones sustantivas). Como dice ATIYAH:

La interpretación literal, esto es formal, de una ley, ignorando las consecuencias y tal vez las intenciones del Parlamento, puede resultar más justificable si es posible asumir, primero, que las leyes son redactadas y aprobadas con cuidado, de modo que la presunción de que el significado literal refleja correctamente la intención del Parlamento es una presunción fuerte; y en segundo término, si puede asumirse que el Parlamento actúa de modo razonablemente

ágil para remediar cualquier deficiencia en la ley causada por tal decisión. Si la redacción de las leyes fuera hecha siempre con espantosa ineptitud y oscuridad, y si el Parlamento se rehusara a hacer cualquier cosa al respecto, es seguro que los tribunales no intentarían interpretar las leyes en una forma literal y formal. Es, después de todo, solo desde que se extendió la práctica de redactar y aprobar las leyes en la forma actual, que los métodos actuales de interpretación fueron adoptados (ATTYAH, 1984: 118).

Así las cosas, las razones formales («excluyentes») que justifican que el juez decida sin considerar las cuestiones sustantivas, son modos institucionales de proteger competencias asignadas a órganos que, por distintas razones, están en mejor posición que el juez para decidir la pregunta por la justificación de las reglas, es decir, para decidir sobre si una decisión va o no en el interés de todos (razonamiento formal como desplazamiento de la sustancia; véase ATTYAH, 1984: 117-118). Por eso, como está dicho, la crítica de BENTHAM al *stare decisis* no es extensible al derecho legislado. El problema de BENTHAM no era el razonamiento formal, sino el hecho de que el *common law* (en tanto derecho pre-moderno) exigía decidir conforme a decisiones que no habían sido tomadas por nadie (y el razonamiento formal no podía ser entendido como desplazamiento de la cuestión sustantiva, sino como negación)<sup>2</sup>.

Ahora bien, es precisamente esta respuesta la que no está disponible cuando se trata de un caso de expresión impropia. La objeción del afectado ahora no será a la solución genérica con la que la ley correlaciona un caso genérico, sino al hecho de que su caso no es, propiamente hablando, una instancia del caso genérico decidido por el legislador, a pesar de que conforme a la expresión de la ley sí lo es. En otras palabras, la queja es que al legislar el legislador no consideró casos como el suyo. La regla que prohíbe vehículos en el parque ha de ser entendida en el sentido de que el legislador ponderó el interés de los que quieren usar sus vehículos en el parque y el de los usuarios del parque por un entorno tranquilo y seguro. Hecha esa ponderación, decidió que iba en el interés de todos que el primero cediera (en determinadas condiciones) ante el segundo. Sin embargo, esa ponderación no tiene consecuencia alguna para la pregunta de si es o no permisible usar un vehículo en un memorial a los caídos a ser erigido en el parque, porque los intereses que resultan afectados en este caso, dado lo peculiar de él, son distintos a los que aparecen envueltos en los casos típicos de aplicación. Solo estos fueron ponderados por el legislador.

---

<sup>2</sup> La objeción benthamita al *stare decisis* es obviamente incorrecta en términos del derecho pre-moderno, porque en esos términos el caso decidido anteriormente no es una regla, sino una especificación de lo que la razón exige en circunstancias determinadas, y el *stare decisis* implica que si las circunstancias del caso actual son suficientemente análogas, la razón lleva a la misma conclusión. BENTHAM, por supuesto, creía que todo esto eran mitificaciones. En los términos que hemos utilizado aquí, la crítica de BENTHAM mostraba que los supuestos de legitimación material en los que descansaba el *common law* (esta idea de «lo razonable» que se especificaba progresivamente) habían desaparecido, y por eso era necesaria una nueva estructura.

Del mismo modo, la regla que prohíbe dormir en la estación no refleja un juicio legislativo sobre cómo han de ponderarse los intereses de los usuarios de la estación y los del pasajero cansado que espera su tren atrasado, de modo que la decisión legislativa fue que va en el interés de todos que el segundo ceda ante los primeros. Habrá que decir (por ejemplo) que los intereses ponderados fueron otros, los que están presentes en los casos típicos (el de unos por usar la estación sin que bancos estén ocupados por sujetos que ocupan a la estación como refugio y el de estos de usar la estación para pasar la noche). Entendida así la regla, la decisión de aplicar «mecánicamente» la regla y sancionar al pasajero que en la madrugada esperaba su tren atrasado es una que no toma en cuenta sus intereses; *es decidir conforme a una decisión que no ha sido tomada*. Implica que el caso específico estará siendo solucionado sin que nunca nadie haya atendido a los intereses del sancionado: no lo considerará el juez, porque aplicará («mecánicamente») la regla, pero tampoco los consideró el legislador cuando dictó la ley, porque no tuvo presente casos de ese tipo. Ahora sí, la crítica de BENTHAM reaparece con toda su fuerza: la decisión es arbitraria, porque nadie ha decidido que *en esas circunstancias* una acción como esa merece sanción. No se trata de que el legislador haya decidido injustamente el caso, dando a los intereses de los usuarios de la estación mayor consideración que al de los que deben esperar largamente trenes atrasados, pese a que estos son más importantes.

¿Cómo justificar la aplicación «mecánica» de la ley cuando se trata de un caso de expresión impropia? La manera obvia es entenderlo como una necesidad, como una suerte de *trade-off* (lo que en el capítulo 6 fue llamado un «compromiso externo»): si se le entrega al juez la potestad para rectificar la expresión impropia de la ley se corre el riesgo de que, «so pretexto» (en términos del art. 19 CC) de hacerlo, el juez cambie la ley; si no se le entrega el riesgo es el de «acumular a sabiendas injusticias sobre las cabezas de quienes no las merecen». Es necesario elegir, porque no pueden evitarse ambos riesgos. El primer riesgo es que el autogobierno democrático devenga imposible o insustentable, en la medida en que los jueces no estarán sujetos a la ley si no creen que es sustantivamente correcta (lo que quiere decir: no estarán sujetos a la ley); el segundo riesgo es el de decidir sobre la vida, la propiedad o la libertad de una persona por referencia a una norma que no toma en cuenta sus intereses. La elección (en el contexto de una defensa de la idea de aplicación mecánica) prefiere correr el segundo riesgo. Y aquellos sobre cuyas cabezas se acumulan inmerecidamente injusticias son entonces utilizados como instrumentos, como medios para hacer institucionalmente posible el autogobierno democrático. Son el *precio* que lo hace posible.

Pero lo que es necesario para hacer al autogobierno institucionalmente posible es que el juez no decida esos casos como juez, no los decida por aplicación de la ley, sino que los decida mecánicamente, como un autómatas. Una

vez que el subrepticio cambio de tema que ocurrió durante el siglo XX es corregido, puede apreciarse que el formalismo es efectivamente una «exageración» o un «vicio» [HART, 1994: 126, 129 (157, 161)], pero que la exageración no está en pensar que no hay casos de expresión indeterminada sino en que actúa como juez el que aplica mecánicamente la ley.

Como el juez aplica la ley, el juez en tanto tal no puede poner en cuestión la validez de la ley. Ese siempre fue el argumento más poderoso para la comprensión de la jurisdicción como una actividad mecánica. Hemos visto que debe rechazarse esta comprensión de la jurisdicción, pero que debe aceptarse la premisa de la cual partía. La conclusión a ser rechazada se sigue de la premisa a ser aceptada solo con la ayuda de una premisa menor que es la que debe ser rechazada, la premisa oculta del capítulo VII de *The Concept of Law*: que aplicar la ley no es sino reiterar su expresión cambiando el cuantificador universal que contiene («para todo  $x$ ») por una expresión indexical («este  $x$ »).

Porque reiterar la expresión universal de la ley en el caso particular no es aplicar la ley. Aplicar la ley supone distinguir casos de aplicación de la ley de casos de falsa aplicación de la ley. Un caso es de falsa aplicación de la ley (desde luego) cuando no reúne las propiedades que caracterizan al caso genérico, pero también hay impropiedad de la expresión legal, es decir, cuando se trata de un caso en que la expresión de la ley traiciona su sentido. Aquí la peculiaridad del caso permite que el juez corrija la aplicación de la ley *sin negar* la obligatoriedad ni la validez de la norma en cuestión. Y es esta explicación de lo que significa aplicar la ley lo que nos permite caracterizar la jurisdicción. La función que define la jurisdicción es la de aplicar la ley a casos particulares, aplicación que no es «mecánica» sino que incluye la obligación de asegurar que el caso es lo suficientemente «normal» como para que la norma que conforme a su expresión es aplicable deba ser aplicada<sup>3</sup>. El juez es un aplicador, no un «mero» aplicador, de leyes. Aplicar las leyes significa determinar si el caso es cubierto por la expresión de una regla general, y si lo es, decidir que el caso debe ser resuelto por la aplicación de la regla general o si la regla general está formulada de modo impropio para el caso por lo que debe ser adecuada a este.

Lo que esto significa es que el fundamento de la distinción entre legislación y jurisdicción, y su necesaria complementariedad, se encuentra en las condiciones necesarias para hacer posible la vida política sin opresión, para que podamos vivir juntos sin tratarnos unos a otros como instrumentos para hacer posible esa convivencia.

---

<sup>3</sup> Esta cuestión (*i. e.* la de la distinción entre modificar una norma y adecuar su aplicación) es una de las que es discutida reiteradamente en ATRIA, BULYGIN, MORESO, NAVARRO, RODRÍGUEZ y RUIZ MANERO, 2005.

Esto no significa ignorar las prevenciones de SAVIGNY, ni lo que llevó a los juristas de la codificación a excluir la impropiedad de la expresión (como lo hace el art. 19 del CC). La impropiedad de la expresión es una noción informe, y eso hace que no pueda ser identificada formalmente. Esto, a su vez, implica que ella puede ser usada como un «pretexto» para incumplir la ley.

Que la distinción sea «informe» explica que una teoría sobre el «concepto» de derecho la ignore, y trata a la impropiedad como un caso de rechazo «valorativo» al derecho vigente. Pero si adoptamos una óptica institucional, no «teórica», podremos tratar el tema de un modo distinto. Podremos decir que el hecho de que la distinción carezca de forma hace probable que ella sea ignorada, y entonces será una cuestión institucional si es posible que esa improbabilidad sea neutralizada.

Y es esta óptica institucional (no «teórica») lo que nos da la clave. Ya hemos visto que si el legislador debe crear nuevas normas generales, lo que debe guiar la configuración del órgano y el procedimiento legislativo es la finalidad de dar forma institucional a un espacio en el cual sea probable que las decisiones se tomen solo después de dar debida consideración a los intereses de todos los afectados. Pero nuestro problema es que es incompatible con la condición humana (dada nuestra relativa ignorancia de hecho y nuestra relativa indeterminación de propósito) pretender que sean considerados los intereses de todos los potencialmente afectados por toda *posible* aplicación de una regla formulada en abstracto. En consecuencia, tendremos que decir que la solución que la expresión de la ley implica para esos casos es arbitraria, es decir, no fundada en razones que hayan sido consideradas por el legislador. Y el problema de legitimación es: ¿cómo puede justificarse ante el ciudadano afectado el hecho de que, como consecuencia de una decisión en este sentido arbitraria (= una decisión que no toma en cuenta sus intereses), su vida, su libertad o su propiedad se vea más o menos seriamente afectada? La respuesta que subyace a la comprensión del juez como un autómatas (la necesidad de un *trade-off*) apela a lo que es necesario para hacer posible la legislación (la dictación de normas genéricas, *de classibus*). La vida, la propiedad o la libertad de los afectados por esas decisiones arbitrarias han de ser utilizados como instrumentos para obtener la finalidad de hacer posible la legislación. Todo nuestro problema (y el sentido en que debe ser rescatada la «revuelta contra el formalismo») reside en que esta justificación es insuficiente, es decir, es una que no muestra el debido respeto por la dignidad del ciudadano.

La explicación de la jurisdicción defendida en este libro rechaza esta posibilidad. Es precisamente por eso que el Estado de derecho, fundado en el reconocimiento de la dignidad de los ciudadanos, exige que la vida, la libertad o la propiedad de un individuo no puedan ser afectadas sin dar a ese individuo la posibilidad de que un juez considere su caso. Este es el contenido de lo que

suele denominarse la garantía de la tutela judicial efectiva, o debido proceso: que los individuos no han de ser utilizados como medios para hacer posible la legislación democrática: que entre la universalidad de la ley y la particularidad del caso exista la posibilidad de la intervención mediadora del juez.

Esta distribución del trabajo entre legisladores y jueces asigna a cada uno la función de decidir cosas distintas: el legislador debe decir qué es lo que, en los casos normales, va en el interés de todos; el juez debe decidir *esos* casos conforme a la decisión legislativa, pero antes de eso tiene que tener la posibilidad de mirar el caso del que conoce para determinar si es uno de ellos o no. Esto, que puede parecer una formulación abstracta o «teórica», es imprescindible para comprender el modo en que las instituciones legislativas o jurisdiccionales están configuradas y, más urgentemente hoy en día, qué aspectos de esas configuraciones son disfuncionales y deben ser corregidas. Pretender reformar las instituciones legislativas o jurisdiccionales sin tener claridad respecto de cuál es la función que esas instituciones deben realizar, no es particularmente racional.

La función legislativa es identificar las normas que van en el interés de todos; su estructura, entonces, ha de ser una que hace que eso sea probable. Por eso el cuerpo legislativo en todos los sistemas democráticos es siempre una asamblea que en principio al menos pretende representar a todos los miembros de la comunidad política. El legislador no necesita considerar ningún caso particular, porque para cumplir su función no es, en rigor, necesario hacer referencia a ningún caso específico. Lo que el legislador necesita es considerar la norma de cuya justificación se trata a la luz de las razones que para ella se pueden ofrecer, y decidir si, desde el punto de vista de todos, esa norma es *imparcial*, es decir, si toma en cuenta sus intereses igualmente. Por eso no hay división de funciones dentro de las cámaras legislativas: cada diputado y cada senador tiene la misma función y la misma autoridad que el siguiente, porque todos representan en la misma medida.

Pero el juez no necesita representar a nadie. Lo que aparece ante el juez es una norma que ya ha sido sometida al procedimiento legislativo de justificación, y por esto el juez no debe volver a preguntarse si la norma representa adecuadamente los intereses de todos los involucrados. Por supuesto, es posible que el juez crea que no lo hace, que ha habido un error legislativo (es decir: el juez puede, como cualquier otro ciudadano, creer que la ley es injusta). Debido a la distinción entre la función legislativa y la judicial como ha sido formulada más arriba hay, sin embargo, una decisión que el legislador no ha tomado, por la que el juez no puede respetarla (no es posible respetar una decisión que no ha sido tomada; DETMOLD, 1989: 453): *el legislador* no ha decidido que la norma es aplicable a *cada uno* de los casos cubiertos por el significado de la norma. El legislador solo ha considerado la aplicación de la norma a los casos típicos, por lo que el juez deberá determinar si el caso

del que conoce es un caso típico o no lo es. Por eso nuestras instituciones judiciales están diseñadas para maximizar la posibilidad de que todo elemento relevante del caso concreto delante del juez sea sujeto a un escrutinio lo más cercano posible. Esto se conecta con lo que siempre ha sido característico de la función judicial: que trata de la aplicación de la ley a *casos particulares y singulares*. Este es el sentido de la idea de *res ipsa loquitur* («los hechos hablan por sí mismos»). Esta afirmación es absurda si se entiende en el sentido de que los hechos tienen normatividad inmanente<sup>4</sup>. Los hechos, por supuesto, reciben una significación institucional en virtud de reglas y, en este sentido, no hablan por sí mismos. Pero teniendo esta (importante) prevención en mente es posible entender que el sentido de este aforismo es enfatizar que el juez debe dejarse impresionar por el caso singular ante él. En un sentido metafórico pero no imaginario, la jurisdicción consiste en *dejar que los hechos hablen*, en atender al caso para poder apreciarlo en sus propios términos y decidir si es un caso especial o no lo es.

Aquí podemos incorporar la referencia a las tres ideas de CAPELLETTI (capítulo 7), como condiciones institucionales para hacer probable una decisión propiamente jurisdiccional. Es decir, una decisión que da a cada uno lo suyo por aplicación de la ley. El juez no tiene interés en el *tema*, porque no elige los casos que ha de decidir y por eso es improbable que los use para desarrollar su propia agenda (*ubi non est actio, non est jurisdictio*); pero tampoco tiene interés en el caso, porque si lo tuviera sería improbable que lo decidiera imparcialmente (*nemo iudex in causa propria*).

La tercera regla de CAPELLETTI (*audiatur et altera pars*) apunta a otra característica distintiva de la organización institucional de la jurisdicción: en el proceso judicial participan diversas personas ocupando roles diferenciados: cada parte con sus abogados, el juez en una posición equidistante de ambas, con autoridad sobre ellas. El sentido de esta distinción de funciones es crear un espacio institucional para que el caso particular, único e irrepetible, pueda ser sujeto a un escrutinio tan cercano y atento como sea posible, porque es en esa particularidad donde se encuentra lo que hace que a su respecto la expresión legal pueda ser impropia. Como resultado de la suma de estas condiciones institucionales (y otras) se hace probable la idea del administrador de justicia como aquel que da a cada uno lo suyo. Pero para hacer probable esta idea de (solo) administrar justicia es necesario, por un lado, que el juez no decida cuestiones de justificación de normas, lo que supone entonces que puede descansar en normas ya justificadas; es decir, que lo que hace es aplicar la ley. Y es necesario adicionalmente que al decidir el caso lo trate instrumentalmente, porque entonces no dará a cada parte aquello a lo que cada una tiene

---

<sup>4</sup> Porque, como sostuvo HART, «las situaciones de hecho no esperan al juez claramente etiquetadas con la regla que les es aplicable» (HART, 1983d: 106).

derecho, sino lo que es conveniente y oportuno. La reflexión sobre la jurisdicción que ignora o minimiza su vinculación a la ley, entonces, en la medida en que minimiza la importancia de la justificación previa de normas, hace a la jurisdicción algo más improbable. Esto, sin embargo, no muestra la profundidad del problema hoy. Porque aunque ha tendido a ignorarlo, la teoría del derecho actual muestra alguna consciencia de la relevancia de la legislación. La Administración, por su parte, ha estado enteramente ausente. Y hoy el riesgo de que la jurisdicción se transforme progresivamente en Administración es especialmente grave.

Esto muestra el sentido en el que la jurisdicción es, especialmente en el contexto intelectual actual, la más improbable de las tres potestades estatales: su sujeción a la ley es improbable, y por consiguiente está siempre expuesta a ser reinterpretada como creadora, no aplicadora de reglas, como un espacio para ponderar bienes y determinar qué es lo que va en el interés de todos y no para decidir por aplicación de estándares que no requieren de nueva ponderación (es decir, en términos de legislación). Pero su orientación al caso particular es por lo mismo improbable también, y está entonces expuesta (especialmente hoy) a ser reinterpretada como si se tratara de arbitrar el uso racional de medios para obtener fines (es decir, en términos de Administración). Esto hace que se justifique una atención especial a la improbabilidad de la jurisdicción, y a las presiones que la empujan a transformarse en algo distinto.

## 2. LA PRESIÓN ADAPTATIVA DE LA LEGITIMACIÓN MATERIAL

Para empezar, considérese lo que en ciertos contextos se llama «pragmatismo» como explicación de la función jurisdiccional (sobre lo que volveremos en la Nota II a este capítulo). El «pragmatismo» no puede ser una teoría de la jurisdicción, precisamente porque la potestad jurisdiccional, si el pragmatismo fuera correcto, no sería sino una forma de potestad administrativa. La cuestión del pragmatismo no se entiende correctamente si se presenta como una alternativa a la comprensión «tradicional» de la función jurisdiccional. Es mejor entenderla como la afirmación de que no hay justificación posible para la potestad jurisdiccional, lo que quiere decir: no hay una función que sea correctamente designada con la expresión «jurisdiccional». Ello porque es irracional (o imposible, etc.) pretender aplicar en casos particulares la ley con la finalidad única de dar a cada uno lo que bajo la ley es suyo.

¿Qué se puede responder a esta objeción? Ya hemos encontrado un intento de respuesta a objeciones de este tipo en lo que DWORKIN llamó «el aguijón semántico»: consiste en preguntarse si la jurisdicción es conceptualmente necesaria para pensar el derecho, es decir, constituye o no una obviedad acerca del derecho decir que hay jueces. Pero ya sabemos que esta respuesta es insos-

tenible, porque da por sentado todo lo que es importante (en particular, aquí, qué es eso de lo que habremos de preguntar si es una obviedad que siempre existe).

Damos un paso importante si notamos lo que ya hemos enfatizado varias veces: que esta no es una pregunta por *conceptos* sino por *instituciones*: la pregunta por el «concepto» de jurisdicción es importante porque nos interesa saber cuál es el sentido que hay detrás de las estructuras que cándidamente (y revisablemente, por supuesto) reconocemos como jurisdiccionales. Recuérdese lo que dijimos más arriba sobre el concepto de «cuasicontrato». Decir que «cuasicontrato» es un concepto nominal es afirmar que el hecho de que usemos esa palabra para designar ciertas formas jurídicas (en Chile: la agencia oficiosa, la comunidad, el pago de lo no debido, etc.) es en rigor arbitrario, carece de racionalidad y se explica solo porque siempre se ha hecho así. ¿Qué sustenta esta afirmación? Nada, aparte del hecho de que conocemos la historia del concepto (y de otros relacionados, como contrato, delito y cuasidelito), y de que hemos sido más o menos exitosos en proveer racionalizaciones de los conceptos relacionados pero no del cuasicontrato, etc. La pregunta, dicho de otro modo, no es por el mobiliario verdadero de nuestro mundo conceptual, sino por el sentido de las distinciones que hacemos, de las instituciones bajo las cuales vivimos. Análogamente, el que llega a la conclusión de que no hay tal cosa como «jurisdicción» ha llegado a una conclusión importante no porque descubrió que hay algo en el paraíso de los conceptos que creíamos que existía también en el mundo real y que en definitiva no existe, sino porque descubrió que un conjunto de estructuras que creíamos que tenían sentido en realidad no lo tienen.

De lo que se trata no es de obtener clarificación conceptual, sino inteligibilidad institucional. Por eso el problema no se soluciona estipulando definiciones. El punto de partida es la existencia del derecho como un conjunto de instituciones. El supuesto que permite comenzar el argumento es que esas instituciones tienen sentido. Al decir que «cuasicontrato» es un concepto nominal estamos expresando una conclusión negativa, no positiva: es una manera de expresar que los intentos de hacer esa categoría inteligible han fallado, y lo han hecho de modo tal y por tanto tiempo que estamos justificados en creer que no será posible reconstruir funcionalmente el concepto. El punto de partida, entonces, es el acto de fe en la inteligibilidad de lo realmente existente. Solo porque este es el punto de partida uno puede entender la conclusión escéptica como el reporte de un fracaso. Esta es la idea que en el siglo XIX se denominaba «el dogma del legislador racional»: que para reconstruir el derecho había que asumir que era la obra de un agente racional. El dogma del legislador racional no era una dogma sobre las características del sujeto que había legislado (los miembros de las cámaras legislativas, etc.), sino un dogma sobre cómo había que entender el derecho.

Esto no quiere decir, por cierto, que no pueda haber irracionalidad en el derecho positivo. Es posible que haya conceptos jurídicos que carezcan de racionalidad, es decir, que sean puramente nominales. De hecho, ya hemos mencionado uno; el hecho de que exista uno hace plausible la existencia de otros. Por consiguiente el «dogma» ha de ser entendido como la condición inicial de posibilidad de la interpretación, que, sin embargo, puede probar ser falsa. Lo importante es que esta falsedad es una conclusión negativa (es decir, en términos dworkinianos: es una forma de escepticismo, que solo puede ser escepticismo «interno»; DWORKIN, 1986: 78-83). Una teoría «pragmatista» de la jurisdicción, que necesita declarar (como veremos en su momento) prácticamente cada detalle de la organización institucional de la judicatura como un serio error, solo puede validarse si dichas estructuras no pueden recibir una explicación funcional que no las muestre de modo tan extenso como un error. En este sentido, la idea dworkiniana de que interpretar es mostrar lo interpretado en su mejor luz (DWORKIN, 1986: 45-86) es correcta. Lo que la teoría del derecho hace es hacer inteligibles estructuras.

Pero claro, sigue pareciendo como si todo colgara del aire. Por eso aquí es importante introducir una dimensión que suele estar conspicuamente ausente de la reflexión «teórica», que es el hecho de que las diversas funciones que caracterizan a las potestades de cuya legitimación material se trata son funciones realmente existentes, que necesitan ser desempeñadas. Las formas de legitimación que corresponden a esas funciones son las formas de legitimación que en nuestras circunstancias resultan políticamente aceptables. Esto, por supuesto, no está escrito en piedra, y podría cambiar si nuestras prácticas cambiaran lo suficiente. Pero el hecho de que puedan cambiar no tiene ahora consecuencias. Lo que importa es que hay ciertas potestades públicas cuyo ejercicio, a través de una estructura determinada, está legitimado. Si una determinada función, siendo necesaria, no es desempeñada por nadie, ella tenderá a ser asumida por alguien, y si una determinada estructura descansa, para la legitimación de sus decisiones, en supuestos que devienen implausibles o «mitológicos», esas decisiones sufrirán un déficit de legitimación que tenderá a compensarse de alguna manera: o mediante la reforma legislativa o mediante la evolución del modo en que ella es hecha inteligible.

Lo que lo anterior quiere decir, aunque por ahora no puede sino parecer algo críptico, es que la relación entre estructura y función no es unidireccional: no se trata de que como la estructura está subordinada a la función la estructura carezca enteramente de autonomía respecto de la función. Es decir, entre función y estructura debe haber correspondencia: esa estructura ha de hacer probable esa función. Pero, de nuevo, este «debe haber correspondencia» no debe ser entendido moral o normativamente, sino fácticamente: quiere decir que si no hay correspondencia habrá correspondencia; si entre estructura y función hay *contradicción*, la situación será inestable. Esta inestabilidad

tenderá a solucionarse de cualquiera de dos formas: o la estructura es reinterpretada de modo de hacerla corresponder a la función o (más probablemente) la función pasará a ser vista como externamente vinculada a la estructura, es decir vinculada en un sentido puramente «normativo» que pronto será entendido como un «mito». Convertida así en pura normatividad, la función caerá en obsolescencia y la estructura comenzará a desempeñar una función distinta, superándose así la inestabilidad inicial.

Los casos de contradicción entre función y estructura que estudiaremos tienen diversos orígenes. En el primer conjunto de casos, lo que estará bajo análisis será la manera en que estructura y función se afectan recíprocamente, y para eso será especialmente útil discutir las transformaciones de nuestras comprensiones de la función judicial. Veremos que lo que hace inteligibles esas transformaciones es un déficit de legitimación material a la búsqueda de ser compensado. Aunque esto será discutido con detalle más adelante, conviene ahora dar una visión general del argumento a seguir.

Volvamos a la idea «pragmatista», que entiende que el juez debe dar al caso la decisión que tenga las mejores consecuencias sociales. Esta es una comprensión de la función «judicial» que no tiene correlato alguno con la estructura de la potestad jurisdiccional, lo que aquí quiere decir solamente que si la pregunta es cómo diseñar un procedimiento para tomar decisiones «pragmatistas», responder con los procesos judiciales como ellos existen sería evidentemente irracional. La recomendación «pragmática» entonces no puede presentarse como la función que la estructura de la potestad jurisdiccional pretende hacer probable. Y por eso tiene que presentarse como lo haría una teoría de la jurisdicción que aceptara que ese concepto es nominal: como una sugerencia de entender algo que tenemos pero no entendemos, pero que ya que lo tenemos es mejor encontrarle algún sentido. Es decir, el pragmatismo descansa en el supuesto de que el concepto de juez es nominal, porque no hay una «función judicial». Pero aunque no hay función judicial sí tenemos estructuras que llamamos judiciales. El pragmatismo es la respuesta a la pregunta de qué hacer con esas estructuras dado que las tenemos, y su respuesta es una respuesta por defecto: que tomen las decisiones que sean socialmente mejores en cuanto a sus consecuencias.

El pragmatista cree que el concepto de función judicial es nominal porque no cree en la posibilidad de dar a cada uno lo suyo por aplicación de la ley. Por consiguiente la función judicial, no pudiendo explicarse de este modo, se explica del modo alternativo: se trata de un órgano del Estado al que se le han asignado recursos normativos y materiales, y su deber, entonces, es desplegarlos del modo que sea oportuno y conveniente para el interés general.

La función del juez, entonces, es la misma que la que tiene el funcionario de la administración. Pero sus estructuras son radicalmente opuestas, tan

opuestas como lo son el principio comisarial y el principio de independencia. Son opuestas precisamente porque el modo de legitimación de la decisión judicial es distinto del modo de legitimación de la decisión administrativa. Y sus modos de legitimación son radicalmente distintos porque se trata de decisiones que cumplen funciones diametralmente opuestas. Pero el «pragmatista» niega esto último. Al hacerlo, se queda sin explicación para esas diferencias estructurales, lo que hace surgir un notorio déficit de legitimación material: las mismas razones por las que una estructura informada por el principio de independencia no hace probable la legitimación de las decisiones administrativas (es decir, las mismas razones por las cuales la caracterización inicial de la Administración como «ejecución de la ley» fue efímera, como hemos visto) implicarán ahora que la estructura de la potestad jurisdiccional no hará probable la legitimación material de las decisiones jurisdiccionales. Pero si este es el caso, una estructura jurisdiccional informada por el principio de independencia es ininteligible, y las decisiones jurisdiccionales adolecerán de un severo déficit de legitimación. Y aquí es importante recordar lo ya dicho: la legitimación material no es reducible a una exigencia «normativa», de modo que si ella no es satisfecha solo deberemos decir que el sistema es (más o menos) «ilegítimo» o «injusto». La legitimación material es una necesidad política de estabilidad, por lo que el surgimiento de un déficit de legitimación implicará el surgimiento de una presión para compensarlo. Esta presión se manifestará en lo que podríamos denominar «presión adaptativa», que operará sobre la estructura, reinterpretándola. El principio de independencia y sus manifestaciones institucionales serán progresivamente vistas como puro ritualismo, por lo que las reinterpretaciones de la estructura jurisdiccional que muestren que ella no está informada por el principio de independencia sino por el principio comisarial tenderán a ser bien recibidas, como un paso en la «desmitificación» del derecho.

La jurisdicción es la más improbable de las potestades del Estado moderno, al menos en el contexto espiritual actual. Por consiguiente, está especialmente expuesta a ser transformada. Lo que resta de este capítulo pretende mostrar esa presión transformadora en acción. El modo de su desarrollo coincide con el ciclo benthamita de la adjudicación. La primera transformación (que marca el paso al segundo momento del ciclo) fue la de jueces en aplicadores mecánicos, que fue sucedida (como parte de la «revuelta contra el formalismo») por el juez como activista. La transformación del juez en activista es la antesala del tercer momento, el de «arbitrariedad hasta la perfección», que es la transformación del juez en comisario. Lo que mueve este proceso de transformación es la presión adaptativa creada por un déficit de legitimación material.

El resto de este capítulo discute una de las maneras en que las estructuras del derecho se ven afectadas por la presión adaptativa del déficit de legitima-

ción material. En el capítulo 12 comenzaremos la discusión (que se extenderá hasta el capítulo 15) de otra, un caso especialmente notorio de contradicción entre función y estructura: el de la llamada «jurisdicción constitucional». Con las calificaciones a ser introducidas en su momento, habrá que decir que un tribunal constitucional desempeña una función legislativa, pero tiene una estructura jurisdiccional. Si esto es así, podemos anticipar que también aquí surgirá un déficit de legitimación material, y también que la existencia de este déficit será una fuente de presión adaptativa. La manera de compensar ese déficit ha sido entender la estructura del tribunal constitucional de modo de asimilarla a la que legitima las decisiones que corresponden a la función que en realidad desempeña (la legislativa).

### 3. EL JUEZ COMO APLICADOR MECÁNICO, «AUTÓMATA»

La primera transformación del juez en algo distinto a un juez ocurrió en el siglo XIX: el juez como un aplicador mecánico, como un «autómata». Ya hemos explicado por qué un juez no puede ser un aplicador mecánico. Pero ahora nos encontramos con que las estructuras diseñadas para hacer probable la jurisdicción hicieron aún más probable la aplicación mecánica. Hay varias razones para esto, y conviene tenerlas presente no porque la transformación del juez en autómata sea hoy algo que debe hacerse institucionalmente improbable, sino porque nos permite entender nuestra situación al ver el ciclo de la adjudicación benthamita en operación.

La codificación fue la transición entre dos modos de comprensión del derecho o, lo que es lo mismo, el surgimiento del derecho moderno. Y a la simplicidad y tosquedad de la primera articulación teórica de la idea moderna de derecho (lo que HART llamó «la teoría simple») corresponde una comprensión igualmente tosca y simple de la idea de sujeción del juez a la ley: solo es compatible con la sujeción del juez a la ley la aplicación mecánica. Es importante notar el paralelo. Como HART nos enseñó, la razón por la que la simpleza de la «teoría simple» del derecho no es el mérito teórico de la elegancia sino el defecto de la sobresimplificación pueden todas ellas reconducirse a la idea de que

los elementos con que se ha construido la teoría, a saber las ideas de órdenes, obediencia, hábitos y amenazas, no incluyen, ni tampoco pueden producir mediante su combinación, la idea de regla, sin la cual no podemos abrigar la esperanza de elucidar ni siquiera las formas más elementales de derecho [HART, 1994: 80 (101)].

Ahora bien, ¿cómo es que una teoría del derecho puede ignorar la idea de regla? La respuesta es conocida: era el precio para formular una teoría del derecho moderno, es decir, una teoría del derecho artificialmente creado

mediante hechos, actos de creación del derecho. Porque no puede una norma fundarse solo en un hecho, pero la idea moderna implicaba precisamente eso: que el primer acto de creación del derecho era solo creación, y por consiguiente el sentido objetivo de ese acto no podía estar dado por una norma artificial anterior. Pero solo si ese primer acto estaba autorizado por una norma anterior puede decirse que ese acto crea una norma. La disyuntiva para esta primera formulación de una teoría del derecho moderno era: o negar que este primer acto sea apto para crear una norma o decir que estaba fundado en una norma no creada anterior. Como lo segundo era la negación de la idea moderna que autores como BENTHAM y AUSTIN intentaban articular, la opción elegida fue la primera. Por eso no es casualidad, sino parte de la explicación de su éxito, que la «teoría simple» no incluyera la idea de «regla». Si hubiera usado la idea de «regla», habría quedado expuesta a ser vista como una reformulación de la idea pre-moderna de derecho natural. Pero cuando esta idea moderna de derecho dejó de ser controvertida y se transformó en dominante, este riesgo perdió vigencia [salvo en un sentido puramente «filosófico», que anima a quienes siguen hoy discutiéndolo como «el problema del huevo o la gallina», *e. g.* SHAPIRO, 2011: 39-40 (71-73)]. Es por eso que después de autores como HART y KELSEN, esa disyuntiva puede ser ignorada: la idea de que el derecho es reducible a hechos no es interna a una teoría «positivista».

Hay una historia análoga que contar acerca de la función judicial y la transformación del juez en «autómata». Como ya hemos visto, la distinción entre ambos es reconducible a diversas comprensiones de la aplicación de ley: la clave para entender la función del juez la da la posibilidad de la expresión impropia, pero lo que define al «autómata» es precisamente la negación de esa posibilidad. ¿Cómo ha de entenderse esta negación de la posibilidad de la expresión impropia? Ya hemos discutido este punto: es un error pensar que la expresión impropia fue negada por razones «conceptuales», es decir, por la creencia de que el derecho era perfecto y tenía siempre una respuesta adecuada. Fue negada porque era inestable, porque como la distinción entre corregir la expresión y cambiar la ley («corregir el pensamiento» decía SAVIGNY) no tiene forma, el poder institucional para corregir la expresión impropia, si existía, podía ser utilizado como «pretexto» para cambiar la ley. No es que negar la expresión impropia estuviera internamente vinculado a la idea de juez como sujeto a la ley; al contrario, era que negar la expresión impropia era el precio para permitir una práctica de sujeción del juez a la ley. Si la posibilidad de expresión impropia hubiera sido admitida, la posición del juez bajo el derecho moderno habría quedado expuesta a ser vista como la misma que el juez en el derecho pre-moderno, y la idea de sujeción a la ley podría haber sido explicada a la manera pre-moderna, como decidir conforme a la razón.

Esto muestra que, en términos del ciclo de la adjudicación, el del formalismo exegético es un segundo momento. Parte de lo que hizo ese momento

posible fue la crítica a la arbitrariedad del primer momento. Esta crítica es un lugar común durante el siglo XIX. En Chile, por ejemplo, son conocidos los alegatos del gran codificador, Andrés BELLO, respecto de la necesidad de reforma a la judicatura:

Para que esta reforma sea verdaderamente útil debe ser radical; en ninguna parte del orden social que nos ha legado la España, es tan preciso emplear el hacha.

*En materia de reformas políticas, no somos inclinados al método de demolición; pero nuestro sistema de juicios es tal, que nos parecería difícil no se ganase mucho derribándolo hasta los cimientos i sustituyéndole otro cualquiera. No sería talvez una exajeracion decir que en él se echan menos todas las garantías que tiene descubiertas la esperiencia para poner coto a la arbitrariedad i amparar el derecho (BELLO, 1885: 279-280).*

No es importante ahora determinar si esta crítica al derecho chileno precodificado era justa o injusta, porque lo que nos interesa es discernir la dinámica del ciclo de la adjudicación en acción. Y para hacerlo, lo importante es notar que el segundo momento del ciclo (formalismo exegético) descansa en una comprensión del momento anterior como uno de arbitrariedad, debido precisamente a la inexistencia de reglas jurídicas en el sentido moderno. A mi juicio, no hay vínculo conceptual entre derecho pre-moderno (= reglas como resúmenes) y arbitrariedad. Hay sí un vínculo político, histórico: cuando la apelación a lo que es razonable, a lo que es «naturalmente» lo suyo de cada uno deja de desempeñar un rol suficientemente fuerte de legitimación material, las apelaciones a lo razonable pasan a ser entendidas como «misticaciones» y la adjudicación en la lógica del derecho pre-moderno como arbitrariedad. Y eso es lo que marca el momento del paso a la segunda etapa del ciclo benthamita.

Lo que hemos visto hasta ahora supone mirar el problema tomando la función como punto de partida: la función de decidir con sujeción a la ley se correlaciona con una estructura informada por el principio de independencia y, dado el contexto en que esa función debía desempeñarse, una comprensión de la sujeción a la ley que la entendía como aplicación mecánica resultaba difícil de evitar. La cuestión también puede ser mirada desde la estructura: aplicación mecánica como aseguramiento de la independencia del juez, a su vez condición de la sujeción a la ley. El argumento ya se nos ha aparecido, al preguntarnos cómo se buscó asegurar la independencia judicial del *Tribunal de Cassation*, para evitar que el juez se entendiera como un comisario de ese tribunal: el *Tribunal de Cassation* solo tenía competencia para anular una decisión cuando esta infringía el *texto expreso de la ley*.

Lo anterior significa que hay buenas razones para pensar que el momento de la «exégesis» (el juez como «autómata») era un momento necesario en el desarrollo de la idea moderna de derecho, porque era una condición de estabi-

lización del derecho moderno: la legislación en este sentido (el del art. 1 CC) es imposible en la medida en que los jueces mantengan una comprensión pre-moderna de las reglas jurídicas (como descripciones del derecho). La jurisdicción en sentido moderno solo es posible en la medida en que la ley es entendida como mandato que reclama autoridad final frente al juez (como decisión que «manda, prohíbe o permite») y el cambio que esto representa desde la comprensión anterior es tan considerable que quizás solo era posible si iba acompañado de una redefinición dramática de la función judicial.

Hay además otra dimensión del problema, que es especialmente relevante en contextos latinoamericanos. Como las instituciones son operativamente autónomas de las funciones que median, pero racionalmente dependientes, su funcionamiento normal lleva a los participantes a entenderla en sus propios términos, lo que quiere decir: a explicar la estructura en sí misma, sin referencia a función alguna o entenderla por referencia a una función que se manifiesta inmediatamente en la estructura (como hacen, por ejemplo, los que creen que una comprensión «desmitificada» de la democracia implica entender que «lo que realmente significa» que la ley sea la voluntad del pueblo es que ella es la voluntad de la mayoría lo que, como hemos visto en relación a FERRAJOLI, implica que la ley no puede tener autoridad). Y la negación de la función como condición de inteligibilidad de las instituciones lleva a ese formalismo tan característico de la cultura jurídica latinoamericana del siglo xx.

#### 4. LA DOBLE FUENTE: EL CAMINO DEL AUTÓMATA AL COMISARIO

El momento de riguroso formalismo al que llevó la codificación era ineluctable, porque desacoplada de la función la estructura aparece como puro ritualismo, arbitrariedad. Y eso crea las condiciones para la emergencia del tercer momento del ciclo, el que BENTHAM caracterizaba diciendo que consistía en «arbitrariedad hasta la perfección». Dicho momento se define por el hecho de que las decisiones judiciales son criticadas o defendidas ya por ser «pura arbitrariedad» o sensibilidad ante las demandas de la justicia, cuando se desvían de la forma, ya por ser «rígidamente formalistas» o sujetas a la ley, cuando no lo hacen.

Esto era, recuérdese, lo que BENTHAM llamaba «principio de la doble fuente». Y la historia reciente de Chile provee de un inmejorable ejemplo de esta doble fuente. Me refiero al «Informe» de la «Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación», en el capítulo en el que reprocha al Poder Judicial en general y a la Corte Suprema chilena en particular el hecho de no haber actuado para impedir las desapariciones y asesinatos de los servicios de seguridad de Pino-

chet<sup>5</sup>. El *Informe* critica a los tribunales, entre otras cosas, que «en numerosas ocasiones dejaron en la indefensión a personas sin base legal alguna, e incluso contrariando la normativa jurídica», o que «se toleraron detenciones sin el requisito esencial de la orden previa», o permitieron ilegalmente detenciones en lugares que no eran cárceles, o «no velaron por el cabal cumplimiento de las normas relativas a la incomunicación» (COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN, 1991: 88-90). A estas críticas (y otras) el *Informe* agrega una adicional: «El exagerado formalismo para interpretar la ley» (*ibid.*: 93).

Es evidente que, al menos sin aclaraciones adicionales (que el *Informe* no contiene), hay cierta contradicción entre esta última crítica y las anteriores. La explicación, sin embargo, está en que el «exagerado formalismo» al que se refiere el *Informe* es el formalismo característico de la segunda mitad del siglo xx en muchos países de América Latina: un formalismo que no era solo la autonomía operativa de una determinada estructura, sino una suerte de culto a la forma por la forma misma. Es la manera de entender las formas que se alcanza cuando la conexión que hay entre estas y alguna función sustantivamente importante se ha perdido radicalmente de vista. Y se ha perdido de vista porque la autonomía operativa de la forma implica que sus condiciones de inteligibilidad (la función que ella media) son vistas como consideraciones puramente «teóricas» propias de «torres de marfil», y de las cuales la práctica jurídica puede prescindir, y terminó prescindiendo. Alcanzado este punto, en que ya nada de valor es visto en la forma sino la forma misma, el «juez» se encuentra «en perfecta libertad para otorgar o negar impunidad al asesino, a placer: si se la niega, discrecionalidad es su palabra; si la otorga, *stare decisis*» (BENTHAM, 1843d: 478). O, para continuar con el «Informe» de la *Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, es igualmente criticado por aceptar confesiones obtenidas bajo tortura cuando inculpa al perseguido por los organismos de seguridad (*ibid.*: 93) y para «apreciar con excesivo rigor formal procesal» la prueba de cargo contra miembros de los organismos de seguridad (*ibid.*: 91).

Y entonces, alcanzado este punto, llegará el momento en que «los ojos del público se abran» (BENTHAM, 1843d: 478), y el autómatas se transformará en activista.

#### 4.1. La transformación del autómatas en activista

En una entrevista radial, el juez de la Corte de Apelaciones de Santiago Carlos CERDA sostuvo que

los jueces de [...] comienzos del siglo xxi no están llamados, como en la época de la Revolución francesa, nada más que a aplicar la letra de la ley, sino que

<sup>5</sup> Al respecto, véase ATRIA, 2003.

están llamados a adoptar en sus actuaciones el principio de legalidad y de reserva constitucional, que es distinto. Lo que querrá decir que cualquier ley que se dicte no ha de ser vinculatoria para los jueces, sino en la medida en que ellas mismas sean dictadas conforme a los derechos esenciales que la Constitución chilena ordena resguardar y que el derecho internacional, aún no escrito, exige como referente básico para la convivencia civilizada<sup>6</sup>.

El activista se rebela contra la idea de sujeción del juez a la ley. La fuerza con la que esta transformación se ha acelerado en las últimas décadas se explica por la confluencia de varios factores.

Uno es, desde luego, el hecho ya observado de que aquello contra lo que el activista se rebela es una comprensión privada de todo contenido de «sujeción a la ley». En la hora del activista, esta idea es entendida como pura forma o, incluso, como pantalla para ocultar una agenda política (como lo hizo la Corte Suprema, según el *Informe Rettig*).

El segundo es el auge del neo-constitucionalismo y del derecho internacional de los derechos humanos, que implica que desde los lugares que son reconocidos como centros de la cultura jurídica nos llega una constante revalorización de la labor del «juez» y una igualmente constante devaluación de la idea de la ley, o al menos de la sujeción del juez a ella.

Por último, hay un creciente escepticismo respecto de las formas institucionales de formación de la voluntad política, el paradigma de los cuales es la ley. La capacidad de las formas legislativas de purgar intereses particulares hoy está en entredicho, por lo que no queda muy claro hoy qué es lo que defiende el que sale en defensa de la sujeción del juez a la ley<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Declaraciones reproducidas en *El Mercurio*, 8 de julio de 2003. El juez Carlos CERDA, no cabe duda, es un héroe. Fue de los pocos magistrados que tuvo el coraje para oponerse a los aparatos de seguridad de Pinochet, y por eso sufrió la persecución y la represión, entre otros de sus propios colegas y de los miembros de la Corte Suprema, quienes estaban más preocupados de aplicar «mecánicamente» la ley (o mostrar «connivencia» con la acción represora de la dictadura, lo que es paradójicamente lo mismo. El cargo de «connivencia» fue el formulado por el *Informe de la Comisión de prisión política y tortura*). CERDA, entre otras cosas, se negaba a aplicar reglas formalmente válidas (como el infame art. 24 transitorio de la Constitución de Pinochet) por razones de justicia, y entonces en el sentido discutido aquí era un «activista». Pero entonces ¿no implica esto que el activista es, después de todo, un modelo, y no una corrupción de la figura del juez? Por supuesto, nada en el argumento de este libro implica que Carlos CERDA, porque era «juez», tenía el deber de aplicar esas reglas y de ese modo mejorar la capacidad represora del régimen de Pinochet. Pero esto solo muestra que en las condiciones de los años setenta y ochenta en Chile el derecho era tal que se trataba de leyes de las cuales ninguna persona digna podría ser juez. CERDA fue un héroe porque se negó a ser juez de esas leyes. Con la declaración que acompaña a esta nota, CERDA podría estar diciendo que en lo relevante las leyes actualmente vigentes también son leyes de las cuales nadie puede serlo. Quizás tiene razón en esto, lo que quiere decir que en este libro no asumo que en estos términos la afirmación de CERDA es incorrecta. Pero *en estos términos*: la manera a mi juicio incorrecta de expresar esta idea es decir que la ley no obliga al juez. La ley obliga inmediatamente al juez, porque si no lo obliga la ley no es juez. De eso no se sigue que todo funcionario llamado «juez» tenga el deber de actuar como juez respecto de toda ley. Esa es una cuestión distinta, para el ciudadano, miembro de la comunidad política, y no para el juez, titular de una potestad estatal.

<sup>7</sup> Parte de este creciente escepticismo se explica por cuestiones globales (como la preeminencia progresiva de lo que W. STREECK ha llamado el *Markvolk* sobre el *Staatvolk*) y también por déficits ins-

Por las razones anteriores, la idea del juez como sujeto a la ley y solo a la ley ha hecho crisis y correspondientemente, la figura del juez, que entiende que su deber es dar a cada uno lo suyo conforme a la ley, es progresivamente vista como una comprensión «superada», y en su reemplazo gana cada vez más aceptación la idea del activista, es decir, del que solo tiene por la ley una lealtad derivada: la ley no vincula al juez por ser ley, sino solo si es justa (= respeta derechos constitucionales o derechos humanos reconocidos por el derecho internacional, «aún el no escrito»). Y cuando esta idea es articulada en público, la crítica de quienes defienden la sujeción a la ley suena vacía o ingenua: una apelación directa a la idea democrática de que la ley es la voluntad del pueblo, en un contexto de creciente deslegitimación de las instituciones representativas.

El activista no cree que lo suyo de cada uno esté definitivamente fijado por la ley. En los términos utilizados aquí, cree que la identificación del interés de todos no necesita ser mediado institucionalmente y puede, por consiguiente, ser puramente funcional (sustantivo). En esto, por supuesto, hay algo que excede con mucho la cuestión de la sujeción del juez a la ley. El espíritu de nuestra época parece desconfiar de toda mediación. Esta desconfianza da cuenta del hecho de que toda mediación abre la posibilidad de distorsión (la forma de la ley puede haber sido utilizada para promover el interés de una facción), pero es, en definitiva, ingenua, porque ignora la improbabilidad del desempeño no mediado institucionalmente de la función. Como hemos visto en el capítulo 3, esta es una regresión al derecho pre-moderno, a un sistema en el cual, al menos en las cuestiones políticamente importantes, no hay creación de derecho (o, lo que es lo mismo, no hay aplicación, sino solo creación del derecho).

A todo lo anterior podría responderse simplemente que así son las cosas, que el ambiente cultural en el que hoy el derecho existe es uno que desconfía de toda mediación, y que entonces la reflexión jurídica debe limitarse a tomar nota de él y hacer los ajustes correspondientes. Pero el asunto no es tan simple. La figura del activista es inestable, porque crea un severo déficit de legitimación material. Por lo que no podemos entender esta comprensión del «juez» como el punto de llegada, sino como un momento del proceso que lleva a entender al «juez» como comisario, y con eso a la desaparición de la jurisdicción.

## 4.2. La transformación del activista en comisario

Como está dicho más arriba, este libro no pretende asumir una posición moralista, en el sentido de argüir consideraciones «normativas» para exhortar

---

titucionales locales. Para lo primero, véase STREECK, 2014: 84-90; para lo segundo, en el caso chileno, véase ATRIA, 2013a: 31-56.

a los activistas a ser jueces o a los jueces ser activistas, etc. Lo que importa ahora es notar el severo déficit de legitimación material que la transformación del autómatas en activista genera. Porque el activista es formalmente un juez, lo que quiere decir: existe en el contexto de una estructura cuyo sentido es hacer probable la legitimación de su decisión por aplicación concreta de la ley. Él, sin embargo, niega que esa sea su función. Su función, como él la entiende, es la de dar a cada uno lo suyo de acuerdo a lo que es justo, a lo que es conforme a la razón (a los derechos humanos o constitucionales, etc.). Pero como estos estándares no son susceptibles de aplicación concreta, deben ser mediados de alguna manera. La posición que ocupa el activista respecto de los estándares que él mismo entiende su deber aplicar es estructuralmente análoga a la que ocupa el funcionario de la administración que debe decidir cómo perseguir en concreto el mandato genérico de promover el interés general.

Pero como la función del «juez» es proteger derechos, el activista reclama la misma independencia que caracteriza la posición del juez. Sin embargo, la manera en que entiende su función implica que la independencia es una exigencia enteramente injustificada, porque dada su comprensión la independencia quiere decir que su decisión no estará legitimada en cuanto a su contenido (¿por qué la opinión de ese funcionario respecto de qué es conforme a los derechos constitucionales?). El surgimiento de un déficit tan notorio de legitimación implica el surgimiento correlativo de una presión adaptativa, una presión por reinterpretar la estructura de modo que dé cuenta del déficit. La solución, por supuesto, es simple: reinterpretar la estructura judicial en clave comisarial, como si estuviera informada por el principio comisarial.

Dicho de otro modo, el activista es un *free-rider*, porque reclama para sí una posición (de independencia) que solo tiene sentido cuando el rol que desempeña es el de juez, no de activista. Y por eso en la medida en que la comprensión del activista se hace progresivamente más dominante, entonces en esa medida la estructura judicial empieza a aparecer progresivamente irracional, y la demanda por reformarla o reinterpretarla como una estructura comisarial es cada vez más fuerte.

Y cuando la transformación del activista en comisario se haya completado, la posición del juez se habrá perdido. En efecto, el «autómata» retiene de la idea de juez que está sujeto a la ley, pero cree que para hacerlo es necesario ignorar la particularidad del caso, negando de ese modo su función de dar a cada uno lo suyo; el activista retiene la idea de juez en cuanto a su función de dar a cada uno lo suyo, pero cree que es posible hacerlo a la manera del derecho pre-moderno, apelando inmediatamente a la razón. En ambos casos hay una disociación entre estructura y función. Esa disociación se soluciona con el comisario: el funcionario llamado «juez» ya no tiene la función del juez (no debe dar a cada uno lo suyo, debe decidir el caso del modo más oportuno y conveniente), ni está sujeto a la ley como el juez (tiene discrecionalidad para

determinar el modo adecuado para hacerlo). Como la transformación del juez en comisario es la abolición de la posición del juez en este sentido, el comisario no goza, a diferencia de autómatas y activistas, de defensores explícitos: no es una figura que sea defendida en sus términos, sino el punto de llegada de un proceso de evolución institucional forzado por la presión adaptativa de la exigencia de legitimación material.

(¡Y todo esto ocurre mientras los teóricos del derecho creen que pueden reflexionar sobre «las características de una importante institución social como el derecho» tomando como su punto de partida «obviedades» como «en todo sistema jurídico hay jueces»!)

##### 5. NOTA I: SOBRE LAS FORMAS DE TRANSFORMACIÓN DEL ACTIVISTA EN COMISARIO

Esta nota desarrolla las implicaciones de la observación final de la sección anterior: a diferencia de la transformación del juez en activista, que es un proceso que ha sido auto-consciente en la medida en que la figura del activista ha sido defendida explícitamente como la manera en que en nuestras circunstancias actuales debemos entender la función judicial, la posición del comisario no es explícitamente defendida. Esto implica que no es posible tratarla del mismo modo, porque al hablar de esta transformación estamos especialmente expuestos a la objeción de que se trata de un argumento del tipo «*strawman*», es decir, un argumento que se levanta en contra una posición que nadie defiende.

Ahora bien, el hecho de que la del comisario sea una posición que nadie defiende como contenido de la función judicial no implica que ella no sea real; solo implica que para identificarla no podemos mirar al discurso «académico» sobre el derecho y la función judicial. En vez de eso, el argumento debe proceder en dos pasos: primero, ha de mostrarse, como espero haberlo hecho en las secciones anteriores, que hay una explicación para su surgimiento, en la forma de una presión adaptativa ejercida por la demanda de legitimación material ante el déficit creado por el activista; segundo, que es posible ver, de modo más o menos evidente, esta presión adaptativa en operación. Mostrar esto último es algo que en el contexto de un libro como este puede hacerse de un modo más ilustrativo que exhaustivo. Lo que sigue, entonces, son algunas observaciones sobre la discusión pública chilena en relación con la función y el desempeño de los tribunales ordinarios (en el capítulo 15 observaremos patrones similares pero más explícitos tratándose de tribunales con «jurisdicción» constitucional) cuyo sentido no es dar por establecido el punto de modo definitivo, sino ilustrar al lector hacia el tipo de cuestiones a las que él podrá mirar para determinar por su cuenta si, en su realidad concreta, probablemente

diferente de la mía, es posible discernir el mismo tipo de movimiento hacia una comprensión comisarial de la función del «juez». Por lo mismo, no se trata de hacer una crónica de los conflictos políticos suscitados por decisiones judiciales que son o parecen activistas. Simplemente he tomado algunos casos que ilustran lo que me interesa ilustrar.

La decisión sobre la legalidad o ilegalidad de una detención o la procedencia de la prisión preventiva es quizás la decisión más improbablemente jurisdiccional de todas: la presión por que el juez que debe decidir deje de ser un juez y asuma alguna finalidad ajena a dar a cada uno lo suyo en estos casos puede ser extraordinariamente fuerte. Tratándose de medidas cautelares en el proceso penal, esa pretensión suele adoptar la forma de una exigencia, dirigida a los tribunales que han de pronunciarse al respecto, de que «hagan su contribución» a la «lucha contra el delito» o tomen en cuenta al resolver el impacto que su decisión tendrá en la imagen del Poder Judicial. Basta enunciar esta pretensión para observar que ella implica la exigencia de que los jueces dejen de ser jueces: que lo que los debe ocupar no es la determinación de qué es lo que corresponde en derecho al detenido o imputado, sino cómo realizar una contribución más efectiva a la «lucha contra la delincuencia» o proteger la legitimidad del Poder Judicial.

Es evidente que, en algún sentido, los tribunales cumplen una función en esa «lucha», del mismo modo en que puede decirse que los tribunales civiles cumplen una función central para la subsistencia y el desarrollo del mercado. Pero esa función solo puede ser cumplida mediatamente, es decir, en la medida en que no es directamente perseguida. Lo que es incompatible con el Estado de derecho en esta exigencia es que los jueces actúen *guiados* por el afán de sumarse a una lucha que exige de ellos algo que no sea simplemente dar a cada uno lo suyo<sup>8</sup>.

De nuevo, no debe entenderse la observación del párrafo anterior en sentido hortatorio. Lo que ella implica es que los tribunales de justicia están institucionalmente organizados precisamente para hacerlos inmunes a estas presiones (eso es lo que los economistas suelen observar cuando se quejan de que en el caso de los tribunales los «incentivos» están mal distribuidos, porque el juez no responde en general de las consecuencias de su decisión; como si distribuir en este sentido mal los incentivos no fuera precisamente el sentido de la institución judicial). Por consiguiente (y aquí puede verse en operación nuevamente

---

<sup>8</sup> Aquí aparece de nuevo la distinción entre «holismo» y «atomismo» funcional: el hecho de que un órgano forme parte de una estructura que cumple una función o finalidad no implica que ese órgano deba entender que debe perseguir esa finalidad. Es perfectamente posible que la contribución que ese órgano ha de hacer a la persecución de esa finalidad es indirecta. Incluso una justificación preventivista de la pena penal entendería, por ejemplo, que aunque la función de la pena sea prospectiva lo que debe guiar la acción del juez al distribuirla no son consideraciones puramente prospectivas. Véase RAWLS, 1955.

el argumento benthamita) los tribunales no pueden sino ser, hasta cierto punto, sordos a esta exigencia, lo que hace probable un aumento de la presión pública que se manifiesta en la «deslegitimación» del sistema judicial. La demanda autoritaria del público es apoyada por académicos bienintencionados, que apoyan la pretensión pública para impedir esa «deslegitimación». Como sostuvo uno de los miembros de la comisión redactora del Código Procesal Penal:

Me parece que es necesario reconocer que uno de los valores del sistema está en la protección de su propia legitimidad. Cuando el juez de garantía resuelve y toma sus decisiones fundamentales, *una de las cuestiones que debería plantearse es cómo proteger su propia legitimidad*<sup>9</sup>.

¿Qué sentido puede tener la exigencia de que los jueces de garantía tomen en consideración la protección de su propia legitimidad? La respuesta parece obvia: que al decidir lo hagan teniendo presente no solo lo que corresponde en derecho al imputado, sino también cuál es la decisión que contribuye a proteger la legitimidad del sistema. Lo que esta exigencia supone, entonces, es que en algunos casos los jueces decidan no por referencia a lo que conforme a la ley corresponde, sino a lo que (ellos entienden que) la legitimidad del «sistema» requiere. En otras palabras, que usen los casos que deben decidir como medios de auto-legitimación. Pero una vez que se ha alcanzado este punto, de modo que entendemos que el juez tiene el deber de tomar en cuenta, al decidir, el impacto que su decisión tendrá en la legitimidad del sistema, la pregunta cae por su propio peso: ¿por qué una comprensión y no otra de la manera en que debe protegerse la legitimidad del sistema? ¿Qué ocurre si distintos jueces tienen distintas maneras de entender esas necesidades, de modo que lo que hace uno en defensa de su legitimidad es contrarrestado por lo que otro hace en sentido distinto? ¿Qué ocurre, por último, cuando un juez se niega a tomar en cuenta esas necesidades, o lo hace deficitariamente, poniendo en riesgo la legitimidad del sistema? La respuesta a estas preguntas es evidente: una comprensión de cómo defender su legitimidad debe ser preferida a otra cuando ella puede ser defendida como la que se sigue de un programa que a su vez puede ser reconducido al pueblo, y para eso es necesario que el «juez» que decide esté vinculado por las instrucciones de quien en los hechos sea responsable por la elaboración y ejecución de ese programa; si distintos «jueces» tienen distintas comprensiones de lo que la protección de su legitimidad exige, entonces es necesario que un funcionario superior a ambos decida y su decisión los vincule; por último, los «jueces» deben ser responsables de sus decisiones, de modo que si protegen mal la legitimidad del sistema, o se niegan a hacerlo, puedan ser sancionados o, si es necesario, removidos de sus cargos. Para todo esto una estructura informada por el principio de independencia es evidentemente disfuncional, y lo necesario es una informada por el principio comisarial.

---

<sup>9</sup> En DUCE, VARGAS, RIEGO, VIAL y VARGAS, 2006: 12 (cursiva agregada).

Por otro lado, si es importante que al decidir sobre medidas cautelares los jueces tomen en cuenta el impacto que esas decisiones tendrán en la legitimidad del sistema, la estructura de la potestad jurisdiccional es notoriamente disfuncional. Esto no es una casualidad, porque el principio de independencia pretende precisamente proteger al juez de toda influencia externa para que sea probable que dé a cada uno lo suyo y no que decida lo que es conveniente y oportuno. Esto tiene dos consecuencias importantes. La primera es que, entonces, el modo en que el juez medirá el impacto que en la legitimidad del sistema tendrá su decisión deberá ser especialmente tosco e intuitivo<sup>10</sup>.

La segunda consecuencia es que esas características estructurales de la potestad jurisdiccional que hacen probable que el juez ignore la cuestión de la legitimidad del sistema serán crecientemente vistas como formas sin sentido, absurdas, meros ritualismos. Y esto llevará, exactamente como sostenía BENTHAM<sup>11</sup>, a la demanda política de que el juez ignore, discrecionalmente (es decir, cuando sea oportuno y conveniente), las exigencias formales contenidas en la ley. Y en lo que las estructuras judiciales dificulten u obstaculicen la operación de esa presión, habrá una correspondiente demanda para que esas estructuras sean reinterpretadas o reformadas.

Y la transformación de una estructura informada por el principio de independencia en una informada por el principio comisarial no es difícil; ciertamente no necesita intervención legislativa (aunque, como veremos, ella es difícil de evitar una vez que el sentido de la independencia judicial se ha perdido). Es cuestión de reinterpretar la idea de «superintendencia» que la Corte Suprema tiene respecto de los tribunales de la república. Esta idea se ha considerado compatible con el principio de independencia precisamente porque la idea de independencia es central en la auto-comprensión de los tribunales; pero a medida en que el «juez» reclama para sí la posición del activista, esta pretensión se vuelve progresivamente más infundada e irracional, y comienza a ser vista como una prerrogativa privada del «juez», por razones evidentes: si el juez ejerce una potestad discrecional que le permite decidirse por una comprensión en vez de otra de la razón, la justicia o los derechos constitucionales, ¿cómo puede pretender no tener responsabilidad por sus decisiones? Y entonces la misma estructura jerárquica pasa a ser reinterpretada comisarialmente.

---

<sup>10</sup> Nótese que en el sentido de RIEGO la legitimidad del sistema se mide de una manera notoriamente tosca, por referencia a encuestas inducidas por reportajes en medios de comunicación (no podría ser de otro modo, si se trata de que ella guíe el actuar de jueces: los tribunales de justicia no están en una posición institucionalmente adecuada para evaluar las consecuencias de sus decisiones). De hecho, el propio RIEGO concede en el mismo texto citado arriba que la cuestión «no tiene que ver [...] con impactos cuantitativos, ni siquiera con un impacto real en la criminalidad» (en *Seguridad Ciudadana, op. cit.*, p. 10). Y nótese adicionalmente que el modo en que el juez evalúa el efecto que su elección tendrá en la legitimidad del sistema tiene que ser igualmente tosco, porque todo el sentido de la configuración institucional de la jurisdicción es insularizar al juez de esta dimensión que mira a las consecuencias, para hacer probable una decisión propiamente jurisdiccional.

<sup>11</sup> Véase *supra*, n. 9 del capítulo 3.

En junio de 2007, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, acogió a tramitación un recurso de protección (= amparo constitucional) opuesto de los diputados que habían votado en contra de un proyecto de ley sobre votación de ciudadanos residentes en el extranjero<sup>12</sup>. La idea de que mediante un recurso de protección de derechos constitucionales puede calificarse de inconstitucional, y por eso de ilícita, la decisión de uno o más diputados de votar en contra de un proyecto de ley es, en sí misma, una *reductio ad absurdum* del activismo judicial. La Corte de Apelaciones eventualmente rechazó el recurso, pero es claro que debió haberlo declarado inadmisibile, es decir, debió haber declarado *a priori* que no tenía competencia para conocerlo. Pero lo que interesa ahora no es el error de la Corte de Apelaciones, sino la reacción de la Cámara de Diputados que, a través de su presidencia, buscó una «entrevista» con el presidente de la Corte Suprema para que este dirimiera el conflicto entre la Corte de Apelaciones y la Cámara<sup>13</sup>.

En los mismos días, algunas decisiones judiciales sobre (improcedencia de) la prisión preventiva (medidas cautelares personales en el proceso penal) motivaron reclamos airados de los medios de comunicación. Como reacción ante estas decisiones de jueces de garantía, el Ministro del Interior en persona se reunió con el presidente de la Corte Suprema para entregarle antecedentes sobre casos que a su juicio estaban mal decididos<sup>14</sup>. Justificando su decisión de reunirse con el presidente de la Corte Suprema, el Ministro del Interior fue notablemente cándido: planeaba reunirse con él «porque tengo, como Ministro del Interior y responsable de la seguridad, interés de conversar estos temas con él», ya que el presidente de la Corte, «es el jefe del Poder Judicial»<sup>15</sup>. Am-

<sup>12</sup> El recurso de protección fue declarado admisible pero rechazado en primera instancia por la Corte de Apelaciones de Valparaíso (rol 294-07) y en segunda por la Corte Suprema (rol 3975-07). Las sentencias pueden ser consultadas en *poderjudicial.cl*.

<sup>13</sup> «Diputados piden que la Suprema dirima pugna entre Cámara y Corte de Valparaíso», en *El Mercurio*, 2 de julio de 2007. De acuerdo a este reportaje, «las bancadas de diputados de Renovación Nacional y de la UDI [los partidos de derecha, entonces de oposición], donde milita casi el total de los 44 recurridos, anunciaron que mañana irán a la Corte Suprema para entrevistarse con su presidente, Enrique Tapia, para exponerle su preocupación por el conflicto de poderes y solicitar que aclare la situación»; por su parte, el diputado Juan Bustos [un destacado profesor de derecho, y diputado del Partido Socialista] afirmó que «la Corte Suprema debe intervenir y dar una instrucción al respecto, porque una Corte no tiene atribuciones para calificar lo que decide el parlamento» (cursivas agregadas). La pretensión de que la Corte Suprema «aclare la situación», o que «dé instrucciones al respecto» es claramente la pretensión de ejercer un recurso jerárquico, de que actúe como comitente, como «jefe de servicio».

<sup>14</sup> «Interior lleva libertades polémicas a la Suprema», *El Mercurio*, 6 de julio de 2007; «Suprema revisará polémicos casos que entregó Velasco», *El Mercurio*, 11 de julio de 2007.

<sup>15</sup> «Gobierno expondrá a Poder Judicial "preocupación" por "fallos complejos"», en *El Mostrador*, 5 de julio de 2007 (cursiva agregada). «Jefe» es, por supuesto, una expresión que supone una estructura comisarial: «A los jefes de servicio les corresponderá dirigir, organizar y administrar el correspondiente servicio; controlarlo y velar por el cumplimiento de sus objetivos; responder de su gestión, y desempeñar las demás funciones que la ley les asigne» (art. 31, inc. 2.º Ley 18575, de bases generales de la administración del Estado). El jefe, como ya hemos visto, ejerce sobre los funcionarios de su dependencia «un control jerárquico permanente», que se extiende «tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones» (art. 11).

bos casos manifiestan una radical incomprensión de la independencia judicial, porque muestran que los diputados y el Poder Ejecutivo entienden la organización de la jurisdicción como una organización comisarial. Y si el presidente de la República y el Congreso tienen esta comprensión de la jurisdicción, es difícil evitar que los propios jueces la desarrollen: refiriéndose al *dossier* con antecedentes que le entregara el ministro del Interior, el propio presidente de la Corte Suprema aclaró: «son para estudiar una posibilidad de tener una norma general que impartir por parte de la Corte»<sup>16</sup>.

En los años siguientes las tendencias comentadas en esta nota se han agudizado. En efecto, la ley le ha entregado a la Corte Suprema funciones y responsabilidades que la hacen cada vez más indistinguible de un «Jefe de servicio». Así, por ejemplo, la ley 19968, que crea los tribunales de familia (modificada en esto por la ley 20286 de 2008), dispone que

la Corte Suprema, por intermedio de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, velará por el eficiente y eficaz cumplimiento de las funciones a que se refiere este artículo en los tribunales de letras con competencia en familia (art. 2, inc. final).

Por cierto, si la Corte Suprema debe «velar por el eficiente y eficaz cumplimiento» de las funciones que la ley encomienda a los tribunales, sus atribuciones en general deben ser interpretadas de modo que ella pueda cumplir esta obligación legal. Esto lleva entonces a una comprensión de su posición de «superintendencia» de modo comisarial, en la medida en que es responsable por la «eficiencia y eficacia» de la labor judicial. Y si es responsable por ese desempeño, el paso siguiente es introducir mecanismos para hacer efectiva esa responsabilidad si ella no está a la altura.

Durante la campaña presidencial de 2013, por su parte, el gobierno y la candidatura oficialista defendieron la idea de crear un «observatorio judicial», con el diagnóstico de que, en la «lucha contra la delincuencia», los tribunales estaban fallando. Y para solucionar esa falla era necesario que las decisiones judiciales estuvieran expuestas a la presión de la opinión pública<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> «Suprema revisará polémicos casos que entregó Velasco», cit., *supra*, n. 14 de este capítulo. El ministro Tapia, desde luego, agregó a continuación: «que no puede ser en relación con el criterio de los jueces [...], porque cada uno es responsable» (*ibid.*). Aunque debe tenerse presente el hecho de que puede tratarse de un error en la transcripción, el ministro desde luego debió haber dicho «porque cada uno es independiente» (art. 12 COT), porque es precisamente como salvaguardia de la independencia judicial que los jueces son, en general, irresponsables por sus decisiones (art. 13 COT). La pregunta que queda en el aire, desde luego, es el sentido de una «norma general» dictada por la Corte Suprema a la luz de los antecedentes recibidos pero que no tiene relación alguna con criterios para conceder o negar la medida cautelar solicitada por el ministerio público.

<sup>17</sup> El presidente de la época, Sebastián Piñera, defendió la idea de un «observatorio judicial» diciendo que «la lucha contra la delincuencia no es solo tarea del Gobierno, es como una cadena que tiene muchos eslabones, Carabineros, Policía de Investigaciones, Gendarmería, Gobiernos Regionales y basta con que un eslabón se debilite para que se debilite toda la cadena [...]. Y yo siento que hoy día tenemos un problema con algunos jueces que no están aplicando la ley como corresponde y a veces piensan que

Este episodio es relevante porque, aun cuando la idea fue controvertida y eventualmente olvidada, el hecho de que ella pudiera ser formulada en público como un programa del propio gobierno y defendida por el presidente de la República muestra que ella apela a lo que hoy resulta de sentido común. Y si la idea de que los tribunales deben estar expuestos a la presión de la opinión pública resulta hoy de sentido común, eso solo puede significar que el sentido de la independencia judicial es cada vez visto como algo anómalo, como el privilegio de un grupo de funcionarios que desea seguir operando oscuramente (una «defensa corporativa»)<sup>18</sup>.

## 6. NOTA II: SOBRE EL «PRAGMATISMO»

Ya hemos observado que lo que en Estados Unidos se denomina «pragmatismo» en relación a la función judicial (que debe diferenciarse totalmente de lo que se denomina así en filosofía)<sup>19</sup> es la articulación teórica de la transformación del activista en comisario. Por eso, como ya hemos observado, el «pragmatismo» no es una teoría sobre la función judicial, sino la negación de dicha función; esto implica que, mirado desde la *estructura*, desde las formas institucionales que configuran los órganos judiciales, el pragmatismo es pura teoría, porque sus recomendaciones no tienen relación alguna con esas estructuras y las hacen aparecer como especialmente irracionales. Esto último puede expresarse diciendo: el pragmatismo implica una flagrante contradicción entre función y estructura, entre la estructura que pretende explicar y la función que le asigna.

La cuestión, a mi juicio, ha quedado decidida en la discusión motivada por la decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos en *Bush v. Gore*<sup>20</sup>. Dado el tipo de cuestión y en particular las consecuencias de la decisión de este caso, la manera en que las consideraciones pragmáticas pueden o no ser relevantes para una decisión judicial se hace especialmente perspicua.

El «pragmatismo» ignora completamente la idea de adjudicación, de dar a cada uno lo suyo conforme a la ley: lo que hemos llamado «activista» es, en los términos a ser utilizados ahora, un juez «pragmatista»:

---

son más importantes los derechos de los delincuentes que de los inocentes. Por eso hicimos una propuesta, el observatorio judicial, que nace de la candidatura de Evelyn Matthei y del gobierno [...]. Ojalá que cuando nuestros jueces se sientan más observados, pongan más empeño y dedicación en hacer justicia, proteger a los inocentes y no a los delincuentes» (en *El Mercurio*, 5 de noviembre de 2013).

<sup>18</sup> Como caracterizó la oposición a dicho observatorio el ministro del interior de la época, Andrés Chadwick (en *El Mostrador.cl*, 5 de noviembre de 2013).

<sup>19</sup> Por supuesto, este entendimiento acerca del pragmatismo es independiente de los postulados suscritos de la tradición pragmatista en filosofía, que ha sido cultivada por los estadounidenses PIERCE, DEWEY, JAMES y RORTY. Una influyente versión sobre el pragmatismo contemporáneo frente a las exigencias de tolerancia y pluralismo valorativo, en PUTNAM, 1995.

<sup>20</sup> 531 US 98 (2000).

Todo lo que la adjudicación pragmatista necesita significar, sin embargo —todo lo que yo quiero decir con eso— es adjudicación guiada por una comparación de las consecuencias de soluciones alternativas a un caso más que por un algoritmo que pretende llevar a los jueces mediante un proceso lógico o en algún otro sentido formal a la Única Solución Correcta, utilizando solamente los materiales canónicos de las formas judiciales de decisión, como leyes o textos constitucionales o decisiones previas. El pragmatista [...] mira a la adjudicación, especialmente la adjudicación constitucional, como una herramienta práctica de ordenación social y cree entonces que la decisión que tiene las mejores consecuencias para la sociedad es la que debe ser preferida<sup>21</sup>.

Pero en un caso como *Bush v Gore*, pregunta Ronald DWORKIN,

si un juez pragmatista de la Corte Suprema evaluara, el 9 de diciembre [de 2000], las consecuencias generales de detener el recuento de votos en Florida, comparado con las consecuencias de dejarlo continuar, sería irracional de su parte ignorar el hecho de que detener el recuento aseguraría la presidencia para Bush por al menos cuatro años, mientras que dejarlo continuar significaría una posibilidad sustancial —digamos 50 por 100— de que Gore fuera presidente en vez. La cuestión de cuál de estos dos políticos finalmente sería presidente superaría toda otra consideración en una comparación genuinamente pragmática de las consecuencias (DWORKIN, 2002a: 37).

Esto, desde luego, cuenta como una refutación del pragmatismo, porque incluso el que defiende esa forma de «adjudicación» concedería que la adhesión política de un juez no es apta para justificar su decisión en un caso como este. De hecho, POSNER reconoce el problema:

Quiero considerar la siguiente cuestión híper-pragmática: Si uno de los jueces conservadores creía que la elección de Gore como presidente sería una calamidad nacional, ¿justificaría esto que votara para detener el recuento en Florida? Esta pregunta es quizás el desafío definitivo a la adjudicación pragmática. Pero afortunadamente la respuesta es negativa<sup>22</sup>.

POSNER cree que el pragmatismo puede superar este «desafío definitivo», pero en realidad solo puede hacerlo con una respuesta que es a todas luces no pragmática:

Las consecuencias sistémicas de permitir a la política partisana influenciar decisiones de la Corte Suprema serían peores que el daño de tener que soportar un mal presidente, de los que hemos tenido muchos (POSNER, 2002: 207).

<sup>21</sup> POSNER, 2001: 185-186. Es claro cómo la forma en que POSNER plantea las alternativas muestra que el «pragmatismo» toma buena parte de su plausibilidad en la idea de que la alternativa es la aplicación mecánica: es evidente que «un algoritmo que pretende llevar a los jueces mediante un proceso lógico o en algún otro sentido formal a la Única Solución Correcta» es un sinsentido. Para que la contraposición de POSNER pueda ser tratada como una alternativa seria, habría que reemplazar esta descripción ridícula por otra que fuera al menos plausible, de modo que la contraposición tenga algún interés. Primero habría que minúsculizar la idea; luego explicarla de un modo adecuado. Diciendo, por ejemplo, «más que por aplicación concreta de la ley, buscando qué es aquello a lo cual cada parte tiene derecho».

<sup>22</sup> POSNER, 2002: 207. POSNER no explica por qué esta cuestión es «híper-pragmática» y no solo pragmática.

Pero esta respuesta es evidentemente insuficiente, por dos razones: en primer lugar, no es una respuesta pragmática, pese a las apariencias. Se enfrenta a todas las ya demasiado conocidas objeciones al utilitarismo de regla. Es claro que las consecuencias sistémicas de permitir la política partisana en las decisiones de la Corte Suprema pueden ser graves, pero eso no dice nada antes de determinar cuán graves serían las consecuencias de una mala presidencia y cuál es la probabilidad de que una decisión partisana en un caso tan peculiar y ocasional como *Bush v. Gore* lleve a un *sistema* partisano. POSNER ignora no solo el caso en el cual un juez de la Corte Suprema estuviera convencido de que una presidencia de Gore sería tan calamitosa que (en su apreciación) el daño causado al país sería superior al desprestigio para la Corte Suprema, sino también la posibilidad de recurrir a estrategias que, aunque no son especialmente elegantes, pueden reducir la posibilidad de que lo hecho en *Bush v. Gore* implique una redefinición sistémica de la función de la Corte<sup>23</sup>. Es decir, ignora precisamente el tipo de preguntas que un juez pragmatista trataría como preguntas a ser respondidas a la luz de la configuración concreta del caso, y no por un «algoritmo» abstracto. El pragmatista, en otras palabras, no puede decirse sujeto a una regla que le impide mirar, en el caso particular, a las consecuencias de su decisión —y eso es exactamente lo que POSNER aquí ha sacado del sombrero—. POSNER asume *a priori* que las consideraciones pragmáticas siempre han de favorecer las soluciones institucionales, y con eso se revela como un falso pragmatista. El pragmatista tendría una actitud pragmática: «Esperemos y veamos».

Lo que esto muestra es que el denominado pragmatismo no es una teoría de la jurisdicción, sino una radical incapacidad de entender la idea misma de jurisdicción. Si el «pragmatista» tiene razón, toda la organización judicial es absurda; después de todo, pocas instituciones están peor diseñadas que los procedimientos judiciales para calcular consecuencias y decidir sobre utilidades y pérdidas futuras. Y es, desde luego, completamente insensato hacer esto desde casos particulares, sin tener medios para determinar de modo mínimamente fiable cuán recurrentes o anormales son en términos estadísticos. El «pragmatismo» no es una recomendación a los jueces acerca de qué deben hacer para ejercer de mejor modo su función; es un intento de convencerlos de que no tiene sentido ser jueces y que, entonces, han de actuar como órganos de una administración paralela del Estado.

---

<sup>23</sup> La Corte Suprema intentó, de hecho, contener estas consecuencias, sosteniendo que «nuestra consideración se limita a las circunstancias presentes porque el problema de la igual protección en procesos electorales normalmente presenta muchas complejidades» [*Bush v. Gore*, US 98 (200), p. 109].