

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. Recuérdense 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 alegrará 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 en 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 a 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 legitimidad 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 juridificada 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 suscepi-

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 pronunciaran*, 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).