

FILOSOFÍA Y DERECHO



La forma del derecho

Fernando Atria

CAPÍTULO 7

CONCEPTOS JURÍDICOS: ENTRE FUNCIÓN Y ESTRUCTURA

La sección anterior concluyó con una constatación que muestra la necesidad de una teoría que explique el sentido de conceptos jurídicos como «juez», «legislación» (o, de hecho, «contrato», «propiedad», etc.). La constatación fue que no es solo posible, sino también anticipable, que en distintos sistemas ciertas potestades sean característicamente «judiciales» en el sentido de que son generalmente detentadas por órganos reconocibles como tales, aunque no sean en rigor («teórica» o «conceptualmente») parte de la jurisdicción. Ello tanto porque los sistemas jurídicos se influyen recíprocamente, como porque el problema que notamos respecto del referimiento es suficientemente típico como para que él aparezca en diversos sistemas jurídicos, de modo tal que estos tiendan a converger en las mismas soluciones.

Pero si esto es así, no podemos llegar al concepto de «jurisdicción» a partir de lo que en uno o (mejor) varios o (aún mejor) todos los sistemas jurídicos es la jurisdicción. Y entonces, ¿cómo se forma un concepto jurídico como el de «juez» si no es por referencia a las competencias y funciones que la ley le entrega a los órganos así denominados?

Este capítulo pretende explicar el sentido en el que puede ser iluminador y correcto decir: por referencia a la *naturaleza* del concepto de «juez» (o de «jurisdicción»).

¿No era esta, sin embargo, una caracterización vacía cuando la usaban los positivistas analíticos para caracterizar el objeto de la teoría del derecho? Lo es si «naturaleza» es solo un nombre pretencioso para «mis intuiciones sobre

algo». Para evitar la vacuidad, necesitamos desarrollar el concepto de «naturaleza» aplicado a cosas como el derecho y el agua. Para comenzar, podemos decir que la naturaleza de x es aquello en virtud de lo cual x es x . Pero esto no es suficiente. Decir que x tiene una naturaleza no es solo decir que hay algo en virtud de lo cual es lo que es. Adicionalmente, implica que ese algo está en x (es «interno» a x), no en algo ajeno a él. Así, decir que existe tal cosa como la «naturaleza humana» es decir que hay algo en virtud de lo cual los seres humanos son tales y que eso no depende de las condiciones externas a ellos (esta es la razón por la que la tradición marxista solía entender —erróneamente— que el materialismo histórico y la noción de naturaleza humana eran incompatibles)¹.

La idea de que los conceptos jurídicos tienen una naturaleza, es decir, que hay algo en virtud de lo cual ellos son lo que son y que eso no depende de algo ajeno a ellos (como un *dictum* legislativo), parece hoy sospechosa de provenir del derecho pre-moderno, y es fácil entender por qué. Si el derecho moderno es contingente, si tres palabras del legislador son suficientes para transformar bibliotecas enteras en basura, entonces parece absurdo decir que conceptos jurídicos como jurisdicción o legislación (o propiedad, delito o contrato) puedan ser identificados por referencia a algo que no sea la declaración legislativa.

Es una actitud como esta la que explica el curioso camino que en materias relacionadas con la que estamos discutiendo siguió la teoría del derecho del siglo xx. Lo primero fue una reorientación metodológica de corte «realista»: lo que la teoría del derecho debía explicar, en la medida en que fuera una teoría descriptiva («científica»), era lo que el derecho es, y no lo que conforme a los deseos del teórico o las ideologías dominantes el derecho debía ser o sería bueno que fuera. Mirando entonces a lo que los jueces «efectivamente hacen», y omitiendo los «mitos» que nos legara el siglo xix, era posible observar que la idea de que los jueces decidían conforme a la ley y solo a la ley era falsa como descripción. La ley era solo una de las consideraciones, y a veces no alcanzaba a ser la principal, que seguían los jueces al decidir litigios. Y esto llevó a que la cuestión de la sujeción del juez a la ley fuera reemplazada por aquella de si la decisión judicial era enteramente reducible a la voluntad del juez o si esa voluntad estaba en algún sentido «limitada» por criterios independientes de ella, y en caso afirmativo cuáles eran estos. Lo que significó

¹ Véase COHEN, 1979: 151-152 [167-168]: «Negar que exista una naturaleza humana históricamente invariable es una tradición marxista. Este es un alegato que se hace frente a los conservadores que se fijan en un modelo de comportamiento histórico virulento (por lo general, desagradable), lo atribuyen a la naturaleza humana y sacan la conclusión de que ese modelo debe aparecer en toda sociedad o que solo puede ser eliminado mediante una tiranía extrema. (Es contrario a la naturaleza humana que la gente no sea codiciosa, que no sea competitiva, que la democracia funcione, que prevalezca una verdadera igualdad, etc.) Pero no es necesario afirmar, como respuesta, que no existen rasgos permanentes en la naturaleza humana. Lo único que hay que negar es que ese rasgo concreto en el que hacen hincapié los conservadores sea uno de ellos».

la mirada «realista», «descriptiva», preocupada por «describir el derecho tal como es», fue que la potestad legislativa y la función del legislador dejaron de ser cuestiones teóricamente importantes. Usualmente eran tratadas como meros accidentes históricos que no implicaban nada respecto de la «naturaleza» del derecho o de la función judicial. Así, como cualquiera que esté familiarizado con la literatura de teoría del derecho de los últimos cincuenta años lo sabe, el problema de la discreción judicial y de la relación entre derecho y moral a propósito de la adjudicación han sido y son obsesivamente discutidos, sin mayor referencia al problema de la ley y la función legislativa.

Pese a lo anterior, no es posible entender la posición del juez sin entender la posición de la ley. La figura del juez como la conocemos es cualitativamente distinta de la posición del juez pre-moderno. Con la idea moderna del derecho que puede ser creado mediante una declaración de voluntad surge la de la potestad jurisdiccional como independiente y sujeta a la ley. Y, como veremos, esto no es una coincidencia histórica: al contrario, significa que para entender la potestad jurisdiccional es necesario entender la potestad legislativa. Pero esta comprensión es imposible a menos que, entre las cosas que los jueces «hacen», podamos distinguir entre lo que hacen porque corresponde propiamente a su función (es decir, lo hacen *qua* jueces) y lo que hacen a pesar de no corresponder propiamente a su función. Esto quiere decir que mirando lo que funcionarios llamados «jueces» *hacen*, no hay mucho que decir sobre el concepto de jurisdicción. El punto es en realidad obvio. ¿Quiénes son aquellos a quienes debemos mirar para construir, a partir de lo que «efectivamente hacen», el concepto de «jurisdicción» (o «juez» o «proceso judicial»)? La respuesta obvia parece ser: «los jueces». Pero si la pregunta es repetida (¿quiénes son los «jueces»?) la respuesta, para quien entienda que debe mirar a lo que ellos efectivamente hacen, pareciera que no puede más que ser: los funcionarios *llamados* «jueces». Pero basta formular así las cosas para ver que la respuesta sea insostenible.

Aquí está, a mi juicio, la explicación de la tendencia de la teoría analítica del derecho de jactarse de su propia superficialidad. Hemos visto cómo SHAPIRO creía que podía ofrecer, a modo de ejemplo de una obviedad sobre el derecho, que «en todo sistema jurídico hay jueces». La única manera en que esto puede ser entendido como una obviedad es asumiendo la caracterización más delgada (superficial) posible de «juez», diciendo, por ejemplo, que «juez» es todo órgano dotado de autoridad para aplicar reglas a casos particulares (o solucionar conflictos). Así, por ejemplo, KELSEN sostuvo (KELSEN, 1935) que el tribunal constitucional era un «tribunal» (porque aplicaba las reglas constitucionales al acto del legislador de aprobar la ley), con lo cual habría que decir que el legislador también es juez (porque también decide sobre la constitucionalidad de su acto de legislar, y su decisión de que el acto es válido obliga a todos, al menos mientras su inconstitucionalidad no sea declarada por

un tribunal constitucional), y que también el policía es juez (porque, después de todo, un policía tiene potestad para dictar normas particulares a los ciudadanos, normas como: «freeze!»). Y si en este punto uno intentara volver sobre los pasos del argumento, y decir que «juez» no es todo funcionario dotado de (en algún sentido) autoridad para aplicar reglas jurídicas, es decir, si uno reclamara contra la superficialidad de la definición inicial, la respuesta sería que uno está tratando de pasar de contrabando conceptos «ideológicos». La extraña idea parece ser que solo en la superficie no hay ideología. Así, «superficialidad» llegó a ser sinónimo de una «actitud propiamente científica» ante el derecho. En lo que nos interesa, esta superficialidad se manifiesta en la candidez con la que la teoría del derecho hoy de moda asume los conceptos que discute, como «juez», «legislador» (o «ley»), «constitución», «aplicación» (y «creación») de normas, etc. El punto donde quedamos al final del capítulo anterior es que esta actitud es injustificada, y lo que tenemos que intentar ahora es una explicación de cómo pueden, bajo una comprensión moderna del derecho, construirse conceptos jurídicos.

1. CONCEPTOS ESTRUCTURALES, FUNCIONALES Y NOMINALES

Para comenzar a responderla es útil recurrir a una distinción elaborada por Michael MOORE entre clases y clases de clases. De acuerdo a MOORE (MOORE, 2000: 294, véase también MOORE, 1997: 19-23), existen clases de tres tipos: naturales, nominales y funcionales. Una clase es *natural* cuando sus elementos comparten una misma naturaleza. El ejemplo de MOORE es el concepto «agua», que se define por una determinada estructura molecular. En segundo lugar, hay clases que son *nominales*, en el sentido de que sus elementos no comparten característica alguna adicional al hecho de recibir la misma denominación. Por último, hay clases *funcionales* cuyos elementos comparten una función. MOORE ilustra aquí con el concepto de «estómago»: cualquier cosa que cumpla de modo suficiente la función de procesar comida es un estómago, independientemente de su estructura. MOORE introduce esta tipología con el objeto de mostrar que el derecho es un concepto funcional, y que esa idea, correctamente desarrollada, lleva a una teoría del derecho natural. Para MOORE una teoría iusnaturalista afirma que existen hechos morales y que la validez del derecho (tanto del derecho como un sistema de normas con una ley particular como una decisión en un caso particular) depende de que sea sustantivamente correcto.

Como no deseo llegar aquí tan lejos², creo que puede clarificar la exposición introducir una ligera corrección a las denominaciones de MOORE. En lo

² MOORE sufre, a mi juicio, de exceso de entusiasmo. Aunque esto no será discutido en términos de una teoría del «derecho natural» (porque el sentido en el que MOORE entiende esa expresión es pre-

que sigue, diremos que las clases se definen por algo interno o externo a ellas. Por estipulación, llamaré a las primeras «naturales» y a las segundas «nominales». Tratándose de clases naturales, lo que es interno a ellas puede ser su estructura o forma (clases estructurales o formales) o su función o sustancia (funcionales). Las clases nominales carecen, por definición, de naturaleza: no hay nada interno a ellas en virtud de lo cual la clase sea una clase.

Habiendo así distinguido entre clases funcionales, estructurales y nominales, nuestra pregunta ha de ser: ¿qué tipo de clase son los conceptos jurídicos? La respuesta que parece más obvia es la segunda: que son conceptos definidos por su estructura, es decir, por su forma. Pero creo que puede mostrarse que esto es un error; los conceptos jurídicos no pueden ser conceptos estructurales. Para hacerlo, debemos considerar un intento de ofrecer una explicación estructural de un concepto jurídico, y dado el camino que hemos seguido es razonable comenzar con el de «jurisdicción».

En *The Judicial Process in Comparative Perspective*, M. CAPELLETTI intenta identificar «la naturaleza del proceso judicial», para distinguirlo de otros procesos, especialmente el legislativo. Es fácil transformar su caracterización de la naturaleza del proceso judicial en una caracterización de la jurisdicción, ya que todo lo que sería necesario decir es que la jurisdicción es la potestad que se ejerce a través de este. Y lo característico del proceso judicial, sostiene CAPELLETTI, es «(a) su conexión con casos y controversias, en consecuencia con “partes”, y (b) la imparcialidad del juez» (CAPELLETTI, 1989: 31-32). De estas dos características centrales del proceso judicial se siguen tres reglas que, conjuntamente, lo definen: *nemo iudex in causa propria, audiatur et altera pars* y *ubi non est actio, ibi non est jurisdictio* (CAPELLETTI, 1989: 32)³.

Un acto pertenece a la clase de los actos jurisdiccionales, conforme a la explicación de CAPELLETTI, cuando el procedimiento de su realización puede calificarse como «judicial», y puede serlo cuando las tres exigencias enunciadas han sido cumplidas suficientemente:

Un juez que decide un caso que no ha sido promovido ante él por parte alguna: que no da al demandado una oportunidad razonable de defenderse; o que decide su propio caso, podrá seguir vistiendo una toga judicial y llamarse a sí mismo «juez», pero ya no es un juez (CAPELLETTI, 1989: 34).

cisamente el sentido en que ella ha perdido hoy toda relevancia: *infra*, capítulo 19), eso puede explicar la inusual ceguera de MOORE al hecho de que las funciones de los conceptos jurídicos se cumplen no directamente sino por la mediación de estructuras (lo que más adelante será denominado «holismo funcional» por oposición a la forma de «atomismo funcional» defendida por MOORE).

³ Nótese incidentalmente cómo aquí está ausente la idea de aplicación de la ley, que entonces sería conceptualmente indiferente para caracterizar la jurisdicción. Valga esto como ejemplo de lo dicho más arriba, en el sentido de que la reflexión en la teoría del derecho sobre la jurisdicción cree que puede ignorar la idea de sujeción del juez a la ley que sería, como aquí, un dato idiosincrásico de uno o más sistemas jurídicos.

Podrá llamarse juez, pero ya no es juez: esta posibilidad de que algo sea llamado *x*, pero no sea en rigor *x*, es lo que marca las clases definidas por una naturaleza (estructural o funcional) y las distingue de las nominales, en la que una oposición tal (entre ser llamado *x* y ser *x*) es contradictoria. La naturaleza del proceso jurisdiccional es, a juicio de CAPELLETTI, *estructural*, puesto que este no es definido por la función que cumple, sino más bien por la forma que asume (identificada por los tres *regulae juris* mencionadas).

El problema de una caracterización estructural de un concepto jurídico es que necesita (pero carece de recursos para) justificar por referencia a conceptos no estructurales dos cuestiones centrales para la definición del concepto. La primera es por la *individuación de la estructura identificada*, la segunda por su *relevancia*.

2. LA INDIVIDUACIÓN DE LA ESTRUCTURA

El primer problema es notado al pasar por CAPELLETTI, que observa que en muchos países occidentales ha habido una tendencia a «judicializar» los procedimientos legislativos y administrativos:

Se han introducido «audiencias» para escuchar los intereses en conflicto en estos procedimientos; se han adoptado instrumentos [...] para proteger de la acción partisana de legislaturas y agencias ejecutivas o administrativas; y se ha reclamado —e incluso [...] ordenado— imparcialidad a los órganos políticos. A pesar de todo, estas características son típicas del proceso judicial, hasta el punto que se habla de la «judicialización» de estos procedimientos no judiciales (CAPELLETTI, 1989: 32).

Sin embargo, si el concepto de jurisdicción se define por estas formas, el hecho de que otros organismos o procedimientos hayan adoptado esta estructura no debería llevarnos a hablar de la judicialización de procedimientos no judiciales, sino de que esos procedimientos están dejando de ser no judiciales y están pasando a ser judiciales. Si a pesar de que estos procedimientos se han «judicializado» (es decir, han adoptados estructuras judiciales o al menos más cercanas que antes a las judiciales) ellos siguen siendo en el sentido relevante procedimientos «políticos» o administrativos, eso tiene que ser porque las tres exigencias formales de CAPELLETTI no definen un proceso judicial, no especifican su naturaleza. Hay algo en virtud de lo cual esos procedimientos siguen siendo «políticos» aun cuando han adoptado la estructura judicial. Pero si CAPELLETTI tiene razón en que esas tres notas formales caracterizan el proceso judicial (y yo creo que la tiene) uno debería esperar encontrar una conexión interna entre ellas y ese «algo».

Nótese que el argumento aquí no es sobre el uso de las palabras, como si el problema pudiera solucionarse comenzado a llamar «jurisdicción» a la

protestad legislativa o a la administración cuando se ejerce a través de esos procedimientos «judicializados». La distinción que hace CAPELLETTI, entre procedimientos judiciales y procedimientos «políticos» o administrativos que han asumido *forma* judicial es una distinción que tiene pleno sentido (y sobre la que habremos de volver), pero que es imposible de hacer en el contexto de una teoría estructural del concepto de jurisdicción.

MOORE hace una observación análoga a propósito de la idea de que el concepto «derecho penal» es una clase estructural, definida por la sanción penal (la pena). Derecho penal es el conjunto de reglas que especifican las condiciones de aplicación de la pena. Ahora bien, si el concepto de derecho penal es estructural, es decir, se define por su forma o estructura, lo mismo debe decirse de la pena. Y aquí la insuficiencia de la estructura como elemento definitorio de la pena es un punto ya conocido⁴. El problema es que hay entidades que en su forma son indistinguibles de la pena pero no son sanciones penales. En términos estructurales, no hay diferencias entre una multa y un impuesto, o una condena al pago de una indemnización por daños. Si el concepto de pena es estructural, debemos concluir que un impuesto, una indemnización por daños y una multa son penas. Y si el derecho penal se define por referencia a la pena, debemos concluir que el derecho tributario y el derecho de daños son parte del derecho penal. Esto es, desde luego, una *reductio ad absurdum* del argumento.

El déficit de las teorías estructurales de la pena (o, más genéricamente, de la *sanción*) es un lugar común de la teoría del derecho, sobre el cual no es necesario profundizar después de la refutación ofrecida por HART en *The Concept of Law* de la tesis de que la nulidad es una sanción [HART, 1994: 33-42 (42-45)]. Pero es instructivo detenerse, a pesar de eso, en el modo que en la cuestión aparece en lo que es probablemente la formulación más sofisticada y auto-consciente de una teoría estructural del derecho, *la Teoría Pura del Derecho*. KELSEN, como se sabe, define a la sanción «en el sentido específico de la palabra» como «la irrogación coactiva de un mal o, expresado negativamente, en la privación coactiva de un bien» (KELSEN, 1991: 123). KELSEN explícitamente excluye la posibilidad de un concepto funcional de pena:

No es casi posible determinar el concepto de una pena (sanción penal) según su finalidad. Puesto que la finalidad de la sanción penal no proviene —o no proviene en forma inmediata— del contenido del orden jurídico (KELSEN, 1991: 124).

En estos términos, KELSEN solo puede distinguir las penas patrimoniales de la ejecución civil porque, en las primeras, el valor patrimonial obtenido coactivamente pasa a un fondo público,

⁴ Un sugerente esfuerzo de articulación de una teoría analítica del hecho punible a partir del rendimiento derivado de la integración de la teoría de las normas y la teoría de la acción, en MAÑALICH, 2014.

mientras que en el caso de la ejecución, esa suma se dirige al perjudicado ilícitamente para la reparación de los daños materiales o morales; de suerte que aparece expresada en el orden jurídico determinada finalidad, que no se da en el caso de la sanción penal (KELSEN, 1991: 124).

A pesar de esto, KELSEN ignora la finalidad para definir la pena con el argumento de que la pena sigue siendo pena a pesar de que su finalidad cambie. En efecto, puede hablarse de penas de finalidad preventiva incluso en sistemas penales «cuyo origen no fue determinado conscientemente por la idea de prevención» (KELSEN, 1991: 124). Esto es así porque las penas (el mal irrogado) no cambian al cambiar su función: «las penas de privación de la vida o de la libertad se mantienen idénticas, sea que al establecerlas se busque prevenir o no» (KELSEN, 1991: 124). Pero la insuficiencia de los elementos que KELSEN identifica como propios de (la estructura de) la pena es clara. Comprendiendo el delito como la «acción u omisión determinada por el orden jurídico, que configura la condición para un acto coactivo estatuido por el derecho» (KELSEN, 1991: 125), KELSEN se vería forzado a concluir que toda hipótesis de la cual depende el pago de un determinado impuesto es un acto constitutivo de delito y, consecuentemente, que la imposición de estos últimos equivale al establecimiento de una pena.

La manera en que la *reductio* puede ser evitada es introduciendo un concepto funcional de pena o sanción que sea capaz de sortear la objeción kelseniana⁵. En efecto, lo que explica la inevitabilidad de la conclusión de que un impuesto es una sanción es la tesis de que es posible identificar el concepto de sanción (o de pena) mirando solo al hecho de que es «la privación coactiva de un bien», e ignorando las diversas *funciones* que sanciones e impuestos cumplen. La diferencia, en otras palabras, solo aparece cuando miramos más allá de la estructura a la función. Los impuestos no son penas porque no cumplen la función de expresar un reproche⁶.

Este primer déficit de una teoría estructural de «pena» o «jurisdicción» explica la superficialidad de la teoría del derecho hoy en día. Por supuesto que podemos usar conceptos estructurales como los indicados en contextos debidamente delimitados, en que la pregunta por la individuación del objeto puede darse por respondida por las circunstancias o el interés que nos llevó a discutir sobre ellos en primer lugar. Pero este concepto será suficiente solo en la medida en que nos quedemos en la superficie, es decir, solo en la medida en que aceptemos que el problema central en la determinación del concepto está

⁵ Por lo que deberemos tener presente la afirmación de KELSEN de que la finalidad de la pena no proviene en forma *inmediata* del contenido del orden jurídico. Esto permite un espacio para un concepto funcional de pena o sanción, uno que, como será explicado más adelante, sea *estructuralmente mediado*.

⁶ La explicación de los conceptos jurídicos como conceptos funcionales estructuralmente mediados ha sido desarrollada, en relación con el derecho tributario, por FRANCISCO SAFFIE y, más explícitamente, Gonzalo FALCÓN. Véase SAFFIE, 2013, y FALCÓN, 2015.

siempre ya solucionado por la versión más simple e inmediatamente aparente del concepto.

3. LA RELEVANCIA DE LA ESTRUCTURA INDIVIDUADA

La segunda objeción a una caracterización estructural de la jurisdicción como la de CAPELLETTI aparece al preguntarse por qué ha de decirse que las características formales identificadas son internas al concepto de jurisdicción (y por consiguiente lo definen) en vez de ser externas a él (y constituir entonces, accidentes de una o varias o todas las apariciones del concepto de diversos sistemas institucionales). ¿Por qué esas características y no otras, y por qué esas características son las que *definen* el concepto? CAPELLETTI primero responde descansando en lo que parece una comprensión puramente nominal del concepto:

La demostración [...] se encuentra más en la experiencia fáctica que en sofisticadas teorías. Y la experiencia histórica indica claramente que la «naturaleza» del proceso judicial [...] se caracteriza por (a) su conexión con casos y controversias, en consecuencia con «partes», y (b) la imparcialidad del juez⁷.

En efecto, una apelación tan inmediata a la facticidad de la experiencia transforma lo que parecía ser un concepto estructural en uno nominal. Lo que resulta decisivo ahora para CAPELLETTI es lo que *se ha denominado* (por las personas u órganos relevantes) «proceso judicial». Pero evidentemente CAPELLETTI no cree que sea jurisdicción todo lo que sea denominado, así por las personas u órganos relevantes. De otro modo carecería radicalmente de sentido intentar determinar la «naturaleza» de la función judicial. CAPELLETTI cree que el hecho de que sean estas y no otras características las que definen al proceso judicial no es un hecho bruto alcanzado para el cual la pala del analista se quiebra, sino que es algo que tiene *sentido*. Más adelante él sostiene que esa experiencia recoge «milenios de sabiduría humana» (CAPELLETTI, 1989: 31), y con eso parece claramente indicar que el concepto que quiere dilucidar es en realidad funcional: es sabiduría acerca de que un proceso que se caracteriza por las notas que él identifica es el que mejor sirve a las finalidades que la jurisdicción sirve. El concepto de jurisdicción se define, después de todo, por su función.

4. NO HAY CONCEPTOS JURÍDICOS PURAMENTE ESTRUCTURALES (EL «AGUIJÓN SEMÁNTICO»)

Esta detenida consideración del argumento de CAPELLETTI ha sido útil porque ilustra un punto importante. *No hay conceptos jurídicos puramente es-*

⁷ CAPELLETTI, 1989: 31-32 (la última parte de esta oración fue citada *supra*, n. 2 del capítulo 6).

estructurales. Lo que parece ser un concepto estructural se revela, analizado con detención, un concepto nominal o funcional. Para generalizar lo observado, a propósito del intento de CAPELETTI: sea x un concepto que se define por las propiedades estructurales abc . ¿Qué justifica la elección de esas propiedades? La pregunta parece tener solo dos respuestas posibles: las propiedades abc definen x porque así lo hemos entendido siempre (= es un concepto nominal) o porque solo las condiciones abc guardan alguna relación (todavía no analizada) con la función que lo define (= es un concepto funcional).

Este no es un argumento que muestre o pretenda mostrar que la noción de «clase estructural» sea siempre inestable y se disuelva en clases funcionales o nominales. Hemos visto que «agua» es una clase estructural, y cuando es analizado detenidamente no deviene ni nominal ni funcional⁸. «Agua» es definido por su composición molecular. ¿Por qué tratándose del agua la caracterización estructural es estable como no lo es tratándose de conceptos jurídicos? La pregunta (y su respuesta) ya se nos ha aparecido (en el capítulo 4): nuestro uso del concepto de agua asume que el agua tiene una existencia anterior a ese uso, es decir, que la existencia del agua es anterior a nuestras teorías sobre el agua. Pero los conceptos institucionales no tienen una existencia pre-institucional⁹. Y por eso los conceptos institucionales son dependientes de las teorías: no hay una cosa tal como «juez» que se aparezca ante el jurista como «agua» aparece ante el físico. Como hemos visto, la pretensión de que es posible entender qué es la jurisdicción simplemente observando qué es «lo que los jueces hacen» carece de sentido. Por tanto, o las características estructurales elegidas se justifican por referencia a un hecho externo al objeto (como el hecho de que ellas han sido tradicionalmente utilizadas para identificar a ese objeto, y entonces será un concepto nominal) o por referencia a un hecho interno al objeto (su función, y entonces se tratará de un concepto funcional).

Ahora bien, si los conceptos jurídicos son conceptos nominales, en realidad no hay mucho más que decir. Para saber qué es la jurisdicción tendríamos que saber qué es lo que suele denominarse «jurisdicción» por quien corresponda. No habría nada que decir acerca de la jurisdicción y solo podríamos hablar de «jurisdicción», es decir, la palabra y sus condiciones de uso. Este es el núcleo de lo que Ronald DWORKIN llamó «el aguijón semántico» (*the semantic sting*). El argumento fue introducido como si fuera una respuesta a la pregunta de «cómo es el desacuerdo y cuándo es posible» (DWORKIN, 1986: 45), pero es fácil reinterpretarlo como un argumento contra la posibilidad de conceptos jurídicos puramente estructurales. Quienes han sido picados

⁸ Véase STAVROPOULOS, 1996, que discute este ejemplo para introducir la relevancia para la teoría del derecho de una semántica «realista» (realista precisamente en el sentido de que «agua» existe con prescindencia de nuestras teorías) como la defendida por KRIPKE y PUTNAM.

⁹ Paso por alto aquí algunos matices que no afectan el argumento. Véase la distinción entre instituciones «regulatorias» y «autónomas» en el capítulo 1 de ATRIA, 2002b.

por el *semantic sting* creen que los conceptos obtienen su sentido del hecho de que tienen una estructura que todos reconocemos y por eso, ante el desacuerdo, afirman que «podemos discutir con sentido solo si aceptamos los mismos criterios para decidir cuándo nuestras pretensiones son correctas»¹⁰, sin perjuicio de que las razones por las que aceptamos esos criterios sean distintas. La tarea de la teoría del derecho sería descubrir esos criterios, como lo intentó hacer HART en *The Concept of Law* [por eso la famosa caracterización de su libro como «un ensayo de sociología descriptiva» en HART, 1994: v (xi)]. Sin embargo, el resultado de una teoría como esa está expuesta a las objeciones que hemos considerado contra la caracterización de la jurisdicción de CAPELLETTI. DWORKIN nota esto por referencia a la incapacidad de una teoría «estructural» del derecho para explicar el desacuerdo, porque se ve enfrentado al siguiente dilema:

O bien a pesar de las apariencias los abogados de hecho aceptan en general los mismos criterios para decidir cuándo una pretensión jurídica es verdadera o no puede haber acuerdo o desacuerdo genuino acerca del derecho (DWORKIN, 1986: 45).

Este es el problema con el que toda explicación estructural de un concepto jurídico tarde o temprano se encuentra: o hay un «acuerdo» sobre qué es jurisdicción, sanción o derecho que nos permita mantenernos en la superficie, o no hay concepto¹¹. La segunda posibilidad es absurda, por lo que el argumento contiene en sí una agenda:

Por eso los filósofos abrazan la primera [posibilidad] e intentan identificar las reglas fundamentales que deben estar ahí, implícitas incluso cuando no son reconocidas en la práctica jurídica (DWORKIN, 1986: 45).

Es decir, buscan un acuerdo que permita responder las dos objeciones al concepto desarrollado por CAPELLETTI, de modo de poder afirmar que a pesar de las apariencias, hay acuerdo entre los participantes acerca de qué órganos son jurisdiccionales, y de cuáles de sus características estructurales son decisivas.

Eso es lo que hace a ese concepto, que reclama ser estructural, uno nominal. Es interesante notar el rechazo indignado que este argumento provocó en HART y sus sucesores. La respuesta estándar, repetida una y mil veces, es que ni HART ni sus sucesores tenían interés alguno en elaborar una teoría «semántica» del derecho, es decir, una teoría acerca del uso de la palabra «derecho»¹². HART rechazó la objeción de modo categórico:

¹⁰ DWORKIN, 1986: 45. Sobre la relación entre las teorías semánticas y los desacuerdos en el derecho, *ibid.*: pp. 1-44. Una visión escéptica acerca de la relevancia de los desacuerdos teóricos en derecho, en LEITER, 2012.

¹¹ Para la defensa de HART, véase ENDICOTT, 1998.

¹² Sobre la discusión del argumento el «aguijón semántico», véase en SMITH, 2009.

Aunque en el primer capítulo de *Law's Empire* se me clasifica junto a AUSTIN como un teórico semántico [...] afectado por el aguijón semántico, de hecho nada en mi libro ni en ninguna otra cosa que yo haya escrito justifica esa comprensión de mi teoría (HART, 1994: 246; este pasaje es del *Postscriptum*).

En vez de ocuparse del significado de las palabras como DWORKIN alegaba, HART entendía que lo que hacía era «ofrecer una comprensión explicativa y clarificadora del derecho como una compleja institución política y social» (HART, 1994: 239).

Esta caracterización del positivismo analítico como interesado en explicar las características de «una importante institución social» ya se nos ha aparecido. Ahora podemos observar desde otro ángulo su insuficiencia, por las mismas razones que sería insuficiente para responder las objeciones contra el concepto estructural de jurisdicción de CAPELETTI. ¿Qué es lo que permite identificar esa «importante institución social» y sus límites? Por las razones ya vistas, el teórico del derecho no puede responder esta pregunta del modo en que el físico respondería la pregunta análoga por el «agua». No puede decir que *antes* de la reconstrucción teórica el objeto a ser reconstruido se presenta ante nosotros, de modo que lo que tenemos que hacer es entenderlo y clarificarlo. Pero eso es precisamente lo que HART necesita poder decir para que su empresa tenga sentido. Como no puede descansar en el hecho de que el derecho se presenta para su reconstrucción ya definido y delimitado, necesita entenderlo como un concepto nominal: hay, escondida en la práctica jurídica, un acuerdo entre los participantes acerca de lo que es derecho. La función de la teoría del derecho es desenterrarlo y exponerlo. Entonces en esos criterios (hasta hoy ocultos e inconscientemente utilizados por los participantes) está la respuesta a la pregunta fundamental, «¿Qué es el derecho?». Y si la pregunta es «¿por qué esos criterios y otros no?» la respuesta será: «porque así entendemos a esa importante institución social». El concepto de derecho, entonces, podrá parecer estructural, pero es nominal.

Ahora bien, a todo esto podría decirse: esa es una de las características de esa «importante institución social», que es un concepto nominal. Después de todo, el argumento hasta ahora muestra que no hay conceptos jurídicos estructurales, pero no que ellos no pueden ser nominales. Y la consideración de esta cuestión nos permite dar un paso adicional en el argumento.

Considérese, por ejemplo, el concepto de «cuasicontrato». No pretendo discutir esto con mucho detalle aquí, pero hay una manera de entender este concepto que lo retrotrae a una categoría residual en la clasificación clásica de las fuentes de las obligaciones en las *Institutas* de GAYO. La categoría de «cuasicontrato» aparece cuando se especifica el contenido de la tercera categoría con que GAYO completó la *summa divisio* de las obligaciones: contratos, delitos y *variis causarum figuris* (GAYO, *Institutas*, iii.91; véase ZIMMERMANN, 1990: 14). A diferencia de la categoría de «cuasidelitos», puede decirse que

la categoría de «cuasicontrato» es nominal, en el sentido de que no hay un concepto de cuasicontrato distinto del modo en que siempre se ha usado esa expresión. La idea aquí sería que no es posible definir positivamente un cuasicontrato, por lo que el contenido de la expresión solo puede explicarse, por así decirlo, de modo ostensivo (esto es claro en el derecho chileno. Las definiciones de «cuasicontrato» contenidas en los arts. 1.437 y 2.284 CC son notoriamente inútiles para proveer criterios identificatorios. A falta de estos, resulta necesario recurrir a una definición ostensiva, la del art. 2.285). No sería posible, en esta interpretación, una «teoría general» del cuasicontrato, como es posible una del contrato o de la responsabilidad civil.

Como este no es un libro sobre «el concepto» de cuasicontrato, ni sobre las fuentes de las obligaciones, lo que importa no es si esta última afirmación es o no correcta. La cuestión es de qué depende que sea o no correcta. La tesis de que el concepto de cuasicontrato es nominal es una tesis negativa: afirma que no hay una explicación que pueda dar cuenta de la categoría de «cuasicontrato», por lo que es un concepto nominal. Esto, por supuesto, no excluye que lo que no ha sido posible hasta ahora no pueda hacerse en el futuro (el surgimiento todavía reciente del derecho restitutorio ha hecho que el concepto de cuasicontrato sea hoy mirado con más interés, y la tesis de que es un concepto nominal con más escepticismo, del que era tradicional). La implicación de esto es que puede perfectamente haber conceptos jurídicos nominales, pero su identificación es siempre negativa. Al decir de un concepto que es nominal estamos reportando un fracaso interpretativo. Por eso, es una afirmación que está siempre expuesta a ser refutada elaborando una teoría de ese concepto, es decir una explicación del mismo en términos de algo interno a él. El supuesto inicial de todo esfuerzo por desarrollar una teoría es que el concepto en cuestión es funcional. Y el fracaso en este empeño podrá expresarse diciendo: es un concepto nominal.

5. ESTRUCTURA Y FUNCIÓN DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

Asumiendo entonces, por ahora, que conceptos como los de jurisdicción y legislación son clases funcionales, debemos volver sobre la relación entre estructura y función. El argumento expuesto más arriba es que los conceptos jurídicos no pueden ser conceptos en definitiva estructurales. Ahora debemos explicar el sentido de esa expresión: «en definitiva». Esto implica rescatar lo que KELSEN observaba, en el sentido de que la finalidad de un concepto jurídico como «sanción» no proviene *inmediatamente* del contenido del orden jurídico.

Para discutir esta cuestión podemos seguir con MOORE, quien distingue dos funciones que la naturaleza (funcional o estructural) de un concepto des-

empeña. La primera es *ontológica* y la segunda *de individuación*. En el primer nivel, la pregunta es por la definición del concepto: qué es la jurisdicción, la legislación, la propiedad o el derecho penal. El segundo nivel es el de la identificación de las instancias a las que el concepto se aplica. MOORE cree que la solución del problema ontológico *es* una solución del problema de individuación:

Cuando hayamos respondido a nuestra pregunta ontológica de qué clase es un área del derecho [MOORE sigue aquí discutiendo la clase «derecho penal»], habremos quedado en una posición adecuada para responder a nuestra pregunta de individuación. Si un área del derecho es una clase funcional, entonces *cualquier regla jurídica que sirva la función* esencial de esa área será parte de esa área del derecho (MOORE, 1997: 22; la cursiva es agregada).

El ejemplo de MOORE es lo que en el derecho norteamericano se denomina «*punitive damages*»: si los *punitive damages* cumplen la función del derecho penal, son parte del derecho penal (MOORE, 1997: 22).

Es importante entender por qué esta conclusión es en cierto sentido correcta pero en otro mucho más importante incorrecta. Eso es lo que la expresión «en definitiva», usada más arriba, pretende expresar. Si el derecho penal no es definido por su función, entonces es una clase nominal, porque como los conceptos jurídicos no tienen una existencia pre-institucional, las estructuras que los caracterizan son puramente convencionales o funcionales.

Pero de esto no se sigue que un concepto estructural del derecho penal sea incorrecto. Después de todo, no puede simplemente ignorarse la observación de KELSEN que ya hemos citado, conforme a la que «la pena de privación de la vida o libertad se mantienen idénticas, ya sea que al establecerlas se busque prevenir o no». La relevancia de la función para la individuación de las reglas que forman parte de la clase no es necesariamente inmediata, y menos en el caso del derecho. En muchos casos (probablemente en los casos más importantes desde el punto de vista del análisis jurídico) la dimensión individualista del concepto funcional es mediada por una estructura. Así, la función permite identificar no un conjunto de reglas sino una estructura, de modo que el concepto se desempeña, asumida que sea esa estructura funcionalmente identificada, como un concepto estructural. «Ley», como veremos, es un concepto funcional. La función de la ley es identificar las normas que son «nuestras» (de los ciudadanos), de modo que la sujeción a ellas no sea sujeción a una voluntad ajena (=opresión). Si el concepto funcional tuviera una relevancia de individuación inmediata, entonces tendríamos que concluir que las decisiones que formalmente se presentan como leyes —en tanto adoptadas por el órgano y el procedimiento competentes para ello— no son en realidad leyes si no son ejercicios de autogobierno de los ciudadanos. Pero esto significaría que la ley carece de autoridad. La identificación de la ley estaría sujeta, por

ejemplo, a la objeción de falsa conciencia esgrimida por quien estaba del lado derrotado en la última votación en el parlamento: los que votaron a favor de la ley creen que lo que decidieron es lo que quieren, pero ellos no saben lo que verdaderamente quieren. Este es, por ejemplo, el argumento neoliberal por lo que suele denominarse «flexibilidad laboral»: los trabajadores creen que quieren protección legal (en la forma de obstáculos al despido), pero eso es solo porque no saben lo que verdaderamente les conviene: si lo supieran, entenderían que aumentar la protección laboral es encarecer la mano de obra, y así aumentar el desempleo.

Es claro que si la validez de la ley quedara sujeta a la condición de que este argumento sea en los hechos falso, la legislación sería imposible. Si el legislador ha decidido, a través de los procedimientos pertinentes, imponer mayores restricciones al despido, no puede decirse que ese ejercicio de la potestad legislativa es solo un «ejercicio putativo» porque no identifica correctamente lo que va en el interés de todos (incluidos los trabajadores). *Si la validez del resultado del procedimiento depende de que esta objeción sea refutada, entonces el procedimiento no tiene sentido.* Es precisamente por nuestro desacuerdo (entre ciudadanos) acerca de qué es lo que nos conviene a todos que las instituciones formales del procedimiento legislativo son necesarias. Por consiguiente, «ley» en el sentido de norma que vincula al juez o al policía o al ciudadano no es un concepto a ser individuado funcional sino estructuralmente: ley no es lo que sustantivamente va en el interés de todos, sino lo que ha sido aprobado mediante cierto procedimiento por el parlamento, sancionado y promulgado por el presidente de la República, y publicado en el *Diario Oficial*.

Es un error entender que lo anterior muestra que el concepto de ley es estructural y no funcional (lo que implicaría, por aplicación de lo dicho más arriba, que es nominal), y es para evitar ese error que debemos mantener separadas las dos preguntas que MOORE colapsa (recuérdese: la de definición y la de individuación o, como las denominaré en lo sucesivo, la pregunta por la *inteligibilidad* de un concepto y la pregunta por su *operación*). Un concepto funcional de ley (= norma general y abstracta que va en el interés de todos) se manifiesta en una estructura (= el procedimiento legislativo) de modo que la ley no es identificada por referencia a su función sino a su estructura: para saber cuáles son las condiciones del despido lícito resulta irrelevante la cuestión de qué es lo que va en el interés de todos, y es decisiva la cuestión de qué es lo que el legislador ha decidido a través de un procedimiento determinado. Eso no es porque el concepto de ley no haga referencia a su función, sino porque su función se hace probable cuando la identificación de los individuos que componen la clase es estructural y no funcional.

Dicho de otro modo, la autonomía del concepto estructural respecto del concepto funcional de ley es consecuencia de que el derecho no es solo un

sistema normativo, sino un sistema normativo institucionalizado¹³. Y la institucionalización supone conceptos formales (estructurales) y distribución de competencias. Así, el hecho de que el concepto *x* sea funcional no implica que quien tiene competencia para decidir con autoridad cuándo *x* concurre, o para fiscalizar el cumplimiento de *x*, tenga en virtud de eso competencia para decidirlo funcionalmente. Es, de hecho, posible que el funcionario encargado de la aplicación o fiscalización de *x* tenga la obligación jurídica de deferir a otro la decisión sobre si en el caso *x* concurre, lo que quiere decir que el funcionario ha de identificar *x* no por referencia a si *x* es efectivamente el caso, sino por referencia al hecho de que otro ha decidido que concurre. La función del derecho, en los casos más relevantes, se cumple *por una estructura que es identificada por referencia a una función, estructura que en su operación es ciega a esa función*.

Pero *en definitiva* el concepto es funcional, no estructural. El problema (la «improbabilidad» del derecho, como diremos más adelante) es que función y estructura son necesarias, pero como criterios de individuación son incompatibles. Lo que soluciona esta improbabilidad son *instituciones mediadoras*, es decir, instituciones que se entienden funcionales, pero cuya función se desempeña estructuralmente. El problema de las instituciones mediadoras es que su funcionamiento normal, ciego a su función, tiende a excluir la dimensión funcional (= «ritualismo»), exclusión ante la cual la reacción es abandonar o devaluar la función crucial de la estructura (BENTHAM: «arbitrariedad hasta la perfección»). Lo que más arriba hemos denominado «el ciclo de la adjudicación» manifiesta por esto una tensión interna al derecho moderno. Negarlo, ya por la vía de ignorar la relevancia de la función y atender solo a la estructura, o por la vía opuesta de ignorar la relevancia de la estructura y atender solo a la función, es no entender al derecho como un sistema institucionalizado. E ignorar la dimensión institucional del derecho hace al derecho ininteligible.

Este era, de hecho, nuestro problema inicial. La necesidad de una teoría de los conceptos jurídicos se hizo sentir, precisamente, cuando notamos que la estructura no podía ser decisiva porque ella no nos permitía discriminar entre características estructurales decisivas y marginales, entre características de lo que en diversos sistemas es llamado «jurisdicción» que se explican porque definen a la jurisdicción y características que órganos jurisdiccionales tienen a pesar de no corresponder a la idea de jurisdicción. Ahora estamos en condiciones de resolverlo.

Una potestad es jurisdiccional porque desempeña una función jurisdiccional. La estructura facilita (más adelante diremos: «hace probable») el desempeño de esa función. Pero esa estructura puede tener aspectos que en sus propios términos sean disfuncionales (como el referimiento, en la explicación

¹³ Esta cuestión es central en la obra de Neil MACCORMICK: véase MACCORMICK, 2007.

de GÉNY). Por eso, si uno cometiera el error de MOORE y asumiera que el criterio funcional que define al concepto es también el criterio que permite individuar a los miembros de la clase, tendría que decir que esos aspectos son no-jurisdiccionales. La solución es entender el sentido mediador de las instituciones: son estructuras que facilitan el desempeño de una función que sin ellas es improbable. Esta mediación no necesita ser trivial. Así, lo que antes llamábamos «conflicto interno» (la idea de GÉNY de que el *réfère* era «contrario a su propia finalidad») puede ser visto ahora como un caso de contradicción entre función y estructura, una idea que será central más adelante.

El argumento del párrafo anterior explica la diferencia entre un concepto funcional *simpliciter* y un concepto *en definitiva* funcional, como los conceptos jurídicos. ¿Qué le queda de funcional a un concepto *en definitiva* funcional? Lo que queda es la idea, importante, de que la estructura está subordinada a la función. El punto es que esta subordinación no exige que la estructura sea transparente a su función, y normalmente es al contrario: la estructura es necesaria, y puede cumplir su función mediadora, *porque* es opaca. Que sea opaca quiere decir que la relación de individuación es intransitiva: aunque la función identifica a la estructura, y la estructura a los miembros, de eso no puede concluirse que la función identifica a los miembros. Lo que sí quiere decir es que no tiene sentido pretender identificar estructuras sin tener una teoría, más o menos desarrollada, sobre la función que ellas desempeñan. En este caso la identificación de la estructura deviene arbitraria.

Esto explica que lo que hemos denominado más arriba «el ciclo de la adjudicación» no es sino un caso particular de una tensión interna a la idea moderna de derecho, y es en definitiva un proceso análogo al que, en el nivel de la reflexión sobre el derecho, examinamos en la primera parte. Esta tensión yace en la relación entre estructura y función. Como veremos, la función es explicativamente fundamental respecto de la estructura, porque el sentido de esta es que hace probable aquella. Pero la estructura hace probable la función porque es, en cuanto a su operación, opaca a ella. Solo porque es opaca a la función que desempeña puede mediarla. Esto implica que la estructura es racionalmente dependiente, pero operativamente autónoma de la función. Es *racionalmente dependiente*, porque la estructura en sus propios términos es arbitraria, irracional: vale solo por algún *fiat*. Hacer inteligible la estructura es mostrar su conexión con (el modo en que hace probable) la función. Es *operativamente autónoma*, porque en su operación la estructura es autosuficiente. Esto está en tensión porque en la medida en que una estructura está operando normalmente, la referencia a la función parece superflua, y entonces tiende a ser considerada algo que puede ser removido sin pérdida. Y operativamente hablando esto es efectivamente así. Pero al ignorar la función que hace inteligibles los conceptos jurídicos, la reflexión jurídica se hace estéril por ritualista. Cada autor comentando lo que su intuición le indica que son

características centrales de lo que su intuición le indica que son importantes instituciones sociales, pero sin recursos para mostrar la conexión interna entre esas estructuras y algo que importe. El momento de una teoría que se jacta de ignorar todo menos lo que «efectivamente hacen» los funcionarios que corresponda es el momento de la decadencia, el punto en el que la operación de las instituciones, opaca a su función, ha inducido a los participantes a entenderlas sin referencia a función alguna, como puras estructuras. Como conceptos nominales.

6. «ADMINISTRAR JUSTICIA» COMO FUNCIÓN

Seguiremos utilizando el concepto de «jurisdicción» para explicar el argumento. La doctrina chilena suele ver en la regla de art. 1 del Código Orgánico de Tribunales una caracterización de la jurisdicción:

La facultad de conocer las causas civiles y criminales, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado pertenece exclusivamente a los tribunales que establece la ley.

«Conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» sería el modo en que la ley encomienda a los tribunales resolver conflictos. Pero la sola referencia a la resolución de conflictos no puede ser suficiente. Hay muchos órganos del Estado que tienen entre sus funciones la de conocer conflictos entre otros órganos o entre particulares, o entre aquellos y estos, sin que por eso sean tribunales¹⁴. En efecto, «conflictos» es una expresión demasiado genérica, por lo que solucionarlos puede decirse que es una dimensión de prácticamente cualquier institución jurídica.

Los comentaristas del art. 1 del Código Orgánico de Tribunales han solucionado este problema por la vía de añadir al concepto funcional de jurisdicción (= solucionar conflictos) una dimensión estructural. No todo lo que soluciona conflictos es ejercicio de jurisdicción. Ejemplo de esos elementos estructurales son el *proceso*, como modo de ejercicio de la potestad jurisdiccional, y la *cosa juzgada*, como efecto característico de las decisiones jurisdiccionales. Así es posible llegar a un concepto de jurisdicción como el defendido, en Chile, por Juan COLOMBO:

La jurisdicción es el poder-deber que tienen los tribunales para conocer y resolver por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promueven en el orden temporal, den-

¹⁴ Un acto administrativo puede ser atacado por la vía de los recursos de reposición o jerárquico (art. 59 Ley 19880). Si la dictación del acto administrativo no necesita solucionar un conflicto (aunque en muchos casos lo hace, o al menos pretende hacerlo), la presentación de esos recursos indica la existencia de un conflicto que ha de ser resuelto por quien decide el recurso, pero no por eso hay ejercicio de jurisdicción por parte del funcionario que decide sobre el recurso.

tro del territorio de la república y en cuya solución les corresponda intervenir (COLOMBO, 2004: 43).

De este modo, la jurisdicción es una potestad del Estado que se caracteriza, en cuanto a su *función*, por la solución de conflictos y, en cuanto a su *forma*, por el proceso y la cosa juzgada.

Me interesa detenerme en este punto porque es útil para contrastar el modo en que él vincula estructura y función (las adiciona) con la idea, expresada más arriba, de que aunque ambas dimensiones son importantes en el análisis jurídico, ellas no son adicionables, sino que una (la estructura) media (hace probable) a la otra (la función). Veremos que, precisamente en la medida en que adiciona estructura y función, el concepto contenido en el pasaje citado es insuficiente.

Para comenzar, es posible plantear a dicho argumento las mismas objeciones dirigidas más arriba a CAPELLETTI. En efecto, la (excepción de) cosa juzgada no significa sino que la cuestión sobre la que se ha pronunciado un tribunal no puede ser llevada nuevamente ante el mismo u otro distinto para que sea resuelta nuevamente. Esto, desde luego, distingue las decisiones judiciales de las legislativas (respecto de las cuales el hecho de haberse tomado una decisión no implica que no puede ser revisada en el futuro, por razones que se explican por referencia a la función de la legislación) pero no toma en cuenta el hecho de que el reconocimiento institucional de la conclusividad de una decisión no es exclusivo de las decisiones jurisdiccionales, y que el efecto de cosa juzgada de una decisión jurisdiccional es variable. El caso paradigmático, desde luego, es el de una decisión que produce acción y excepción de cosa juzgada en el sentido que suele denominarse «material». Pero esta es solo una de varias posibilidades. A veces una decisión judicial solo impide que la cuestión sea discutida *rebus sic stantibus*, otras que se insista en la misma cuestión a través de ciertos procedimientos, etc. Adicionalmente hay decisiones de órganos no jurisdiccionales que son institucionalmente conclusivas. Una decisión administrativa puede ser objetada por vicios de legalidad, pero la oportunidad para objetarla está determinada por la ley. El hecho de que en algún momento esa oportunidad quede cerrada y la decisión devenga inamovible no implica necesariamente que ese órgano ejerza jurisdicción¹⁵. La cosa juzgada no es sino la consecuencia de que el derecho positivo es un sistema de normas *puestas*, cuya aplicación a casos particulares debe ser declarada con autoridad, de modo que en algún momento las oportunidades para objetarla por incorrecta deben agotarse.

¹⁵ Respecto de la declaración de invalidez de actos administrativos, véanse los arts. 59 (recursos de reposición y jerárquico), 60 (revisión) y 53 (invalidación de oficio) de la Ley 19880. El art. 61, por su parte, permite, por regla general, la revocación de un acto por parte de la misma autoridad que lo dictó, pero indica los casos en los que ellos son irrevocables. Aquí se trata de actos irrevocables contra los cuales no hay recurso alguno, sin ejercicio de potestad jurisdiccional.

Desde luego, es posible responder a esta objeción distinguiendo lo que se denomina la «cosa juzgada administrativa» de la «cosa juzgada jurisdiccional», sosteniendo que solo la segunda es la que se produce como consecuencia del ejercicio de la jurisdicción. Pero es evidente que una respuesta como esta supone una distinción entre actos administrativos y actos jurisdiccionales que no depende del concepto de cosa juzgada, sino que al contrario es utilizada para identificar los casos de «genuina» cosa juzgada.

Algo similar podría decirse respecto del proceso como modo de producción de actos jurisdiccionales. Aquí no es necesario repetir la observación de CAPELLETTI sobre la «judicialización» de las actuaciones de órganos ejecutivos o administrativos, ni lo ya dicho sobre la imposibilidad de distinguir estructuralmente («genuinas») penas de impuestos.

Pero adicionalmente ahora estamos en condiciones de entender por qué una definición de la jurisdicción como la de COLOMBO es susceptible de estas objeciones. La apelación que ella hace a función y estructura no muestra el modo en que esta está subordinada a aquella. Dicho en otras palabras, COLOMBO se limita a unir en una frase las notas distintivas a las que alude. ¿Qué de sustancia hay en la distinción entre los mecanismos de solución de conflictos que asumen la forma de un proceso cuya decisión tiene fuerza de cosa juzgada y otros mecanismos de solución de controversias? Esta pregunta debe ser respondida primeramente. Lo que debemos responder es *qué es aquello a lo que se trata de dar forma*, y para eso la cuestión decisiva no puede estar en la forma misma.

Una manera tradicional de responder esto es decir que lo que debe asumir forma institucional es la «administración de justicia»: solo cuando los conflictos son resueltos en justicia hay ejercicio de jurisdicción, y solo puede decirse que hay administración de justicia cuando ella ha sido antecedida por un proceso legalmente tramitado, etc. Pero esta manera de enfrentar el problema no es particularmente popular hoy en día. Es útil considerar, entre otras, las razones habituales para esto:

Me parece impropio incorporar a la definición de jurisdicción el concepto «administrar justicia» que no corresponde a su real función. Lo justo para uno puede ser injusto para otro. Lo que fue justo ayer puede no serlo hoy. Lo justo de hoy puede dejar de serlo mañana [...]. Desde el punto de vista científico, y el derecho —por cierto— tiene tal condición, no resulta fácil, y diría que es casi imposible, definirla [la justicia], incorporándola a una norma, para que a partir de esta los jueces la apliquen como elemento fundante de su definición [...]. Demuestra lo aseverado la existencia de diversas posiciones sobre lo que es justo en cada proceso (COLOMBO, 2004: 46, 49).

El argumento de COLOMBO es exactamente el mismo que el de MOORE sobre la (in)validez de las leyes injustas, aunque MOORE lo acepta y COLOMBO apunte a sus consecuencias para rechazarlo. MOORE creía que si un concepto

es funcional, la apelación a la función que lo *define* desempeña también una función de *individuación*. Correlativamente, COLOMBO cree que identificar la función de la jurisdicción como «administración de justicia» implica afirmar de *cada acto jurisdiccional* que es suficientemente exitoso en administrar justicia, que la noción de justicia debe constituir un criterio inmediatamente disponible para que «los jueces la apliquen». Una caracterización funcional del concepto implicaría, así, un rol individuatorio inmediato. Pero como lo hemos visto, esta comprensión de los conceptos jurídicos es incompatible con la naturaleza institucional del derecho, porque el sentido de la institución es precisamente romper la transitividad de la relación individualista entre función, estructura y acto (o decisión). Tratándose de instituciones, la relevancia de la función no es individualista (operativa), sino «ontológica» o definicional (de inteligibilidad).

Es importante, por lo que vendrá más adelante, referirse a una cuestión adicional a propósito de la idea de COLOMBO. Él, desde luego, tiene razón al rechazar una caracterización de la jurisdicción que apele a la idea de administración de justicia si entendemos la referencia a la justicia a la manera de RAWLS al principio de su *Teoría de la Justicia*, como «la primera virtud de las instituciones sociales» (RAWLS, 1971, cap. 1). Pero no es a la justicia en este sentido que la idea de la jurisdicción como administración de justicia hace referencia. La referencia es a la justicia como «la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo suyo» (D. 1.1.10). La diferencia es importante porque la objeción de COLOMBO es correcta en cuanto al primer sentido de «justicia»: el juez debe decidir conforme a las reglas válidas y aplicables no porque sean justas, sino porque son válidas y aplicables (aunque, como veremos, el sentido de que la validez de la ley dependa de ciertos procedimientos es hacer probable que esta sea «justa»). Pero en cuanto a la segunda es incorrecta, porque para decidir qué es lo suyo de cada uno no es necesario pronunciarse sobre la justicia de las reglas conforme a las cuales debe determinarse qué es lo suyo de cada uno. Tiene razón, en otras palabras, COLOMBO, cuando afirma que no corresponde al ejercicio de la función jurisdiccional preguntarse sobre la justicia de las reglas que aplica; pero de esto no se sigue que no tenga el deber de administrar justicia si por «administrar justicia» se entiende declarar qué es, conforme a las reglas válidas y aplicables, lo suyo de cada uno.

En los capítulos que siguen intentaré ofrecer una teoría de la jurisdicción como concepto funcional estructuralmente mediado, lo que nos obligará a ofrecer una teoría paralela de la legislación y, aunque pueda parecer inesperado, de la administración. Por «teoría» de la jurisdicción o de la legislación entiendo una explicación de: *a)* la función de cada una de ellas, y *b)* el modo en que esa función es mediada por una estructura. Pero esto no es suficiente, porque la existencia de una estructura que media la función plantea inmediatamente la pregunta por la necesidad de esta mediación: ¿por qué la fun-

ción necesita una estructura que la medie? La respuesta genérica es: porque el desempeño adecuado de la función es naturalmente improbable (aquí uso «naturalmente» a la manera en que lo usa el contractualismo de los siglos XVII y XVIII, es decir, para significar «pre-institucionalmente»). Ese es el modo en que las estructuras (que serán también llamadas «instituciones») desempeñan un rol de mediación: median haciendo probable lo improbable. La institución legislativa es una estructura cuya finalidad es hacer probable la identificación de lo que va en el interés de todos; la institución judicial es una cuya finalidad es hacer probable que los casos que les son sometidos sean decididos dando a cada uno lo suyo, etc. Por consiguiente el segundo paso puede dividirse en dos. Habiendo identificado la función (en el primer paso) se trata ahora de *b*) identificar las razones por las cuales el desempeño de esa función es improbable, y *c*) el modo en que la estructura neutraliza o contribuye a neutralizar esas razones, haciendo así probable el desempeño adecuado de una función que en un contexto des-institucionalizado sería improbable.

7. UNA TEORÍA GENERAL DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

A mi juicio, las explicaciones anteriores sobre los conceptos de jurisdicción y legislación son generalizables a todos los conceptos jurídicos, debido a que ellos son, cuando no nominales, estructuras que median funciones. Lo dicho al final de la sección anterior, sobre los tres pasos en la explicación de un concepto jurídico, vale para los conceptos jurídicos en general. Aquí, al generalizar, puede ser conveniente reiterarlo.

Una explicación de un concepto jurídico es una especificación de: *a*) una idea pre-institucionalmente identificable, cuyo desempeño es naturalmente improbable; *b*) las razones por las que ese desempeño es naturalmente improbable, y *c*) el modo en que una estructura neutraliza o compensa las causas de esa improbabilidad identificadas en *b*) y hace así probable el desempeño de la idea pre-institucional identificada en *a*).

Al generalizar no es necesario repetir todo el argumento, sino ilustrar el modo en que la explicación se separa de las peculiaridades de los conceptos ya explicados. Para eso, puede ser útil ofrecer una explicación, en los términos ya utilizados, de otros conceptos. A continuación quiero mostrar (los rudimentos de) una explicación de los conceptos de «contrato» y «testamento». La diferencia en la relevancia de estos dos conceptos es suficiente, creo, para justificar la apreciación inicial sobre la generalizabilidad del argumento de este capítulo.

¿Por qué el derecho reconoce como obligatorios los contratos? Una respuesta posible es: porque son intercambios justos. El derecho de contratos, visto desde esta perspectiva, es una forma institucional para identificar inter-

cambios justos. Un intercambio es justo cuando las prestaciones son suficientemente equivalentes entre sí.

Ahora, ¿cómo identificar los intercambios justos? Esta cuestión es particularmente problemática, en la medida que se abandona, como lo hizo el pensamiento moderno, la idea de que las cosas tienen un valor intrínseco que sirve de punto de comparación. Hoy sabemos que

el valor de todas las cosas contratadas se mide por la apetencia de los contratantes, y, por consiguiente, el justo valor es el que convienen en dar (HOBBS, 1996: 75).

En estas circunstancias, el derecho defiende a las partes de un contrato la identificación de si el intercambio es justo, de modo que si ellas han decidido que las prestaciones son equivalentes la cuestión de si el intercambio es justo queda definitivamente respondida, lo que quiere decir: para el juez la pregunta ya no será si el intercambio es justo, sino si las partes han decidido que lo es.

Ahora bien, ¿cómo identificar los casos en los que las partes han decidido que el intercambio es justo? El solo hecho de que, en un sentido bruto, haya algo que parece un «acuerdo» entre ellos no es suficiente, porque es posible que ese acuerdo no refleje el juicio de las partes sobre el valor relativo de las prestaciones sino la fuerza de cada una de ellas. Siguiendo con HOBBS

si dos hombres desean la misma cosa, y en modo alguno pueden disfrutarla ambos, se vuelven enemigos, y en el camino que conduce al fin [...] tratan de aniquilarse o sojuzgarse uno al otro (HOBBS, 1996: 61).

El derecho hace que «el camino que lleva al fin» de cada uno no pase por la aniquilación o el sometimiento del otro. Sin derecho (en lo que en los siglos XVII y XVIII se denominaba «estado de naturaleza») cada uno usará la fuerza o la manipulación para obtener lo que quiere del otro; lo hará (= es improbable que no lo haga) porque eso es lo que sirve a su preservación. La relación entre uno y otro será puramente instrumental, porque el otro no aparece ante uno como un «otro», sino como una parte más de un mundo que ha de ser manipulado para servir a sus fines.

El derecho de contratos hace probable el intercambio justo, por la vía de reconocer como jurídicamente vinculante un intercambio solo si satisface las condiciones para que ante la ley cuente como un contrato. Para eso, es necesario que haya acuerdo entre partes capaces (art. 1.445 CC), que ambas sean capaces de obligarse (art. 1.447 CC), que el consentimiento no esté viciado por error, fuerza o dolo (art. 1.451 CC), que no esté prohibido por la ley (art. 1.466 CC), etc. Estas condiciones formales hacen probable que cuando hay un contrato válido su contenido sea un intercambio equitativo. En efecto, cuando hay derecho mi usar la fuerza o el engaño para obtener lo que quiero de ti no me es útil sino me perjudica (no solo seré sancionado por la agresión

ilícita, sino que además me encontraré, cuando quiera cumplirlo, con que el contrato obtenido con fuerza o dolo será nulo). Si quiero algo que tú tienes, necesitareé contratar contigo, y para que ese contrato sea válido tendré que tratarte *como si* te respetara. No podré, por ejemplo, engañarte ni amenazarte, etc. Al hacer auto-frustrante mi acción objetivante, el derecho hace probable que me relacione contigo como si reconociera que tú no eres solo una parcela más del mundo que yo puedo utilizar para perseguir mis fines, sino un fin en sí. Hace probable, en otras palabras, que me relacione contigo como si te reconociera como un otro.

Algo análogo puede decirse del concepto formal de testamento: aquí de lo que se trata es de identificar correctamente la última voluntad del causante en cuanto a la distribución de sus bienes. Dicha voluntad necesita ser identificada cuando las condiciones para identificarla correctamente no son las mejores: el causante ya ha muerto, y una u otra identificación puede tener efectos considerables en los intereses de las distintas personas involucradas. En esas condiciones, tratar la última voluntad como un hecho a ser probado hace que la identificación sea altamente improbable. Para hacer probable la identificación correcta de esa voluntad, la ley introduce el concepto de testamento, dándole a la última voluntad una forma determinada. Así, ante el derecho solo una voluntad que tenga forma testamentaria contará como última voluntad del causante.

Ahora bien, ¿qué sentido hay en la forma exigida por la ley? En Chile, por ejemplo, es necesario tener capacidad de testar (art. 1.005 CC), hacerlo ante notario público y tres testigos hábiles, o ante cinco testigos hábiles (art. 1.014 CC), etc. El sentido de estas exigencias es que si ellas se han cumplido entonces es probable que la voluntad que conste en el documento respectivo sea efectivamente la última voluntad del causante. Cuando hay testamento, la identificación de la última voluntad del causante se hace trivial. En lugar de indagar en la biografía del causante para determinar su voluntad en cuanto a la distribución de sus bienes, la introducción del concepto formal de testamento hace que la identificación de esa voluntad dependa de la existencia de un documento. Lo que antes era altamente improbable se hace probable.

Los pares «intercambio entre sujetos que se reconocen recíprocamente (=intercambio justo)/contrato», «última voluntad del causante/testamento» muestran la relación entre la estructura y la función. Ambos muestran también que el sentido del concepto institucional solo puede obtenerse en la medida en que es opaco, esto es, en la medida en que su operación se independice del concepto pre-institucional: es incompatible con la existencia del derecho de contratos la pretensión de que porque es injusto un contrato es inmediatamente inválido y puede ser lícitamente incumplido, del mismo modo que es incompatible con la existencia de un testamento el que este pueda anularse probando con cualquier medio de prueba que la última voluntad del causante era otra.

Es también importante notar que la estructura hace *probable*, pero no *necesario*, el desempeño de la función. De hecho, la estructura puede en algunos casos ser un obstáculo para el desempeño de la función. Así, es posible que el testamento que efectivamente contiene la última voluntad sea declarado nulo por no satisfacer las exigencias legales (por ejemplo, porque dos testigos eran putativamente hábiles, conforme al art. 1.013 CC), así como es posible que la última voluntad no alcance a asumir forma testamentaria precisamente por la necesidad de satisfacer esas exigencias. Dicho en los términos ya utilizados: la estructura hace probable el desempeño de la función, pero solo probable, no necesario.

Supongo que no es necesario advertir que los conceptos de contrato y testamento no ocupan una posición equivalente en el sistema del derecho privado. Nada demasiado grave, en términos de ese sistema, ocurriría si desapareciera el testamento como hecho institucional, aunque la desaparición del contrato lo cambiaría todo. Por esto, una explicación del concepto de contrato es mucho más ambiciosa que la de testamento, y por eso es posible que hayan explicaciones alternativas a las aquí ofrecidas pese a que no es probable que la del testamento sea controvertida. Nada en el argumento depende de que el lector concuerde conmigo en la función precisa asignada a la estructura contractual. Los ejemplos anteriores cumplen la función de ilustrar el esquema de tres pasos que permite la explicación de los conceptos institucionales, y es compatible con explicaciones alternativas de la función y su improbabilidad, sus causas o la neutralización de estas. Lo que este capítulo pretende haber elaborado es una teoría a través de la cual los conceptos jurídicos se hacen inteligibles, y pretende haberla ilustrado aplicándola a diversos conceptos. No es parte del argumento defendido en este capítulo que el contenido asignado a esa forma en cada caso sea definitivamente correcto. Quien, por ejemplo, defienda una teoría alternativa del contrato usará un contenido distinto para alguno de los tres pasos. Esto podrá mostrar algún defecto más o menos importante en la explicación defendida aquí del contrato, pero al usar esos tres pasos ratificará por eso mismo el argumento que nos importa ahora, el que mira a la formulación de una teoría general de los conceptos jurídicos.