

CAPÍTULO 6

EL «FORMALISMO» DEL DERECHO MODERNO

Si el siglo XIX fue el siglo de la codificación y su subproducto, una comprensión «mecánica», rigurosamente «formalista» de la adjudicación, el siglo XX fue el de la reacción contra el formalismo¹. La manera en que esa comprensión decimonónica de la adjudicación es hoy identificada y apreciada es un punto sobre el cual no suele haber mayor discusión. Aun cuando las distintas reacciones contra el formalismo produjeron innumerables teorías y posiciones sobre la función jurisdiccional que todavía hoy se presentan en competencia, de modo que es difícil decir que hoy haya una visión «dominante», ese desacuerdo no se extiende a la comprensión del pensamiento del siglo XIX. La siguiente descripción es, creo, característica:

La separación entre el poder legislativo como poder político por excelencia, ejercido por el Parlamento compuesto por los representantes del pueblo, encargado de la creación del derecho y el poder judicial, un poder puramente técnico, ejercido por jueces profesionales, cuya tarea se agota en la aplicación de las leyes dictadas por el poder legislativo, es uno de los puntos centrales de las propuestas de los teóricos de la Ilustración para la organización política y jurídica del Estado [...]. La tarea de los jueces se circunscribe a la aplicación de normas generales a casos concretos².

Este pasaje no proviene de un escrito sobre historia del pensamiento jurídico, sino de un artículo sobre teoría del derecho cuyas tesis centrales no

¹ Véanse, entre tantos otros, GÉNY, 1925 (para el caso Francés), ATIYAH, 1979 (Inglaterra), HORWITZ, 1992 (Estados Unidos), WIEACKER, 2000 (derecho europeo con especial referencia a Alemania), etc. Más brevemente, véase GARCÍA DE ENTERRÍA, 1997.

² BULYGIN, 2005: 30. Por supuesto, BULYGIN no describe esta situación para defenderla, sino precisamente para mostrar que es imposible. En su obra conjunta con Carlos ALCHOURRÓN, la denominan una «ilusión racionalista» [ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1971: 175-178 (235-241)].

tienen ninguna pretensión histórica. Sin embargo, eso hace que sea un mejor ejemplo de lo que quiero ilustrar, que es el modo en que esta manera de comprender el «formalismo» decimonónico ha sido incorporada al sentido común contemporáneo.

En las extraordinariamente influyentes palabras de MONTESQUIEU, el juez habría de ser solo «la boca que pronuncia las palabras de la ley» (una frase que tendremos que considerar con cierto detalle más adelante). El supuesto de esta comprensión de la función judicial era que «en el derecho se encuentra siempre una solución para cualquier problema jurídico planteado al juez» (BULYGIN, 2005: 30). Y pocas cuestiones han tenido más ocupados a los juristas desde al menos la publicación en 1899 del libro de GÉNY, *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, como la de mostrar que este supuesto de la visión ilustrada es, y siempre fue, falso.

Ahora bien, la idea de que los ilustrados que se abocaron a traducir en instituciones jurídicas una concepción moderna del derecho creían que este era siempre capaz de proveer al juez una decisión susceptible de ser «mecánicamente» aplicada debe ser mirada con escepticismo. Veremos más adelante que la cultura jurídica de los siglos XVIII y XIX era particularmente sensible a la idea de que el derecho no puede resolver todos los problemas que el juez enfrenta, al menos en el sentido necesario para fundar la idea de «aplicación mecánica». ¿Cómo explicar, entonces, que juristas tan sensibles a este problema crearan instituciones que descansaban tan notoriamente en un supuesto que ellos sabían que era falso?

Es parte del folklore académico entender que la explicación se encuentra en la opinión que los revolucionarios franceses tenían del desempeño de los jueces durante el *ancien régime*. Así, por ejemplo, explicando el origen de la idea de supremacía del parlamento, Mauro CAPELLETTI sostiene que

en Francia debe ser reconducido, en parte, a la profunda reacción popular de rechazo contra el abuso de la posición judicial por parte de tribunales superiores de justicia durante el *ancien régime*. Estos tribunales [...] afirmaban su poder de revisar los actos del soberano, negándose a aceptar los que eran incompatibles con «la ley fundamental del reino» [...]. Esos jueces estaban tan profundamente arraigados en el régimen feudal que consideraban inaceptable cualquier innovación liberal [...]. El sentimiento popular contra [esos jueces] estaba ampliamente justificado, y esa justificación se refleja, aunque de forma velada, en el celebrado libro *Del Espíritu de las Leyes* [...]. De modo completamente comprensible, dado el tipo de jueces de su tiempo, un iluminado MONTESQUIEU predicaba que los jueces no debían detentar ninguna forma de poder político (CAPELLETTI, 1989: 191 y ss.).

A pesar de que es una explicación notoriamente superficial para un efecto tan extraordinariamente duradero y profundo, no es mi intención en este capítulo negar que esta explicación de la posición subordinada del juez en la

obra de MONTESQUIEU y, de modo más relevante, en la Francia de la codificación sea reconducible a esa reacción popular en contra de los antiguos parlamentos judiciales franceses³. Quiero, sin embargo, *omitirla* para considerar la posibilidad de que la dirección «formalista» que caracterizó a los principales sistemas jurídicos occidentales durante el siglo XIX sea (también) explicada en términos de una tensión interna al derecho moderno, tensión que a su vez explica la importancia de la distinción entre legislación, jurisdicción y administración. Si esta explicación es válida (ya complementaria, ya alternativa a la enunciada por CAPELLETTI), entonces encontraremos que el problema que enfrentaron los revolucionarios franceses a la hora de plasmar sus ideales en instituciones nos dice algo hoy acerca de las tensiones que un sistema jurídico moderno debe soportar.

Porque la idea de que la posición subordinada del juez es explicable como una reacción revolucionaria contra una clase contrarrevolucionaria debe ser identificada para inmunizarnos de su función ideológica: en una época de escepticismo cínico respecto de la legislación y de ingenuidad respecto de la figura del juez, ella nos permite explicar idiosincrásicamente, es decir, por referencia a las peculiaridades históricas de la Francia del siglo XVIII, una característica importante de la experiencia jurídica moderna (CAPELLETTI lo insinúa: la aplicación mecánica era «completamente comprensible, dado el tipo de jueces de su tiempo»). La consecuencia es que el formalismo del siglo XIX resulta no tener nada que ver con nosotros o con los problemas que enfrentamos. Como diría IHERING, ha perdido su interés dogmático.

Si el formalismo carece de interés dogmático, la idea formalista de sujeción estricta del juez a la ley puede ser desechada *sin pérdida alguna*. No es que el formalismo decimonónico haya sido una respuesta que nos parece inadecuada a un problema que hoy enfrentamos. Si fuera así, el «anti-formalista» actual tendría que asumir la carga de explicar el modo alternativo de solución que es adecuado hoy. En vez de eso, la desecha enteramente y se desentiende del asunto. Como veremos, esto es un grave error. Pero que esto sea un error no significa defender el formalismo decimonónico, sino apreciar que, excluido este, el problema al que pretendió responder queda urgentemente abierto.

³ Aunque, visto con los ojos de un profesor chileno, no puede dejar de notarse que la situación chilena a fines de la dictadura de Pinochet era relativamente cercana a la que CAPELLETTI narra en los momentos de la revolución: los tribunales chilenos, aunque quizás con otro discurso, tuvieron un desempeño similar al de los jueces del *ancien régime*, tanto en su oposición a las medidas del gobierno de izquierda en 1970-1973 como en los años posteriores (volveremos más abajo sobre esto). Sin embargo, la reacción posterior a la dictadura fue precisamente la contraria: dar más, y no menos, poder y autonomía a los jueces. Véase ATRIA, 2000b.

1. BENTHAM Y EL *COMMON LAW*: ACUMULAR INJUSTICIAS

Para comenzar, resultará útil volver a la obra de alguno de esos «ilustrados» e intentar entender la justificación de su crítica al derecho pre-ilustrado con el que se encontraron. Aquí podemos aprovechar el camino recorrido en el capítulo 2 y volver sobre las críticas de BENTHAM al *common law* inglés. Aunque, desde luego, en Inglaterra el movimiento codificador no fue exitoso, la posición de BENTHAM es interesante para entender el problema de los sistemas de derecho codificado.

En su notable estudio sobre BENTHAM y el *common law*, Gerald POSTEMA ha observado que en las reflexiones críticas de BENTHAM sobre el *common law* hay una aparente contradicción. En efecto, BENTHAM parece afirmar

que el *common law* es excesivamente rígido y también arbitrariamente flexible e indeterminado, que la adjudicación del *common law* involucra tanto la imitación mecánica como la manipulación judicial de ficciones, las fórmulas abstractas de «derecho natural», y otras parecidas, sujetas exclusivamente al capricho judicial y los intereses siniestros (POSTEMA, 1986: 279-280).

Según POSTEMA, la contradicción no es de BENTHAM, sino del *common law* (POSTEMA, 1986: 280), cuyo gran problema era que no podía proveer un equilibrio *sostenible* entre (para decirlo con las palabras que usaría HART) «la necesidad de reglas ciertas [...] y la necesidad de dejar abiertas [...] cuestiones que solo pueden ser apreciadas y resueltas correctamente cuando surgen» [HART, 1994: 130 (162)]. Incapaz de conciliar estas demandas en conflicto, BENTHAM vio que el *common law* «estaba condenado a oscilar, como un péndulo, entre los polos opuestos de arbitrariedad y rigidez» (POSTEMA, 1986: 280). Esta constante oscilación es denominada por POSTEMA la «paradoja de la inflexibilidad», pero como no es una paradoja (y si lo fuera sería tanto de la inflexibilidad como de la flexibilidad) lo denominaré «el ciclo de la adjudicación».

POSTEMA explica cómo el ciclo («la paradoja») se desarrolla en tres etapas. En la primera, caracterizada por decisiones judiciales sin regla de *stare decisis*, hay arbitrariedad: cada juez decide cada caso de acuerdo a sus apreciaciones. Como no hay regla de precedente, las decisiones judiciales «no pueden comenzar a servir el fin de la seguridad que es la función básica del derecho» (POSTEMA, 1986: 280). En reacción a la arbitrariedad de esta primera etapa, la segunda comienza cuando, para evitarla, se ha asentado una práctica de *stare decisis*, de acuerdo a la cual las decisiones pasadas son vinculantes para los jueces actuales. Pero precisamente lo que permite que la regla de *stare decisis* cumpla esa función domesticadora de la arbitrariedad es lo que resulta a su vez problemático, en cuanto endurece la adjudicación, causando lo que BENTHAM llamó el carácter «no acomodaticio» (*unaccommodatingnes*) del *common law*. Incluso las reglas que son razonables y justificadas desde el punto de vista de

la utilidad «o quedan bajo la marca o la sobrepasan» (BENTHAM, 1970: 194, § 15.12n1); son, para decirlo en un lenguaje familiar, sobre-inclusivas o sub-inclusivas [SCHAUER, 1991: 31-34 (89-92)]. Como los jueces y la profesión jurídica, que han conocido (en la primera etapa) los riesgos de la arbitrariedad judicial, aprecian y valoran la finalidad de certeza que persigue la inflexibilidad, están dispuestos a ignorar la injusticia que esta causa en algunos casos⁴. Esto explica «la dureza de corazón que es una especie de enfermedad endémica de los abogados» (BENTHAM, 1970: 194, § 15.12n1). Las mismas razones que provocaron el movimiento desde la primera etapa a la segunda, es decir, las que justificaron la adopción de la regla de *stare decisis*, hacen que los profesionales del derecho estén dispuestos a «hacer parcialmente el mal», porque lo hacen motivados por mantener «ese bien universal que consiste en la adhesión constante a reglas preestablecidas» (BENTHAM, 1970: 194).

Al hacer parcialmente el mal, los abogados y los jueces se acostumbran a «acumular [...] a sabiendas miserias sobre las cabezas de quienes no los merecen» [«*to heap [...] miseries on the head of those by whom he knows them to be unmerited*»] (BENTHAM, 1970: 194). Pero, como Rudolf VON IHERING notó en la clásica sección 50 del libro II de *El Espíritu del Derecho Romano*, el mal parcial que los jueces hacen en casos particulares cuando deciden formalmente es claramente visible, mientras que la contribución que esas decisiones formales hacen a la mantención de una práctica de adhesión constante a reglas es mucho menos notoria. En las famosas palabras de IHERING,

todo el mundo hace constar sus defectos [del formalismo] y nadie se fija en sus beneficios, que son puramente negativos, es decir, impiden que se produzca el mal. Un solo caso que haga resaltar los inconvenientes de la forma, como, por ejemplo, un testamento declarado nulo, un pleito perdido por un vicio o descuido de la forma, hieren y se hacen notar más vivamente que millares de casos en que, para el curso ordinario de las cosas, la forma ha cumplido su misión tutelar⁵.

La «dureza de corazón» que BENTHAM observa como el mal endémico de los abogados es el acompañante necesario de la forma, que a su vez es la condición para erradicar la arbitrariedad característica de la primera etapa del ciclo. El hecho de que la formalidad de la decisión judicial permita erradicar esa arbitrariedad es lo que IHERING destaca al afirmar que, «enemiga jurada de la arbitrariedad, la forma es la hermana gemela de la libertad» (*ibid.*). Esto proveerá al formalismo de la segunda etapa una justificación lo suficientemente poderosa como para tolerar la injusticia producida en los casos mal resueltos (por recalcitrantes), al menos en la medida en que el recuerdo de la primera

⁴ Los que SCHAUER llama «recalcitrantes»: véase SCHAUER, 1991: 39-47 (97-106).

⁵ IHERING, 1998: 647 (L. 2, § 50). Esta es la razón por la cual, como recordábamos en la presentación, «nada de pasmoso es, por tanto, que el juicio del ignorante se muestre tan hostil al formalismo» (*ibid.*).

etapa del ciclo se mantenga vivo. Pero este es precisamente el punto: a medida que ese recuerdo disminuye y la regla de *stare decisis* se convierte en ortodoxia, y por ello pueda darse por obvia, el logro valioso que ella representaba perderá urgencia. Entonces la presión pública por evitar acumular a sabiendas miserias sobre las cabezas de quienes no las merecen se volverá progresivamente más fuerte. La segunda etapa termina cuando esta presión pública por apartarse de la forma para evitar la decisión sustantivamente injusta se hace suficientemente significativa, lo que inaugura la tercera etapa del ciclo:

Cuando finalmente los ojos del público se abran, el mal que ha sido el resultado de seguir cada [juez] los pasos del otro en casos de poca importancia se ha vuelto tan palpable y groseramente problemático —decretando la impunidad, por ejemplo, de un asesino porque alguna palabra ha sido mal escrita o no se escribió como debía— cuando las cosas ya han llegado hasta este punto, no solo le será permitido al juez apartarse del precedente sino que cuando lo haga será aplaudido (BENTHAM, 1843d: 478).

En este momento el péndulo vuelve perversamente a la situación original, aunque agravada: ahora el sistema no solo es arbitrario sino *arbitrario hasta la perfección*, porque el juez ahora puede, en cualquier caso,

sin el peligro de un castigo del derecho y sin siquiera temor a la censura de la opinión pública, [...] dar la razón al demandante o al demandado, de acuerdo a lo que él quiera (BENTHAM, 1843d: 478).

Este es el principio de la «doble fuente», con el cual BENTHAM se mofa de la idea de Lord MANSFIELD mencionada en el capítulo 2, de que el *common law* se hace puro a sí mismo bebiendo de la fuente de la justicia. Ahora el juez puede beber «a placer» tanto de la fuente del *stare decisis* como de la fuente de la discrecionalidad (puede, para decirlo en nuestros términos, decidir conforme a la substancia o conforme a la forma, a su elección). El juez se encuentra «en perfecta libertad para otorgar o negar impunidad al asesino, a placer: si se la niega, discrecionalidad es su palabra; si la otorga, *stare decisis*» (BENTHAM, 1843d: 478).

El ciclo de la adjudicación, con su sucesión progresiva de etapas de formalismo y de arbitrariedad, tiene un estrecho correlato en la teoría del derecho. Como sostuvo H. L. A. HART en un pasaje al que ya hemos hecho referencia,

puede ocurrir que en algunos sistemas jurídicos, en ciertos periodos, se sacrifique demasiado en aras de la certeza, y que la interpretación judicial de las leyes y de los precedentes sea demasiado formal [...] En otros sistemas, o en otros periodos, puede parecer que los tribunales tratan demasiadas cosas en los precedentes como perpetuamente abiertas o revisables, y que respetan muy pocos límites tales como los que establece el lenguaje de la ley, no obstante su textura abierta. En esta materia la teoría jurídica tiene una curiosa historia, porque es propensa a ignorar o a exagerar el carácter indeterminado de las reglas jurídicas [HART, 1994: 130 (162 y ss.)].

Es curioso que, a pesar de su declarada intención de evitar esta «oscilación entre extremos» [HART, 1994: 130 (162 y ss.)], HART no haya podido sustraerse a ella. Su estrategia, como es sabido, apelaba a la noción de textura abierta. Pero hay una sistemática (e irónica) ambigüedad en el uso que HART hace de la noción de textura abierta en el capítulo VII de *The Concept of Law* [HART, 1994: 126-131 (157-163)]. A veces la textura abierta es una propiedad de las palabras y conceptos de los lenguajes naturales (textura abierta = vaguedad, que es el reflejo de una característica de las palabras y conceptos de los lenguajes naturales, cuyo significado está dado por el uso), aunque en otros casos ella es una característica de la manera en que es razonable entender las reglas jurídicas (textura abierta = inadecuación, que es el reflejo de nuestra relativa indeterminación de fines e ignorancia de hecho). En los términos que usaremos más adelante, a veces la textura abierta de las reglas equivale a lo que SAVIGNY llamaba leyes de expresión indeterminada o incompleta y otras a lo que denominaba casos de expresión impropia de la ley⁶. En el primer caso, HART se transforma en *formalista*: para hacer referencia a uno de los ejemplos que HART solía utilizar, es posible que la palabra «vehículo» tenga un área de textura abierta, de modo que no sea claro si la decisión legislativa de excluir vehículos del parque se aplica a las bicicletas y triciclos de los niños que juegan en él. Pero «si algo es un vehículo, un automóvil lo es» (HART, 1994: 126), por lo que si la textura abierta del lenguaje es la explicación para la incerteza en la aplicación del derecho, entonces la pretensión de los veteranos de guerra que quieren usar un automóvil militar en un monumento a los caídos (en el caso imaginado por Lon FULLER, 1958: 663) debe ser declarada contraria a la regla por el juez hartiano. Aquí la teoría de HART sugeriría decidir como un formalista, que se rehúsa a mirar (en la medida en que la expresión legislativa es «clara», es decir, en la medida en que la expresión legal no resulte semánticamente insuficiente en el caso) a los «objetivos sociales» que la regla persigue. Pero si para evitar este formalismo HART abandona esta comprensión de la idea de textura abierta y abraza la segunda posibilidad, entonces ya no basta

⁶ Esta nota pretende expandir algo la explicación contenida en los paréntesis. De acuerdo a la primera interpretación, la tesis de HART era una tesis sobre el lenguaje en que las reglas se expresaban, y en consecuencia sobre las reglas mismas. Como los conceptos de los lenguajes naturales son *open textured*, las reglas expresadas en ellos también lo son. Así, por ejemplo: «Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que estos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán indeterminadas» [HART, 1994: 127 y ss. (159)]; de acuerdo a la segunda interpretación, la tesis no es sobre el lenguaje en que las reglas jurídicas se expresan, sino sobre lo que es razonable pretender dada la condición humana. Aunque no es una estrategia sensata, dada nuestra «relativa ignorancia de los hechos» y «relativa indeterminación de propósitos», es en principio posible «elaborar reglas cuya aplicación a los casos particulares nunca exigiera una nueva elección» [*ibid.*: 128 (160)]. Para una explicación más detenida y las referencias del caso, véase ATRIA, 1999: 80-83, y ATRIA, 2002b: 161-167. El enunciado en disputa en el problema de la textura abierta; a saber, «la textura abierta causa discreción judicial» ha sido evaluado desde un prisma wittgensteiniano, afirmando que se trataría de una verdad filosófica o gramatical y que, por consiguiente, carecería de valor veritativo. Véase NARVÁEZ, 2002-2003: 211-240.

apelar a las reglas para decidir el caso: ahora será necesario, adicionalmente, mostrar que la solución que la regla aplicable ofrece al caso representa un balance adecuado de las necesidades sociales de adecuación y certeza. En términos hartianos, esto es escepticismo ante las reglas, porque significa que las reglas siempre requieren una nueva decisión («*fresh judgment*»), caso a caso, para poder ser aplicadas⁷. Podemos ver la evolución del ciclo de la adjudicación: absolutistas desilusionados se vuelven escépticos antes las reglas [HART, 1994: 138-9 (173)], solo para transformarse en formalistas atemorizados (espantados por la arbitrariedad de la primera etapa) y así sucesivamente. La razón de esto no se encuentra en alguna peculiaridad de la teoría del derecho de HART. En el capítulo VII de *The Concept of Law* HART identifica certeramente el problema al que BENTHAM se refería y, aunque pretende evitarlo, no hace más que reproducirlo⁸.

2. EL DERECHO MODERNO Y EL CICLO DE LA ADJUDICACIÓN

¿Es el ciclo de la adjudicación un acertijo que puede ser resuelto, o es parte indefectible de la condición humana o al menos de la pretensión de sujetar las conductas humanas a reglas generales? BENTHAM creía que tenía solución: el problema era el *common law*, y solo mediante una reforma jurídica a gran escala podía ser solucionado. Esta reforma era la *codificación*⁹. Él creía que el derecho legislado estaba libre de este problema, porque, a diferencia de las decisiones judiciales, las reglas legisladas podían ser «lo suficientemente amplias en alcance» y «lo suficientemente precisas en su formulación» como para evitar o al menos reducir dramáticamente los casos recalcitrantes (POSTEMA, 1986: 282). El optimismo de BENTHAM acerca de la aptitud de la codificación para romper el ciclo de la adjudicación lleva a POSTEMA a ofrecer la siguiente explicación profunda para su ocurrencia:

El problema reside en que el juez —como no hay otra fuente válida de reglas jurídicas— está cargado *tanto* con la tarea de proteger la seguridad y certeza del derecho *como* al mismo tiempo mantener cierta sensibilidad a las demandas de justicia y utilidad particular de cada caso (POSTEMA, 1986: 283).

⁷ Un escéptico ante las reglas niega «que la vida del derecho consista en gran medida en la orientación tanto de los funcionarios como de los particulares privados por reglas determinadas que, a diferencia de la aplicación de estándares variables, *no* requieren de una nueva valoración [*fresh judgment*] en cada caso» [HART, 1994: 135 (168 y ss.); la cursiva es de HART]. Brian LEITER ha diferenciado entre dos tipos de escepticismo que subyacen a la crítica hartiana. De un lado, el escepticismo conceptual que habría sido correctamente denunciado por HART y, de otro, un escepticismo empírico contra el cual no se habrían ofrecido argumentos categóricos. Véase LEITER, 2001.

⁸ Sobre esto, véase ATRIA, 2002b: 177-195 (ATRIA, 1999: 97-117).

⁹ «Solo a través de la codificación es posible realizar la reforma que aquí se solicita —o cualquier otra reforma efectiva—, en cualquier forma» (BENTHAM, 1843d: 430).

BENTHAM (en la lectura de POSTEMA) creía que el acertijo se resolvía con la introducción de un nuevo criterio de validez (*i. e.* derecho legislado, válido porque era *puesto*), de manera que las decisiones judiciales no fueran la única fuente de reglas jurídicas. De este modo el juez quedaría liberado de una de estas dos funciones en tensión, la de asegurar la corrección de la solución para el caso. Liberado de esa función, al juez solo le quedaba la otra, la de asegurar la certeza y predecibilidad de sus decisiones.

Esta solución benthamita fracasó (aunque después veremos que fracasó porque triunfó), y ahora necesitamos entender las razones por las que no podía sino fracasar. Solo así estaremos en condiciones de entender qué es lo que importa rescatar de ella antes de arrojar el resto.

Porque es este fracaso lo que explica, en buena medida, el escepticismo de nuestra época en cuanto a la posibilidad misma de entender qué es la jurisdicción y su relación con la legislación. Lo que en su momento fue defendido como la superación del ciclo de la adjudicación no fue sino una etapa más del mismo. En efecto, para poder liberar al juez de la segunda función (asegurar la corrección de la solución para el caso) había que lograr la sujeción del juez a la ley. Pero esta sujeción no hacía sino reintroducir un derecho «no-acomodaticio». Visto desde el escepticismo del siglo XXI, el experimento del XIX mostró lo que BENTHAM ya había visto: que la sujeción del juez a la ley es un precio demasiado alto que se paga por nada. Es *demasiado alto*, porque por cuidadosa que sea la legislación la posibilidad de casos «recalcitrantes» no puede ser eliminada (es parte, como sostuvo correctamente HART, de la condición humana), por lo que aun con códigos racionalmente formulados se seguiría exigiendo del juez que acumule, a sabiendas, miserias sobre las cabezas de quienes no las merecen. Adicionalmente, *se paga por nada*, porque la sujeción del juez a la ley nos deja donde estábamos: con un derecho no acomodaticio y un juez ciego a la injusticia que comete.

Antes de enfrentar (en el capítulo 8) este problema en sus propios términos, resultará útil mirarlo a través de la reflexión contemporánea al surgimiento del ideal moderno de sujeción del juez a la ley. Veremos que esos juristas entendían que el problema era precisamente que solo negando al juez el poder para asegurar la adecuación de la solución al caso particular podía hacerse probable la sujeción del juez a la ley, y estuvieron dispuestos a pagar ese precio. Si hoy creemos que eso fue un precio demasiado alto, lo que nos ha de interesar es qué es lo que ellos creían que de ese modo obtendrían. Es por supuesto posible que nosotros hayamos aprendido algo que ellos no sabían (en parte gracias al resultado de sus intentos), y que por eso su disposición a pagar el precio no sea en definitiva relevante en nuestro predicamento actual. Pero es también posible que, precisamente porque para ellos era novedoso algo que para nosotros es obvio, la relevancia de la sujeción del juez a la ley, pese al riesgo que significa, tenga un sentido que se nos escapa.

El folklore aludido más arriba entiende que la posición subordinada del juez se explica en buena parte por referencia a la antipatía de los revolucionarios franceses respecto de los jueces del *ancien régime*. Hemos visto que el mismo folklore tiene también una explicación para el saldo: en lo que lo anterior no explica, el formalismo de la codificación se explica imputándoles, como lo hacía BULYGIN, la creencia de que «el derecho es siempre completo y coherente en el sentido de que proporciona una respuesta y solo una respuesta a todo problema jurídico». Nuestra época se jacta de haber abandonado esta idea. Pero como ella entiende que la sujeción del juez a la ley descansaba sobre esta «fe ciega» en la perfección del derecho legislado, el abandono del «formalismo» es visto como pura ganancia, como un movimiento del error a lo correcto que por consiguiente no requiere ser compensado de modo alguno.

La situación en la que esta evolución nos deja es incómoda. En particular, nos hace perder totalmente de vista el sentido de la función judicial:

Cuando 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 crearla. Esta es una función legislativa. Bajo este esquema, ¿dónde está el elemento judicial? (DETMOLD, 2001: 152).

Nótese la paradoja: la idea «exegética» de aplicación mecánica es incompatible con la idea de jurisdicción. Pero la crítica al formalismo decimonónico suele consistir en que niega al juez la flexibilidad de la segunda posibilidad («cuando no hay regla o esta es insuficiente»), lo que supone que la manera en que el no-juez (el mero ejecutor) se transforma en juez es añadiéndole la potestad de preferir y dictar, en su caso, reglas. De este modo resulta que el juez es un ejecutor/legislador. En ambos casos, no hay espacio para la jurisdicción, y la oscilación entre ejecución y legislación es otra manera de identificar el ciclo de la adjudicación, hasta el punto en que el juez es, al mismo tiempo y en cada caso, ejecutor y legislador, lo que evidentemente quiere decir que ni ejecuta ni legisla: «Arbitrariedad hasta la perfección» (este es, desde luego, el «juez» neo-constitucionalista: libre para decidir conforme a la ley invocando su sujeción a esta o a la constitución cuando la ley le parece injusta).

Pero el punto interesante ahora es que, como DETMOLD lo afirma, ambas comprensiones de la función judicial son en realidad demostración de la misma incapacidad de entender: el exégeta cree que la función judicial consiste en ejecutar la ley, y el escéptico actual... concurre, aunque agrega que esta descripción es insuficiente porque ignora que el juez puede crear o modificar las reglas conforme a las cuales decide.

El neo-constitucionalismo agudiza este movimiento iniciado por el positivismo: como positivistas como KELSEN y HART han mostrado que solo puede darse una explicación adecuada (= no exegética) de la función judicial si se

reconoce su dimensión legislativa, entonces la posición del neo-constitucionalista, que solo lleva un poco más allá esa tesis, no solo no es problemática sino que debe ser celebrada: nos aleja todavía más del exegeta. Pero la pregunta de DETMOLD subsiste: ¿dónde está el elemento judicial?

DETMOLD responde: «Es abolida» (DETMOLD, 2001: 152). Y aunque ella está dirigida contra el positivismo analítico (DETMOLD usa como blanco a RAZ)¹⁰, todo el argumento de este capítulo y el siguiente pretende mostrar que es igual o más mercedamente aplicable al neo-constitucionalista (aunque DETMOLD no concurriría)¹¹. Pero en estas condiciones, el hecho de que respecto de algo que se presenta como una oposición (formalismo/escepticismo), las partes asuman una misma posición, es un indicio de que la cuestión está mal formulada: lo que está en juego es importante (por eso la controversia se rehúsa a desaparecer), pero los términos de ella son inadecuados. Y eso sugiere volver al principio.

3. MONTESQUIEU: BOCAS DE LAS LEYES

Como a nosotros lo que nos interesa ahora es entender la función judicial (la jurisdicción) y su relación con la legislativa, nuestro punto de partida es la

¹⁰ Y en particular su distinción entre etapas «deliberativas» y «ejecutivas», sobre la base de la cual RAZ sostiene que «el derecho [...] pertenece esencialmente a la etapa ejecutiva de la institución política [...] de la que es parte» (RAZ, 1994b: 190-192).

¹¹ Porque su visión centrada en el *common law* le impide entender la legislación. En efecto, DETMOLD distingue entre lo «parcial» y lo «imparcial», que funda, según él, «la distinción fundamental del *common law* (y del derecho mismo) [...] entre robar y contratar». Ambas nociones se explican por contraposición de la siguiente manera: «En todo caso de robo, ya sea por la fuerza, el engaño o la negligencia, el evento ocurre de acuerdo a la parcialidad del deseo que roba. Por contraste, si ese deseo se expresa en un contrato, el evento se expresa como una imparcialidad entre los dos deseos» (DETMOLD, 2001: 136). Ahora bien, habiendo dicho esto DETMOLD sostiene que «las leyes [*statutes*] son ciertamente parcialidades» (*ibid.*: 135), es decir, el deseo (parcial) de la mayoría que ganó en el voto parlamentario. ¡De modo que aquel que en virtud de una ley pierde un derecho ha sido víctima de un robo! Esto muestra que en la medida en que la ley es efectivamente considerada una parcialidad (como nada más que la voluntad de más de la mitad de los miembros del parlamento que la votaron) ella no puede reclamar autoridad (por eso veremos, en el capítulo 8, que es fundamental distinguir legitimación material de legitimación orgánico-personal o, en otros términos, que la regla de mayoría no puede ser entendida como un criterio de corrección, sino como una regla de decisión). Si esa es la única manera de entender la ley, entonces DETMOLD tiene razón y la ley es una forma de robo. Pero esta comprensión de nuestros procesos de voluntad política es incorrecta, a pesar de lo popular que ha devenido: DETMOLD, tanto como el «cientista político» o el economista que por razones diversas llega a la misma conclusión (= que los procedimientos democráticos de formación de voluntad son mecanismos de agregación de preferencias), hacen a la legislación imposible, en tanto la entienden como algo que no puede tener autoridad. A mi juicio, esta manera de entender la legislación es radicalmente incompatible con la finalidad que el propio DETMOLD le asigna en «*Law as practical reason*»: si la ley es una particularidad, por definición es incapaz de vadear lo que (notablemente) DETMOLD ahí llama el «vacío de particularidad» (véase especialmente pp. 455-463). Esta es la razón por la que la idea moderna de derecho solo puede ser entendida bajo el supuesto de que la ley es la voluntad del pueblo, no de una mayoría. Pero por esto mismo será necesario, en la tercera parte, desarrollar un lenguaje que nos permita afirmarlo sin ingenuidad.

observación inesperada de que la incapacidad de entender el sentido de esta distinción es exactamente la misma en el exégeta, el positivista «analítico» y el neo-constitucionalista «no-positivista». Más adelante debemos dar su debido peso a la otra observación inesperada introducida al final del capítulo anterior: que el problema no es tanto distinguir jurisdicción de legislación sino de ejecución (o, en términos más familiares, administración). Estas dos observaciones, veremos, tienen un punto de origen común.

Sin embargo, lo que nos ha de servir de punto de partida es que «positivistas» analíticos y neo-constitucionalistas «no-positivistas» concurren en entender como el exégeta lo que quiere decir «aplicar la ley». Eso es precisamente lo que los lleva a rechazar la idea de que la función judicial se defina por referencia a la idea de aplicación de la ley. Si este es nuestro punto de partida, qué mejor que seguir con el pasaje que, al menos en la comprensión tradicional, contiene la formulación canónica de esta idea:

Podría ocurrir que la ley, que es ciega y clarividente a la vez, fuera, en ciertos casos, demasiado rigurosa. Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que la boca que pronuncia las palabras de la ley [*la bouche que prononce les paroles de la loi*], seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes. La parte del cuerpo legislativo que considerábamos como tribunal necesario, anteriormente, lo es también en esta ocasión: a su autoridad suprema corresponde moderar la ley a favor de la propia ley, fallando con menos rigor que ella [MONTESQUIEU, 1984: 112 (L11, § 6)].

Como suele ocurrir con los pasajes clásicos, nuestra familiaridad con él hace difícil que lo miremos con la candidez suficiente como para encontrar en él algo distinto de lo que hemos oído una y mil veces que contiene. Por eso lo primero que hemos de notar es que MONTESQUIEU aquí no defiende sino da por establecida («como hemos dicho...») la tesis de que el juez es «la boca que pronuncia las palabras de la ley». El pasaje al que aquí hace referencia es uno anterior que trata de la relación entre formas de gobierno y formas de ejercer el poder de juzgar:

Cuanto más se aproxima el gobierno a la república, más fija será la manera de juzgar [...]. En Inglaterra el jurado decide si el acusado es culpable o no del hecho que se le presenta; si es declarado culpable, el juez impone la pena que la ley señala para aquel hecho, para lo cual no necesita más que tener ojos [MONTESQUIEU, 1984: 56 (*ibid.*)].

Aplicado a la organización judicial, esto requería independencia judicial: «tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo» [MONTESQUIEU, 1984: 107 (L11, § 6)]. Este principio de separación de poderes estaba, sin embargo, sujeto a excepciones, y es en el curso de la enumeración de estas excepciones que MONTESQUIEU de modo incidental, formula su caracterización del rol del juez.

La segunda excepción discutida por MONTESQUIEU¹² trataba precisamente del hecho de que no es posible suponer que en el derecho se encuentra siempre una respuesta que pueda ser mecánicamente aplicada por el juez. Y en realidad supone algo bastante alejado de la caricatura exegética. Para apreciarlo, debemos detenemos en la primera frase: «Podría ocurrir que la ley, que es ciega y clarividente a la vez, fuera, en ciertos casos, demasiado rigurosa»¹³.

Es importante notar que con esto MONTESQUIEU está identificando un déficit en la ley. Es decir, la afirmación sobre la función judicial que constituye la formulación más usual de una comprensión «exegética» o «mecánica» de la aplicación de la ley se encuentra precisamente en un pasaje que no niega sino reflexiona sobre los defectos posibles de la ley. ¿Y cuál es este defecto? MONTESQUIEU apunta a una característica de la ley (es «ciega y clarividente») que puede resultar en un problema (ser ella «demasiado rigurosa»). Estas son las dos ideas que necesitamos entender: la ceguera y clarividencia de la ley y su posible exceso de rigor.

¿Qué quiere decir que la ley sea ciega y clarividente *a la vez*? Como eso es una caracterización de la ley, y no una identificación de un defecto eventual (el defecto es el exceso de rigurosidad, que ocurre «en ciertos casos»), debe descansar en el tipo de estándar que la ley es. Y aquí podemos aprovecharnos de lo ya dicho en el capítulo 2: es ciega y clarividente porque es una regla como práctica, no una regla como resumen. Que sea una regla como práctica implica que las consideraciones que justifican la regla son irrelevantes al momento de determinar qué es lo que ella implica para un caso particular. La ley es un estándar formal cuyas consecuencias jurídicas se siguen cuando se verifican las condiciones de las que ellas dependen, lo que excluye la pregunta de si en ese caso particular lo que la ley pretendía evitar o fomentar se logra evitar o fomentar. Esto hace a la ley ciega: ciega a las características adicionales de los casos particulares a los cuales ella se aplica. Pero no es ceguera irracional: aunque esto será discutido con detalle más abajo (en el capítulo 11, al hablar de los presupuestos y límites del razonamiento formal) por ahora podemos decir que al vincular genéricamente una determinada consecuencia a la ocurrencia de ciertos eventos la ley permite que las cuestiones genéricas sean discutidas y tratadas por referencia a las razones que se aplican genéricamen-

¹² La primera excepción de MONTESQUIEU al principio de separación de poderes es el juicio de miembros de la aristocracia, que («como todo hombre debe ser juzgado por sus iguales») no puede realizarse ante el juez sino ante una comisión de nobles. La tercera excepción se refiere a los casos en que ciudadanos violan los derechos del pueblo en algún asunto público, cometiendo delitos que los jueces no pudieran o no quisieran castigar. Para tal caso, MONTESQUIEU propone que miembros de «la parte legislativa» del pueblo acusen ante miembros de la parte legislativa de los nobles (los que en definitiva juzgarán) porque, de otro modo, los tribunales inferiores se verían arrastrados por la autoridad del acusador [MONTESQUIEU, 1984: 107 (L11, § 6)].

¹³ Sobre el problema de la derrotabilidad de la ley, véase ATRIA, 2000a, y ATRIA, 2002b, *passim*. La literatura sobre derrotabilidad es copiosa. Puede consultarse BAYÓN, 2000 y 2001. Para un estado general de la cuestión, véase FERRER BELTRÁN y RATTI, 2012.

te, diferenciándolas de las razones que surgen del caso especial. Es respecto de estas que la ley es ciega.

Ceguera y clarividencia, entonces, son dos caras de la misma moneda. No es que la ley sea ciega y clarividente. Es clarividente *porque* es ciega. La ceguera y la clarividencia de la ley no son, en otras palabras, sino una y la misma característica: su *formalidad*, que excluye la consideración de lo que no es relevante y así hace posible una decisión del caso, único e irreplicable como todos los casos, de acuerdo solamente a lo que es relevante; o, para anticipar una formulación que usaremos más adelante, hace probable lo improbable.

Pero, dice MONTESQUIEU, es esa ley, ciega y clarividente (o clarividente por ciega), la que puede ser «demasiado rigurosa». MONTESQUIEU no se está refiriendo aquí al exceso de rigor, por ejemplo, del art. 450 del Código Penal chileno, que sanciona a la tentativa de ciertos delitos contra la propiedad como si fueran consumados. Aquí para moderar el rigor de la ley uno tendría que modificarla o derogarla. No sería un caso de lo que hablaba MONTESQUIEU, de «moderar la ley *por la ley misma*», sino de moderarla por otra finalidad (la justicia). No cabe duda de que leyes excesivamente rigurosas como el art. 450 del Código Penal deben ser derogadas o modificadas, pero no por respeto al mismo art. 450 de ese código (a «la ley misma»), sino porque son injustas. Es obvio también que la potestad para derogar el art. 450 corresponde «al cuerpo legislativo», no como una *excepción* al principio de separación de los poderes, sino *en cumplimiento* de él.

Los casos a los que MONTESQUIEU hace referencia, entonces, son casos en los que la ley debe ser moderada no porque sea desproporcionadamente injusta (y entonces se modera la ley en busca de la justicia) sino *por la ley misma*.

Que la ley sea demasiado rigurosa significa que, dado su sentido, la solución para un caso es inapropiada, dadas las características de ese caso. Es decir, que se trata de un caso de lo que hoy se denomina derrotabilidad¹⁴. Esta idea vincula los elementos que hemos estado comentando del pasaje de MONTESQUIEU: la ley no es ciega y clarividente, es clarividente porque es ciega; y no es que sea ciega y clarividente y además demasiado rigurosa en algunos casos; es demasiado rigurosa en algunos casos porque es ciega. Cuando es en este sentido preciso «demasiado rigurosa» el estándar para determinararlo no es ajeno a la ley: es la ley misma, los propios fines o el sentido de la ley los que resultan en algunos casos traicionados por la formalidad de la ley. Por eso es que la «moderación» de la ley viene exigida por la misma lealtad a la ley.

Pero eso no quita que, como el juez no es sino el aplicador mecánico de la ley, no puede reconocérsele a él la competencia para moderar la ley, y por

¹⁴ Tema sobre el que volveremos en el capítulo 10.

eso era necesaria una segunda excepción al principio de separación de los poderes. A quien corresponde la autoridad para dictar y derogar la ley corresponde el poder de moderar la ley por la ley misma. Es por eso que MONTESQUIEU recomendaba la creación de una comisión parlamentaria a la que el juez, cuando se encontrara con estos casos, remitiera el asunto suspendiendo el procedimiento.

Es importante tener presente que para MONTESQUIEU entregarle a una comisión parlamentaria el poder de moderar la ley por la ley misma es una *excepción* al principio de separación de poderes. Pero si el poder de moderar la ley por la ley misma es un poder de modificarla o derogarla parcial o totalmente, entonces no se ve en qué sentido entregar esa decisión al poder legislativo puede ser una *excepción* al principio de separación de poderes. En realidad parece una aplicación de ese mismo principio. Estas consideraciones llevan a concluir que en el propio *Espíritu de las Leyes* el poder de moderar la ley por la ley misma ya aparece como un poder propiamente jurisdiccional, que debe, a pesar de eso, ser entregado al poder legislativo.

4 SAVIGNY: EXPRESIÓN IMPROPIA Y EXPRESIÓN INCOMPLETA DE LA LEY

Lo que ahora debe ocuparnos es la razón por la cual esta excepción es justificada. MONTESQUIEU no la explica, sino la supone: como los jueces han de ser solo la boca de la ley, entonces ese poder no puede entregárseles a ellos. Para entender la razón que podría justificar esta excepción, aunque desde luego no la discute en esos mismos términos, es útil mirar al monumental *Sistema de Derecho Romano Actual*, de Friedrich K. VON SAVIGNY, publicado entre 1840 y 1849.

En el capítulo IV del *Sistema*, SAVIGNY trata el problema de la interpretación de la ley. La sección 35, que es la que en particular nos interesa, está dedicada a los casos en los que «la interpretación de las leyes en su estado normal» (tema discutido en la sección 34) es insuficiente. SAVIGNY explica que eso ocurre cuando la ley es «defectuosa», lo que a su vez se explica por dos motivos:

Primero, expresión indeterminada, no conteniendo [la ley] ningún pensamiento concreto; Segundo, expresión impropia, cuyo sentido está en contradicción con el verdadero pensamiento de la ley (SAVIGNY, 1878: 155).

Refiriéndose a las leyes de expresión indeterminada (o incompleta), SAVIGNY aclara:

La expresión incompleta de una ley tiene precisamente el carácter de un discurso interrumpido que deja, por tanto, en suspenso su sentido; tal sería una

ley que exigiera testigos en un punto cualquiera y no fijase su número (SAVIGNY, 1878: 155).

Una ley es, por su parte, de expresión impropia,

cuando da un sentido claro y determinado, pero diferente del pensamiento real de la ley. En vista de esta contradicción se pregunta cuál debe prevalecer; ahora bien, siendo la palabra el medio y el pensamiento el objeto, debe aquella subordinarse a este. Con el cual debe establecerse relación de conformidad y, en su virtud, rectificarse la expresión (SAVIGNY, 1878: 155).

En el caso de expresión indeterminada o incompleta, se trata de que la expresión del legislador no es suficiente para comunicar su voluntad. Sin embargo, al mismo tiempo, la ley exige al juez que solucione el caso (el llamado «principio de inexcusabilidad», art. 10, inc. 2.º COT)¹⁵, por lo que este está obligado a completar la expresión legislativa (o disolver la ambigüedad), de modo de poder aplicar la ley al caso. Aquí el defecto

procede del legislador y puede venir de la obscuridad de sus ideas o de su torpeza en el manejo de la lengua; pero cualquiera que sea su origen, el intérprete ha de poner remedio a [él], pues no podrá sacarse regla alguna de una ley de tal manera defectuosa (SAVIGNY, 1878: § 36).

El defecto de expresión indeterminada se explica por un déficit del legislador, el que es necesario suplementar. Antes de que la decisión legislativa sea suplementada *no podrá sacarse regla alguna de una ley de tal manera defectuosa*. Esto explica, al mismo tiempo, tanto la necesidad del suplemento judicial como el hecho de que él no sea problemático; que el defecto «deba ser en todo caso corregido», pero que sea tal que permitirle al juez hacerlo «no ofrece peligro alguno» (SAVIGNY, 1878: 155). Lo primero funda lo segundo. En efecto, el defecto es uno que puede ser identificado de un modo que podría ser llamado *imparcial*, en el sentido de que la identificación del defecto no anticipa la solución: «la argumentación se limita a hacer constar la naturaleza de la duda, sin dar su solución» (SAVIGNY, 1878: 155).

La cuestión es diversa cuando el defecto es de impropiedad de la expresión. Hay impropiedad de la ley cuando la expresión de esta, aplicada a un caso concreto, contradice el «pensamiento» de la ley. ¿Debe el juez decidir conforme a la expresión o conforme al «pensamiento»? SAVIGNY aquí advierte que el problema «es más delicado de tratar y pide mayores precauciones» (SAVIGNY, 1878: 155). En *abstracto*, la solución es evidente: como la expresión es un *medio* para expresar la decisión legislativa, si ambas están en conflicto parece obvio que ha de preferirse el fin (la decisión legislativa) sobre el medio (la expresión). Para hacerlo, ha de «rectificarse la expresión», de modo de «poner en armonía la forma con el pensamiento» de la ley (SAVIGNY, 1878:

¹⁵ COT: Código Orgánico de Tribunales (chileno).

160). Pero lo que en abstracto («en teoría») parece razonable puede no serlo en concreto («en la práctica»). SAVIGNY explica elegantemente por qué en un pasaje que conviene citar *in extenso*:

Los procedimientos con ayuda de los cuales se corrige una expresión impropia difieren mucho de los empleados para fijar una expresión indeterminada; Primeramente se supone que existe un pensamiento determinado bajo una expresión defectuosa; esta relación no admite como la indeterminación pruebas lógicas, sino solamente pruebas históricas y es, por consiguiente, menor su certidumbre y susceptible de diversos grados. Otra circunstancia aumenta todavía la dificultad de la materia: la expresión es el signo más inmediato y más natural del pensamiento, y precisamente no lo negamos en el caso presente. La expresión indeterminada exige necesariamente el remedio de la interpretación pues sin ella no hay ley ni texto que aplicar: aquí, por el contrario, la letra de la ley nos da un sentido claro y susceptible de aplicación. Por último, cuando se trata de una expresión indeterminada la operación que señala el defecto no es la que lo corrige: aquí las dos operaciones se confunden. En efecto, juzgamos que es impropia la expresión comparándola con el pensamiento real de la ley; luego para conocer esta impropiedad es preciso que nos sea conocido el pensamiento, en cuyo caso hemos encontrado ya el remedio (SAVIGNY, 1878: 160 y ss.).

Las leyes de expresión indeterminada tienen un *defecto lógico* que es, en principio, tan determinable para el juez como lo es para el legislador. Por eso el legislador tiene la oportunidad de corregirlas, determinando o completando la expresión, si así lo quiere. Esto puede parecer escaso consuelo, dado el hecho de que los procedimientos legislativos no son usualmente ágiles para reaccionar. Pero lo importante es notar que una ley de expresión incompleta no puede ser aplicada si no es completada previamente, ya por vía de interpretación ya por legislación. El juez que se enfrenta a un caso de expresión indeterminada no se enfrenta a tensión alguna entre su deber de solucionar adecuadamente el caso y su lealtad a la ley, sino al contrario: como debe lealtad a la ley, y esta le obliga a fallar (art. 10, inc. 2.º COT), debe completar la expresión incompleta del legislador; por otro lado, como no puede sacarse regla alguna sin corregir previamente el defecto, la ley de expresión indeterminada no impone al juez un deber que este esté expuesto a ignorar mediante interpretación.

La cuestión es distinta tratándose de leyes de expresión impropia: aquí se trata de una ley que contiene una decisión clara y determinada, que sin embargo es «defectuosa» solo porque el juez entiende que su expresión (su letra) está en conflicto con ella. *Antes* de identificar la impropiedad de la expresión, el juez necesitará haber determinado cuál es este pensamiento de la ley, porque solo a la luz de este podrá ella juzgarse defectuosa. La identificación del defecto no es neutral, como en el caso de la expresión indeterminada, respecto de la solución. El problema de estas leyes fue identificado irónicamente por Lon L. FULLER, quien intentaba mostrar, de este modo, que estaba consciente

del riesgo contenido en la tesis, que él defendía, de que la interpretación de la ley debía ser hecha a la luz de su propósito:

La fidelidad al derecho *puede* hacerse imposible si no aceptamos las responsabilidades más amplias que [...] exige una interpretación intencional del derecho [*purposive interpretation of law*]. Uno puede imaginar un curso de razonamiento que va como sigue: esta ley prohíbe la venta de ajeno. ¿Cuál es su propósito? Promover la salud. Ahora, como todos saben, el ajeno es una bebida benéfica y saludable. En consecuencia, interpretando la ley a la luz de su propósito, la entiendo en el sentido de que permite en general la venta y consumo de esa saludable bebida, ajeno (FULLER, 1958: 670; la cursiva es de FULLER).

FULLER no fue particularmente claro en su solución a este problema, como HART y sus sucesores no han dejado de notar¹⁶. En todo caso, SAVIGNY concurre con FULLER en la identificación del defecto y en sus reparos al respecto. El problema es el insinuado entre líneas por el art. 19 del Código Civil chileno:

Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu.

El temor es que la necesidad de corregir la expresión sea una manera de camuflar (un «pretexto» para encubrir) el deseo del juez de cambiar la ley. Como lo explica SAVIGNY, en los casos de expresión impropia no es siempre claro

si el pensamiento que resulta de nuestra interpretación es realmente el pensamiento del legislador o el que hubiera debido tener, en cuyo último caso la interpretación corregiría, no la [expresión], sino el pensamiento mismo (SAVIGNY, 1878: 162).

Esto explica por qué el hecho de dar al legislador poder para rectificar la expresión impropia de la ley, negándoselo al juez, debe ser concebido, con MONTESQUIEU, como una *excepción* al principio de separación de poderes. No es, por supuesto, excepción a ese principio que el legislador ejerza los poderes que en abstracto le corresponden; lo que es excepcional es que ejerza poderes que en abstracto *no* le corresponden y que, en las circunstancias, es prudente asignarle. La razón por la cual es prudente asignarle esta parcela de la jurisdicción al legislador, para MONTESQUIEU, es el peligro identificado por SAVIGNY: que el juez, «so pretexto» de corregir la impropiedad de la expresión, cambie la ley, reemplazándola por *su* ley: la que a él le habría gustado dictar.

5. EL «FORMALISMO» Y SUS CRÍTICOS: UN SUBREPTICIO CAMBIO DE TEMA

Es digno de ser enfatizado que ni para MONTESQUIEU ni para SAVIGNY la posibilidad de leyes de expresión indeterminada o incompleta era un proble-

¹⁶ Véase, por ejemplo, MARMOR, 1994: 137-138 (172).

ma serio. El primero no creyó necesario introducir una cuarta excepción a la separación de poderes para estos casos, y ya hemos visto que el segundo creía que la posibilidad de leyes de este tipo «no ofrece peligro alguno». La explicación tradicional para esta indiferencia es la confianza en que el derecho era completo, pero SAVIGNY nos permite apreciar una explicación mucho más plausible: la indeterminación, aunque es un defecto de la ley, es menos problemática que la impropiedad, porque puede ser *formalmente identificada*. Como, por el contrario, la impropiedad no puede ser formalmente caracterizada (= no puede ser identificada imparcialmente) ella tenía un potencial subversivo de la práctica judicial de sujeción a la ley. Es importante notar esta asimetría, porque la principal razón por la cual la teoría del derecho del siglo XX abandonó la concepción exegética de la jurisdicción fue el problema de la vaguedad (expresión indeterminada) y no el de la derrotabilidad (expresión impropia). Así por ejemplo, HART llamaría al formalismo un «vicio» si se llama formalista al juez que

no ve o finge no ver que los términos generales de esta regla son *susceptibles de diferentes interpretaciones* y que él tiene la posibilidad de escoger sin estar controlado por las convenciones lingüísticas. Ignora, o es ciego a, el hecho de estar en el área de la penumbra en la que no está tratando con un caso estándar (HART, 1983c: 67).

El vicio aquí no es la ceguera a la posibilidad de que la expresión lingüística utilizada por la ley traicione su pensamiento, sino que dados los límites de los lenguajes naturales (utilizados para expresar la decisión legislativa) la regla resulte ser incompleta, porque no decide, por ejemplo, la cuestión de si una bicicleta es o no un vehículo. Que HART aquí se refiere a la expresión indeterminada, y no a la expresión impropia, es claro cuando uno recuerda que precisamente estos casos se caracterizaban por la insuficiencia de la expresión legal. El problema al que se refiere HART es la insuficiencia de las «convenciones lingüísticas», lo que no puede sino ser expresión indeterminada.

Para HART, entonces, era la posibilidad de leyes de expresión indeterminada lo que mostraba que el formalismo era un vicio¹⁷. HART creía que «la responsabilidad» por esta errada visión del juez como un aplicador mecánico, «si corresponde asignarla a algún teórico del derecho, es a pensadores como BLACKSTONE y, en una etapa más temprana, MONTESQUIEU» [HART, 1983c:

¹⁷ Lo mismo podría decirse de Kelsen (*i. e.* que él creía que era la vaguedad lo que hacía al formalismo imposible, es decir, lo que explicaba por qué la interpretación de la ley no podía ser solo una operación cognoscitiva y era necesariamente volitiva): véase Kelsen, 1991: 350-352. En el mismo sentido, véase TROPER, 2001, quien sostiene que «la principal crítica» a la teoría conforme a la cual «las sentencias judiciales son el producto de razonamientos silogísticos, cuyas premisas mayores son las leyes y las menores los hechos particulares» (p. 76) es que «la norma superior que el juez aplica no le es dada. Le corresponde a él crearla». Por «crearla» TROPER aquí se refiere a la creación en el sentido de SAVIGNY, es decir, a completar la expresión legislativa: «Esta elección, generalmente llamada “interpretación” consiste pues en la *determinación* del significado del texto, es decir, de la norma aplicable» (p. 77, cursivas agregadas).

66 (50)]. Pero ya hemos visto que esto es injusto con MONTESQUIEU. Tal como SAVIGNY un siglo después, MONTESQUIEU no estaba preocupado con la rigurosidad con la cual el juez debía aplicar leyes de expresión indeterminada, sino leyes de expresión impropia (*i. e.*, cuando la ley era demasiado rigurosa y debía ser moderada *por la ley misma*). Es cierto que MONTESQUIEU sostiene, como ya hemos visto, que en una república «la propia naturaleza de la constitución requiere que el juez siga la letra de la ley», pero (SAVIGNY *dixit*) esta idea es inaplicable al juez que se encuentra ante un caso de expresión incompleta, pues mientras la ley no sea completada no hay ley que aplicar. El consejo de MONTESQUIEU es solamente aplicable al caso de expresiones impropias, y su mensaje es negar al juez la potestad para corregirlas; de otro modo «la ley puede ser explicada en perjuicio de cualquier ciudadano, en casos en los que su honor, propiedad o vida está involucrada» (MONTESQUIEU, 1984: L6, § 3).

Aquí aparece algo importante que debe ser destacado por las consecuencias que tendrá después. Es que en la discusión sobre formalismo en algún momento operó, por así decirlo, un subrepticio cambio de tema. Cuando uno tiene a la vista reflexiones como las que hemos observado, de autores tan dispares como MONTESQUIEU, SAVIGNY y BENTHAM, que a pesar de discutir en contextos distintos tuvieron todos un efecto fundacional en la comprensión jurídica de la modernidad, lo que está en el centro del análisis no es la posibilidad de la expresión indeterminada, sino de expresión impropia. Y por eso el formalismo del siglo XIX es la negación de la relevancia jurídica de la impropiedad de la expresión, no de la indeterminación.

Para la teoría del derecho del siglo XX, sin embargo, paradigmáticamente ejemplificada por HART, el «formalismo» era la negación de la posibilidad de la expresión indeterminada. El formalismo que es rechazado es el formalismo que se niega a ver que es posible la indeterminación. El formalismo que niega la impropiedad de la expresión ha desaparecido de la discusión.

Para apreciar este aspecto es útil observar con detención el argumento hartiano en el capítulo VII de *The Concept of Law*. Ahí HART pretendía encontrar una vía media entre formalismo y escepticismo: entre la tesis de que la función judicial debía ser descrita a la manera de la aplicación mecánica de reglas y la tesis de que, desde el punto de vista de la decisión judicial, las reglas no son sino «juguetes» o «profecías acerca de lo que harán los tribunales». La vía media de HART fue la idea de textura abierta, conforme a la que las reglas tienen un núcleo de significado y una zona de «penumbra» respecto de la cual usuarios competentes del lenguaje respectivo pueden estar en desacuerdo sobre si la regla se aplica o no¹⁸. Cuando la regla de que se trata ha de aplicarse

¹⁸ Sigo aquí la interpretación estándar de la tesis de la textura abierta. Ya hemos visto (*supra*, n. 6 de este capítulo) que hay una ambigüedad sistemática en el capítulo VII al respecto: pero ahora lo que me interesa es la tesis en su versión «canónica», por así decirlo, que es la que está explicada en el texto.

a un caso que corresponde a su núcleo de significado, la función del juez es «formalista», mecánica; y cuando corresponde a la «penumbra», el juez debe ejercer su discreción para solucionarlo. Dicho de otro modo, la vía media encontrada por HART en el capítulo VII consiste en afirmar que tanto formalistas como escépticos tenían la razón, pero solo en parte, y el error de cada uno de ellos era exagerar, a partir de los casos que a cada uno de ellos parecían más relevantes, a todos los casos.

Escondida en alguna página del capítulo VII, sin embargo, había una afirmación que mostraba la futilidad de este intento de encontrar una «vía media». En dicho pasaje HART afirma que el escéptico ante las reglas es un absolutista desencantado, es decir, que hay una conexión interna entre escepticismo y formalismo:

El escéptico ante las reglas es a veces un absolutista desilusionado: se ha dado cuenta de que aquellas no son lo que serían en un paraíso formalista, o en un mundo en que los hombres fueran dioses y pudieran anticipar todas las posibles combinaciones de hechos, y la textura abierta no fuese una característica necesaria de las reglas. La concepción del escéptico sobre lo que es la existencia de una regla puede consistir en un ideal inalcanzable, y cuando descubre que lo que llamamos reglas no realiza ese ideal, expresa su desilusión negando que haya o que pueda haber regla alguna [HART, 1994: 138-139 (173)].

Lo que este pasaje expresa es que el formalista y el escéptico, pese a su aparente oposición, tienen una comprensión compartida de «lo que es la existencia de una regla». El escéptico es simplemente un formalista que se ha hecho consciente de que «lo que llamamos reglas» (jurídicas) no existen de este modo. El argumento de HART en este pasaje es que el escéptico afirma dos proposiciones:

1. *Una tesis sobre «lo que es la existencia de una regla»:* una regla es un estándar susceptible de ser aplicado mecánicamente.
2. *Una tesis sobre el contenido del derecho:* la proposición (1) expresa un ideal inalcanzable; los estándares jurídicos realmente existentes no son reglas en el sentido de (1).

La observación hartiana de que el escéptico es un formalista desencantado significa que ambos comparten la tesis (1) y su desacuerdo se concentra en la tesis (2). En efecto, el formalista sostendría en lugar de (2), una tesis diferente:

- 2'. *Una tesis sobre el contenido del derecho:* los estándares jurídicos son reglas en el sentido de (1).

El tema ya no es si las reglas válidas pueden adolecer de expresión impropia, sino si pueden adolecer de expresión indeterminada. Porque la idea de expresión impropia impugna no (2), sino (1). Para ver la expresión impropia como un problema de aplicación, es necesario rechazar la tesis (1). Dicho de otro modo, el desacuerdo entre los que en el capítulo VII son denominados

«formalistas» y «escépticos» es un desacuerdo entre quienes comparten una comprensión formalista de la aplicación de las normas: entre quienes afirman que decidir conforme a estándares pre-existentes es aplicarlos mecánicamente.

Ahora, en estos términos, ¿dónde se encuentra HART? Es crucial notar que la vía media que él pretendió haber encontrado rechaza las proposiciones (2) y (2'), por «exageradas». Pero no rechaza la proposición (1). Y por eso su salomónica solución. En los casos en que no hay problemas de textura abierta el formalista tiene razón, y la aplicación de la regla es «mecánica». Cuando hay problemas de textura abierta, el escéptico está en lo correcto, y el juez tiene discreción.

La discusión del siglo XX sobre «formalismo», entonces, es una discusión entre autores que rechazan la posibilidad misma de la expresión impropia. Es decir, entre quienes no ven el problema de la expresión impropia como un problema de aplicación del derecho, sino como un problema «político». Así, por ejemplo, los casos que SAVIGNY identificaría como de expresión impropia de la ley serían tratados por un autor como Hans KELSEN como casos en los que, por razones «jurídico-políticas», el aplicador cree que falta una regla:

Viendo las cosas más de cerca, aparece que la existencia de una «laguna» solo es admitida cuando la falta de semejante norma jurídica es considerada por el órgano de aplicación como indeseable desde un punto de vista jurídico-político, poniendo de lado, por esta razón jurídico-política, la aplicación *lógicamente posible* del derecho válido, en tanto visto como inconveniente o injusto por el órgano de aplicación (KELSEN, 1991: 255, cursiva añadida).

Como observaba SAVIGNY, en todo caso de expresión impropia es posible decidir el caso por aplicación de la expresión, sin atender a su impropiedad. KELSEN afirma aquí que en la medida en que se trata de decidir conforme a derecho esa aplicación siempre posible de la expresión legal es lo que corresponde, y la corrección de la expresión no es sino una modificación motivada por razones «jurídico-políticas» de la ley aplicable. Sobre si esto se justifica o no, por supuesto, KELSEN no emite juicio. Pero sí es importante destacar cómo entiende el problema: la impropiedad no es un problema de aplicación del derecho. KELSEN, indudablemente, acepta la tesis (1) indicada más arriba.

Es entonces relativamente claro que la teoría del derecho del siglo XX cambió el tema: lo que ahora se denomina «formalismo» es una altamente implausible teoría que niega la indeterminación de la expresión, y por eso basta decir algo sobre la posibilidad innegable de la «textura abierta» del lenguaje para refutar el formalismo. ¿Qué explica este cambio de tema? A mi juicio, parte de la explicación está en el paso desde una óptica institucional a una teórica. Esta diferencia de perspectivas, que será importante para el argumento a seguir, implica una diversa comprensión del sentido de la reflexión jurídica. Una óptica institucional tiene como punto de referencia la pregunta

por las condiciones de estabilidad de una práctica jurídica que responde a una comprensión moderna del derecho. Esto último implica, por ahora: validación procedimental de la ley y sujeción del juez a esta.

¿Cómo configurar la potestad jurisdiccional para que una práctica de decisión con sujeción a una ley procedimentalmente validada sea estable? Una de las cuestiones principales es erradicar la idea pre-moderna de que la ley es un resumen, es decir un estándar transparente a la razón. Esto implica que es un estándar que vincula al juez incluso si este piensa que su contenido es objetable. Es aquí donde una de las diferencias principales entre impropiedad e indeterminación, según SAVIGNY, se hace central. Así, SAVIGNY observó que la identificación del defecto es, cuando se trata de indeterminación, neutral respecto del resultado, mientras que, cuando se trata de impropiedad, la operación de identificar el defecto es la misma que solucionarlo. Por consiguiente, si se trata de caracterizar formalmente y en abstracto la oportunidad en la que el juez podrá usar su potestad para corregir el defecto de la ley, la identificación de ese caso podrá mirar a la forma y no al contenido solo si se trata de indeterminación. Caracterizar el caso genérico en el que el juez podrá lícitamente corregir la impropiedad de la expresión obliga a mirar a la sustancia, y con eso implica que, en alguna medida, el juez es juez de la ley.

Esta es la explicación para una regla como la del art. 19 del Código Civil chileno, que conviene citar ahora completa, incluyendo su inciso 2.º:

Quando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestado en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento.

Autorizar al juez para interpretar pasajes oscuros o contradictorios no hace inestable una práctica de sujeción a la ley, como sí lo hace autorizarlo a corregir la expresión cuando no corresponde con su espíritu. Esto explica la regla del art. 19.

A diferencia de una óptica institucional, que mira a las condiciones de estabilidad de una práctica jurídica, una óptica «teórica» toma esa práctica como dada y pretende describirla de modo valorativamente neutral. La neutralidad valorativa de esa descripción implica que la expresión impropia deberá ser ignorada, porque desde esa óptica no habrá en ella nada sino una objeción «político-jurídica» al derecho procedimentalmente validado, como lo observaba Kelsen. Y entonces cambia lo que es entendido como formalismo. En efecto, excluida radicalmente la expresión impropia, la única manera de identificar al formalismo es por referencia al otro defecto: la expresión indeterminada. Y así llegamos a una posición como la de HART, quien entiende que el formalista es, como hemos visto, el que niega la textura abierta de las reglas.

Como se explicará con detalle más abajo, una de las ideas que anima este libro es que la teoría del derecho no puede asumir una posición puramente «teórica», y debe entenderse a sí misma desde una óptica institucional. Esto es importante porque la dimensión institucional es independiente de la dimensión «conceptual», lo que quiere decir que no todo lo que puede identificarse y tematizarse conceptualmente puede ser identificado y tematizado institucionalmente. No toda distinción conceptualmente importante puede ser dotada de una forma jurídica adecuada. La forma jurídica tiene sus propios límites. Analizar el modo en que esos límites aparecieron cuando se intentó dar forma a la idea moderna de derecho será, o así creo que puede mostrarse, altamente instructivo. Eso es lo que haremos a continuación.

6. LA TRANSFORMACIÓN DE LA IDEA MODERNA DEL JUEZ EN INSTITUCIONES Y SUS LÍMITES

Recordemos las dos ideas comunes en el folklore académico al que hemos hecho referencia más arriba. La primera era que la razón por la que los revolucionarios franceses asignaron a los jueces una posición subordinada era el resentimiento que ellos y el pueblo francés tenían respecto de las prácticas pre-revolucionarias de los tribunales superiores. La segunda era que esa posición se justificaba por la creencia de que la ley siempre contenía una respuesta que podía ser mecánicamente aplicada por el juez. No obstante, como hemos visto en MONTESQUIEU y en SAVIGNY, esta segunda idea no solo no está en los juristas de la época, sino además ellos eran conscientes de que el derecho no puede prever todos los casos, de modo que no puede contener respuestas susceptibles de ser mecánicamente aplicadas por el juez. En otras palabras, la sujeción del juez a la ley era necesaria no *porque*, sino *a pesar de que* la ley no podía prever todos los casos.

La razón para esto es institucional, no teórica. Es decir, no se trata de que la comprensión «mecánica» de la función judicial haya sido la consecuencia de una *teoría* de la aplicación del derecho que se fundaba en una «ilusión racionalista», la de «la completitud necesaria de los sistemas jurídicos» [AL-CHOURRÓN y BULYGIN, 1971: 175-178 (235-238)], conforme a la cual la ley tenía siempre una respuesta para todo problema concebible. Se trataba de dar *forma institucional* a la idea de que el derecho vale en tanto es declaración de voluntad y no razón, lo que suponía distinguir el acto de declaración de voluntad del acto de decidir conforme a una voluntad ya declarada.

El problema entonces, a principios del siglo XIX, no era que una defectuosa y arrogante teoría de la omnipotencia del legislador se hubiere hecho dominante, una en que el juez debía ser un autómatas porque todo lo que el juez necesitaba para decidir un caso estaba de antemano previsto y configurado

adecuadamente en la ley. El problema era crear instituciones que aseguraran la sujeción del juez a la ley pese a que: *a)* la ley no puede prever todas las situaciones y de ese modo dar respuesta adecuada a cada caso de aplicación (*i. e.* una respuesta susceptible de ser «mecánicamente» aplicada), pero, al mismo tiempo, y *b)* la autocomprensión tradicional de la función judicial era tal que hacía probable que dar al juez la potestad para adecuar la expresión de la ley no hiciera sino reforzar la idea pre-moderna de que el deber del juez no es decidir conforme a ella, sino hacer justicia, es decir, dar a cada uno lo suyo usándola como una guía (a la manera del derecho pre-moderno, como una regla como resumen rawlsiana).

Recíprocamente, no se trata de que el jurista contemporáneo sea «realista» en vez de ingenuo, que sepa algo acerca del derecho que los juristas del siglo XIX no sabían, sino que, a diferencia nuestra, ellos no podían dar por sentadas las ideas de «ley» y «juez» que para nosotros son evidentes. Por eso, el jurista contemporáneo que critica la ingenuidad de sus antecesores está en realidad erguido sobre sus hombros. El espacio desde el cual opina es el creado por el éxito de las instituciones de la codificación: viviendo bajo ellas, las prácticas jurídicas se desarrollaron hasta llegar al punto en que se hizo concebible la idea, sugerida tácitamente por quienes pertenecen al movimiento generalmente llamado «neo-constitucionalismo», de que la distinción entre legislador y juez no es institucionalmente producida (en tanto no necesita ser institucionalmente resguardada), sino que es parte de la estructura básica del derecho, y puede entonces darse por sentada. Solo entonces podría alguien sostener que es una «obviedad» acerca del derecho que este siempre contiene instituciones para cambiar el derecho o que todos los sistemas jurídicos tienen jueces. Como ya hemos visto que observaba M. J. DETMOLD, la facilidad de nuestra práctica desarrollada nos confunde en cuanto a su naturaleza¹⁹.

En algún sentido entonces, el neo-constitucionalismo es posible gracias al éxito de las instituciones modernas. Por eso ahora es útil mirar con cierta detención dos instituciones introducidas en la Francia post-revolucionaria para hacer estable dicha práctica²⁰.

La primera es el *réfère législatif*, de acuerdo al cual los jueces eran en algunos casos autorizados y en otros obligados a referir al legislador la decisión de las cuestiones problemáticas referentes a la interpretación de la ley²¹. La segunda es el *Tribunal de Cassation*.

Originalmente, el Tribunal de Casación no era un tribunal en el sentido en que siempre había habido tribunales. En realidad, más que un tribunal supre-

¹⁹ Véase *supra*, n. 21 del capítulo 1.

²⁰ Lo que sigue se basa en las observaciones de GÉNY, 1925, §§ 40-41. Una investigación histórica más detallada es innecesaria para lo que nos interesa ahora.

²¹ Véase en general *ibid.*: §§ 40-41; COING, 1996: 315 y ss.

mo, fue originalmente concebido como una especie de delegado del legislador para «vigilar, fiscalizar, *inspeccionar*, como llegó a decirse, la aplicación de la ley» (GÉNY, 1925: 76; la cursiva es de GÉNY): el poder de legislar incluía el poder de controlar la forma en que las leyes eran aplicadas. De hecho, como sostuvo un miembro de la comisión parlamentaria al presentar el proyecto de ley que creaba ese tribunal,

a la facultad de dictar la ley sigue naturalmente la de vigilar su observancia, de tal suerte que si esto fuera posible, lo verdaderamente ajustado a los principios sería que las sentencias contrarias a la ley se casasen por decreto²².

El *Tribunal de Cassation* debe ser entendido sobre el trasfondo provisto por la idea de independencia judicial. Como tendremos que apuntar con detención más adelante, la independencia judicial significa sujeción a la ley. Estas dos ideas en realidad no son sino dos caras de la misma moneda: el juez no podía ser dependiente de nada ni de nadie, para que pudiera fallar con estricta sujeción a la ley. En particular, no podía ser dependiente del poder legislativo ni del poder ejecutivo. Pero entonces, si debía garantizarse la independencia del juez frente a la Asamblea, y si el *Tribunal de Cassation* era un inspector de la Asamblea, entonces el problema de la independencia no se planteaba respecto del *Tribunal* y la Asamblea, sino respecto de ambos y los demás tribunales.

Para asegurar la independencia de los tribunales respecto del *Tribunal de Cassation*, la competencia de este fue doblemente circunscrita: por una parte, no tenía facultades sino para anular las decisiones recurridas cuando infringían el *texto expreso de la ley*; y por otra, cuando casaba una sentencia debía reenviar el caso al tribunal correspondiente para que lo fallara nuevamente. Nótese que el tribunal de reenvío no estaba obligado por la interpretación en virtud de la cual la sentencia había sido casada. Podía de hecho insistir en la interpretación que ya había declarado nula, si es que a su juicio esa era la correcta interpretación. Esto se explica porque de otro modo el tribunal que debía resolver el litigio, al hacerlo, habría estado sujeto no solo a la ley, sino también a la voluntad del *Tribunal de Cassation*.

El *réfère législatif*, por su parte, podía ser facultativo u obligatorio. El referimiento facultativo daba al juez lo que BENTHAM denominaba «poder suspensivo»²³: si la ley resultaba insuficiente, podía el juez suspender el co-

²² Discurso del ponente del decreto, Le Chapelier, en sesión de 25 de octubre de 1790 (cit. en GÉNY, 1925: 76-77). La *Convention Nationale* alcanzó a anular algunas decisiones del *Tribunal* (véase *ibid.*: 88n4).

²³ En su *Proyecto de Código para la Organización del Poder Judicial en Francia*, BENTHAM sugería incluir el siguiente poder para el juez: «Art. IX. Si conociendo de un caso el juez llegare a la conclusión de que el legislador, de haberlo previsto, le habría dado una solución diversa de la contenida en la letra de la ley, el juez estará autorizado (o incluso requerido) a decidirlo como le pareciere que el legislador lo habría decidido si lo hubiera previsto. Al hacerlo, tendrá que tomar las medidas cautelares necesarias para evitar cualquier daño irreparable que fuera consecuencia del hecho de que

nocimiento del juicio y remitir el caso para consideración de la Asamblea, que se pronunciaría sobre dicha insuficiencia. El referimiento obligatorio, por su parte, estaba vinculado a la situación ya mencionada en la que el *Tribunal de Cassation* se veía obligado a casar dos veces la decisión de la misma causa (porque el tribunal al que la cuestión había sido reenviada después de una primera casación había fallado de un modo que el *Tribunal de Cassation* todavía consideraba como infracción del texto expreso de la ley). El conflicto entre ambos tribunales no se solucionaba dando definitividad a la decisión del superior, porque el juez estaba sujeto solo a la ley; pero no podía ignorarse el hecho de que el *Tribunal de Cassation* había decidido ya dos veces que los jueces estaban infringiendo su deber de sujeción a la ley. La solución del *réfère législatif obligatoire* era que en ese caso la decisión debía volver a la Asamblea, cuya opinión sí podía ser decisiva.

GÉNY sostiene que la introducción del referimiento en sus dos formas y del Tribunal de Casación

implicaba, evidentemente, que la ley en la esfera jurídica debía bastar para todo, y que de todas maneras el intérprete no estaba autorizado para buscar fuera de ella los principios destinados a resolver los conflictos que se suscitaban ante él (GÉNY, 1925: 79).

Lo más notorio de esta observación de GÉNY es que ella, pese a lo habitual que nos resulta, es evidentemente injustificada a la luz de las instituciones que él ha descrito. Si «la ley basta para todo», ¿qué sentido tiene permitir al tribunal suspender el conocimiento del caso para esperar la decisión de la Asamblea cuando se encuentre con una insuficiencia de la ley? De hecho, la institución del referimiento puede ser utilizada como evidencia para sostener *precisamente lo contrario* de lo sostenido por GÉNY en la primera parte del pasaje citado: justamente porque la ley no basta para todo es necesario permitir, o en ciertos casos exigir, que se consulte la opinión legislativa. Por supuesto, GÉNY tiene razón en la siguiente parte: el intérprete no estaba autorizado para «buscar fuera de ella» criterios para decidir el caso. Pero es bastante claro que la razón para esta prohibición no era que la ley «bastaba para todo». El intérprete no debía recurrir a nada más que a la ley no *porque*, sino *a pesar de que* la ley no bastaba para todo.

De hecho, y pese a todos los lugares comunes al respecto, el sistema conformado por referimiento y *Tribunal de Cassation* parece tener la finalidad específica de dar un espacio institucional a la impropiedad de la expresión legislativa, sin por eso hacer improbable la sujeción del juez a la ley. Es decir, se trata de instituciones que descansan en la idea de que, por un lado, la ley

el legislador insistiere en el texto original o lo modificare. [...] Art. XI. El juez deberá, tan pronto como sea posible después de haber ejercido este poder suspensivo, informar a la Asamblea Nacional» (BENTHAM, 1843b: 287).

no puede contener decisiones adecuadas para todos los casos, pero que, por otro, dar al juez el poder de decidir cuáles fallar conforme a la letra de la ley y cuáles conforme a su espíritu, era una solución institucionalmente inestable. Como veremos a continuación, en su intento de armonizar estos dos aspectos estas instituciones no habían de tener éxito, al menos en la forma anticipada por ellos (como ya hemos explicado, la posibilidad misma del neo-constitucionalismo es testimonio de su éxito).

7. INSTITUCIONES QUE SE VUELVEN CONTRA SÍ MISMAS

Las dos instituciones que nos ocupan no sobrevivieron al ocaso del fragor revolucionario. El *réfère législatif facultatif* fue suprimido por el art. 4 del Code Civil (1804), que adoptó la solución contraria: el principio de inexcusabilidad, conforme al cual el juez no podía dar una decisión de *non liquet*. El *réfère législatif obligatoire* fue eliminado en 1837, cuando ya llevaba cierto tiempo en desuso. El *Tribunal de Cassation* mismo, por último, evolucionó desde su función original de delegado del legislador para el control de los jueces ordinarios a una función más auto-conscientemente judicial (como *Cour de Cassation*) de uniformar la interpretación y aplicación del derecho legislado²⁴.

Podemos distinguir dos tipos de razones por las cuales las formas institucionales ideadas por los revolucionarios franceses no fueron aptas para alcanzar las finalidades por ellos buscadas, al menos en la forma prevista. El primer tipo recibe su fuerza de la necesidad de hacer compromisos externos, es decir, de renunciar a perseguir una finalidad para que otra pueda también ser perseguida; el segundo descansa en la necesidad de solucionar conflictos internos, es decir, porque perseguir de un modo una finalidad determinada (como mantener la separación estricta entre legislación y jurisdicción) puede afectar esa misma finalidad de un modo distinto.

Razones del primer tipo fueron las que llevaron a la abolición del *réfère législatif* en 1837, al menos según GÉNY:

²⁴ Véase GÉNY, 1925, § 45. Para esto fue necesario una interpretación flexible de qué constituía infracción del texto expreso de la ley, puesto que las disposiciones que fijaban las atribuciones del Tribunal limitaban su censura exclusivamente a estos casos. A poco andar, sin embargo, el *Tribunal de Cassation* comenzó también a intervenir en casos de «falsa interpretación de la ley», noción que permitió una importante expansión de sus competencias. La transformación determinante del rol del Tribunal vino a darse en 1837, cuando para compensar la abolición del referimiento la ley dispuso que ante una segunda casación fundada en los mismos motivos que la anterior, el tribunal que conociera el asunto por tercera vez estaba obligado a interpretar la ley como la *Cour de Cassation* (nombre que el tribunal había asumido en 1804) lo había hecho. Para un momento interesante de esta discusión en Chile, véase el discurso de José Victorino LASTARRIA en la discusión del primero proyecto de ley que creaba el recurso de casación en el fondo en LASTARRIA, 1857; respecto a la evolución que ha tenido el entendimiento del recurso de casación en Chile, véase ATRIA, 2005c: 249-278.

Particularmente durante el tiempo en que la facultad de interpretar perteneció a las cámaras legislativas (no al *counsel d'état*)²⁵, estaban ocupadas estas en asuntos más urgentes, y repugnaban también frecuentemente el ocuparse de estas proposiciones emanadas del conflicto de intereses particulares. Además, el resultado más claro del *réfère* nunca fue otro que un forzoso entorpecimiento, muy perjudicial a esos litigantes, en la administración de justicia (GÉNY, 1925: 83).

Esta consideración muestra no que el referimiento no era una institución adecuada para la finalidad que buscaba, sino que su operación normal afectaba otras cuestiones que eran importantes (el «forzoso entorpecimiento», etc.). Es un caso del primer tipo, de conflicto *externo* entre las razones para el referimiento y el perjuicio a otros fines valiosos, independientes del referimiento, que su existencia implicaba. Usando lenguaje actual, podemos decir que esta primera objeción al referimiento es un juicio de proporcionalidad negativo. ¿Es la función que cumple el referimiento justificación suficiente para el perjuicio a las partes y a la oportunidad de las decisiones judiciales que él importa? Se trata de una cuestión de *ponderación de fines*; los fines que justifican el referimiento y los que son afectados por su operación. Este tipo de problemas se presta especialmente para la evolución de lo que más arriba hemos llamado el «ciclo de la adjudicación»: mientras más cercano esté el recuerdo de los problemas a los que las nuevas instituciones responden, más fácil será aceptar su costo respecto de otras cuestiones importantes.

Pero en el caso particular que estamos analizando no solo había un problema *externo* respecto del referimiento, sino también uno *interno*:

En el puro terreno doctrinal [se llegó rápidamente al convencimiento] de que la institución del *réfère* legislativo, establecida con el pretexto de mantener la separación entre los poderes legislativo y judicial, era *contraria a su fin*, y sacrificaba en realidad el segundo al primero, al confiar a un cuerpo legislativo la misión de decidir un litigio particular, reservado por su naturaleza al conocimiento del poder judicial (GÉNY, 1925: 84; cursiva agregada).

La conclusión a la que se llegó *en el puro terreno doctrinal* no fue un juicio de ponderación. No se trata de que la doctrina haya llegado a concluir que el referimiento afectaba desproporcionadamente otras cosas importantes más de lo que avanzaba sus propias finalidades. El convencimiento fue que el *réfère* era, como dice GÉNY, *contrario a su propio fin*: su éxito es su fracaso. Aquí hay un caso del segundo tipo, de conflicto interno.

Razones «externas» muestran que el referimiento era problemático porque afectaba otros bienes, y razones «internas» muestran que él traicionaba su propia finalidad. Que haya razones «externas» en contra de una regla o institución no tiene, en abstracto, mayor interés (aunque desde luego suele ser importante

²⁵ I. e. hasta Nivôse VIII (diciembre 1799).

en concreto). Lo que nos permitirá dar un paso adelante en el argumento serán las razones *internas* en contra del referimiento.

El referimiento se basaba en el supuesto de que como el legislador tiene la competencia exclusiva para decidir *a* o *b* en el momento *t1*, si al momento de decidir un caso particular se plantea en *t2* la duda de si la decisión legislativa es *a* o *b*, la decisión de *esta* cuestión en *t2* es del *mismo tipo* que la decisión tomada en *t1*. Esto asume, dicho de otro modo, que el hecho de decidir en *t1* o en *t2* no altera el *tipo de decisión* de que se trata al elegir entre *a* y *b*. Este es el error del referimiento: la decisión entre *a* y *b* es «teóricamente» el mismo tipo de decisión en *t1* y en *t2*, pero en *t2* el legislador tiene ante sí, como no lo tenía en *t1*, información precisa sobre el impacto directo e inmediato que su decisión tendrá para el caso particular con ocasión del cual es llamado a pronunciarse. Esto hace improbable que la decisión del legislador en *t2* no esté guiada por el deseo de modular ese impacto. En relación a esto, la posición de GÉNY es clara: el legislador está ahora decidiendo un caso particular, y eso no es ejercicio de la potestad legislativa. Lo categórico de la objeción reportada por GÉNY se explica porque lo que ha variado entre *t1* y *t2* es una circunstancia *conceptualmente irrelevante pero institucionalmente fundamental* para que la legislación democrática sea probable. Nótese, por ahora, que el mismo argumento de GÉNY se aplicaría a cualquier mecanismo que asumiera simetría entre las decisiones en *t1* y *t2*. Es central para el argumento a seguir notar que la cuestión es *institucional*, no *teórica* o *conceptual*. Conceptualmente hablando, la elección entre *a* y *b* es la misma, se presente en *t1* o en *t2*. Pero institucionalmente hablando ya no es una decisión del mismo tipo, porque en *t2* se ha hecho probable algo que en *t1* era improbable: que se decida entre *a* y *b* no en atención a cuál es la norma que se apoya en las mejores razones, sino a cómo la decisión afecta a los intereses particulares envueltos en el caso, dada la configuración particular del mismo, ahora conocida.

La importancia de esta idea se hará, espero, apreciable a medida que avancemos. Por ahora podemos observar que tiene una consecuencia considerable. En efecto, aceptado que sea el argumento de GÉNY (y su generalización), la cuestión sobre si la regla es *a* o *b* es una decisión legislativa en cuanto *al tipo de cuestión* a decidir (el legislador podría especificado si *a* o *b* en *t1*). Pero en *t2* ya no puede ser tratada como una cuestión legislativa. Ello por la misma razón por la que es problemático dar al juez la potestad para corregir la expresión impropia de la ley: porque en *t2* ya no concurren los resguardos institucionales que hacen probable la legislación. Aunque otras soluciones institucionales pueden imaginarse, eso significa que será el juez el que deberá elegir entre *a* y *b*. Por lo que el juez deberá decidir no solo la cuestión (propiamente judicial) de qué es lo que corresponde a cada una de las partes dadas las normas aplicables y las circunstancias del caso, sino también la cuestión («conceptualmente» legislativa) de cuál es la regla aplicable (al menos en cuanto a

la elección entre *a* y *b*). Y vale la pena insistir: la razón por la cual habrá de decidirlo es institucional, no teórica. No se trata de que la cuestión sea ahora, *por su tipo*, jurisdiccional y que por eso deba ser resuelta por el juez, sino que debe serlo a pesar de que, por su tipo, no es una cuestión jurisdiccional.

Esto nos deja enfrentados a un problema metodológico, cuya solución proveerá la clave del argumento a seguir. La cuestión es la siguiente: ¿cómo formular un concepto de jurisdicción? La respuesta más natural (= por referencia a las reglas que, en un sistema jurídico determinado, especifican las potestades que reconocemos como jurisdiccionales) resulta evidentemente insuficiente. La razón es que esa respuesta no nos permite distinguir entre potestades que ciertos órganos de aplicación del derecho detentan porque ellas corresponden *propiamente* a la jurisdicción y potestades que detentan por *razones institucionales* como las que hemos visto, es decir, potestades que detentan a pesar de no ser propiamente jurisdiccionales. Y nótese que ampliar el universo de casos relevantes (por ejemplo, diciendo que, como lo que nos interesa es el concepto de jurisdicción y no la jurisdicción en Chile, debemos preguntarnos por las potestades que los órganos de aplicación del derecho tienen en varios o en todos los sistemas jurídicos, al menos los pertenecientes a alguna tradición) no soluciona el problema, porque es perfectamente posible que una solución determinada se generalice por aplicación de las mismas razones institucionales en diversos sistemas.

El punto es generalizable, y su solución exige una teoría de los conceptos jurídicos, porque vale tanto para «jurisdicción» (y entonces para «legislación» y, por cierto, «administración») como para «contrato», «delito», «propiedad», etc. Por consiguiente, es necesario hacer un alto aquí en el argumento y enfrentar este problema derechamente: ¿cómo se construyen los conceptos jurídicos?