

FERNANDO ATRIA

# LA FORMA DEL DERECHO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2016

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

## 6. «ADMINISTRAR JUSTICIA» COMO FUNCIÓN

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

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

«Conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» sería el modo en que la ley encomienda a los tribunales resolver conflictos. Pero la sola referencia a la resolución de conflictos no puede ser suficiente. Hay muchos órganos del Estado que tienen entre sus funciones la de conocer conflictos entre otros órganos o entre particulares, o entre aquellos y estos, sin que por eso sean tribunales<sup>14</sup>. En efecto, «conflictos» es una expresión demasiado genérica, por lo que solucionarlos puede decirse que es una dimensión de prácticamente cualquier institución jurídica.

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

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

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

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

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

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

Para comenzar, es posible plantear a dicho argumento las mismas objeciones dirigidas más arriba a CAPELLETTI. En efecto, la (excepción de) cosa juzgada no significa sino que la cuestión sobre la que se ha pronunciado un tribunal no puede ser llevada nuevamente ante el mismo u otro distinto para que sea resuelta nuevamente. Esto, desde luego, distingue las decisiones judiciales de las legislativas (respecto de las cuales el hecho de haberse tomado una decisión no implica que no puede ser revisada en el futuro, por razones que se explican por referencia a la función de la legislación) pero no toma en cuenta el hecho de que el reconocimiento institucional de la conclusividad de una decisión no es exclusivo de las decisiones jurisdiccionales, y que el efecto de cosa juzgada de una decisión jurisdiccional es variable. El caso paradigmático, desde luego, es el de una decisión que produce acción y excepción de cosa juzgada en el sentido que suele denominarse «material». Pero esta es solo una de varias posibilidades. A veces una decisión judicial solo impide que la cuestión sea discutida *rebus sic stantibus*, otras que se insista en la misma cuestión a través de ciertos procedimientos, etc. Adicionalmente hay decisiones de órganos no jurisdiccionales que son institucionalmente conclusivas. Una decisión administrativa puede ser objetada por vicios de legalidad, pero la oportunidad para objetarla está determinada por la ley. El hecho de que en algún momento esa oportunidad quede cerrada y la decisión devenga inamovible no implica necesariamente que ese órgano ejerza jurisdicción<sup>15</sup>. La cosa juzgada no es sino la consecuencia de que el derecho positivo es un sistema de normas *puestas*, cuya aplicación a casos particulares debe ser declarada con autoridad, de modo que en algún momento las oportunidades para objetarla por incorrecta deben agotarse.

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 7. UNA TEORÍA GENERAL DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

## CAPÍTULO 11

# EL CICLO DE LA ADJUDICACIÓN EN ACCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

## 2. LA PRESIÓN ADAPTATIVA DE LA LEGITIMACIÓN MATERIAL

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

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