

FILOSOFÍA Y DERECHO



La forma del derecho

Fernando Atria

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 decisis*. 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 hecho¹. 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:

¹ 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 (ATTYAH, 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 ATTYAH 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 ATTYAH:

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 (ATIIAH, 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 ATIIAH, 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)².

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.

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

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

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

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

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

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

Porque reiterar la expresión universal de la ley en el caso particular no es aplicar la ley. Aplicar la ley supone distinguir casos de aplicación de la ley de casos de falsa aplicación de la ley. Un caso es de falsa aplicación de la ley (desde luego) cuando no reúne las propiedades que caracterizan al caso genérico, pero también hay impropiedad de la expresión legal, es decir, cuando se trata de un caso en que la expresión de la ley traiciona su sentido. Aquí la peculiaridad del caso permite que el juez corrija la aplicación de la ley *sin negar* la obligatoriedad ni la validez de la norma en cuestión. Y es esta explicación de lo que significa aplicar la ley lo que nos permite caracterizar la jurisdicción. La función que define la jurisdicción es la de aplicar la ley a casos particulares, aplicación que no es «mecánica» sino que incluye la obligación de asegurar que el caso es lo suficientemente «normal» como para que la norma que conforme a su expresión es aplicable deba ser aplicada³. 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.

³ 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 igualitariamente. 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 inmanente⁴. 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

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

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

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

2. LA PRESIÓN ADAPTATIVA DE LA LEGITIMACIÓN MATERIAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. EL JUEZ COMO APLICADOR MECÁNICO, «AUTÓMATA»

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

chet⁵. El *Informe* critica a los tribunales, entre otras cosas, que «en numerosas ocasiones dejaron en la indefensión a personas sin base legal alguna, e incluso contrariando la normativa jurídica», o que «se toleraron detenciones sin el requisito esencial de la orden previa», o permitieron ilegalmente detenciones en lugares que no eran cárceles, o «no velaron por el cabal cumplimiento de las normas relativas a la incomunicación» (COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN, 1991: 88-90). A estas críticas (y otras) el *Informe* agrega una adicional: «El exagerado formalismo para interpretar la ley» (*ibid.*: 93).

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

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

4.1. La transformación del autómatas en activista

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

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

⁵ Al respecto, véase ATRIA, 2003.

están llamados a adoptar en sus actuaciones el principio de legalidad y de reserva constitucional, que es distinto. Lo que querrá decir que cualquier ley que se dicte no ha de ser vinculatoria para los jueces, sino en la medida en que ellas mismas sean dictadas conforme a los derechos esenciales que la Constitución chilena ordena resguardar y que el derecho internacional, aún no escrito, exige como referente básico para la convivencia civilizada⁶.

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

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

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

Por último, hay un creciente escepticismo respecto de las formas institucionales de formación de la voluntad política, el paradigma de los cuales es la ley. La capacidad de las formas legislativas de purgar intereses particulares hoy está en entredicho, por lo que no queda muy claro hoy qué es lo que defiende el que sale en defensa de la sujeción del juez a la ley⁷.

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

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

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

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

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

4.2. La transformación del activista en comisario

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es evidente que, en algún sentido, los tribunales cumplen una función en esa «lucha», del mismo modo en que puede decirse que los tribunales civiles cumplen una función central para la subsistencia y el desarrollo del mercado. Pero esa función solo puede ser cumplida mediatamente, es decir, en la medida en que no es directamente perseguida. Lo que es incompatible con el Estado de derecho en esta exigencia es que los jueces actúen *guiados* por el afán de sumarse a una lucha que exige de ellos algo que no sea simplemente dar a cada uno lo suyo⁸.

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

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

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

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

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

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

Por otro lado, si es importante que al decidir sobre medidas cautelares los jueces tomen en cuenta el impacto que esas decisiones tendrán en la legitimidad del sistema, la estructura de la potestad jurisdiccional es notoriamente disfuncional. Esto no es una casualidad, porque el principio de independencia pretende precisamente proteger al juez de toda influencia externa para que sea probable que dé a cada uno lo suyo y no que decida lo que es conveniente y oportuno. Esto tiene dos consecuencias importantes. La primera es que, entonces, el modo en que el juez medirá el impacto que en la legitimidad del sistema tendrá su decisión deberá ser especialmente tosco e intuitivo¹⁰.

La segunda consecuencia es que esas características estructurales de la potestad jurisdiccional que hacen probable que el juez ignore la cuestión de la legitimidad del sistema serán crecientemente vistas como formas sin sentido, absurdas, meros ritualismos. Y esto llevará, exactamente como sostenía BENTHAM¹¹, a la demanda política de que el juez ignore, discrecionalmente (es decir, cuando sea oportuno y conveniente), las exigencias formales contenidas en la ley. Y en lo que las estructuras judiciales dificulten u obstaculicen la operación de esa presión, habrá una correspondiente demanda para que esas estructuras sean reinterpretadas o reformadas.

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

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

¹¹ Véase *supra*, n. 9 del capítulo 3.

En junio de 2007, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, acogió a tramitación un recurso de protección (= amparo constitucional) opuesto de los diputados que habían votado en contra de un proyecto de ley sobre votación de ciudadanos residentes en el extranjero¹². La idea de que mediante un recurso de protección de derechos constitucionales puede calificarse de inconstitucional, y por eso de ilícita, la decisión de uno o más diputados de votar en contra de un proyecto de ley es, en sí misma, una *reductio ad absurdum* del activismo judicial. La Corte de Apelaciones eventualmente rechazó el recurso, pero es claro que debió haberlo declarado inadmisibile, es decir, debió haber declarado *a priori* que no tenía competencia para conocerlo. Pero lo que interesa ahora no es el error de la Corte de Apelaciones, sino la reacción de la Cámara de Diputados que, a través de su presidencia, buscó una «entrevista» con el presidente de la Corte Suprema para que este dirimiera el conflicto entre la Corte de Apelaciones y la Cámara¹³.

En los mismos días, algunas decisiones judiciales sobre (improcedencia de) la prisión preventiva (medidas cautelares personales en el proceso penal) motivaron reclamos airados de los medios de comunicación. Como reacción ante estas decisiones de jueces de garantía, el Ministro del Interior en persona se reunió con el presidente de la Corte Suprema para entregarle antecedentes sobre casos que a su juicio estaban mal decididos¹⁴. Justificando su decisión de reunirse con el presidente de la Corte Suprema, el Ministro del Interior fue notablemente cándido: planeaba reunirse con él «porque tengo, como Ministro del Interior y responsable de la seguridad, interés de conversar estos temas con él», ya que el presidente de la Corte, «es el jefe del Poder Judicial»¹⁵. Am-

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

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

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

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

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

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

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

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

Durante la campaña presidencial de 2013, por su parte, el gobierno y la candidatura oficialista defendieron la idea de crear un «observatorio judicial», con el diagnóstico de que, en la «lucha contra la delincuencia», los tribunales estaban fallando. Y para solucionar esa falla era necesario que las decisiones judiciales estuvieran expuestas a la presión de la opinión pública¹⁷.

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

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

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

6. NOTA II: SOBRE EL «PRAGMATISMO»

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

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

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

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

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

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

²⁰ 531 US 98 (2000).

Todo lo que la adjudicación pragmatista necesita significar, sin embargo —todo lo que yo quiero decir con eso— es adjudicación guiada por una comparación de las consecuencias de soluciones alternativas a un caso más que por un algoritmo que pretende llevar a los jueces mediante un proceso lógico o en algún otro sentido formal a la Única Solución Correcta, utilizando solamente los materiales canónicos de las formas judiciales de decisión, como leyes o textos constitucionales o decisiones previas. El pragmatista [...] mira a la adjudicación, especialmente la adjudicación constitucional, como una herramienta práctica de ordenación social y cree entonces que la decisión que tiene las mejores consecuencias para la sociedad es la que debe ser preferida²¹.

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

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

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

Quiero considerar la siguiente cuestión híper-pragmática: Si uno de los jueces conservadores creía que la elección de Gore como presidente sería una calamidad nacional, ¿justificaría esto que votara para detener el recuento en Florida? Esta pregunta es quizás el desafío definitivo a la adjudicación pragmática. Pero afortunadamente la respuesta es negativa²².

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

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

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

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

Pero esta respuesta es evidentemente insuficiente, por dos razones: en primer lugar, no es una respuesta pragmática, pese a las apariencias. Se enfrenta a todas las ya demasiado conocidas objeciones al utilitarismo de regla. Es claro que las consecuencias sistémicas de permitir la política partisana en las decisiones de la Corte Suprema pueden ser graves, pero eso no dice nada antes de determinar cuán graves serían las consecuencias de una mala presidencia y cuál es la probabilidad de que una decisión partisana en un caso tan peculiar y ocasional como *Bush v. Gore* lleve a un *sistema* partisano. POSNER ignora no solo el caso en el cual un juez de la Corte Suprema estuviera convencido de que una presidencia de Gore sería tan calamitosa que (en su apreciación) el daño causado al país sería superior al desprestigio para la Corte Suprema, sino también la posibilidad de recurrir a estrategias que, aunque no son especialmente elegantes, pueden reducir la posibilidad de que lo hecho en *Bush v. Gore* implique una redefinición sistémica de la función de la Corte²³. Es decir, ignora precisamente el tipo de preguntas que un juez pragmatista trataría como preguntas a ser respondidas a la luz de la configuración concreta del caso, y no por un «algoritmo» abstracto. El pragmatista, en otras palabras, no puede decirse sujeto a una regla que le impide mirar, en el caso particular, a las consecuencias de su decisión —y eso es exactamente lo que POSNER aquí ha sacado del sombrero—. POSNER asume *a priori* que las consideraciones pragmáticas siempre han de favorecer las soluciones institucionales, y con eso se revela como un falso pragmatista. El pragmatista tendría una actitud pragmática: «Esperemos y veamos».

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

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