

FERNANDO ATRIA

# LA FORMA DEL DERECHO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2016

## CAPÍTULO 8

# LAS POTESTADES JURÍDICAS DEL ESTADO MODERNO. UNA RECONSTRUCCIÓN «DESDE ABAJO»

Los capítulos anteriores pretenden haber sentado los cimientos para la tarea de reconstrucción que emprenderemos en este capítulo y los que le siguen. Pero falta un paso más, que nos permitirá entender el desbalance que la teoría del derecho ha mostrado entre la jurisdicción y las otras potestades características del Estado moderno. Me refiero a la idea de que en algún sentido teóricamente relevante la jurisdicción ocupa un lugar especial en el concepto de derecho. Esta es la tesis que en esta sección llamaré «la prioridad conceptual de la jurisdicción».

Por supuesto, al calificar la situación de la teoría del derecho como «desbalanceada» ya he indicado que a mi juicio esta idea de prioridad conceptual de la jurisdicción es incorrecta. Pero también se ha indicado más arriba que «desbalance» no es la mejor manera de describir la situación, en tanto sugiere que la preocupación preferente por la jurisdicción nos ha legado al menos una comprensión sofisticada de la naturaleza de la jurisdicción aunque sea al precio de dejarnos a oscuras sobre la legislación y la administración. Y este no es el caso. La consecuencia es que el problema no es de desbalance sino de profunda incomprensión de las condiciones de inteligibilidad de un concepto como jurisdicción. Esto muestra otra característica del esfuerzo de reconstrucción que debemos emprender: ha de ser holístico, lo que implica que la unidad de análisis no es cada potestad sino el conjunto.

Pero esa, que será nuestra conclusión en este capítulo, supone la refutación de la idea de la prioridad conceptual de la jurisdicción. Por ahí debemos comenzar.

## 1. LA «PRIORIDAD» CONCEPTUAL DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

¿Qué sentido puede tener hoy la idea de dar a cada uno lo suyo? Es interesante notar que lo que en el *Digesto* aparece como una definición del derecho ya no puede ser considerada como tal. La razón es que esa definición es anterior al surgimiento de la legislación, es decir, a la creación consciente de nuevas normas jurídicas generales y abstractas. Por consiguiente, si es una idea que todavía puede significar algo relevante, debemos entender que es un modo de caracterizar la jurisdicción, y del derecho romano podremos decir que era un derecho jurisdiccional en el sentido de que era un derecho que iba progresivamente emergiendo a partir de la consideración y discusión de casos particulares (el derecho como un conjunto de reglas como resumen). Aunque los romanos no podrían haberlo entendido así, dar a cada uno lo suyo hoy no puede sino significar, si es que puede significar algo, dar a cada uno lo que conforme a las leyes válidas y aplicables corresponde. En las condiciones del derecho moderno, no puede haber jurisdicción sin aplicación de la ley.

Lo anterior parece implicar que es posible «pensar» un derecho puramente «jurisdiccional» pero no un derecho puramente «legislativo» o «administrativo». Esta asimetría es lo que justifica la prioridad que, en la teoría del derecho, ha recibido la función judicial. Sentado en su oficina, el teórico se pregunta (o, como suele decirse: examina sus intuiciones respecto a) qué es aquello sin lo cual el derecho no puede ser pensado. Usando una versión jurídico-conceptual del cigarro histórico-jurídico de IHERING<sup>1</sup>, intenta imaginarse un derecho sin administración, y cuando tiene éxito concluye que la potestad administrativa no es un concepto teóricamente relevante; luego produce un par de nuevas bocanadas e imagina un derecho sin legislación, y excluye la potestad legislativa. Por último, intenta imaginar un derecho sin jurisdicción, y toma nota del hecho de que su intuición le indica que en ese caso no usaría la palabra «derecho». Luego concluye que los órganos jurisdiccionales son la clave. Así, por ejemplo, es un camino similar a este el que lleva a RAZ a la conclusión de que

<sup>1</sup> «Una vez hartado de material histórico de derecho positivo, cierro la puerta para que nadie me moleste, enciendo el cigarro y me tiendo en el sofá. He hallado que es posición cómoda colocar los pies en alto, pero eso depende del gusto de cada uno. A continuación, juntando toda la fuerza de mi voluntad, concentro mi pensar en la antigüedad, olvidándome a mí mismo y a todo lo que me rodea. Dando vuelo a mi imaginación, pienso que yo mismo he vivido en aquella época, que fui una vez un romano que, por un capricho de la naturaleza, y por vía de la metamorfosis, resurgió cierto día en la persona de un docente libre o un catedrático de derecho romano en alguna universidad del siglo XIX [...]. Es realmente increíble lo que puede aprenderse fumando un solo cigarro. Pero para ello es menester saber fumar y hay quienes no saben hacerlo, y quienes no lo saben, tampoco podrán alcanzar a ver nada, aunque prendan un cigarro y se echen sobre el sofá. Podrán producir bocanadas colosales, más grandes que muchos otros, pero no llega a formárseles ninguna imagen. Por eso luego salen diciendo que lo que es imposible para ellos es también imposible para otros y que, si alguien afirma haber visto algo, ¡solo podría tratarse de fantasías causadas por un sopor tabacal! Donde se acaban las fuentes, dicen, termina también la ciencia. Yo por mi parte sostengo que es allí donde la ciencia comienza y sigo leaf a mis cigarros» (IHERING, 1987: 117-118).

son las instituciones aplicadoras de normas y no las instituciones creadoras de normas las que proveen la clave para la noción de sistema institucionalizado (RAZ, 1992: 132).

No queda para nada claro, sin embargo, cómo es posible distinguir instituciones creadoras de normas de instituciones aplicadoras de normas. Como es difícil negar después de KELSEN, un acto de creación de normas solo es tal en la medida en que sea también un acto de aplicación de normas: solo en virtud de normas aplicadas un acto puede adquirir lo que KELSEN denominaba el «sentido objetivo» de ser un acto de creación de normas. Por otro lado, las «instituciones aplicadoras de normas» al menos a veces aplican normas creando normas. Para distinguir instituciones que aplican normas creando normas, y las que lo hacen sin crear normas, por la vía de «implementarlas físicamente» (RAZ, 1992: 133), RAZ introduce la distinción entre instituciones aplicadoras de normas e instituciones ejecutoras de normas (*law-applying* y *law-enforcing institutions*). Al decir que las instituciones aplicadoras de normas proveen la clave de la noción de sistema institucionalizado, ¿a cuál de estas dos se refiere? RAZ es categórico: solo a las primeras, y para excluir a las segundas basta recurrir al cigarro jurídico-conceptual:

Puede haber sistemas normativos que comparten todas las características de los sistemas jurídicos sin tener una maquinaria de ejecución del derecho [*law-enforcement machinery*]. Una vez que se ha dictado sentencia su cumplimiento es dejado a las partes. En un sistema de ese tipo un individuo no puede usar la fuerza para asegurar sus derechos cuando quiera. Está obligado a concurrir al tribunal y obtener una declaración dotada de autoridad respecto de ellos. Pero cuando la decisión se ha dictado en su beneficio tiene derecho a implementarla usando fuerza razonable y puede quizás tener derecho a autorizar a otros a hacerlo con la misma finalidad. Tal sistema es claramente un sistema jurídico (RAZ, 1992: 134).

Por consiguiente, concluye RAZ, lo decisivo no son las instituciones ejecutoras de normas, sino las instituciones

que combinan creación de normas y aplicación de normas de una manera especial. Las llamaremos instituciones (aplicadoras de normas) primarias, para indicar su importancia [...]. Los órganos primarios se preocupan de la determinación con autoridad de situaciones normativas de acuerdo a normas pre-existentes.

El poder de aplicar normas calificando situaciones jurídicas es, entonces, decisivo. Otros poderes que tienen los órganos primarios realmente existentes son «teóricamente» irrelevantes:

Los tribunales a menudo tienen poder para crear precedente y para establecer reglas generales, para dictar órdenes a individuos de que realicen ciertas acciones y para determinar autoritativamente los hechos del caso [RAZ, 1992: 136 (157)].

Dejemos pasar la referencia a los dos primeros poderes que los tribunales a menudo tienen, porque al menos tan a menudo no los tienen. Pero es poco común que los tribunales no tengan los otros dos poderes, para dictar órdenes a individuos y para determinar los hechos del caso. ¿Supera esta exclusión el test del cigarro jurídico-conceptual? ¿Es pensable un sistema jurídico en que no hay órganos encargados de determinar los hechos del caso? RAZ cree que sí; que es «pensable» un sistema en el que los tribunales solo deciden, por ejemplo, «este contrato es nulo», sin ordenar a las partes que restituyan lo que han recibido bajo él (o alguna prestación equivalente). Pero recuérdese lo que decía MONTESQUIEU:

En Inglaterra el jurado decide si el acusado es culpable o no del hecho que se le presenta; si es declarado culpable, el juez impone la pena que la ley señala para aquel hecho, para lo cual no necesita más que tener ojos (MONTESQUIEU, 1984: 56, cit. *supra*, p. 111).

Claro, hemos visto que esto sería un sistema jurídico extraordinariamente formalista; podemos agregar que tendría que contener una regla de *non liquet* para los casos de expresión indeterminada y sería irracional en los casos de expresión impropia. Es un sistema implausible y probablemente empíricamente irrealizable, pero no parece menos irreal que el que RAZ imagina (en que los tribunales solo pueden declarar que es culpable de un homicidio, pero no pueden ordenar la internación del condenado). Pero la ventaja del cigarro jurídico-conceptual es que todas estas observaciones son irrelevantes, porque lo que nos preguntamos no es si un sistema así es realizable o ha existido, sino si es *pensable*<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Recuérdese que RAZ está tratando de caracterizar sistemas institucionalizados, no el derecho. Y él ofrece como un ejemplo de esos sistemas institucionalizados los juegos. Yo creo que esta analogía es mucho más limitada que lo que suele notarse (véase el capítulo 1 de ATRIA, 2002b), pero RAZ descansa en ella en *Practical Reason and Norms*. Mirando los juegos las cosas se ven considerablemente distintas de lo que sostiene RAZ. Cuando uno piensa en partidos de fútbol como es jugado informalmente (es decir, sin árbitro), las discusiones que aparecen de vez en cuando entre participantes son menos sobre «calificación de situaciones normativas» que sobre cuestiones de hecho. Y la función del árbitro, cuando el juego es jugado en contextos más formalizados, es fijar los hechos, más que calificar situaciones normativas. Desde luego, la distinción es bastante artificial, porque no es fácil distinguir una cosa de otra tratándose de hechos institucionales: el árbitro «fija el hecho» de que el defensa tocó la pelota con sus manos dentro del área, y asigna a la situación el estatus normativo de «penal». ¿Puede distinguirse una cosa de otra? Una manera de proceder para responder esta pregunta es preguntarse: ¿qué sería más inútil, dada la función que cumple un árbitro: un «árbitro» que careciera radicalmente de poder para pronunciarse sobre hechos, pero que pudiera calificar situaciones que las partes le describen de común acuerdo, o uno que no pudiera calificar normativamente situaciones, pero que pudiera determinar hechos cuando las partes están en desacuerdo sobre ellos? Parece evidente que la función de un «órgano de aplicación de normas» es cumplida de modo mucho más completo por el segundo que por el primero, lo que sugeriría que el poder de determinar los hechos es más importante que el de calificar situaciones normativas. Pero no quiero poner sobre este punto demasiado peso. Nos basta la conclusión anterior: que la distinción entre ambos poderes es al menos objetable, para ver que precisamente por eso no es razonable decir que es una distinción de la que depende algo importante. Y nótese que para RAZ lo que depende de ella es crucial: si no hay órganos dotados de autoridad para decidir sobre situaciones normativas no hay sistema institucionalizado, pero esos órganos pueden carecer del poder de hacer determinaciones de hecho.

En todo caso, lo decisivo de los órganos primarios, según RAZ, es que sus calificaciones jurídicas son «vinculantes». Que sean vinculantes quiere decir que obligan incluso cuando son erradas. Después de estas consideraciones RAZ arriba a la siguiente definición de «órganos primarios»:

Son instituciones con poder para determinar la situación normativa de individuos especificados, que deben ejercer ese poder aplicando normas pre-existentes, pero cuyas decisiones son vinculantes incluso cuando son erradas (RAZ, 1992: 135)<sup>3</sup>.

Ahora bien, para volver al principio de esta sección, la tesis de RAZ es que la existencia de instituciones de este tipo es una condición necesaria para la existencia de sistemas institucionalizados como el derecho. Pero ¿cómo hemos de determinar si tales instituciones existen? La pregunta debe parecer extraña, porque para ver si algo existe pareciera que es suficiente tener ojos. Pero basta considerar la cuestión con algo más de detención para notar que esto no es el caso. Para comenzar, podemos preguntarnos si es verdad que los «órganos primarios» de RAZ existen en todo sistema jurídico institucionalizado. En la comprensión romana, ¿podemos encontrar órganos primarios?

La respuesta parecería evidentemente positiva. ¿No hemos dicho que el derecho romano era precisamente un derecho «jurisdiccional»? Pero es bastante claro que los romanos no habrían aceptado como descripción de la función de un juez decir que este «determina la situación normativa de individuos especificados aplicando normas pre-existentes». Es decir, los romanos no veían la jurisdicción como aplicación de normas abstractas. Esta es una manera característicamente moderna de entender el derecho: como un sistema de normas abstractas que, aplicadas a casos particulares, tienen consecuencias institucionales. Un jurista romano habría dicho (dijo, de hecho) que el derecho no era un conjunto de reglas generales, sino simplemente dar a cada uno lo suyo. Y dar a cada uno lo suyo no conforme a la aplicación de ciertas reglas abstractas, sino conforme a lo justo. Por supuesto, ya hemos visto que a partir de decisiones sobre lo suyo de cada cual fueron surgiendo reglas, pero esas reglas eran *descripciones del derecho*, no el derecho. Por consiguiente no sería correcto decir que la función del juez era decidir por aplicación de esas reglas.

A todo esto, desde luego, podría responderse diciendo que lo que los juristas romanos efectivamente estaban haciendo no necesariamente es lo mismo que lo que ellos *creían* que estaban haciendo, y que la «teoría» no pretende describir lo que los participantes creen que es el caso, sino lo que es el caso. El solo hecho de que la descripción teórica no sería la descripción ofrecida por un participante no puede ser decisivo. En la descripción del jurista romano, el

---

<sup>3</sup> Nótese que aunque esta definición se presenta como si fuera el resultado del argumento anterior, la referencia a «individuos especificados» aparece aquí por primera vez, y no es explicada ni justificada en las consideraciones que siguen.

juez daba a cada uno lo suyo. En la reconstrucción del teórico, esta descripción del participante es declarada errada y reemplazada por otra: aunque ellos no lo habrían descrito así, los jueces romanos aplicaban reglas preexistentes a casos particulares.

En principio, no hay nada objetable en este argumento: es perfectamente posible que la descripción del participante no sea la correcta, y que la reconstrucción teórica lleve a desechar algunas de sus descripciones y reemplazarlas por otras. Esta posibilidad, sin embargo, no justifica elegir arbitrariamente qué borrar y qué dejar de la comprensión del participante. Y eso es lo que aquí tendríamos que hacer. Para comenzar, es bien difícil entender la idea de seguir reglas sin saber que uno está siguiendo reglas (esto aboliría la distinción entre reflejo condicionado y seguimiento de reglas, entre actuar por hábito y seguir una regla, y no es poco lo que depende de esta distinción, como lo recordará cualquier lector de *The Concept of Law*), y más difícil la de decidir por aplicación de reglas abstractas sin saber que uno está decidiendo por aplicación de reglas abstractas. Pero pasemos por arriba de este punto, con el argumento anterior: todo lo que tenemos que decir es que su auto-comprensión es («conceptualmente») irrelevante, y que lo que importa es lo que ellos verdaderamente hacían (yo insistiría en que es curioso que un filósofo del siglo xx pretenda saber mejor que Ulpiano o Papiniano qué es lo que de verdad hacía un juez romano, pero ignoremos eso también).

Porque el problema no es en realidad ese, sino que si damos el paso de desechar la auto-comprensión del jurista romano y reemplazarla por una descripción teórica que él no aceptaría, tenemos que hacerlo en aplicación de algún criterio que no sea el de mantener la integridad de la teoría. Y el problema es que si preguntamos qué es lo que ellos «efectivamente hacían», prescindiendo de su auto-comprensión, entonces todas las posibilidades quedan abiertas. ¿Por qué decir que están decidiendo «la situación normativa de individuos especificados», cuando es al menos tan plausible decir que estaban asegurando la dominación de patricios sobre plebeyos? ¿Es que vamos a decir que ellos *no* estaban haciendo eso? Es decir, ¿es que la cuestión depende de que podamos mostrar que los jueces romanos al decidir casos no estaban verdaderamente asegurando la dominación de patricios sobre plebeyos? O para ponerlo en términos que parezcan menos extremos (aunque no se diferencian cualitativamente), ¿por qué no decir que no estaban decidiendo casos por aplicación de reglas pre-existentes, sino que «lo que de verdad estaban haciendo» era crear reglas, es decir, actuando como legisladores, no como «órganos primarios» razianos? Ya que vamos a ignorar su descripción en el sentido de que no decidían por aplicación de reglas, ¿por qué no desechar también su auto-comprensión en cuanto esta insistía que le daban a cada uno lo suyo, y reemplazarla por otra en la que lo que hacían era maximizar la utilidad social creando reglas? Esto último es en algún sentido imposible de negar: después

de todo, el derecho romano surgió a partir de los comentarios a casos particulares. Reglas que fueron creadas, reglas que reconocemos incluso hoy.

A mi juicio, esta incoherencia (desechar su auto-comprensión cuando ellos insisten que no aplicaban reglas generales y aceptarla cándidamente en cuanto insistían que decidían conforme a lo que cada uno merecía, no creando nuevas reglas) es característica de toda teoría puramente estructural, como lo es la construcción de RAZ del concepto de «órgano primario». En el capítulo 7 vimos que toda teoría del derecho puramente estructural es incapaz de responder dos preguntas cruciales, una sobre la identificación de las estructuras que son declaradas decisivas y otra sobre la relevancia de esas estructuras. Ahora podemos decir lo mismo de otro modo: una teoría puramente estructural es fundamentalmente arbitraria, porque carece de auto-conciencia. El ejercicio entero es guiado por un concepto de jurisdicción que RAZ ha asumido todo el tiempo, que nunca es expuesto, pero que controla todo el empeño. Ese concepto que permanece oculto es el que hace que uno no se detenga a cuestionar afirmaciones que conforme al argumento son injustificadas, pero que corresponden a ese concepto «intuitivo». El primer caso notado fue la sorprendente referencia a «individuos especificados», es decir, la referencia al hecho de que los órganos primarios deciden casos específicos, no casos genéricos. Esa calificación resulta enteramente gratuita, al menos en términos del argumento explícito. Pero calza con nuestra comprensión «intuitiva» de la función jurisdiccional (de hecho, más adelante veremos que efectivamente es una característica fundamental de la potestad jurisdiccional), por lo que no llama la atención que aparezca ahí.

La segunda aparición de este concepto «intuitivo», que hace todo el trabajo importante, es mucho más grave para el tipo de teoría que estamos discutiendo, porque muestra por qué este concepto intuitivo debe quedar oculto, por qué no puede aparecer: porque la teoría no tiene cómo responder las preguntas que ese concepto responde subrepticamente. En este segundo momento, el mismo problema se nos aparece como una oscilación injustificada entre construir el concepto ignorando la auto-comprensión de los participantes (en el caso examinado: el derecho romano tenía «órganos primarios», porque aunque ellos no lo habrían descrito de ese modo, sus jueces determinaban la situación normativa de individuos especificados aplicando normas pre-existentes) y aceptar su auto-descripción e ignorar la pregunta por lo que ellos «verdaderamente» hacían (al rechazar la sugerencia de que los que ellos de verdad hacían era, por ejemplo, mantener la dominación de patricios sobre plebeyos, o decidir no por aplicación de normas preexistentes, sino creando nuevas normas).

Aquí, entonces, debemos volver al punto de partida: ¿es correcto decir que la posibilidad de un «derecho jurisdiccional» muestra la prioridad («conceptual») de la jurisdicción sobre la legislación, es decir, de los órganos de apli-

cación sobre los órganos de creación? El argumento anterior muestra que esta afirmación se devela incoherente: ella supone aceptar la auto-comprensión pre-moderna que niega la legislación, pero rechazarla en cuanto afirma que la jurisdicción es dar a cada uno lo suyo atendiendo a lo que es razonable dados los hechos del caso, y no por aplicación de normas abstractas. No hay razón *a priori* en virtud de la cual debamos asumir que los participantes entienden plenamente sus prácticas; pero tampoco hay razón para pensar que ellos están sistemáticamente equivocados (de hecho, uno pensaría que tratándose de instituciones sociales ellos no pueden estar sistemáticamente equivocados respecto de algo importante, por la sencilla razón de que si lo estuvieran, la institución sería distinta). Es incoherente aceptar y rechazar al mismo tiempo esa auto-comprensión.

El punto de partida, entonces, debe ser abandonado: no es que podamos dar por sentado que es posible un «derecho jurisdiccional», porque precisamente en la medida en que es jurisdiccional no podemos dar por sentado que se trata de una potestad análoga a lo que nosotros entendemos por «jurisdicción». Pero esto parecería bloquear todas las vías: ¿cómo seguir adelante, cómo evitar la poco iluminadora conclusión de que no hay cómo determinar si hay o no continuidad entre los conceptos jurídicos romanos y los nuestros (y los intermedios, desde luego [...] aunque ya llamarlos «intermedios» prejuzga la respuesta)?

## 2. LA SUPERFICIALIDAD COMO PRECIO DE LA CONMENSURABILIDAD

¿Cómo elegir el punto de partida? En algún sentido, veremos que nada demasiado importante se juega en la respuesta. La manera en que la teoría «analítica» del derecho soluciona este problema es mediante lo que podría denominarse una *«race to the bottom»*: ante varias prácticas en principio reconocibles como jurídicas, busca lo que es común a todas ellas. El precio que paga es el de la superficialidad, como vimos en el capítulo 4. Pero ahora podemos adicionalmente ver que la superficialidad no le permite evitar la acusación de incoherencia, es decir, de descansar en distinciones arbitrarias, guiadas por conceptos intuitivos que quedan fuera del análisis «conceptual». Pero si esta *race to the bottom* es tan deficitaria, ¿cómo es que ha sido tan influyente? La respuesta es que lo que promete es importante: promete evitar el peligro de la inconmensurabilidad. ¿Cómo podemos asegurar que nuestros conceptos son los conceptos romanos, o que cuando hablamos de «jurisdicción» nos estamos refiriendo al mismo tipo de cosa a la que se referían con esa palabra (u otras equivalentes; pero ¿cómo saber cuáles son equivalentes?) los juristas pre-modernos? Y la cuestión puede ser radicalizada: ¿cómo saber que lo que en el derecho alemán se denomina «propiedad» es lo mismo que el derecho

chileno llama «propiedad»? La *race to the bottom* tiene una respuesta, aunque severamente deficitaria (por arbitraria). Si hemos de evitar una explicación del derecho que se jacta de su propia superficialidad, es necesario encontrar una solución alternativa al problema de la inconmensurabilidad.

Es importante identificar correctamente el problema. El riesgo de inconmensurabilidad es el mismo apuntado por Thomas KUHN respecto de lo que denominó «paradigmas» científicos [KUHN, 1962: 10-11 (34)], algo que, como Charles TAYLOR ha mostrado, se aplica tanto al razonamiento práctico como a la ciencia (y, podríamos agregar nosotros, a las teorías del derecho):

Lo que KUHN argumentó convincentemente fue que las diferentes perspectivas científicas que se han sucedido en la historia son «inconmensurables». Es decir, que sus conceptos no son traducibles y —más problemáticamente— que difieren en cuanto a qué consideraciones o características sirven para darlos por verdaderos [...]. No hay criterios. Entonces la inferencia radical de un Feyerabend ha sido ampliamente considerada plausible: «Todo vale» (TAYLOR, 1989: 42).

Pero, como muestra TAYLOR, esta conclusión solo se justifica si uno entiende que lo que permite la conmensurabilidad es la existencia de un criterio común, uno que pudiera decidir la cuestión «si imagináramos un debate entre las dos teorías que ocurre intemporalmente en el Olimpo» (TAYLOR, 1989: 47). Pero la cuestión no se plantea de este modo, sino históricamente situada. Y eso nos permite mirar a la transición de una teoría a otra y preguntarnos, no si una de ellas es en algún sentido portentoso «verdadera», y la otra falsa, sino si el paso de una a otra ha sido un paso que reduce el error. O para decirlo de otro modo, si es posible dar cuenta de una teoría desde la otra.

El ejemplo de TAYLOR es el paso de una explicación aristotélica, renacentista, del movimiento a una galilaica (véase TAYLOR, 1989: 43-44). El principio para la primera era «no hay movimiento sin un motor», y para ella era especialmente difícil explicar, por ejemplo, el caso de los movimientos «violentos» (como el de un proyectil una vez que sale de la mano o del cañón). La solución a este problema necesitaba teorías que se basaran en la inercia, lo que invertía precisamente los supuestos básicos que especificaban qué es lo que necesitaba ser explicado. TAYLOR usa este ejemplo para mostrar lo que significa la idea de reducción del error, que implica no solo que ahora podemos dar cuenta de una «anomalía» que antes era recalcitrante, sino también que desde la nueva teoría podemos dar cuenta de la antigua, pero no al revés. Es esta asimetría la que resulta decisiva:

Lo que nos convence incluso ahora de que Galileo estaba en lo correcto puede ponerse en términos de un «puntaje» más alto de las teorías de la inercia sobre las teorías aristotélicas en lo que se refiere al fenómeno del movimiento. Después de todo, los aciertos de Galileo son evidentes. Pero lo que fue y es también un factor importante [...] es la capacidad de las teorías de la inercia de explicar la estructura de dificultades que afectaba a las aristotélicas. La supe-

rioridad significa aquí no solo un mayor puntaje relativo en relación a cómo cada una explicaba «los hechos», sino también *la capacidad de cada una de dar cuenta de ella misma y de la otra* al explicar esos hechos. Al comparar las historias de ambas teorías, emerge algo más que lo que es visible al realizar una comparación de sus resultados. Esto muestra una relación asimétrica entre ellas: uno puede moverse de Aristóteles a Galileo aumentando el entendimiento, pero no viceversa (TAYLOR, 1989: 43-44; cursiva agregada).

¿Qué tiene esto que ver con el problema con el que nos encontrábamos? Uno podría decir, por analogía, que el momento de constatar que no hay un punto equidistante de todas las prácticas desde el cual puede identificarse un «órgano primario» es el momento en que notamos que los conceptos mismos en los que expresamos las ideas son sensibles a la manera en que cada cultura los entiende, por lo que esos conceptos no aseguran la conmensurabilidad. No podemos dar por sentado, dicho de otro modo, que los romanos tenían «jueces» en el mismo sentido en el que nosotros usamos la expresión. El intento de asegurarlo por la vía de construir la versión más delgada y aséptica (= superficial) del concepto no lleva a ninguna parte. Esto es lo que más arriba fue denominado una «*race to the bottom*», y se reveló fútil porque no es capaz de dar cuenta del problema.

TAYLOR muestra la forma de una estrategia alternativa, de una especie de «*race to the top*» entendida como una dirección de movimiento y no como un punto de llegada (arriba). Lo que nos interesa al formular una comprensión del derecho es poder dar cuenta de nuestras prácticas jurídicas, y una comprensión de nuestras prácticas nos permitirá dar cuenta de las maneras anteriores de entender el derecho. O al menos ese es el intento.

La idea la formuló MARX en sus «Notas para una crítica de la *Filosofía del Derecho* de Hegel»:

La democracia es la verdad de la monarquía, la monarquía no es la verdad de la democracia. La monarquía es necesariamente la democracia en contradicción consigo misma, pero el momento monárquico no es una contradicción de la democracia. La monarquía no puede entenderse en términos de sí misma, mientras la democracia sí puede (MARX, 1987).

Es decir, la democracia puede dar cuenta de ella misma y de la monarquía (= explicar qué es verdadero en ella) pero la monarquía no puede dar cuenta de la democracia. Es esta relación asimétrica lo que resulta decisivo, porque implica que el movimiento de la monarquía a la democracia es un paso en la dirección correcta. En el capítulo 2 ya hemos visto que el derecho pre-moderno puede ser explicado desde el derecho moderno, pero el derecho moderno no puede ser explicado desde el derecho pre-moderno.

Eso es lo que se intentará hacer en lo que queda de esta parte: elaborar una teoría del derecho moderno, asumiendo que el derecho moderno ha de

ser explicado en los términos del derecho moderno, no que hay una estructura común a toda forma concebible de derecho y que develar esa estructura es producir una «teoría» del derecho. Una de las consecuencias más inesperadas de esta reorientación metodológica es que una explicación del derecho moderno no puede darse el lujo de declarar «accidental» lo que está en el centro de la experiencia jurídica moderna: la ley. Al contrario, hay que comenzar por la observación de Michael DETMOLD: «Algo muy fundamental ocurre cuando un sistema admite legislación» (DETMOLD, 1989: 440), idea que aquí es entendida del siguiente modo: algo muy importante en el desenvolvimiento histórico de la idea de derecho ocurre cuando se reconoce la posibilidad de la legislación. Habiendo formulado esa teoría, veremos (o al menos eso espero poder mostrar) que una teoría del derecho moderno puede dar cuenta de una comprensión pre-moderna del derecho, pero no al revés. Es decir, que el derecho moderno es la verdad del derecho pre-moderno.

### 3. EL DERECHO COMO VOLUNTAD DEL PUEBLO. EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO

Al decir que para reconstruir la idea de derecho moderno es necesario comenzar por la centralidad de la ley no estoy afirmando alguna tesis de «prioridad conceptual» de la legislación frente a la jurisdicción. Ya hemos visto que el problema no se describe correctamente diciendo que la idea de la prioridad conceptual de la jurisdicción es errada porque identifica incorrectamente la potestad que es verdaderamente prioritaria, sino porque no hay prioridad y la explicación debe ser holística. Eso implica que en rigor, la reconstrucción puede empezar por cualquiera de ellas, pero deberá incorporar referencia a las otras a medida que avanza.

La centralidad de la ley no es, entonces, la prioridad conceptual de la ley. Es más bien que la legislación es central porque ella muestra de modo conspicuo la relación que hay entre el derecho moderno y la voluntad del pueblo. Por supuesto, la teoría analítica no tendría problemas para aceptar lo primero (que la ley es voluntad) pero rechazaría como «político», «sustantivo» o «ideológico» lo segundo (del pueblo). Pero ya está dicho que el argumento de este libro no intenta explicar el derecho por la vía de describir el máximo común denominador de todo lo que intuimos que merece la denominación «derecho», sino al contrario: por la vía de formular la explicación que muestra lo explicado desde su perspectiva más conspicua, y desde ahí explicar lo demás.

Pero la relación entre derecho y voluntad del pueblo que la ley hace inmediatamente clara también es la clave para entender las otras dos potestades. La legislación solo hace claramente visible lo que es verdad de las demás potestades. Ese es el sentido en que es central.

¿Cómo se proyecta esta idea, claramente apreciable tratándose de la legislación, a las otras potestades? Lo primero que ha de ser notado es que la idea de voluntad del pueblo no se manifiesta solo en la ley, sino como fundamento de *todo poder público*. Como sostiene Ernest-Wolfgang BÖCKENFÖRDE,

el principio de soberanía del pueblo se apoya en dos ideas: la de que el poder que ejerce el dominio político —el dominio de hombres sobre hombres— no es algo que esté simplemente dado o haya de suponerse, sino que es algo que necesita ser deducido mediante una justificación (legítima) y la de que esa legitimación solo puede partir del pueblo mismo y no de cualquier instancia ajena a este. La ordenación de la vida en común de un pueblo tiene que poder retrotraerse al reconocimiento de aquellos que viven bajo ella, tiene que ser expresión de la libertad y la autodeterminación del pueblo (BÖCKENFÖRDE, 2000b: 48).

En efecto, la pretensión no es que la ley es la voluntad del pueblo, sino que toda forma de poder que ejerce el dominio político es reconducible al pueblo, porque el pueblo es la única fuente de normatividad. En efecto, sigue BÖCKENFÖRDE, la democracia es «un principio de organización sobre la titularidad y ejercicio del poder del Estado» (BÖCKENFÖRDE, 2000b: 53) que implica que toda forma de ejercicio de poder político «tiene que poder retrotraerse siempre y de una forma determinable a la voluntad del pueblo» (BÖCKENFÖRDE, 2000b: 55). Pero esto aumenta el nivel de complejidad de la tarea al punto de hacerla parecer imposible, porque entonces de lo que se trata no es de imputar al pueblo el poder que se ejerce mediante la dictación de una ley, sino también el que ejerce un juez cuando condena a un acusado, o el policía que cursa una infracción del tránsito o el director de un consultorio que decide dar prioridad a un paciente sobre otro.

Ahora bien, alcanzado este punto, ¿cómo no darle la razón al que, asumiendo una perspectiva «realista», dice que la orden del policía sigue siendo una orden aunque no sea en su contenido reconducible a la voluntad del pueblo? ¿Es que los de Pinochet no eran policías, o las suyas no eran órdenes? Esto, sin embargo, es no entender la función de las estructuras del derecho, que hacen probable el desempeño de una función. La orden es identificable estructuralmente, pero la estructura no puede ser entendida en términos de ella misma. Por eso, una explicación de por qué la orden del policía es «normativa» supone una explicación del derecho, porque si el pueblo es la única fuente de normatividad, entonces el derecho puede ser explicado como *la estructura que hace probable que todo ejercicio de potestades públicas sea reconducido al pueblo*. Una explicación de este tipo necesita mostrar que esta posibilidad de reconducción es algo más que un lugar común, algo que se repite porque siempre se ha dicho.

Es importante entender que la idea de que todo ejercicio de potestades públicas ha de ser reconducible al pueblo no implica, siquiera como ideal, que esas decisiones de ejercicio del poder político hayan de ser ejercidas directa-

mente por el pueblo. De hecho, veremos que esta frase es en rigor ininteligible, y que pensar que el pueblo puede actuar directamente (de modo que se plantea el problema de si es necesario o conveniente que lo haga) es un grave malentendido. Pero para apreciar eso será necesario dar el paso a la teología política, lo que haremos en la tercera parte. Ahora basta decir que la exigencia de que todo ejercicio de potestad pública ha de ser reconducible al pueblo implica que dicho ejercicio debe ser parte de una «cadena ininterrumpida de legitimidad democrática» (BÖCKENFÖRDE, 2000b: 55).

BÖCKENFÖRDE distingue no una sino tres cadenas de legitimación, cada una de ellas vinculando al pueblo una dimensión de cada potestad pública. La primera (que BÖCKENFÖRDE llama «funcional o institucional»: BÖCKENFÖRDE, 2000b: 57) refiere al pueblo la distinción de legislación, jurisdicción y administración. Esta primera dimensión de legitimación será ignorada en lo que sigue, porque de lo que se trata es precisamente de entender esta distinción como algo necesitado por la exigencia de legitimación democrática, no como algo a ser legitimado independientemente. Dicho de otro modo, aquí no se distinguirán tres cadenas de legitimación, sino solo las dos siguientes.

La segunda dimensión de legitimación es denominada por BÖCKENFÖRDE «orgánico-personal», que

consiste en que los cargos públicos que tienen encomendada la gestión de los asuntos estatales han de reposar sobre una cadena de legitimación ininterrumpida que pueda retrotraerse al pueblo (BÖCKENFÖRDE, 2000b: 58).

Esta es la forma más obvia, por así decirlo, de legitimación democrática: si se trata de reconducir al pueblo toda decisión de ejercicio de potestades públicas, la primera condición es que las personas que detentan las potestades respectivas lo hagan por decisión del pueblo. Los cargos públicos no son ni pueden ser entendidos como derechos del individuo que los detenta: son decisión del pueblo.

La obviedad de esta forma de legitimación democrática explica la tendencia a pensar que la legitimación democrática se agota en ella: que en la medida en que una decisión sea tomada por quien ha sido elegido por el pueblo para tomarla, dicha decisión es una decisión legitimada democráticamente (y entonces el problema de la «tiranía de la mayoría», es decir, el problema de decisiones tiránicas tomadas por quien goza de legitimidad orgánico-personal, es visto como un problema específico de la democracia). Así, por ejemplo, es tradicionalmente formulada la llamada «objeción democrática» al *judicial review*: como una tensión entre dos formas de legitimación orgánico-personal, la de quienes han sido elegidos «por el pueblo» y la de «*nine old men (and women)*» que no. La siguiente formulación es característica, al menos de la forma norteamericana de discutir este problema (que ha devenido cada vez más dominante):

[La palabra «pueblo»] es una abstracción que oscurece el hecho de que cuando la Corte Suprema declara inconstitucional una acción legislativa o la acción de un funcionario ejecutivo, restringe la voluntad de los representantes de personas existentes aquí y ahora; ejerce control, no a nombre de la mayoría, sino contra ella. Eso, sin excesos místicos, es lo que realmente pasa (BICKEL, 1986: 16-17).

Como veremos esto no es solo un error, es un error fundamental. Y por eso es tan importante distinguir la legitimación orgánico-personal (es decir, la respuesta a la pregunta por qué es lo que justifica que quienes detentan las potestades públicas las detenten) de la legitimación que BÖCKENFÖRDE llama «material o de contenido». El sentido de la legitimación material o de contenido es

asegurar que, por lo que se refiere a su contenido, el ejercicio del poder del Estado deriva del pueblo o se concilia con la voluntad del pueblo, y que de esta forma se garantiza el ejercicio del poder del Estado por el pueblo (BÖCKENFÖRDE, 2000b: 62).

Por lo dicho anteriormente es importante preguntarse por la relación ente la legitimación orgánico-personal y la legitimación material. La tesis que hoy resulta de sentido común, y que está detrás de la afirmación de BICKEL ya citada, es que si una autoridad está legitimada orgánico-personalmente, sus opiniones (al menos en materias correspondientes a la función para la cual está legitimado orgánico-personalmente) están legitimadas materialmente. Y además, que las formas de legitimación orgánico-personal pueden ordenarse según cuán directas son. De ahí la «anomalía» identificada por BICKEL y que ha obsesionado a la reflexión constitucional norteamericana. Porque no se trata de que la Corte Suprema norteamericana no tenga legitimación orgánico-personal, es decir, que los nombramientos de sus miembros no puedan ser reconducidos al pueblo. Ellos son nominados por el presidente y aprobados por el Senado. Lo que está en el origen de la «anomalía» es que la legitimación orgánico-personal de la Corte Suprema es «inferior» a la del presidente y del Senado, porque es *indirecta* mientras que la de aquellos es *directa* (el presidente y los miembros del Congreso están legitimados orgánico-personalmente por elección popular, los miembros de la Corte Suprema lo están por designación por quien está legitimado orgánico personalmente de ese modo). El supuesto es que mientras más directa sea la legitimación orgánico-personal, más intensa será la legitimación material: es decir, que cuando hay desacuerdo entre la Corte Suprema y el legislador (o un «funcionario del ejecutivo») lo que hay es un desacuerdo entre una opinión que, por gozar de legitimación orgánico-personal directa, cuenta como una opinión del pueblo y otra que, por gozar de una legitimación orgánico-personal indirecta, cuenta como una voluntad ajena al pueblo.

¿En qué descansa esta idea de que la legitimación material es reconducible a la legitimación orgánico-personal de modo que esta implique a aquella? A mi juicio, el supuesto fundamental es una suerte de emotivismo político: las

decisiones del pueblo son las que son, no hay racionalidad en ellas, y valen solamente porque el pueblo las ha manifestado. Por consiguiente, mientras más cerca del pueblo «verdadero» esté quien manifiesta una voluntad, más «verdaderamente del pueblo» es esa voluntad. La consecuencia obvia de este argumento es que si el pueblo pudiera manifestarse directamente, la «anomalía» estaría no en dar a la opinión de la Corte Suprema prioridad sobre la del Congreso, sino en atender a la opinión del Congreso y no a la del pueblo directamente manifestado.

Como se verá en la Tercera Parte, la razón para este error es nuestra incompreensión de la gramática de lo político, de lo que en su momento será denominado su «modo de significación». Ahora lo importante es diferenciar la pregunta por la legitimación material de la pregunta por la legitimación orgánico-personal, para evitar el error emotivista que lleva a considerar toda forma de representación como intrínsecamente deficitaria frente a la manifestación «directa» del pueblo. De lo que se trata es de entender el correcto sentido de la regla de mayoría, lo que exige entender la autonomía de la pregunta por la legitimación material frente a la orgánico-personal. En efecto, una decisión pública no se legitima en cuanto a su contenido por el solo hecho de que quienes la apoyan son mayoría. Este es un punto que, con su agudeza habitual, BÖCKENFÖRDE enfatizó correctamente:

El recurso final a la propia mayoría, que es posible en la democracia, no puede plantearse al comienzo sino *solo al final*. Pues, siendo la deliberación compartida y la confrontación con los otros el lugar donde ha de realizarse el derecho igual a la participación, estas tienen que realizarse desde la disposición a escucharse recíprocamente y, en su caso, a llegar a compromisos (BÖCKENFÖRDE, 2000b: 114; la cursiva es agregada).

Lo que esto quiere decir es que la decisión por mayoría es el final de un proceso de discusión en el contexto del cual los participantes alegan que distintas posiciones son las que van en el interés de todos, es decir, son la voluntad del pueblo. Plantear la regla de mayoría al principio implica entenderla como un *criterio de corrección*: es correcto lo que la mayoría quiere, porque la mayoría quiere. Plantearla al final es entenderla como una *regla de decisión*: el criterio de corrección es lo que va en el interés de todos. Es a través de la discusión que podemos clarificar nuestras posiciones y distinguir lo que va en interés de alguna facción de lo que va en el interés de todos. Por consiguiente, el criterio de corrección es: una posición es correcta cuando en la discusión se ha mostrado que va en el interés de todos. Pero políticamente hablando este criterio de corrección no puede funcionar como una regla de decisión, porque habitualmente no es el caso que a través de la discusión podamos disolver el desacuerdo. Esto puede ser expresado en los términos que hemos usado hasta ahora diciendo: dadas las condiciones en las cuales tenemos que decidir, es improbable que mediante la discusión logremos identificar las decisiones que,

en cuanto a su contenido, van efectivamente en el interés de todos; por tanto, es necesario crear instituciones que hagan probable eso que es improbable. Lo improbable es la purga de intereses particulares, y la emergencia de ese modo del interés general. En consecuencia, una decisión está legitimada materialmente cuando su forma es tal que ella hace probable que esté purgada de intereses particulares.

Ahora bien, es evidente que el modo en que el contenido de una decisión sea la promoción o defensa de intereses particulares, y entonces el modo en que esa posibilidad puede ser neutralizada o limitada, varía según el tipo de decisión que es. Esto implica que no hay *una* manera de legitimar decisiones en cuanto a su contenido. Es en la configuración de diversos modos de legitimación material que se desenvuelve la estructura del derecho moderno. Eso es lo que se intentará mostrar en los dos capítulos siguientes.

Antes de discutir eso, sin embargo, es útil volver la vista sobre un aspecto del camino recorrido en esta sección. Hemos visto que hoy la apelación a la democracia tiende a limitarse a la legitimación orgánico-personal, negando el momento diferenciado de la legitimación material o de contenido, en una suerte de teoría «emotivista» de la democracia. No es casualidad que una teoría en este sentido «emotivista» de la democracia coexista con una teoría del derecho que se jacta de su propia superficialidad. Ello porque, como veremos, es la idea de legitimación material la que provee la clave para entender la estructura del derecho moderno. Una comprensión «emotivista» de la democracia, entonces, es una que declara irrelevante la perspectiva desde la cual se puede hacer inteligible el sistema institucional del Estado moderno.

#### 4. LA ESTRUCTURA DEL DERECHO MODERNO Y SUS FORMAS DE LEGITIMACIÓN MATERIAL

El argumento a ser desarrollado en los capítulos siguientes asume, para decirlo en términos ya introducidos, una perspectiva institucional y no teórica, desde abajo y no desde arriba. El punto de partida para la reflexión jurídica es un conjunto de instituciones realmente existentes, no un conjunto de ideas apriorísticas o elucubraciones acerca de problemas interesantes que pueden surgir en contextos imaginables. El punto de partida, entonces, es la existencia diferenciada de distintas potestades, cada una de ellas informada por una determinada comprensión de cómo se legitiman materialmente las decisiones mediante las cuales esas potestades se ejercen. La situación es tal que cada una de esas potestades, y las especificidades de sus formas de legitimación material, ilumina a las demás, por lo que pretender caracterizar una de ellas sin mirar a las demás es como intentar explicar el concepto de «rapidez» sin hacer referencia al de «lentitud».

Las potestades públicas que deben ser explicadas son tres: la legislativa, la jurisdiccional y la administrativa. Ya hemos notado cuán asimétrica ha sido la atención que estas tres potestades han recibido en la discusión de la teoría del derecho. La teoría del derecho ha estado obsesionada al menos por medio siglo con la potestad jurisdiccional, y ha ignorado las otras dos. Últimamente, como ya se ha notado, se han levantado voces que han sostenido que la indiferencia hacia la legislación es injustificada, y reclaman entonces por una atención a la ley que compense este desbalance: hay incluso una revista dedicada al tema, llamada decididamente *Legisprudence*. Esta preocupación por compensar el desbalance no ha alcanzado todavía a la potestad administrativa, y no hay, que yo sepa, una revista llamada «*Adminprudence*»<sup>4</sup>. En este libro no pretendo ocupar esta última función, porque la tesis de este libro no es que haya un desbalance que corregir, en el sentido de que una meticulosa y obsesiva concentración con la jurisdicción nos ha legado una buena comprensión de la jurisdicción y una comprensión insuficientemente desarrollada de las otras potestades, de modo que el desbalance debe ser corregido por la vía de prestar más atención a las potestades hasta ahora ignoradas. La tesis es que esta atención unilateral a la jurisdicción implica que aquello a lo que se está atendiendo no es la jurisdicción, sino a un concepto nominal de jurisdicción que, en definitiva, implica que no se está hablando sino de palabras.

Como no se trata de atender más a las potestades hasta ahora ignoradas y menos a la obsesivamente discutida, sino de mirar las tres potestades conjuntamente, cualquiera de ellas podría proveer el punto de entrada. Debemos comenzar por el primer paso en la explicación de las instituciones, que es identificar una idea cuyo desempeño natural es improbable.

---

<sup>4</sup> No deja de ser interesante que es común escuchar la idea de que no hay un concepto de derecho administrativo, es decir, que «derecho administrativo» sería una clase puramente nominal. MOORE usa el derecho administrativo como ejemplo de ese tipo de clase (MOORE, 1997: 22-23), y Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás FERNÁNDEZ sostienen que no hay un concepto «positivo» de «derecho administrativo» (GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2008, vol. I, pp. 30-31). A mi juicio, la razón para esto no está en el derecho administrativo, sino en una inadecuada comprensión de la jurisdicción, lo que meramente atestigua el carácter holístico del argumento aquí desarrollado. Esto será más claro, espero, en el capítulo 10. Véase especialmente la n. 7 del capítulo 10 y el texto que la acompaña.