

DERECHO & CRÍTICA

SOCIAL

Volumen II

TABLA DE CONTENIDOS

Enseñanza del Derecho fuera de las aulas universitarias: Oficinas de interrogadores y educación legal en Chile 1

Isabel Arriagada

José Pablo Naranjo

Paradojas de la soberanía y la representación 33

Emilios Christodoulidis

Hacia un Derecho Internacional poscolonial 65

Antony Anghie

Nothing to say: Keeping the body in play in the struggle for LGBTTTQ Rights in Puerto Rico 91

Guillermo Rebollo Gil

Waldron, J. (2016) Political Political Theory. Cambridge: Harvard University Press. 103

Roberto Gargarella

Streeck, W (2014) *Buying Time. The Delayed Crisis of Democratic Capitalism*. London, New York: Verso. 113

Constanza Salgado

Muñoz, F. (2016): *Hegemonía y Nueva Constitución. Dominación, subalternidad y proceso constituyente*. Valdivia: Ediciones UACH. 123

Christian Viera Álvarez

Sobre la política de los derechos humanos 131

Etienne Balibar

Estado de excepción interno en Puerto Rico: un análisis socio-jurídico de la crisis económica y fiscal puertorriqueña 151

José M. Atilés-Osoria

¿Una constitución laboral global? 195

Ruth Dukes

Sobre la transformación de la sustancia en forma: el Derecho según Fernando Atria 237

Flavia Carbonell Bellolio

New understandings of constitutionalism 255

Emilios Christodoulidis

Duff, A. (2015) *Sobre el castigo*. México: Siglo XXI 265

Juan Pablo Mañalich R.

Agamben, G. (2013) El misterio del mal. Benedicto XVI y el fin de los tiempos. Buenos Aires: Adriana Hidalgo. 275

Germán Acevedo

Matamala, D. (2015) Poderoso Caballero. El peso del dinero en la política chilena. Santiago: Editorial Catalonia. 283

Gabriel Vera Morales

SOBRE LA TRANSFORMACIÓN DE LA SUSTANCIA EN FORMA: EL DERECHO SEGÚN FERNANDO ÁTRIA

Flavia Carbonell Bellolio

Profesora, Universidad de Chile

La forma del derecho es un libro de lectura obligada tanto para estudiantes de derecho como para juristas¹. Lo es para los estudiantes, porque muestra, con agudeza, pulcritud y maestría, la complejidad del estudio y del funcionamiento del derecho. Este es un libro de teoría del derecho y de teoría política que reflexiona sobre los presupuestos fundamentales de ambas tradiciones, especialmente para comprender cómo es el derecho en un estado configurado a través de las potestades modernas de legislación, jurisdicción y administración. Esta obra dispone al análisis numerosas aristas para profundizar cuestiones teórico-jurídicas, dogmáticas y filosóficas comprendidas en diversas “asignaturas” de los planes de estudios de la carrera de derecho. Por último, se puede considerar relevante para estudiantes de derecho, pues confiere en términos generales una perspectiva histórica, estimulando el pensamiento crítico y transmitiendo pasión por el derecho y su estudio.

La obra que presentamos es también de relevancia para los juristas, porque los obliga a revisar sus propias comprensiones y concepciones frente al derecho, muchas de las cuales cabe resaltar, se ven abrumadoramente remecidas; en la medida en que obliga a estar atentos con cada uno de los persuasivos argumentos, ya sea para clarificar por qué con algunos de ellos nos sentimos incómodos, o bien parecemos no estar de acuerdo; todo lo

¹ Atria (2016) [Nota del Editor: El presente texto corresponde a una versión modificada de la presentación del libro *La Forma del Derecho*, de Fernando Atria, en la Casa Central de la Universidad de Chile el 19 de diciembre de 2016].

cual pone de nuestra parte la carga de construir contra-argumentos con cierta plausibilidad, ya que, en fin, integra una gran cantidad de problemas y cuestiones en relación al derecho que habitualmente solemos leer y abordar parceladamente.

La pluma, además, da cuenta del carácter reflexivo y de la madurez intelectual del autor. Lo hace en la medida en que manifiesta al mismo tiempo su firmeza de opiniones, la claridad de sus ideas sin dejar de lado estimulantes y originales dudas que enriquecen al debate. Aunque algunas veces pareciese que tiene todo pensado y resuelto, y parte de sus opiniones son firmes para dirigir críticas hacia ciertas formas de hacer teoría del derecho, tan resueltas y firmes que hacen creer que es casi imposible hacerlo cambiar de opinión, otras veces expresa sus dudas y concatena su discurso con preguntas, sin que todas ellas reciban una respuesta definitiva. Y este tono seduce al lector, y lo hace (en cierta medida lo obliga a) no poder saltarse párrafos del argumento ni notas al pie gracias a la fascinación que produce.

A diferencia de lo que consigna la frase que le da inicio, me parece que este libro sí tiene ideas nuevas, o más bien, una nueva perspectiva desde la cual comprender y explicar el derecho, pese a que bebe de opiniones y tesis formuladas por juristas y filósofos de diversas épocas. El libro que el autor nos ofrece no es un resumen ni una acumulación de tradiciones en forma de manual dogmático o doctrinal; sino que, por el contrario, es un rescate del sentido de debates y reflexiones históricas, al tiempo que una búsqueda por determinar si ellas son o no posibles, incluso probables en el contexto jurídico-político actual. Me atrevería a caracterizar esta nueva perspectiva a través de dos elementos, aún a riesgo de ser minimalista. El primero de ellos es la reivindicación de las formas jurídicas como clave para la comprensión del derecho. El segundo elemento, por su parte, es la integración de planos de teoría del derecho, teoría del estado y teoría política, o, en la imagen sugerida por el autor, la proyección de tres círculos concéntricos, cada uno más grande que el anterior, donde veríamos inscritos, de menor a mayor, las palabras “derecho”, “estado” y “política”.

Quisiera detenerme un momento en el primer elemento, que da título al libro como “la forma del derecho”, que enfatiza en todo momento la relevancia de las formas jurídicas: “Toda la gracia del derecho, todo el truco del derecho, es convertir sustancia en forma”. En efecto, la exaltación de la formalidad del derecho que el profesor Atria propone se hace en una época, tal como lo reconoce, que se caracteriza por ser especialmente hostil al formalismo². Especialmente hostil, ya que por formalismo se suele identificar una corriente de pensamiento jurídico reduccionista e insatisfactoria. Decir hoy en día que alguien es un “formalista” es una etiqueta despectiva que concentra diversos males, entre los que se cuentan desde superficialidad, rigidez, vacuidad, amoralidad, incomprensión, petrificación, hasta la aprobación de las injusticias, el anti-garantismo, y un largo etcétera de complicaciones. Pocos, por tanto, estarían a favor de o presurosos por autodenominarse formalistas.

Dando por descontado que por formalismo pueden entenderse distintas cosas (o que un análisis de cómo los juristas y teóricos del derecho han usado y/o usan la expresión), la primera parte del libro se sumerge profundamente en contextualizar el origen y sentido del pensamiento formalista en el derecho, sacudiéndolo, por una parte, de varios de estos males, y, por otra, visibilizando sus virtudes y elementos de los cuales simplemente no se puede abdicar. El autor se centra en el positivismo como teoría del derecho moderno, destacando, precisamente, que el formalismo del positivismo es lo que permite el tránsito desde el derecho pre-moderno hacia el derecho moderno. La pregunta relevante, y que se retoma en varias partes del libro, va a ser en qué medida estas ideas mantienen su relevancia y posibilidad (de hacer probable lo improbable) hoy. O dicho de otra manera, cuánta formalidad es necesaria para cumplir la o las funciones propias del derecho.

Luego de este breve panorama, me gustaría listar las que, a mi juicio, son las ideas más importantes del libro, para luego abocarme a desarrollar con algo

² Atria (2016) 18.

de detalle algunas de ellas además de introducir algún contrapunto al análisis del profesor Atria.

Las ideas relevantes son las siguientes:

(1) El positivismo jurídico del siglo XX se olvidó de cuál era su batalla, y se dedicó a disputas de familia que lo alejaron de las cuestiones relevantes.

(2) Es preciso rescatar el origen del positivismo del siglo XIX como catalizador del derecho moderno, un derecho moderno entendido como voluntad, y como superación del derecho entendido como razón.

(3) Las potestades jurídicas características de los estados modernos no pueden comprenderse aisladamente. Por ello, una teoría del derecho adecuada debe explicar profundamente sus diferencias, a la vez que su comprensión recíproca.

(4) El derecho es forma, es estructura, pero ello no debe hacernos olvidar la función que lo hace inteligible (o que hace inteligible cada institución entendida como estructura). La forma es condición de libertad; la forma jurídica hace probable lo improbable. El derecho, así, hace probable el reconocimiento recíproco (siendo que lo probable es el uso instrumental o estratégico del otro).

(5) Si el derecho es voluntad del pueblo, un adecuado entendimiento del derecho (de su estructura formal) requiere comprender el discurso político, o más precisamente, adoptar una teología política que ponga la idea de pueblo y de su voluntad como únicos fundamentos posibles de lo político.

A continuación, me referiré a las cuatro primeras, que se insertan, mayoritariamente, en las dos primeras partes del libro.

PRIMERA IDEA: EL OLVIDO (IMPERDONABLE) DE LA BATALLA POSITIVISTA DEL SIGLO XX

Al autor lo aqueja el hecho de que, actualmente, “el derecho ya no se entiende a sí mismo”³, y no se entiende porque las teorías del derecho

³ Atria (2016) 19

actuales, las que incluyen tanto al/los positivismo/s del siglo XX y más dominante que aquéllos al neoconstitucionalismo, son en conjunto malas explicaciones del derecho. En efecto, tanto el positivismo (siglo XX) como el neoconstitucionalismo son malas explicaciones del derecho por las siguientes razones. Porque, 1) se olvidan que el derecho es voluntad del pueblo formalizada; 2) no comprenden la interacción entre estructura y función de las instituciones jurídicas; 3) carecen de una visión holista de las potestades jurídicas del estado moderno; 4) por último, no vinculan al derecho con las formas de deliberación política, es decir, con el principio democrático, las mismas que permiten al pueblo identificar el interés de todos. Lo que sería equivalente a vincular el derecho al pueblo que lo origina, más sencillamente entendido como una emanación de su voluntad.

La primera parte del libro se titula “La ironía del positivismo jurídico”, donde se muestra, por un lado, la miopía que sufriría el positivismo jurídico del siglo XX y, por otra, la tradición que debe ser rescatada de la teoría positivista del siglo XIX.

El argumento expresa que el positivismo jurídico post hartiano se ha dedicado a nutrir una disputa de familia, que ha dado origen a dos facciones, los positivistas duros o excluyentes y los positivistas suaves o incluyentes. Estas dos corrientes, de tanto disputarse el título de auténticos positivistas, han olvidado lo importante y, especialmente han sembrado el terreno para que el neoconstitucionalismo haya entrado con tanta fuerza. La disputa se produce por la manera de comprender la relación entre derecho y moral y la tesis sobre las fuentes sociales del derecho, particularmente, la pregunta sobre si la moral es o no un criterio de *identificación* de derecho. Insisto en la expresión “identificación” porque el positivismo no niega ni que *exista una relación contingente* entre derecho y moral (es decir, que el derecho pueda tener un “contenido” moral, consagrar una posición moral, solucionar un problema o regular un comportamiento de acuerdo con criterios morales), ni que en la *aplicación del derecho* se excluyan o deban excluirse las consideraciones morales. Se trata, básicamente, de si la moral que no sea recogida en una norma jurídica pueda bastar, por sí misma, para identificar o

dar origen a obligaciones, prohibiciones o permisiones jurídicas, cuestión debatida tanto entre positivistas duros como suaves.

El autor critica a ambas vertientes del positivismo del siglo XX por distintas razones que producen diversos resultados. El positivismo duro es criticado porque conduce, según el autor, a un escepticismo radical ante las reglas, a una discreción total del juez, a la afirmación de que los jueces no están jurídicamente vinculados al derecho legislado, a la imposibilidad de distinguir entre creación y aplicación del derecho, entre validez y aplicabilidad, entre definitividad e infalibilidad. El positivismo duro, también se afirma, no puede sino transitar a “la forma de empirismo característica del realismo jurídico”⁴. Los suaves sostienen, por su parte, que el sistema jurídico puede, convencionalmente, incorporar estándares morales en su regla de reconocimiento que permitan identificar el derecho, y son también criticados, especialmente porque son positivistas por estipulación o por mantener una coherencia teórica o conceptual al costo de la irrelevancia de su tesis.

En este punto, me parece, sucede algo parecido a lo que antes describía como la adscripción de todos los males al formalismo. El autor realiza una serie de afirmaciones genéricas sobre los males del positivismo (aunque las citas a las que alude provienen, principalmente, de autores como Raz y Marmor), algunas, considero, poco caritativas o caricaturescas, que hacen perder todo mérito a toda tesis positivista. Y yo diría que esto es exagerado, y quizás se deba a que la exageración le permite que el argumento principal funcione más claramente.

Así, existen tesis positivistas que entienden que la moral (la moral no “positivizada”) no es un criterio para identificar el derecho, básicamente porque comprenden que esa es una manera de erosionar el derecho legislado, expresión, a su vez, del principio democrático. La dicotomía entre hecho social y valor la mantienen porque este hecho social es convención y la convención, dirán, es manifestación de voluntad y no valor moral ni tampoco razón. Nótese que estoy pensando en que, en algún sentido, es

⁴ Atria (2016) 39.

posible reconducir la dicotomía entre hecho (social) y valor (moral) a la dicotomía entre voluntad y razón. Obsérvese, además, que no todos los positivistas pierden de vista que “el positivismo jurídico es una comprensión del derecho funcional al autogobierno democrático”⁵, como propone Atria que sería la dirección correcta.

Por otra parte, los positivistas generalmente distinguen tanto entre creación y aplicación del derecho, como entre norma válida y norma aplicable a diferencia de lo que se afirma genéricamente en algunos pasajes. Eso no quiere decir que, obviamente, no admitan la discreción judicial, pero negarían la afirmación de que los jueces no estén vinculados por las normas. Las normas imponen límites al razonamiento judicial (para algunos, incluso, operan como razones excluyentes), aunque algunas veces esos límites incluyan expresiones indeterminadas. Además, no todo positivista estaría contento con que se les tache de realistas.

La descripción de los realistas como escépticos radicales también requeriría precisión, ya que la mayoría sino todos los autores de esta tradición, descartan el escepticismo interpretativo radical y asumen uno moderado. Efectivamente, creen que las reglas jurídicas no determinan, en los hechos, completamente la decisión, y que la determinación de esa decisión se completa con otros factores extrajurídicos. Pero no es que crean que esto *deba ser así*, ni que este es el tipo de jurisdicción por el que se abogue, sino que es algo que sucede por diversas consideraciones. Algunas de ellas lingüísticas, otras provenientes de los desacuerdos políticos y morales, otras, en fin, de la diversidad de métodos interpretativos.

Gran parte de los problemas de estas tesis, insiste el profesor Atria, se deben a que, por una parte, dan excesiva o exclusiva importancia al análisis conceptual, lo que conduce a una teoría del derecho vacua y jactanciosa de su superficialidad. Y, por otra, abrazan la tesis de la descripción avalorativa del derecho que es propia del positivismo metodológico, cuestión que critica enfáticamente el autor, ya que dice que toda descripción que no sea del mundo físico modifica o cambia su objeto.

⁵ Atria (2016) 27.

Diría, frente a la primera objeción junto con el autor, que un tipo de análisis conceptual que sólo destaca obviedades como los pasajes citados en el texto, carece de valor. No obstante, este no es el único tipo de análisis conceptual. Hay análisis conceptual que desenreda y separa cuestiones, que introduce distinciones y que propone conceptos como labor necesaria para obtener puntos de partida claros que cimienten una teoría del derecho. Esto, me parece, pasa incluso, o necesariamente, en la teoría del derecho “atrina”. Y eso significa que tanto los positivistas descritos por el profesor Atria, como él mismo requieren de conceptos y algunas veces estos son definiciones estipulativas. Ahora bien, ello no quiere decir que aquellas definiciones sean puro capricho arbitrario, o carezcan de referente empírico; es decir, que ellas se hagan simplemente como un ejercicio de imaginación conceptual (que correctamente Atria denuncia como vacuo), sino que cuando se quiere definir lo que el derecho es, se mira al funcionamiento de uno o más sistemas jurídicos realmente existentes, ejercicio que es coincidente con su propuesta.

Para sintetizar, sobre esta primera cuestión consistente en la miopía del positivismo jurídico, yo diría que Atria tiene razón, en el entendido de que la discusión entre duros y suaves, entre excluyentes e incluyentes, ha producido innecesarios ríos de tintas, que han hecho olvidar la conquista del positivismo del siglo XIX por la forma, forma que se ve amenazada por la lucha sustancialista del neoconstitucionalismo. También tiene razón cuando dice que algunos de estos autores que el engloba bajo el rótulo “positivistas analíticos” no siempre descienden a las profundidades, en el sentido de que *no todos* se ocupan y/o interesan en escudriñar sobre los fundamentos o sobre el diseño institucional que hace posible el derecho. La distinción entre cuestiones conceptuales y cuestiones políticas/sustantivas, como dos que los positivistas –*algunos de* positivistas diría yo– verían como sucesivas y desconectadas⁶ produce un problema de pérdida de visión y relevancia. La invitación del autor es, precisamente, a atender las cuestiones importantes sobre el derecho: las instituciones, en su doble dimensión de estructura y función.

⁶ Atria (2016) 71.

Con relación a la segunda objeción, esto es, a la afirmación de la imposibilidad de descripción avalorativa o no comprometida del derecho, Atria niega que tratándose de objetos como “el derecho” pueda existir una “naturaleza” anterior al análisis que pueda servir como criterio de corrección de su descripción⁷. Más contundentemente, afirma que el derecho no existe con independencia de su descripción⁸. No darse cuenta de ello, dice, hace que propuestas como la del positivismo metodológico sean, por científicas, ecuménicas, mínimas, delgadas. Sus descripciones son toscas y su análisis conceptual se vuelve irrelevante, ya que sus conceptos se transforman en obviedades y se abdicar de una comprensión más sofisticada de los mismos. En realidad, el ataque, directo o indirecto según se mire, es a la diferenciación subyacente entre ser y deber ser, entre hecho y valor o entre hecho y norma. Como distinción analítica que es, es perfectamente posible que a veces pareciese colapsar y de esto intenta dar cuenta un sintagma como el de “hechos valorativos” o el de “trato cruel”, que es el ejemplo del libro de Putnam. Pero todo esto no quiere decir que no sea conveniente mantener la distinción y determinar que un “concepto” de derecho toma elementos descriptivos del derecho realmente existente y que, conjuntamente, toma o puede tomar posición sobre cómo este debería ser. En cualquier caso, un ataque directo requeriría algo más de argumentación.

SEGUNDA IDEA: EL VALOR DEL FORMALISMO (O LA VERDADERA BATALLA DEL POSITIVISMO DEL SIGLO XIX ENTRE RAZÓN Y VOLUNTAD)

Tal como expone Atria, en el derecho continental, el surgimiento del derecho moderno está indefectiblemente unido a la revolución francesa, especialmente con su idea de que la ley es la expresión más perfecta del derecho. La ley no vale, ya porque sea expresión de la razón, o por ser una descripción (resumen) de cierta racionalidad intrínseca de la humanidad. Por el contrario, la ley vale porque es una expresión de la voluntad, y específicamente porque expresa la voluntad del soberano. El derecho en una

⁷ Atria (2016) 86.

⁸ Atria (2016) 89.

palabra es artificial, es “puesto”, es un producto o creación humana y, justamente por ello, es también un instrumento de la política. Todo esto permite considerar que el derecho sea, en este sentido, emancipador. La autoridad del derecho legislado proviene en consecuencia de esta fuente volitiva de la soberanía.

De la mano de Bentham, nuestro autor analiza las críticas que en el marco de una tesis positivista dirigió hacia el *common law*, presionando por la superación del derecho pre-moderno y su transformación, a través de la codificación, en derecho moderno.

El problema del *common law*, según Bentham, es que era, paradójicamente, excesivamente rígido al tiempo que arbitrariamente flexible e indeterminado, ya que requería tanto de la imitación mecánica por parte del juez, a la vez que se mostraba manipulable de acuerdo con los caprichos e intereses de los jueces⁹. En ese sentido, Bentham señala que el *common law* estaba inevitablemente condenado a oscilar entre arbitrariedad y rigidez. Este movimiento pendular conforma lo que Atria llama (siguiendo “la paradoja de la inflexibilidad” de Postema) “el ciclo de adjudicación” y que consta de tres etapas. Una primera, de incerteza y arbitrariedad, toda vez que no existe regla de *stare decisis*, y el juez decide en conformidad a sus apreciaciones. Una segunda etapa, en que se forma una regla de *stare decisis*, lo que rigidiza la adjudicación; y una tercera etapa en que la injusticia sustantiva de la decisión del caso concreto se hace insostenible y la presión pública lleva a que el juez se aparte del precedente.

En esta segunda etapa, la dureza de corazón, la inflexibilidad y la disposición a ignorar la injusticia que produce la aplicación de la regla del *stare decisis* a casos concretos es, sin embargo, acompañante necesario de la forma. Así lo expresa Bentham y defiende Atria, con los matices que veremos luego. En igual sentido se pronuncia Ihering al sostener que “enemiga jurada de la arbitrariedad, la forma es la hermana gemela de la libertad”¹⁰, toda vez que la

⁹ Atria (2016) 104.

¹⁰ Atria (2016) 105.

formalidad de la regla del *stare decisis* excluye, en la interpretación de Atria, la arbitrariedad.

Dicho esto, puede comprenderse por qué, entonces el neconstitucionalismo es considerado como una involución al derecho pre-moderno, pues como dice Atria, “promete protegernos de la arbitrariedad pero tiende a la disolución del derecho”¹¹. Esto último lo afirma el autor porque el neoconstitucionalismo niega que el derecho sea voluntad. Esta corriente jurídica ignora la dignidad de la legislación dando preeminencia indiscriminada a la aplicación directa de los principios implícitos y explícitos contenidos en la Constitución. Como dice el autor, es característica de esta corriente la comprensión desformalizada, pluralista, líquida y flexible de interpretación y adjudicación que, en realidad, lo que hace es incitar al juez a decidir conforme a la sustancia, conforme a criterios de justicia o a la mejor lectura moral de la constitución antes que a la forma.

Sin embargo, los problemas del *common law* no se resolverían con el derecho puesto o codificado. Por el contrario subsistiría la tensión que se genera entre asegurar la corrección de la solución para el caso (del cual, según Bentham, quedaría liberado el juez con la codificación) y asegurar la certeza y predictibilidad de sus decisiones por medio de una sujeción estricta a la ley. El panorama es, entonces, que no se pueden eliminar estos casos recalcitrantes o sea aquellos en que la aplicación de la ley conduce a una solución injusta en el caso concreto; o más gráficamente expresado con la expresión benthamita, *casos en que se acumulan, a sabiendas, miserias sobre las cabezas de quienes no las merecen* y el derecho no acomodaticio sigue siendo ciego a la injusticia que puede cometer¹².

Así, si bien la batalla la gana la voluntad por sobre la razón, eso no hace desaparecer los problemas que Bentham denunciaba en el *common law*, y a los que Hart apuntaba diciendo que existe una tensión entre la necesidad de reglas ciertas y la necesidad de dejar abiertas cuestiones que solo pueden ser apreciadas y resueltas correctamente cuando surgen. Esta tensión no se

¹¹ Atria (2016) 67.

¹² Atria (2016) 105.

puede resolver conceptualmente, propone el autor, sino que debe hacerse institucionalmente, es decir, atendiendo a la forma en cómo interactúan las respectivas potestades del estado moderno.

TERCERA IDEA: NO HAY EXPLICACIÓN RELEVANTE DEL DERECHO SI SE IGNORA SU DIMENSIÓN INSTITUCIONAL

La segunda parte del libro se titula “Legislación, jurisdicción y administración” y se avoca a reconstruir estas potestades, características del estado moderno.

El punto aquí consiste en denunciar que bien sea el formalismo (teoría exegética), como el positivismo del siglo XX, o bien el neoconstitucionalismo; todas estas son teorías incapaces de entender la diferencia y la relación que existe entre la función judicial y la legislativa. La idea de aplicación mecánica de la ley invisibiliza la jurisdicción y el péndulo del ciclo de adjudicación muestra que se entiende bien como ejecución, bien como legislación. Lo mismo pasa con el positivismo, escéptico ante las reglas, y que no distingue, por tanto, entre creación y aplicación del derecho aunque ya he presentado algunos contrapuntos al respecto. El neconstitucionalismo, por su lado, ignora la dignidad de la ley y con ello borra la diferencia entre legislar y adjudicar.

Para explicar la delimitación e interrelación entre ley y jurisdicción, el autor acude a Savigny, específicamente, a su explicación con relación a las leyes defectuosas en su doble versión de *indeterminación e impropiedad*. Me permito entrar en ello con cierto detalle, porque es un punto que aparece una y otra vez en distintos capítulos. Una ley puede ser *defectuosa por contener una expresión indeterminada* o incompleta, y este déficit legislativo a la vez que lógico, una vez identificado por el intérprete deberá ser remediado también por aquel. Si este intérprete es el juez le corresponde en consecuencia al mismo subsanarlo. Una ley puede ser también *defectuosa por contener una expresión impropia*, es decir, una que tenga un sentido claro o determinado, pero diferente al pensamiento de la ley. En este caso, es defectuosa no por defecto lógico alguno, sino porque el juez entiende que existe contradicción

entre la letra y el pensamiento. Por esta razón la identificación no es neutral, sino que requiere conocer el pensamiento al que deberá subordinarse la expresión impropia. Como diría Guastini, el intérprete proyecta el defecto. Sin embargo, el peligro aquí es evidente, ya que este puede ser un método utilizado por el juez para cambiar la ley, o sea, para sustituir la voluntad de la ley por la suya propia. Es decir, en palabras del autor, la impropiedad tiene un “potencial subversivo de la práctica judicial de sujeción a la ley”¹³.

Pero a partir de allí, el autor vuelve al clásico pasaje de Montesquieu sobre el juez “boca de la ley” para señalar que el rigor excesivo de la ley del que habla Montesquieu, consistente en que la solución que brinda la ley pueda ser inadecuada, dada las características del caso, produce el mismo temor hacia los jueces que el de la expresión impropia. Y por eso, como una excepción a la separación de poderes, se decide sustraer su remedio de la competencia de los jueces. No corresponde, en consecuencia, al juez moderar el rigor excesivo de la ley a favor de la propia ley, sino al cuerpo legislativo.

Así, argumenta Atria, el formalismo del siglo XIX acepta la indeterminación y excluye la impropiedad al contemplar que la primera sea resuelta por el juez, y la segunda no. El positivismo del siglo XX le imputa, erróneamente, a su antecesor del siglo XIX su ceguera ante la indeterminación, concentrándose en este problema, y bien ignora, bien rechaza la cuestión de la impropiedad. No estoy segura de que esto sea una crítica demasiado justa. El positivismo del siglo XX quiere precisamente evitar que se pueda producir la torsión de la letra por un supuesto pensamiento que tendría la ley, pensamiento respecto del cual es imposible controlar que no sea pura proyección del intérprete y con el cual aquella entraría en tensión. Y eso es una cuestión evitable, la misma que el art. 19 inc. 1ero del Código Civil chileno quiere evitar al prescribir que “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”. Ese pensamiento no escrito, que entra en tensión con las expresiones de la ley, con la letra, no se tomará en cuenta. Se trata de un énfasis en la forma y no

¹³ Atria (2016) 119.

en la sustancia. Distinto es el caso de la inevitabilidad de las expresiones indeterminadas de los lenguajes naturales a las que echan mano las disposiciones jurídicas. Esto último pues el lenguaje, en el sentido de los significados posibles de las palabras utilizadas, configura un límite al intérprete al igual que los usos de las expresiones dentro de una determinada comunidad jurídica. Estos elementos en conjunto actuarían como una especie de parámetro de control.

Y, pese a su crítica, es el mismo punto que hace el autor: el caso de indeterminación no hace inestable la práctica de sujeción del juez a la ley; el caso de impropiedad, sí. ¿Qué hacer con el caso de impropiedad?

Para resolver esta cuestión, vuelve el autor a insistir en la importancia de delimitar y considerar conjuntamente las potestades legislativa y jurisdiccional, porque si el derecho es declaración de voluntad del soberano, es necesario distinguir entre la declaración de voluntad y la decisión en conformidad a la voluntad declarada¹⁴. Y ello le lleva a preguntarse por ¿cómo formular, en definitiva, un concepto de jurisdicción?

CUARTA IDEA: TEORÍA DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS O SOBRE CÓMO LAS INSTITUCIONES MEDIAN ENTRE ESTRUCTURA Y FUNCIÓN

En varios pasajes, el profesor Atria señala los defectos del análisis conceptual (o incluso reniega de él), releva la diferencia entre la dimensión institucional y la conceptual. El autor insiste en que la discusión no versa sobre conceptos, sino sobre instituciones de las cuales fluyen conceptos. Sin embargo, el autor, algo paradójicamente relacionado con lo anterior, se dedica un capítulo completo a dilucidar qué es lo definitorio de los conceptos jurídicos. Y al hacerlo, la distinción y/o relación entre institución y concepto se hace borrosa (¿colapsa quizás?) y pareciese que más que una teoría sobre conceptos jurídicos fuese una tesis sobre instituciones jurídicas o formas jurídicas. La defensa del autor sería que no todo concepto da origen a una institución, y que no todos los conceptos son funcionales

¹⁴ Atria (2016) 124.

(algunos son nominales). Los importantes para Atria, sin embargo, son los funcionales, los que tienen a la vez una dimensión institucional.

Quisiera destacar especialmente la *lucidez* con que el autor trata la relación necesaria que existe entre estructura y función de los conceptos jurídicos (yo me atrevería a decir, de las instituciones). Aquí, con claridad magistral, se comprende en toda su extensión el título del libro: el derecho es forma al tiempo que es estructura. Pero no es forma vacía, sino forma que tiene por objeto regular algo informe, una sustancia. El objeto del derecho es regular este algo que se considera valioso, un algo, todavía más, que se acuerda regular porque va en interés de todos y que sólo se hace probable con su formalización, con su institucionalización. Así, la estructura o las características estructurales, se relacionan con su función (función como hecho interno al objeto al cual el concepto se refiere), de tal manera que la hacen probable. En este sentido, no hay conceptos jurídicos puramente estructurales.

Holísticamente considerado, entonces, el derecho es la estructura que hace probable que todo ejercicio de potestades públicas sea reconducido al pueblo¹⁵. El derecho es un sistema normativo que emplea instituciones mediadoras que hacen probable lo improbable, instituciones que se entienden funcionales, pero cuya función se desempeña estructuralmente. Esto es lo mismo que afirmar que la estructura es, como apunta el profesor Atria, por una parte, racionalmente dependiente de la función (por sí sola es arbitraria, irracional, vacía); por otra parte, operativamente autónoma (ciega, en su operación, a esa función)¹⁶.

Una teoría de la legislación, jurisdicción y administración debe ser, por tanto, una explicación de la función de cada una y una explicación del modo en que esa función es mediada por una estructura. Así, dicho muy apretadamente, la estructura de la institución legislativa tiene por finalidad (función) hacer probable lo que va en interés de todos; la estructura de la institución judicial tiene por finalidad hacer probable que los casos sean

¹⁵ Atria (2016) 170.

¹⁶ Atria (2016) 149.

decididos dando a cada uno lo suyo de acuerdo a reglas válidas y aplicables; la estructura de la institución administrativa tiene por función desarrollar planes, políticas y programas de gobierno, y para lograr dichos fines debe desplegar todos los medios necesarios.

Desde el punto de vista de la estructura: la institución legislativa requiere de un procedimiento determinado cuyo resultado es la ley; la institución judicial requiere de un principio de independencia y de su contrapartida, la sujeción del juez a la ley; la institución administrativa requiere del principio comisarial que permite transmitir órdenes hacia abajo y responsabilidad hacia arriba.

A estos elementos de estructura y función, Atria suma el de legitimación material, como uno clave en el derecho moderno. Es decir, la cuestión de cómo pueden reconducirse las decisiones de estos tres poderes a la voluntad del pueblo. Esta legitimación está determinada, también, por la función. Así, muy gruesamente dicho, la ley se legitima por representar el interés de todos, por constituir la voluntad del pueblo; la actuación de la administración, por insertarse en una estructura jerárquica que permite entender que la acción del funcionario es ejecución de un programa o instrucciones dadas por un funcionario superior, que se encuentra materialmente legitimado; la decisión judicial, se legitima mostrando que el contenido de la decisión es la ley, o que aquella constituye una correcta aplicación de la ley.

Aquí hay muchos otros puntos que merecerían atención. Simplemente, y antes de pasar a las conclusiones, me gustaría destacar la afirmación que hace Atria referida a que, de todas las potestades, la potestad jurisdiccional es la que aparece como más improbable en el contexto actual. Más improbable, porque en ella se han agravado las tensiones entre estructura y función: el caso de los tribunales constitucionales es uno; pero la improbabilidad también viene, más ordinariamente, de la aplicación de leyes defectuosas impropias y de que esta aplicación se orienta al caso concreto. La improbabilidad significa que la jurisdicción está constantemente expuesta a ser interpretada como creadora de reglas (y no como aplicadora de reglas), es decir, como suplantadora de la legislación (juez activista). O que en

materia de hechos se entienda como una función comisarial propia de la administración que racionaliza la relación medios-fines.

Atria rechaza la aplicación mecánica del derecho al defender que son los jueces los que deben adecuar las normas generales cuando adolecen de expresión impropia, porque la función jurisdiccional no se entiende sin atender al caso concreto. Esto, me parece, no excluye del todo una concepción del razonamiento formal, o sea, del razonamiento que se basa en razones institucionales preestablecidas, ya que, en el caso de la expresión impropia, a diferencia de los casos “normales”, el supuesto concreto que se presenta no ha sido considerado en el balance de razones que efectúa el legislador y que subyacen a la norma; no ha sido incluido y, sin embargo, calza con la letra. En ese sentido, diría el autor, el razonamiento del juez que modera los efectos de la norma frente al caso concreto que no es instancia del caso genérico decidido por el legislador, no está revisando el mérito de la decisión legislativa para ese caso genérico, sino para el caso concreto no contemplado. No es un caso de negación de la forma y de cuestionamiento de su función (o de su justicia); es un caso concreto no previsto ni balanceado en aquella forma. Esta argumentación es muy convincente, pero mi pregunta sería cómo distinguir si se trata un caso de laguna, la que podría integrarse analógicamente o creando una regla a partir de un principio, por ejemplo, o de un caso de adecuación de la ley en su aplicación. Y si este caso de adecuación equivaldría a un caso de derrotabilidad. Esta argumentación, sin embargo, no permite evitar los problemas de un juez activista ni otros derivados de defectos de indeterminación de la ley, seguramente porque no es posible evitarlos.

Concluyo ya. He destacado muchas cosas de este grandioso libro, cuya lectura aconsejo vivamente y cuya escritura (y todo el esfuerzo vertido en ella) agradezco a su autor. Dos últimos comentarios.

Primero: hay, en este libro, distintos niveles de formas jurídicas. Un nivel de mayor abstracción, como lo es la comprensión del derecho como formalización de la voluntad del pueblo. Un siguiente nivel, de menor abstracción, asociado a las potestades jurídicas del estado moderno: a la forma de la legislación, forma de la jurisdicción, forma de la administración,

esto es, a aquellos elementos que las estructuran. Un peldaño más abajo, hay formas que son producidas por estas potestades jurídicas: la ley, la sentencia, el acto administrativo. Y algunas de ellas, a su turno, confieren competencias, a particulares, por ejemplo, para producir una forma jurídica determinada (un contrato, un testamento). Todas estas formas se explican por su función. El derecho no tolera la falta de forma.

Segundo, y finalmente, como quienes hayan leído el libro o hayan tenido la oportunidad de discutirlo con su autor notarán, en la mayoría de esta recensión he usado, literalmente, sus propias palabras, el *lenguaje atriano*. Y ello no ha sido puramente por un afán exegético, sino que ha sido intencionado, porque me parece esencial reproducir este lenguaje, que es el que le da sentido a la nueva perspectiva de teoría del derecho que propone el profesor Atria. Así, y para repetirlo una vez más, su teoría del derecho tiene como pretensión lograr inteligibilidad institucional; una teoría, y cito textualmente, “donde la ley es la forma más plena de manifestación del derecho”¹⁷ y la adjudicación no debe ser una actividad mecánica, sino que considerar el caso concreto; una teoría que distingue y explica recíprocamente las instituciones de legislación, jurisdicción y administración, entendidas, cada una, como estructuras que median funciones, que hacen probable lo improbable, y que, en último término, deben mostrar el modo en que se legitiman materialmente, reconduciéndose a la voluntad del pueblo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Atria, F. (2016) *La Forma del Derecho*. Barcelona: Marcial Pons.

¹⁷ Atria (2016) 28.