



REVISTAS CIENTÍFICAS
de la Universidad Católica del Norte.
revistas.ucn.cl

doi 10.22199/issn.0718-9753-2020-0006
DERECH



Coquimbo
ISSN: 0718-9753 (En línea)

Voluntad de la ley o del legislador: una elusión a la responsabilidad en la decisión jurídica

Will of the law or the legislator: an exclusion of liability in the legal decision

Diego Pérez Lasserre¹  <https://orcid.org/0000-0002-0665-4203>

¹Universidad San Sebastián, Valdivia, Chile. Docente e Investigador, Mg. en Pensamiento Contemporáneo: Filosofía y Pensamiento Político, U. Diego Portales.

 diego.perezl@uss.cl



Resumen:

Se analizan las dificultades prácticas que conlleva la utilización de los conceptos voluntad de la ley y voluntad del legislador para luego pasar a justificar que la utilización de los mismos responde una elusión de la responsabilidad política inherente a la decisión jurídica.

Palabras Clave: Voluntad de la ley; Voluntad del legislador; Responsabilidad política.

Abstract:

The practical difficulties involved in the use of the concepts will of the law and the will of the legislator and then justifies that the use of this terms responds to an avoidance of the political responsibility inherent to the legal decision.

Keywords: Will of the law; Will of the legislator; Political responsibility.

Fecha de recepción: 21 de marzo de 2018 | Fecha de aceptación: 19 de junio de 2019

Introducción

En el presente trabajo, analizaremos los problemas que genera la utilización de los conceptos “voluntad de la ley” y “voluntad del legislador” en el contexto de la hermenéutica jurídica. Ahora bien, aun cuando un problema conceptual de esta envergadura es de una densidad filosófica considerable y, por lo tanto, su escrutinio fácilmente puede llevar incluso a asuntos propios de la filosofía del lenguaje, nuestro objetivo hace que nos aproximemos a estas materias no desde una óptica teórico-conceptual, sino que más bien desde la perspectiva de la *praxis* jurídica. En efecto, lo que pretendemos justificar en las páginas que siguen no es la debilidad de estas nociones en el plano lógico, sino que más bien las dificultades que este aparataje conceptual genera en la vida jurídica concreta.

La relevancia del tema, así como de la perspectiva desde la cual se analiza, se explica por su constante utilización en la literatura nacional. En efecto, nuestra doctrina y jurisprudencia parece avalar la idea de que la ley tiene algo así como una voluntad propia. De hecho, en el mundo jurídico de nuestro país, no es extraño escuchar que la labor del juez consiste en aplicar correctamente la voluntad contenida en el texto legal a los casos particulares puestos frente a él. Así, por ejemplo, en un fallo reciente la Corte de Apelaciones de Valparaíso afirmó - citando a Enrique Cury Urzúa - que “...la interpretación de la ley ‘tiene precisamente por objeto determinar la verdadera voluntad de la ley, sus resultados no pueden sino ser declarativos, en el sentido riguroso del término. La interpretación sólo interpreta, no extiende ni restringe...” (citado en M. P. C/ Elizabeth del Pilar Sandoval Leiva, 2016), la envergadura del tema se hace aún más evidente si se toma en consideración que los tribunales constantemente hacen uso de los conceptos de “voluntad de la ley” o “voluntad del legislador” para justificar (a lo menos en parte) sus decisiones. De hecho, una búsqueda rápida arrojó más de 2500 sentencias en donde los tribunales hicieron uso de esta herramienta conceptual. La doctrina nacional, por su parte, tampoco parece aportar mucho; así, al hablar de hermenéutica jurídica, por regla general se limita a distinguir entre el método tradicional, el cual “...pretende sobre todo acertar la voluntad de la ley al momento de ser redactada y promulgada...” (Alessandri Rodríguez, Somarriva Undurraga y Vodanovic Haklicka, 2005), y los métodos “modernos”, los cuales se alejan un tanto de esta voluntad y buscan adecuarla a la *praxis* contemporánea. En otras palabras, no se preocupan de dilucidar el contenido de este concepto, sino que lo toman como un punto de partida para su posterior desarrollo.

Ahora, si bien se puede alegar que la aclaración y justificación del uso de estos conceptos

...es una cuestión teórica que no tiene importancia para la praxis de la profesión, el que nos encontremos [...] a diario con su uso para justificar decisio-

nes da cuenta de la importancia de esta empresa. Más aun, un breve análisis crítico como el recién hecho arroja luces sobre un problema hasta el momento poco explorado en la doctrina nacional: el uso de conceptos vacíos para fundar decisiones jurídicas. (Pérez Lasserre, 2017)

Es en este contexto que el presente trabajo se inserta. En las páginas que siguen, analizaremos los inconvenientes que resultan de la aplicación de los conceptos “voluntad de la ley” y “voluntad del legislador”, para luego pasar a justificar que su utilización responde, por lo menos en parte, a un intento de evasión de la responsabilidad política que conlleva la decisión jurídica.

1. Contenido Objetivo de la ley: algunos antecedentes teóricos

La indeterminación del lenguaje es un problema de larga data en el derecho. Con esta indeterminación nos referimos, como bien señala Endicott (2000), a que “no hay pregunta sobre la aplicación de una expresión lingüística tenga sólo una respuesta correcta” ¹(p. 7). A su vez, aseveramos que esta dificultad se manifiesta en el fenómeno jurídico porque los textos legales, propios de un sistema codificado como el nuestro, no son otra cosa que conceptos o expresiones lingüísticas que han cumplido ciertas formalidades que permiten su aplicación coercitiva por parte del aparato estatal. Lo anterior trae como consecuencia que, al aplicar la ley, el juez se vea enfrentado por una parte a la tensión entre un texto abstracto y la realidad concreta y, por el otro, al hecho de que las expresiones lingüísticas contenidas en la ley admiten más de una interpretación. Puesto de otro modo, el derecho no se ve ajeno a las complejidades a las que se ve enfrentada la filosofía del lenguaje. Ahora bien, aun cuando lo señalado recién ha llevado a algunos a analizar el problema de la aplicación del derecho a la luz del escrutinio filosófico más riguroso (Gadamer, 2013; por ejemplo, dice que el problema de la tensión en el derecho sirve para comprender como opera el saber práctico en general), en el presente apartado nos limitaremos a explicar algunos de los intentos de la ciencia jurídica para eliminar, dentro de los límites de lo posible, la ambigüedad inherente a los textos legales.

Como bien señala Calvo García (1986), “...aunque parezca cierta la existencia de un margen de ambigüedad o imprecisión irreductible, los juristas no han renunciado nunca al postulado de la existencia de un único resultado correcto, esto es, a un ideal de certeza” (p. 113). Puesto de otro modo, en la ciencia jurídica siempre se ha pretendido que exista una cierta previsibilidad en lo que se refiere a las consecuencias jurídicas de los actos ejecutados u omitidos por los ciudadanos de una determinada comunidad. Para estar en condiciones de proveer esta previsibilidad, es necesario que exista un parámetro que guíe a los jueces en la aplicación del derecho. Es decir, que exista

¹ Las traducciones realizadas en el texto, al igual que cualquier posible error en las mismas, son responsabilidad del autor.

Voluntad de la ley o del legislador.

una medida para determinar si acaso la decisión tomada por los magistrados es o no correcta. Los conceptos “voluntad de la ley” y “voluntad del legislador” son justamente intentos de proporcionar un criterio para verificar si acaso una decisión jurídica es o no correcta. En lo que sigue, explicaremos brevemente la lógica detrás de estas dos maneras de resolver el problema de la indeterminación.

Uno de los orígenes de la idea de que la ley tiene voluntad, así como de que el juez es un mero canalizador de la misma, lo encontramos en Montesquieu. En efecto, según el filósofo francés “...los jueces de la nación no son, según sabemos, sino la boca por donde habla la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor” (Montesquieu, 1906, p. 237). Es decir, la lógica de Montesquieu es que la ley tiene un contenido predeterminado (que, si bien él no lo llama propiamente “voluntad”, se acerca bastante a este concepto) y lo que debe hacer el juez es aplicarlo a los casos concretos a los que se ve enfrentado. En ese sentido, la función judicial sería similar a la de un autómata, pues su función sería meramente la subsunción de los casos particulares bajo el contenido de los textos normativos. Ahora bien, en donde encontramos ya la idea de que en la ley hay una voluntad propiamente tal, es en Hobbes. Como bien explica Calvo García (1986),

La ruptura de Hobbes con el «modelo aristotélico» de la justificación y la explicación del Estado, le proporciona los instrumentos conceptuales necesarios para precisar la noción de ley como el mandato que traduce la voluntad del soberano. Así, la ley propiamente dicha, la ley civil, es un mandato que expresa la voluntad del soberano y que recibe su autoridad y la razón de su obediencia exclusivamente del hecho de representar la voluntad del soberano. (p. 120)

Es decir, la ley es un recipiente que contiene en su interior la voluntad concreta del soberano, de tal manera que la labor del juez es llevar a la realidad jurídica concreta aquella voluntad legisladora.

Bentham, por su parte, también apoya la idea de que los textos legales contienen en su interior una voluntad, y que sólo son correctas aquellas interpretaciones que se ajustan a ella (cf. Calvo García, 1986, p. 124). Sin embargo, de igual forma reconoce que el procedimiento para su aplicación no se reduce meramente a la subsunción de los casos bajo las normas. Muy por el contrario, toda norma requiere de interpretación. El problema es que unas pocas palabras resultan insuficientes para regular la vida concreta de los seres humanos, por lo que es necesario que los jueces interpreten el sentido y alcance de las normas para aplicarlas a los casos particulares. Para salvar el problema de la insuficiencia de la ley, Bentham “dota de una explicación moderna a la vieja idea del alma de la ley. La racionalidad se desplaza desde el texto a la hipótesis de un legislador racional” (Calvo García, 1986, p. 124). Es decir, afirma, con el fin de evitar la discrecionalidad de los jueces, que detrás de toda legislación hay una

cierta racionalidad a la que se ha de acudir a la hora de que existan dudas sobre su aplicación.

¿Qué es, entonces, lo que se busca mediante estos conceptos? La respuesta es bastante sencilla: a través, de ellos se intenta llevar a la praxis la idea de que el ordenamiento jurídico está estructurado de manera armónica, que tiene una cierta sistematicidad o completitud que elimina la incertidumbre que genera la indeterminación del lenguaje. Es decir, por medio de las formulas “voluntad de la ley” y “voluntad del legislador”, se pretende proporcionar un mecanismo para subsanar la imposibilidad de la ley para abarcar todos y cada uno de los casos a los que se ve enfrentada, pero sin caer en decisionismo judicial caprichoso. En palabras de Calvo García (1986),

...la ficción hermenéutica de la voluntad del legislador legítima al intérprete para corregir los defectos superficiales de la ley. Plenitud, armonía, generalidad e intemporalidad son ideales que nacen más allá del texto de la ley. Son el resultado de una sobre-codificación transcendente, realizada desde el alma de la ley o la voluntad del legislador. (p. 127)

2. Voluntad de la ley y voluntad del legislador: algunos inconvenientes

En el apartado anterior quedó de manifiesto que la utilización de estos conceptos no es algo exclusivo de nuestro ordenamiento jurídico nacional, sino que se trata de un aparataje teórico con una larga historia y que parece tener alcances generales. Ahora bien, aun cuando un acucioso escrutinio del origen histórico y las manifestaciones concretas de estos conceptos sería de sumo interés, nuestro objetivo en el presente trabajo es bastante más humilde. En efecto, en él pretendemos meramente dar cuenta de que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia chilena abundan las referencias a la “voluntad de la ley” y “del legislador” (aun cuando nunca se explica el contenido de estos conceptos), así como justificar que su utilización tiene como consecuencia la elusión a la responsabilidad por las decisiones jurídicas.

Voluntad de la ley o del legislador. El nivel de adecuación de las decisiones de los jueces al contenido de estos conceptos, parece ser el criterio que prima hoy en Chile para determinar si una sentencia es o no correcta. Así, por ejemplo, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia ha señalado que la función de los jueces consiste no en comprobar mecánicamente situaciones de hecho, sino que en comprender y aplicar la voluntad contenida en los textos legales a casos de relevancia jurídica que requieren de solución (*Sociedad Educativa El Labrador SpA con Monsalve*, 2016). Lo anterior no es de menor relevancia, toda vez que si los tribunales, órganos de la administración e incluso los abogados insisten en utilizar este aparataje conceptual, resulta imperativo que se aclare cuál es su contenido (Schmitt, 2012, p. 24).

Voluntad de la ley o del legislador.

Entonces, ¿qué es la voluntad de la ley? ¿Acaso un texto legal tiene algo así como una voluntad independiente similar a la que tenemos las personas? La respuesta parece ser negativa y es poco probable que un juez o un jurista diga algo en tal sentido. ¿Se identificará, entonces, con la voluntad del legislador? Esta parece ser la respuesta usual, pero ella no está exenta de complicaciones. En efecto, la idea de que hay que apelar a la voluntad del legislador trae problemas en lo que se refiere al acceso a la misma —¿acaso hay que hacer un proceso de algo así como una transposición psíquica o psicológica?— y en lo relativo a la historicidad de la ley ¿hay que imaginar qué habría resuelto el legislador en problemas actuales que ni siquiera en sus mejores y más revolucionarios sueños se hubiese imaginado? Como se ve, estas no parecen ser respuestas satisfactorias. (Pérez Lasserre, 2017)

Estas no son, empero, las únicas complicaciones que genera el uso de los conceptos “voluntad de la ley” y “voluntad del legislador”. Algunas otras que identificamos, y que a continuación pasaremos a explicar, se refieren a: a) la elucidación y transmisión del contenido psicológico individual o colectivo del legislador; b) la indeterminación que genera el uso de la analogía para aplicar estos conceptos a casos originariamente no considerados en la ley; c) la referencia que ellos hacen al contenido positivo de la ley como único elemento constitutivo de derecho. En lo que sigue, desarrollaremos cada una ellas brevemente.

¿Cómo saber el verdadero contenido de la voluntad de la(s) persona(s) que elaboraron un texto legal? ¿Es acaso esto posible? Ya en 1912, el filósofo y jurista Carl Schmitt reconoció la dificultad que conlleva el intentar desentrañar el contenido psicológico que llevó a un individuo (el legislador) o a los miembros de un órgano legislativo a elaborar una ley (a). Así, en su texto *Ley y juicio* este autor afirma que

...en la realidad de los hechos resulta imposible transmitir en un tiempo y espacio determinado el contenido real y psicológico de la voluntad de una determinada persona, por ejemplo, de Justiniano o de Federico el Grande; pero, además, es absurdo intentarlo cuando se trata de la voluntad de una asamblea legislativa, por ejemplo, del senado o de cualquiera otra asamblea compuesta por un colectivo de personas. (Schmitt, 2012, p. 47)

En otras palabras, resulta sumamente difícil (o incluso imposible) el determinar un aspecto de la realidad de los hombres tan insondable como lo es la psiquis, incluso más respecto de una colectividad como lo es el Congreso. Con la inaccesibilidad a la realidad insondable de uno mismo en el proceso creativo, nos referimos a aquella sensación que Tolkien describe muy lucidamente en su libro *Sobre los cuentos de hadas*. Al hablar de los Ents, dice:

No los inventé conscientemente en absoluto. El capítulo llamado ‘Barbol’ [...] fue escrito más o menos tal como está, y me produce la sensación (excepto por los dolores del trabajo) de estar leyendo el trabajo de otra persona. Ahora me gustan los Ents, ya que no parecen tener nada que ver conmigo. Me atrevo a decir que algo estuvo sucediendo en el «inconsciente» durante

algún tiempo, y eso explica mi sensación, especialmente cuando estaba estancado, de que no estaba inventando, sino informando (imperfectamente) y que a veces tenía que esperar hasta que 'lo que realmente sucedió' me llegase. (Tolkien, 1997, p. 227)

En ese sentido, parece ser una exigencia desmesurada de la comunidad jurídica el exigirle al juez que juegue un rol de psicólogo que bordea el de psíquico. Parece ser que los seres humanos somos criaturas insondables, por lo que está fuera de nuestras posibilidades el adentrarnos en las profundidades del otro para efectos de determinar de manera clara y distinta su voluntad.

En segundo lugar (b), el recurso que recurrentemente se utiliza al apelar a la voluntad de la ley o del legislador es la analogía (ahí la pregunta ¿qué habría dicho el legislador en caso de ser puesto frente a un caso que no está previsto en el texto legal y respecto del cual el juez tiene que decidir?). Esto porque, dado que la ley no proporciona los elementos necesarios para solucionar un caso particular, resulta necesario hacer un ejercicio hipotético para efectos de llegar a una conclusión normativa aplicable al caso. Puesto de otro modo, en casos difíciles o en los que hay un vacío en el ordenamiento jurídico, la judicatura suele apelar a un espíritu o voluntad plasmada en la legislación que le permite extender o restringir la aplicación de un texto legal. Ahora bien, aun cuando en principio este ejercicio parece legítimo, su aplicación irrestricta resulta peligrosa. En efecto, si es que se admite una aplicación sin control del recurso analógico, se da pie a que los jueces infieran de la ley lo que quieran (Schmitt, 2012, p. 48). Esto, a su vez, merma el principio de seguridad jurídica, toda vez que resultaría imposible determinar *a priori* el modo en el que el juez va a interpretar un texto legal.

En último lugar (c), en la afirmación de que una decisión jurídica es correcta en caso de ser acorde a la voluntad de la ley o legislador, subyace la idea de que la ley positiva contiene todos los elementos necesarios para que los jueces resuelvan sus casos. En otras palabras, una aseveración de ese calibre implica aceptar que derecho y ley son conceptos sinónimos. Esto porque ella lleva a concluir que todo aquello no previsto expresamente por la ley, se encuentra de alguna manera contemplado en esta capa más profunda de la ley que la doctrina y la jurisprudencia ha llamado "voluntad". Esto resulta problemático, ya que, como bien señala el mismo Schmitt (2012), la complejidad de la praxis jurídica "...no se puede explicar por referencia a la ley positiva..." (p. 33), además de que "Sería impensable que se pudiera resumir la regulación exhaustiva de la realidad multiforme de la vida en unos pocos artículos, de los cuales simplemente procediera la interpretación de cada caso concreto" (Schmitt, 2012, p. 22). Puesto de otro modo, resulta un tanto egocéntrico de nuestra parte (en tanto seres humanos) el afirmar que, a través de un par de textos, podemos regular la compleja y siempre cambiante realidad jurídica, por lo que la utilización de los conceptos voluntad de la ley y del legislador parece un intento de ir más allá de los lími-

Voluntad de la ley o del legislador.

tes de nuestro conocimiento que no corresponde (en razón de la imposibilidad de su objetivo).

En definitiva, los conceptos voluntad de la ley o del legislador, no se remiten a un contenido volitivo real al cual el legislador puede acudir para solucionar los casos en que la legislación vigente no contiene los elementos necesarios para la solución de un caso. Por el contrario, el análisis hecho da cuenta de que *“...se construye al legislador como se podría construir al habitante de la luna y así se consigue que la praxis se acomode mejor a las necesidades del tráfico jurídico”* (Schmitt, 2012, p. 60).

3. Derecho como devenir: una realidad inabarcable

Como bien señalamos en el apartado anterior, en los conceptos voluntad de la ley y del legislador subyace la idea de que en los textos legales, ya sea de manera explícita o implícita, se encuentra la totalidad de lo que es el derecho. En ese sentido, el apelar a ellos trae como corolario que la función del juez se ve reducida a ser el “vocero” de esta voluntad, a ser un autómatas de la ley, una mera máquina de subsumición de casos bajo normas (Schmitt, 2012, p. 22). En efecto, el justificar decisiones amparándose en esta voluntad, implica reconocer que la labor del juez consiste meramente en extraer el contenido “escondido” de la ley y luego subsumir el caso que tiene que resolver bajo el mismo

El que la realidad multiforme del derecho se identifica con los textos legales vigentes, parece ser una conclusión poco satisfactoria. Por su parte, la descripción del juez como un autómatas del derecho es de un simplismo que resulta inaceptable. El derecho es una realidad multiforme en el que entran a jugar distintos elementos. Ejemplo de lo anterior es que, por regla general, lo primero que hace quien ejerce la profesión cuando tiene que hacerse cargo de un caso, es investigar lo que los tribunales han dicho en el último tiempo respecto a la materia de qué trata el mismo (aun cuando se supone que en nuestro ordenamiento jurídico la jurisprudencia es meramente una fuente indirecta del derecho).

Lo anterior, nos lleva a reflexionar sobre la estructura misma del derecho. Si el derecho no se identifica con los textos legales vigentes, ¿Cuál es su contenido? Si bien este es una interrogante cuya respuesta supera con creces la finalidad del presente trabajo, menester nos parece mencionar, por lo menos, que incluso la vigencia de los textos legales está supeditada a aspectos jurídicos extra legales. En efecto, para que una ley se encuentre vigente no basta con que se cumplan los requisitos establecidos para la vigencia formal de la misma, sino que también es necesario que esta se aplique a casos particulares; es decir, que tenga también una vigencia material. En palabras de Schmitt (2012),

...los elementos que influyen en la vigencia de las «leyes» son: las continuas revisiones del texto de la ley, las modificaciones impuestas por la irrupción de infinidad de nuevos conceptos científicos, su conversión en un sistema, las montañas de libros que con frecuencia han llegado a ser publicados respecto de un solo artículo de la ley, las bibliotecas de precedentes. (p.24)

Es decir, lo que determina el que una norma tenga o no vigencia material, son cuestiones de carácter extralegal que van actualizando, renovando o modificando los conceptos e instituciones jurídicas contenidas en los textos legales. A modo de ejemplo, tenemos que hoy el Código Penal (1874, art. 123), el cual tipifica la conducta de excitar al pueblo al alzamiento tocando campanas, si bien está formalmente vigente, no lo está materialmente. ¿La razón? Se trata de un delito propio de otra época, por lo que parece del todo natural que los tribunales no lo apliquen.

El ejemplo recién dado, pone sobre la mesa un aspecto importante para el análisis de los criterios hermenéuticos que estamos revisando en este trabajo: la historicidad del derecho. Con esta característica nos referimos, como bien explica Gerhart Husserl (1964, pp. 297-314) a que, dado que el derecho es un producto del hombre -el cual, como bien señala Heidegger (2015, pp. 391-451), inevitablemente se ve afecto a la historicidad- y tiene por objeto regular nuestra vida cotidiana, el fenómeno jurídico se ve irremediabilmente arrojado a la historia también. Lo anterior, trae como consecuencia que los textos legales necesariamente han de ir renovando su sentido y alcance a lo largo de la historia para efectos de no perder su vigencia material (En este sentido, Gadamer, 2013; Schmitt, 2012, Larenz, 2001). En palabras de Schmitt (2012) “...la «vinculación a la ley» o la «legalidad» no son criterios apropiados para evaluar la corrección de una decisión, puesto que en cada sentencia la ley parece adquirir un contenido nuevo” (p. 55, pie de página 13). Cabe tener en consideración, empero, que esto no significa que se puede renovar el sentido y alcance de la ley arbitrariamente. Muy por el contrario, existen límites impuestos tanto por los textos legales como por la comunidad de jueces. Esto se explica con mayor detalle en Pérez Lasserre (2018). Ahora bien, la pregunta que naturalmente surge es la siguiente: ¿Qué tiene esto que ver con los criterios de interpretación de la voluntad de la ley o del legislador? El vínculo estaría en que la utilización de estos conceptos conlleva la negación de la historicidad del derecho. Si se asevera que es la voluntad concreta de un legislador en un momento histórico preciso la que determina la corrección de todas y cada una de las decisiones jurídicas a lo largo de la historia, la renovación del sentido y alcance de la regulación sería imposible, toda vez que estaríamos remitiéndonos constantemente a aquel contenido volitivo sin poder cambiar el sentido del mismo jamás. Es decir, el seguir estos criterios hermenéuticos de manera estricta le quitaría el dinamismo al derecho, lo que a su vez produciría una pérdida de la eficacia del derecho.

Voluntad de la ley o del legislador.

Lo recién mencionado, hace replantearse la labor del juez a la hora de aplicar el derecho. En efecto, el dinamismo propio del fenómeno jurídico nos lleva a concluir que:

Pareciera como si el juez debiera ser algo distinto de la boca que pronuncia las palabras de la ley, algo diferente de una máquina de subsumir, de un autómatas de la ley o como quiera que se le haya denominado cuando se ha querido menospreciar su función. (Schmitt, 2012, p. 23).

En el mismo sentido, Waldron (1990) señala que “...la aplicación de la ley a un caso particular no es jamás una tarea mecánica. Las palabras en general son vagas, los hechos han de ser contextualizados, y, por lo tanto, la actividad es imposible sin un proceso activo de interpretación” (p.132). Pareciera, en cambio, que la interpretación que hace un juez para un caso particular, no tiene por finalidad averiguar lo que “el legislador” o “la ley” harían en caso de estar puestos en frente a un determinado caso. Muy por el contrario, y como bien señala Larenz (2001),

...la meta de la interpretación, según esto, sólo puede ser la averiguación de lo jurídicamente decisivo hoy, es decir, de un sentido normativo de la ley. El sentido de la ley que se ha de estimar decisivo jurídicamente, no ha de identificarse con el querer o las concretas ideas normativas del legislador histórico... (p. 315)

Es decir, el juez, utilizando como insumo la doctrina y jurisprudencia (entre otros), interpreta los textos legales no de acuerdo a un sentido y alcance originario proporcionando por el o los legisladores, sino que en función de las necesidades actuales del tráfico jurídico. Es decir, busca renovar el sentido y alcance de un texto pretérito de acuerdo a los paradigmas comprensivos actuales.

Sólo nos queda agregar, que lo anterior no implica una negación tajante del contenido histórico de los textos legales (o de la importancia de la elucidación del mismo por medio del método histórico). Por el contrario, éste puede constituir un rico aporte para el juez a la hora de solucionar ciertas causas. Lo importante, no obstante, es que este contenido “histórico” no debe tomarse como un dogma intocable al cual debemos rendirle pleitesía, sino como un elemento entre varios que pueden legitimar o no el sentido y alcance que se da a un texto legal (En este sentido; Gadamer, 2013), de acuerdo a las características del momento histórico que hace necesario acudir al mismo.

4. Carácter político de la decisión jurídica

Llegados a este punto, la pregunta que naturalmente surge se refiere a las razones que llevan a jueces, funcionarios públicos y abogados a utilizar tan engorrosos conceptos en el ejercicio de sus cargos o profesión. Si bien esta es una interrogante que no tiene una respuesta única, en lo que sigue intentaremos justificar que

una manera de explicar la utilización de las nociones de voluntad de la ley y/o voluntad del legislador, es en relación a la responsabilidad política que surge para los operadores del derecho en el contexto de la decisión jurídica.

Ahora bien, antes de entrar a justificar la politicidad de las decisiones jurídicas, resulta necesario elucidar a qué nos referimos por "político". El problema, sin embargo, es, como bien indica Waldron (1990), que *"...es difícil evaluar la afirmación de que los jueces actúan políticamente cuando el término 'político' es tan ambiguo"* (p. 122). Para evitar esta ambigüedad, precisaremos que entendemos que las decisiones jurídicas son políticas: la politicidad de las mismas, se debe a que a través de ellas se va determinando que se entiende por derecho en un tiempo y en un lugar determinado. Puesto de otro modo, por medio de ellas se especifican los parámetros normativos (en un sentido jurídico) exigibles a los ciudadanos de una sociedad determinada en un momento histórico particular. A modo de ejemplo, los conceptos de diligencia y negligencia utilizados en nuestro Código Civil (2000, art. 44) son abiertos e indeterminados. En ese sentido, es necesario que los jueces precisen que entienden por ellos. El problema, es que lo que se estima hoy como "diligente" es muy distinto a lo que se entendía años atrás. A modo de ejemplo, la diligencia exigible a un conductor hoy frente un ciclista, es muy distinta a aquella esperable del mismo conductor hace 10 años. Esto, a su vez, implica que el juez es, por lo menos en parte, responsable por el parámetro de diligencia que le exige a las personas que se ven envueltas en un caso en el cual el Código Civil (2000, art. 44) es aplicable. Por lo tanto, la decisión que toma el juez no es neutra, sino que tiene un efecto concreto (que podríamos calificar de político) en la sociedad: especifica los parámetros normativos exigibles a los ciudadanos.

Lo anterior nos lleva a reafirmar la idea ya esbozada en el presente trabajo, a saber, que el considerar al juez como una máquina de subsunción realmente no hace justicia a la labor que este realiza (ni de las fuentes del derecho que entran en juego a la hora de aplicar el derecho). Como bien señala Derrida (1992), para aplicar la ley el juez

...no debe sólo seguir una regla de derecho o una ley general, sino que debe asumirla, aprobarla, confirmar su valor, por un acto de interpretación reinstaurador como si la ley no existiera con anterioridad, como si el juez la inventara él mismo en cada caso. Cada ejercicio de la justicia como derecho sólo puede ser justo si se trata de un «fresh judgment» [...]. Este «fresh judgment» puede y debe ser conforme a una ley preexistente, pero la interpretación re-instituidora, re-inventiva y libremente decisoria, responsable, del juez, requiere que su «justicia» no consista solamente en la conformidad, en la actividad conservadora y reproductora de la sentencia. (p. 149)

En palabras sencillas, si bien cada acto de interpretación jurídica ha de enmarcarse en el contexto de los textos legales vigentes, esto es un imperativo en razón del principio de seguridad jurídica. En este sentido, Emilio Betti señala que *"...ningún*

Voluntad de la ley o del legislador.

jurista hoy, al considerar el derecho positivo, siente que podría prescindir del mismo. La razón de ello radica en que el hacer esto sería similar a intentar ver y construir el fenómeno jurídico sin nuestros ojos" (Betti, 2016, p. 110) , cada acto de aplicación de la ley - Derrida (1992, pp. 129-133) utiliza el concepto anglosajón porque, como bien explica en Fuerza de Ley, estima que es el idioma que da cuenta con mayor claridad de la violencia o fuerza que conlleva la instauración y aplicación del derecho- reinventa el sentido y alcance de la ley vigente, para efectos de hacer justicia al caso particular que se ha de resolver. Lo anterior trae como consecuencia, como bien explica Rasch (2004), que *"...el juez, al actuar de la manera en que un juez ha de actuar, no aplica la ley de acuerdo a normas, sino que produce normas en el acto mismo de aplicar la ley"* (p. 102). Entendemos por norma, siguiendo a Crowell (2013):

...cualquier cosa que sirve como standard de éxito o fracaso de cualquier tipo. [...] Así, un estatuto legislado es una norma, como también lo son las reglas de un juego como lo es el ajedrez o el baseball; pero las reglas tácitas, condiciones de satisfacción, costumbres de carácter cultural, lo que «normalmente» se hace [...] son también normas. (p. 2).

Puesto de otro modo, el juez no aplica el derecho; el juez, por medio de la interpretación de los textos legales, crea derecho (aun cuando es en un sentido bastante más limitado que la creación del derecho por parte del legislador).

Es en este sentido que la decisión jurídica tiene relevancia política. Los jueces se ven en la necesidad de hacer juicios particulares sobre casos singulares; sin embargo, no juzgan de manera arbitraria. Esto en razón de que no son vistos como sujetos independientes, sino que como miembros de una comunidad que reclaman una universalidad regulativa para sus juicios particulares (Rasch, 2004, p. 102). Es decir, un juez no puede decidir arbitrariamente porque es la propia comunidad de jueces la que valida o desecha, a través de la colegiatura y la doble instancia, el sentido y alcance que le da a los textos legales. Más aun, el poner sobre la mesa este aspecto de la decisión jurídica permite reconocer, como bien señala Rasch (2004), que a través de la hermenéutica jurídica *"...lo que surge es una comunidad, y no solo una comunidad, sino que una pluralidad de comunidades, cada una legitimando sus propias decisiones sobre la base de una universalidad que sólo puede ser performada y nunca fundamentada"* (p. 103).

Ahora, ¿qué tiene que ver todo esto con la voluntad de la ley o del legislador? El nexo está, justamente en que con estos conceptos se elude la responsabilidad que conlleva el carácter configurador de la decisión jurídica, toda vez que el utilizarlos para justificar una interpretación trae como corolario que no son los jueces quienes decidieron de tal o cual manera, sino que ellos se vieron obligados a atenerse a esta supuesta voluntad de la ley o del legislador. Es decir, al señalar que el sentido y alcance de una ley está determinado por un contenido volitivo ajeno al mío, lo que realmente se está diciendo es que la responsabilidad por los aciertos y desaciertos de

las decisiones que tomo recae en un tercero. Dicho de otra manera, la utilización de este aparataje conceptual trae como consecuencia que el juez se transforma en un autómatas encargado de aterrizar una voluntad concreta a casos particulares y, por lo mismo, lo liberan de la responsabilidad política en la determinación de la normatividad exigible a los ciudadanos de una comunidad particular en una época histórica determinada.

En resumen, el atribuirle el carácter de político a las decisiones jurídicas significa que estas son performativas; es decir, que los jueces forman la comunidad jurídica en el acto mismo de decidir (Rasch, 2004, p. 102). Por otra parte, el imputar el contenido de una decisión a un tercero, es una maniobra que permite atribuir la responsabilidad del contenido normativo de los conceptos y decisiones jurídicas a un tercero hipotético, que en caso alguno puede ser individualizado de manera clara y precisa.

Conclusiones

Como bien señalamos en la introducción del presente trabajo, a lo largo de estas páginas nos hicimos cargo de los problemas que genera la utilización de los conceptos “voluntad de la ley” y “voluntad del legislador” desde la perspectiva de la *praxis* jurídica (aun cuando un poco de contexto teórico fue necesario). En particular, en este trabajo argumentamos (por lo menos) dos cosas: primero, que estos son conceptos vacíos que generan más problemas que soluciones en la *praxis*; segundo, que tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional constantemente hacen referencia a ellos. Nuestro mapa de ruta para evidenciar lo anterior fue el siguiente: comenzamos justificando que los conceptos “voluntad de la ley” y del “legislador”, al negar la historicidad del derecho, resultan inútiles para la *praxis* jurídica. Luego argumentamos que las decisiones jurídicas son políticas en un sentido bastante particular: a través de ellas se determina la normatividad jurídica exigible a los ciudadanos de una comunidad en un momento histórico determinado. Argumentamos, además, que la utilización de los conceptos “voluntad de la ley” y/o “voluntad del legislador” resulta inconveniente en razón de que la responsabilidad por la performatividad de la decisión jurídica, por conceptualizarlo de alguna manera, se disuelve de tal manera que nadie termina siendo imposible el imputar el contenido normativo de las decisiones jurídicas a un sujeto determinado. En ese sentido, señalamos que la utilización de un aparataje conceptual que remite a un contenido volitivo concreto como criterio de corrección de las decisiones jurídicas se constituye como una manera de eludir la responsabilidad política inherente a las decisiones jurídicas.

Se ha de tener en consideración, sin embargo, que la presente investigación no tiene únicamente un objetivo negativo. Por el contrario, ella pretende que los operadores del derecho se hagan cargo del carácter configurador de las decisiones jurídicas para efectos de contribuir en la evolución de lo que entendemos por dere-

Voluntad de la ley o del legislador.

cho. En palabras de Derrida (1992), “podemos incluso ver ahí la oportunidad política de todo progreso histórico” (p. 140).

Agradecimientos

El presente artículo se enmarca bajo financiación de CONICYT-PCHA/Doctorado Nacional/2019-21190052, en conjunto a los estudios de doctorado en la Universidad Diego Portales y la FernUniversität in Hagen (Alemania) del autor.

Referencias Bibliográficas

Alessandri Rodríguez, A., Somarriva Undurraga, M. y Vodanovic Haklicka, A. (2005). *Tratado de derecho civil: partes preliminar y general* (7a ed.). Santiago: Editorial jurídica de Chile.

Betti, E. (2016). General theory of interpretation. (G. A. Pinton, Trad.) (Vol. 4). Recuperado de <https://amzn.to/2KvSDhj>

Calvo García, M. (1986). La voluntad del legislador: genealogía de una ficción hermenéutica. *Doxa (Alicante. Internet)*, (03), 113–127. doi: 10.14198/doxa1986.3.08

Código Civil. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 30 de mayo de 2000. Recuperado de <http://bcn.cl/1uqm8>

Código Penal. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 12 de noviembre de 1874. Recuperado de <http://bcn.cl/1uvs0>

Crowell, S. G. (2013). *Normativity and phenomenology in Husserl and Heidegger*. Cambridge: Cambridge University Press, doi: 10.1017/CBO9781139548908.

Derrida, J. (1992). Fuerza de ley: el ‘fundamento místico de la autoridad’. *Doxa (Alicante. Internet)*, (11), 129–191. doi: 10.14198/doxa1992.11.06.

Endicott, T. A. O. (2000). *Vagueness in law*. Oxford: Oxford University Press, doi: 10.1093/acprof:oso/9780198268406.001.0001

Gadamer, H. G. (2013). *Truth and method*. London: Bloomsbury.

Heidegger, M. (2015). Ser y tiempo. (J. E. Rivera Cruchaga, Trad.) (3a ed.). Santiago: Universitaria.

Husserl, G. (1964). *Recht und welt - rechtsphilosophische abhandlungen*. Frankfurt am Main: Klostermann.

Larenz, K. (2001). *Metodología de la ciencia del derecho*. (M. Rodríguez Molinero, Trad.). Barcelona: Ariel.

M. P. C/ Elizabeth del Pilar Sandoval Leiva, Rol N° 929-2016 (Corte de Apelaciones de Valparaíso 28 de junio de 2016). Recuperado de <https://bit.ly/3b31Okm>

Montesquieu, C. (1906). *El espíritu de las leyes*. (S. García del Mazo, Trad.). Madrid: Librería General de Victoriano Suarez. Recuperado de <https://bit.ly/3fgB7Mj>

Pérez Lasserre, D. (29 de Septiembre de 2017). Conceptos oscuros: la voluntad de la ley. *El Mercurio - Legal*. Recuperado de <https://bit.ly/2YYge2S>

Pérez Lasserre, D. (2018). El "otro Juez" y la hermenéutica: el ficcionalismo como criterio legitimador de la decisión jurídica. *Revista chilena de derecho*, 45(2), 363–380. doi: 10.4067/s0718-34372018000200363

Rasch, W. (2004). Judgment: *the emergence of legal norms*. *cultural critique*, 57(1), 93–103. doi: 10.1353/cul.2004.0015

Schmitt, C. (2012). Ley y juicio. Examen sobre el problema de la praxis judicial. En M. Herrero (Trad.), *Posiciones ante el derecho* (pp. 5–161). Madrid: Tecnos.

Sociedad Educacional El Labrador SpA con Monsalve, Rol N° 4-2016 (Corte de Apelaciones de Valdivia 7 de marzo de 2016). Recuperado de <https://bit.ly/35Bdpx9>

Tolkien, J. R. R. (1997). On fairy stories. En C. Tolkien (Ed.), *The monsters and the critics: and other essays*. (pp. 106–161). London: HarperCollins.

Waldron, J. (1990). *The law*. London: Routledge. doi: 10.4324/9780203993644

Para citar este artículo bajo Norma APA 6a ed.

Pérez Lasserre, D. (2020). Voluntad de la ley o del legislador: una elusión a la responsabilidad en la decisión jurídica. *Revista de Derecho (Coquimbo. En línea)*, 27, e4145, <https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2020-0006>



DOI

Copyright del artículo: ©2020 Diego Pérez.



Este es un artículo de acceso abierto, bajo licencia Creative Commons BY 4.0.