

## **Primer control parcial** Pauta de corrección

### **PREGUNTAS**

#### **1. Sobre el razonamiento formal (Atiyah)**

Explique cuáles son las condiciones del razonamiento formal, y por qué Atiyah cree que hay una “declinación” del mismo.

El razonamiento formal se caracteriza por ignorar la substancia y atender solo a la forma. Pero en la distinción forma/substancia, es evidente que la substancia es lo que genuinamente importa. ¿Como responder entonces la objeción de que el razonamiento formal es una forma deficitaria de razonamiento, en tanto atiende a lo menos relevante excluyendo lo más importante?

La respuesta comienza notando que en principio, el razonamiento formal implica distribuir competencias. En efecto, cuando una autoridad (un juez) por ejemplo decide formalmente sobre un testamento o un contrato, lo hace porque está vinculado por lo que el testador o las partes del contrato ya han decidido. No es que la cuestión de la distribución de los bienes o de los términos del contrato no sean relevantes para el juez, es que el juez da por válido el testamento o el contrato y de ese modo da eficacia a las decisiones que el testador o las partes contratantes ya tomaron. Esto puede ser generalizado: el razonamiento formal supone que las consideraciones de substancia que son ignoradas son ignoradas porque ya fueron consideradas y decididas por otros (en el ejemplo, el testador o las partes contratantes), de modo que el razonamiento formal puede ser entendido como consecuencia del respeto a esa decisión ya tomada. Es decir, la justificación del razonamiento formal yace en que este implica el desplazamiento de las decisiones substantivas hacia quienes están en mejor situación para tomar esas decisiones.

Una de las tesis de Atiyah es que el declinamiento de la forma, la mayor disposición de jueces u otros funcionarios a no quedarse solo en la forma y atender a la substancia, es consecuencia de que este supuesto es crecientemente implausible. En muchas situaciones de derecho del consumo, por ejemplo, no es razonable asumir que el consentimiento dado por el consumidor al contrato implica que el consumidor ha considerado y asentido a cada una de las cláusulas de un contrato que sabemos que fue cuidadosamente redactado por la empresa con la que el consumidor contrata. Si en las condiciones sociales en que el derecho existe el supuesto del razonamiento formal (de que consiste en un desplazamiento de la substancia) se hace crecientemente implausible, si se hace cada vez más común mirar a ese supuesto como una “idealización” o como un “mito”, entonces el razonamiento formal empezará a parecer, para los participantes de la práctica jurídica, cada vez más como un caso no de desplazamiento sino de

negación de la substancia, y las objeciones iniciales al razonamiento formal (ahora entendido como mero formalismo) recobrarán toda su fuerza.

## **2. Sobre los defectos de la ley (Savigny)**

Explique cuáles son los dos defectos de la ley que identifica Savigny y caracterice (con sus palabras) cada uno de ellos.

Savigny distingue dos defectos de la ley, que dan lugar a problemas de interacción o aplicación: se trata de leyes de expresión incompleta y leyes de expresión impropia.

Una ley es de expresión incompleta cuando la expresión no alcanza a transmitir un pensamiento completo (“pensamiento” es la forma que usa Savigny para designar lo que el artículo 19 del Código Civil llama “sentido”, o que puede entenderse como la decisión que la ley contiene). Es, dice Savigny, como si el legislador hubiera dejado en suspenso su discurso, antes de transmitir un pensamiento completo. Este es un defecto que es apreciable en abstracto, y que puede ser imparcialmente identificado, en el sentido de que su identificación es en principio neutral respecto del modo en que ha de ser solucionado.

Una ley es de expresión impropia, por su parte, cuando la expresión legislativa entra, en un caso particular, en contradicción con el pensamiento de la ley. Es decir, lo que la expresión legislativa implica para un caso particular es, atendido los hechos especiales del caso, incompatible con el pensamiento (sentido, decisión) de la ley. Este es un defecto que se aprecia en concreto, ante los hechos poco frecuentes de un caso, y a juicio de Savigny es mucho más problemático que el anterior, entre otras cosas porque su identificación es polémica, en el sentido de que la identificación del defecto ya implica una solución. Por esto, Savigny teme que, con la excusa de corregir una expresión impropia de la ley lo que el juez haga sea cambiar el pensamiento de la ley lo que implicaría entonces que está incumpliendo su deber de sujeción a ella.

Estas razones son las que explican que lo que se conoce como “formalismo decimonónico” pueda ser caracterizado como la decisión de ignorar la expresión impropia, para evitar el riesgo identificado por Savigny. Esa negación es explícita en el artículo 19 del Código Civil, al menos en su comprensión original: “cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu”.

## **3. Sobre la legitimación material**

¿Por qué la idea de legitimación material es importante al estudiar el razonamiento jurídico?

La legitimación material es la legitimación del contenido de las decisiones de ejercicio del poder público. En nuestras condiciones actuales, el único principio legitimatorio que está sociológicamente vigente es el principio democrático. Esto quiere decir que toda decisión de ejercicio del poder público ha de legitimarse en conexión con el principio democrático.

Eso en principio significa siempre lo mismo: una decisión de ejercicio de potestad pública debe poder retrotraerse a la voluntad del pueblo, porque solo la voluntad del pueblo puede legitimar. Esto no quiere decir que cada decisión pública debe corresponder a lo que opina la mayoría, o lo que dice la última encuesta, por cierto. Hay formas institucionales de

producir legitimación. En el curso vimos tres de ellas, correspondientes a los tres poderes del Estado.

En primer lugar, lo que legitima a las decisiones legislativas es el principio representativo. Ellas son tomadas, entonces, a través de un procedimiento y por un órgano que está compuesto por representantes del pueblo y que son sensibles y están expuestos a la discusión pública.

En segundo lugar lo que legitima a las decisiones administrativas es el principio comisarial. Esto quiere decir que las decisiones de la administración son el desarrollo de planes y programas validados democráticamente, y por eso la acción administrativa requiere de una estructura que conduzca la legitimación desde el nivel superior hasta el nivel inferior. El principio comisarial, que implica responsabilidad del superior por lo que hace el inferior y capacidad de mando y dirección del inferior por el superior, cumple esta condición.

Por último, las decisiones judiciales se legitiman por sujeción concreta a la ley, es decir, mostrando que ellas con aplicación de decisión ya tomadas (y que se asumen como legitimadas conforme al principio representativo). Institucionalmente, lo que hace probable la decisión del caso por subsunción concreta a la ley es el principio de independencia, que cumple la función de excluir consideraciones que podrías ser fines alternativos para el juez: que el juez sea independiente quiere decir que está en una posición protegida (de la opinión pública, de la presión de otras autoridades, de la presión de sus superiores). Esa protección hace probable que su decisión solo tome en cuenta a ley para decidir, no lo que le conviene para asegurar su trabajo, o servir los fines del ministro del interior, o de sus superiores. Para esta forma de legitimación el razonamiento jurídico es decisivo, porque es la especificación de cómo decidir casos particulares por aplicación de normas preexistentes y que se asumen legitimadas.