

Primer control parcial

Respuesta magistral

1. Sobre el razonamiento formal (Atiyah)

Explique la diferencia entre “desplazamiento” y “negación” de la substancia y por qué ella es importante para explicar lo que Atiyah llama la “declinación” del razonamiento formal.

El razonamiento formal se define como una forma de razonamiento que atiende a la forma y no a la substancia, es decir, que ignora la substancia. La substancia es lo que por razones morales, económicas políticas o las que correspondan es lo importante. La forma, por su parte, es en sí mismo algo que carece de valor.

De lo anterior se sigue que el razonamiento formal parece ser por definición irracional: parece ser una forma de razonamiento que atiende a lo que no importa e ignora lo que si es relevante.

Para responder a esta objeción es necesario atender a la función que la forma cumple, que es la de mediar la substancia. Una decisión formal es una decisión que atiende aunque mediatamente a la forma.

Así, por ejemplo, al atender a la forma para determinar la obligatoriedad de un contrato se está ignorando si los términos del contrato son substantivamente justos. Pero la forma que el contrato debe satisfacer (debe haber consentimiento sin fuerza, sin engaño, etc) buscan asegurar que el contrato contenga un acuerdo libre de las partes sobre la justicia del intercambio contenido en el contrato, y es a ese juicio de las partes al que el razonamiento formal apela, aunque mediado por la forma del contrato.

Esto puede expresarse diciendo que la aparente irracionalidad del razonamiento formal puede ser respondida cuando el hecho de que en la adjudicación la substancia sea ignorada puede ser entendido como desplazamiento de la sustancia, como un reconocimiento que la cuestión substantiva no puede ser decidida por el juez porque ya ha sido o será decidida por quien corresponda. La justicia en el intercambio no es una pregunta para el juez porque, al contratar, las partes ya han emitido un juicio sobre ella, y el juez debe respeto a ese juicio. En ese sentido, como dice Ihering, la forma es garantía de libertad.

Lo que Atiyah nota es que una de las razones para lo que el llama la “declinación de la forma” es que este supuesto, el de que las cuestiones de sustancia que son ignoradas al momento de la decisión formal son desplazadas a quienes deben decidir las, falla cada vez más frecuentemente. Así por ejemplo, en muchas relaciones de consumo contratos que son formalmente impecables, en los hechos, son cuidadosamente redactados por una de las partes sin que la otra tenga posibilidad de discutir, incluso de entender, sus términos. En los hechos, las condiciones sociales de la contratación significan en muchos casos (especialmente, por ejemplo, en contratos masivos de adhesión) que esta idea de que la

sustancia ha sido considerada por las partes es simplemente falsa. Por consiguiente en esos casos cuando el juez ignora las cuestiones de sustancia al momento de adjudicar no puede descansar en la idea de que esas cuestiones ya han sido consideradas por las partes de modo que a esa decisión debe respeto, porque es poco creíble que eso sea el caso. Entonces la forma aparece no como desplazamiento de la sustancia sino como negación de la sustancia. En ese caso la objeción de irracionalidad inicial reaparece en la forma de presión por desformalizar la decisión, por atender a esa sustancia que no ha sido ni será considerada por nadie si el juez no atiende a ella.

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. Indique también las características generales que son distintas tratándose de cada uno de ellos.

Savigny entiende que las “leyes en estado normal” son leyes en las que su expresión y su pensamiento (su sentido, etc.) están en armonía. Cuando eso no es el caso las leyes son “defectuosas”. El distingue dos casos de leyes defectuosas, las leyes de expresión indeterminada (o incompleta) y las leyes de expresión impropia.

Las leyes de expresión indeterminada o incompleta son casos en los que la expresión utilizada por el legislador no alcanza a transmitir un pensamiento completo. Esto puede ser por vaguedad, ambigüedad, incompletitud, etc.

Las leyes de expresión impropia son leyes cuya expresión transmite un pensamiento completo, pero no es el pensamiento del legislador. Aquí se trata de que la expresión traiciona el pensamiento que pretende transmitir.

El defecto de expresión incompleta es un defecto de la ley que se aprecia en abstracto, y cuya identificación es neutral respecto de la solución. Cuando dicho defecto está presente, el juez no puede decidir el caso, porque mientras la expresión no sea completada no es posible aplicar la ley al caso.

Por su parte, el defecto de expresión impropia se aprecia en concreto, porque lo que hace surgir la contradicción entre el pensamiento y la expresión son las peculiaridades de un caso. Aquí la identificación del defecto anticipa la solución. Además se trata de casos en que la expresión de la ley es por sí misma suficiente para decidir el caso, por lo que en principio es posible para el juez ignorar la impropiedad de la expresión y decidir conforme a ésta.

Esta última característica es importante porque muestra que la impropiedad de la expresión arriesga la exigencia de sujeción del juez a la ley, porque una incorrecta identificación del defecto llevará al juez a ignorar una ley válida y aplicable. Por esto es relevante que el defecto de expresión incompleta impide decidir el caso mientras no sea solucionado, porque eso muestra que no está el juego el deber de sujeción del juez a la ley (dado que antes de corregir el defecto no hay ley que aplicar).

3. Sobre los principios comisarial y de independencia

Explique en qué consiste el principio comisarial y el principio de independencia, y qué relación hay entre ellos y la caracterización institucional de la jurisdicción.

El principio comisarial y el principio de independencia son principios que informan organizaciones institucionales. Pretenden producir legitimación material de las decisiones de ejercicio de potestades públicas tomadas en el contexto de esas instituciones.

El principio comisarial supone una organización ordenada de modo finalista conforme a fines fijados genéricamente por la ley. Que sean genéricamente fijados implica que la sola apelación al fin no alcanza a legitimar las decisiones públicas, porque ese fin puede perseguirse de diversas maneras. Por consiguiente, el fin se concreta en diversos planes y programas de despliegue de la potestad administrativa. Esos programas están legitimados materialmente porque contienen decisiones políticas a su vez legitimadas y porque están formulados por órganos dotados del conocimiento técnico respectivo.

Existiendo dichos planes ya materialmente legitimados, el principio comisarial organiza la potestad pública de modo de asegurar que su despliegue responderá a dichos planes. Por eso se estructura de modo jerárquico, en que entre superior e inferior hay una relación de comitente/comisario, conforme a la cual el comisario está al alcance de las instrucciones del comitente, a quien debe obediencia, y el comitente es responsable de la acción del comisario, en virtud de su poder de mando. Esta estructura configura una red que vincula funcionarios de un modo que permite que a través de dicha red fluya la legitimación, por lo que si el superior está legitimado la acción del inferior también lo estará.

El principio de independencia es un principio alternativo y consiste en negar la sujeción de cada funcionario a otros de distinta jerarquía o incluso a funcionarios de otras instituciones o poderes del Estado. Aquí no se trata de una potestad ordenada de modo finalista, es decir, no se trata de una potestad que debe realizar un fin en la mayor medida posible, sino que debe decidir conforme a la ley, por aplicación concreta de la ley. La legitimación material de sus decisiones, entonces, se produce en la medida en que ellas aplican la ley. Para eso necesitan un contexto institucional que haga probable que la única razón que guiará la decisión del funcionario será cumplir con su deber de aplicar la ley. Esto implica excluir las condiciones en virtud de las cuales el uso finalista de la potestad sea probable. El principio de independencia pretende precisamente asegurar esas condiciones.

El principio comisarial informa la estructura de la administración del estado, mientras el principio de independencia informa la estructura de la potestad jurisdiccional. La diferencia entre ambas estructuras, el hecho de que dos principios cuyo contenido es tan notoriamente opuesto logren la misma finalidad de legitimación material muestra que las funciones de la administración y de la jurisdicción son considerablemente distintas, como ya ha sido explicado.