

## **Control parcial** **Respuesta magistral**

### **PREGUNTAS**

#### **1. Sobre el razonamiento formal**

Explique en qué consiste la diferencia (en términos de Atiyah) entre “razonamiento formal” y “formalismo”.

El razonamiento formal es el razonamiento que atiende a consideraciones de forma. Las consideraciones de forma se distinguen de las consideraciones substantivas (o de substancia), que atienden a las razones políticas, morales, económicas etc. que son relevantes a la cuestión discutida.

El razonamiento formal, entonces, se define precisamente por no atender a las consideraciones substantivas que son en principio relevantes. Por eso hay algo aparentemente irracional en él: ¿cómo puede ser racional decidir desatendiendo las consideraciones morales, políticas, económicas relevantes, y atendiendo solo a la forma? Pero en realidad el razonamiento formal no ignora ni niega las razones de substancia, sino tiene sentido porque descansa en el supuesto de que hay otras personas, momentos o procedimientos que son más adecuados para juzgar las razones de substancia. Si por esa otra persona o en ese otro momento o procedimiento, una decisión se ha tomado atendiendo a las razones de substancia, atender al hecho de que la decisión se ha tomado, lo que se determina atendiendo a características formales, no es irracional. El razonamiento formal descansa, así, en el supuesto de que las consideraciones de substancia que no son consideradas no son por ello negadas, sino han sido desplazadas para que sean

decididas por la persona, en el momento o a través del procedimiento más adecuado.

Así, la cuestión de si un intercambio es justo en el sentido de que las prestaciones son equivalentes no es considerada por el juez al decidir sobre la validez del contrato. El juez solo atiende a las consideraciones de forma (si el contrato se ha celebrado sin dolo, sin amenazas, sin error, etc.). Pero esas consideraciones formales son precisamente las que permiten afirmar que las partes han decidido en un momento previo, al celebrar el contrato, que el intercambio contenido en el contrato era justo en el sentido de que cada parte valoraba más la prestación de la otra que la suya propia.

El supuesto de que las consideraciones substantivas que son excluidas en el momento formal ha sido o podrán ser consideradas en otro momento, procedimiento o por otras personas, es un supuesto social de una práctica que descansa en el razonamiento formal. En la medida en que ese supuesto se haga poco plausible, la práctica de razonamiento formal comenzará a ser vista como formalista. El formalismo, como patología del razonamiento formal (la manera en que Atiyah usa esa expresión), designa una práctica de razonamiento formal en la que el supuesto es cada vez más visto como no realista. Es poco realista suponer que un contrato celebrado entre un banco y un cliente de poca educación, que ha sido redactado por el banco e impreso en un formulario con letra pequeña, y analizado cuidadosamente por los abogados del banco, y que ha sido firmado en una entrevista de media hora entre el cliente y un empleado del banco, contiene un genuino acuerdo de voluntades entre las partes respecto de cada uno de los detalles de la regulación que el contrato contiene. Los sistemas jurídicos intentan mantener la correlación entre forma y sustancia, la plausibilidad del supuesto en el que descansa el

razonamiento formal. Eso ha llevado al surgimiento de nuevas formas (el derecho de consumo, el contrato de trabajo, etc.).

La distinción entre forma y formalismo, entonces, es una distinción que descansa en las condiciones sociales del razonamiento formal, en articular la plausibilidad que tiene, en la práctica, el supuesto fundamental en que descansa la racionalidad del razonamiento formal, la diferencia entre desplazamiento y negación de la substancia.

## **2. Sobre hechos institucionales**

Explique qué son los hechos institucionales y cómo ellos surgen. Refiérase, para esto, a la distinción entre reglas constitutivas y regulativas.

Los hechos institucionales son hechos brutos a los cuales una regla constitutiva le atribuye un status institucional.

Se trata, en primer lugar, de hechos sociales, es decir hechos que suponen la atribución colectiva de significado. No todos los hechos sociales son hechos institucionales. Lo que Hart llamaba "reglas sociales", por ejemplo, no necesitan ser reglas constitutivas. Puede haber reglas regulativas que han evolucionado socialmente y que se limitan a calificar una determinada conducta como debida o prohibida. Cuando la practica social consiste no solo en la creación de una regla regulativa, sino en la atribución a una cosa de un estatus institucional que la cosa no puede desempeñar en virtud de sus características físicas, estamos en presencia de una regla constitutiva y de un hecho institucional.

Los hechos institucionales son prácticas sociales en el sentido de Hart, entonces, que tienen un aspecto interno y un aspecto externo. Searle explica la estructura de una regla constitutiva con la forma "X cuenta como Y en el contexto C". X es un hecho bruto (u otro hecho

institucional, porque estos pueden formar cadenas, iterándose), Y un status institucional atribuido por la regla, y C el contexto en el cual ese hecho bruto tiene esa significación institucional. "La pelota pasando bajo tres postes en las condiciones tales-y-cuales cuenta como gol en el contexto de un partido de fútbol", por ejemplo.

Una de las marcas más evidentes de los hechos institucionales es que ellos pueden ser falsificados. No tiene sentido, por ejemplo, falsificar un destornillador construyendo un artículo que tiene exactamente la forma que corresponde a un destornillador, porque en ese caso lo construido es un destornillador. Pero tiene sentido, por ejemplo, falsificar un testamento o un billete, construyendo algo que aparente ser una instancia de X para entonces hacerlo pasar como algo que tiene el status institucional Y aunque no lo es.

### **3. Sobre el referimiento legislativo**

Explique en qué consistía el referimiento legislativo, por qué (según F Geny) fracasó y la importancia de entender las razones de su fracaso.

El referimiento legislativo es una de las instituciones introducidas en Francia después de la revolución como consecuencia a de la irrupción con ella de la concepción moderna de derecho, que suponía una nueva relación entre el juez y la ley. Si en el derecho premoderno el juez debía fallar conforme a la razón, guiado para eso por el derecho que facilitaba esa tarea, en el derecho moderno el derecho es entendido como voluntad, y la ley (el gran invento de la revolución francesa, como explica García de Enterría) una declaración de voluntad. Por consiguiente el juez debía limitarse a decidir conforme a ella.

Pero la ley podía ser oscura, lo que quiere decir: compatible con más de una interpretación. ¿Cómo elegir la interpretación correcta? El

referimiento respondía esta pregunta, descansando en el supuesto de que quien crea la ley es quien está en mejor posición para determinar cual de varios significados posibles debía ella recibir. En consecuencia, ante un caso en el que la interpretación no era conclusiva (marcado ya por la duda del juez en el referimiento voluntario, ya por la existencia de decisiones casadas, en el referimiento obligatorio), el problema debía volver a la Asamblea Nacional quien debía optar por una de las interpretaciones posibles.

EL referimiento fracasó, y F Geny explica las razones de ese fracaso distinguiendo consideraciones de dos tipos. Primero, el referimiento era problemático por razones independientes del referimiento: porque obligaba a la Asamblea a dedicar tiempo a decidir estas cuestiones, que usualmente surgían de conflictos entre particulares. Adicionalmente, implicaba una considerable dilación en los juicios. Estas son consideraciones que en el curso llamamos "externas". Pero adicionalmente a las anteriores, Geny explica que el referimiento era "contrario a su propio fin", porque lo que buscaba era asegurar la separación entre jurisdicción y legislación, y en los hechos llevaba exactamente a lo contrario. En efecto, la Asamblea al decidir el referimiento lo haría no en abstracto, como cuando la ley fue dictada, sino a la luz de una controversia particular y con pleno conocimiento del modo en que la decisión del referimiento llevaría a una o a la otra parte a ganar el juicio. En los hechos, decidir el referimiento era decidir el caso. Y que el legislador decida casos particulares es tan problemático como el que el juez opte por una de varias interpretaciones posibles.

La razón por la que es importante entender las razones del fracaso del referimiento es que ellas muestran que la perspectiva institucional tiene cierta autonomía de la perspectiva teórica: la idea

en la que descansaba el referimiento era teóricamente correcta (si el legislador tiene autoridad para decidir cuál ha de ser la ley también tiene autoridad para decidir si la ley es A o B, siendo ambas interpretaciones posibles), pero lo que fallaba era que las condiciones institucionales para hacer probable un decisión en abstracto no se obtenían al momento del referimiento, aunque si se habían obtenido al momento de legislar. En efecto, al decidir el referimiento la Asamblea tenía información sobre el caso particular y las consecuencias del referimiento en ese caso que no tenía al momento de legislar, y eso hacía probable que la decisión fuera tomada con la finalidad de obtener un determinado resultado en el juicio.