

Control parcial Respuesta magistral

1. “Algo muy importante ocurre cuando un sistema jurídico admite legislación”, dice M J Detmold. Explique y comente esta afirmación.

Lo que distingue a la legislación de los otros tres modos de determinación del derecho discutidos por Detmold es que está, en sus términos, extrínsecamente vinculada a la razón. Esto quiere decir que en tanto determinación del derecho (=especificación de qué es lo que el derecho requiere), la decisión legislativa no vale por estar conforme a la razón, sino en virtud de la autoridad del que decidió. En el caso de los otros procesos de determinación del derecho (consejo profesional, adjudicación e interpretación sublegislativa), la conclusión del juez, del abogado o del intérprete queda vinculada a las razones en las que descansa. Esta vinculación interna entre la conclusión y las razones en las que ella descansa es lo que caracteriza a estos procesos como intrínsecamente vinculados a la razón.

Que un sistema jurídico admita legislación entonces, significa que entiende que el derecho no está vinculado intrínsecamente a la razón. Es el paso de una comprensión premoderna a una comprensión moderna del derecho. Ahora *autoritas, non veritas facit legem*. Lo característico de una comprensión moderna del derecho es que ella ve en el derecho un ejercicio de autoridad, no un despliegue de la razón. Por eso a definición del artículo 1º del Código Civil: la ley como una “declaración de voluntad” que manda prohíbe o permite.

Una diferencia importante entre un sistema jurídico que descansa en una comprensión premoderna del derecho y otro que descansa en una comprensión moderna se encuentra en la función judicial: como en una comprensión premoderna no hay legislación porque el derecho es entendido como intrínsecamente vinculado a la razón, el deber del juez es decidir conforme a lo que es razonable. Identificar lo razonable, por cierto, implica atender a la tradición y a lo que previamente se ha decidido que es razonable, pero en principio no es una cuestión de decidir conforme a la autoridad de otros sino qué es en sí razonable. Por eso “aplica lo que es razonable”. En una comprensión moderna, la función del juez es decidir conforme a lo que quienes tienen autoridad para decidir qué es el derecho ya han decidido. Esto no quiere decir que la razón desaparece del derecho, pero sí que pasa a calificar el modo en que el contenido del derecho, dado por las decisiones de la autoridad, se determina. Por eso ahora “aplica lo que es razonable aplicar”.

2. Explique la distinción de Rawls entre reglas como prácticas y reglas como resumen. Habiéndolo hecho, úsela para explicar en qué casos la relación de justificación es transitiva y en qué casos no lo es.

Las reglas como resúmenes son enunciados que resumen experiencia pasada en la decisión conforme a un principio. Ese principio puede ser el principio utilitarista, como en el caso que preocupaba especialmente a Rawls en "Dos conceptos de regla", pero también pueden ser otros principios, como lo que según los romanos era el derecho: "vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo suyo". En principio, decidir un conflicto entre A y B era decidir cuál era la solución adecuada desde el principio de derecho ya indicado. El paso del principio de derecho a la decisión del caso, sin embargo, no es simple ni obvia; supone manejo de lo que Coke llamó "la razón artificial del derecho", artificial no porque sea una razón creada sino porque es una razón que solo se adquiere "tras largo estudio y dedicación".

Las reglas como resumen cumplen la función de aprovechar la experiencia acumulada para facilitar la aplicación del principio del derecho a un caso típico. Es decir, ellas suponen que hay ciertos casos típicos (en clases fue discutido el problema de asignar al acreedor o al deudor la pérdida de la cosa, cuando esta se perdía en poder del deudor) a los cuales sucesivos juristas y jueces en el pasado han dado respuesta. La regla como resumen toma la experiencia así acumulada y la condensa (el ejemplo de fue el art. 1547 del Código Civil), de modo de facilitar en el futuro la decisión de nuevos casos que respondan al tipo respectivo.

Puede observar que las reglas como resumen son reglas que suponen la ocurrencia anterior de los casos a los cuales se refieren, y además carecen de normatividad: la normatividad está en el principio de derecho, no en la regla como resumen, cuya función es facilitar la aplicación de ese principio. Si el caso actual es uno que conforme al principio de derecho hace relevantes consideraciones que la regla no toma en cuenta, de modo que conforme al derecho la solución provista por la regla es incorrecta, el que decide está justificado en apartarse de la regla y decidir por aplicación directa del principio de derecho. Esto puede ser descrito diciendo que la relación de justificación entre el principio de derecho, la regla y la decisión es transitiva: si el principio justifica la regla y la regla justifica la decisión, el principio justifica la decisión. La regla es transparente a su justificación.

Las reglas como prácticas, por su parte, responden a un modelo considerablemente distinto. Aquí las reglas son necesarias para poder realizar una actividad (como jugar fútbol, o contratar, etc.). Las reglas no pretenden resumir experiencia pasada, pretenden especificar qué es lo que hay que hacer para participar de la práctica. Los destinatarios de las reglas, entonces, deben actuar conforme a ellas para participar de la práctica. Si no actúan conforme a ella no están participando adecuadamente. Por eso las reglas ahora no pueden ser entendidas como posteriores a sus casos de aplicación. Al revés de lo que ocurre con las reglas como resumen, en este caso primero existen las reglas, que definen la práctica, y solo como consecuencia de ello es posible realizar los casos respectivos ("contratar", "marcar un gol").

Aunque las reglas como prácticas descansan en un principio (o conjunto de principios, etc.) que las justifica; pero ese principio es bloqueado en su aplicación por la regla. Los participantes deben sujetar su conducta a la regla, no a su comprensión de lo que el principio que justifica a la regla exigiría en las circunstancias. Esto se expresa diciendo que la relación de justificación entre principio, regla y decisión (o acción) es ahora

intransitiva: el principio justifica la regla y la regla justifica la decisión (o acción), pero el principio no justifica directamente la decisión (acción).