

Primer control parcial

Respuesta Magistral

PREGUNTAS

1. Explique qué significa que el derecho transforme sustancia en forma.

El razonamiento formal se define como una forma de razonamiento que atiende a la forma y no a la sustancia, es decir, que ignora la sustancia. La sustancia 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.

La sustancia es por regla general una noción polémica: es polémico qué es la justicia, cuando un intercambio es "equitativo", cuándo una relación es especialmente significativa, cuál es la genuina última voluntad del causante. Que sea polémico quiere decir que es difícil, usualmente, decidir la cuestión controvertida sin tomar partido por una de las partes del conflicto

Para hacer probables espacios de imparcialidad, el derecho transforma la sustancia en forma: aunque lo que pretende es identificar los contratos justos, por ejemplo, el criterio para identificar los contratos no es que sean justos, porque ese sería un criterio con un serio déficit de imparcialidad. En vez, el derecho fija condiciones formales de validez de los contratos. Esas condiciones descansan en el supuesto de que si un contrato es acordado satisfaciéndolas, será equitativo (así, si ambas partes concurren con su voluntad al intercambio, si que ninguna de ellas haya estado errada en cuanto a lo que estaba haciendo, y sin haber sido engañada o amenazada, lo probable es que para cada una de las partes el intercambio es aceptable. Y si es aceptable para las dos partes, eso quiere decir que es probable que sea un intercambio equitativo). Lo que vale para el contrato vale para la ley (si una norma ha sido acordada por votación mayoritaria en una asamblea de representantes electos, después de haber sido discutida en público etc, es probable que sea una norma que va en el interés general, etc). Una vez transformada la sustancia en forma, el derecho atiende solo a la forma y no a la sustancia.

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.

Esta aparente irracionalidad del razonamiento formal puede ser respondida cuando el hecho de que en la adjudicación la sustancia sea ignorada puede ser entendido como desplazamiento de la sustancia, como un reconocimiento que la cuestión sustantiva 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; la justicia de la ley es una cuestión que resolvió el legislador, etc. 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 él 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. Explique diferenciadamente los defectos de la ley, según Savigny.

Según Savigny, las leyes pueden ser, desde el punto de vista de su aplicación e interpretación, defectuosas o no defectuosas. Las leyes defectuosas pueden ser de dos tipos: leyes de expresión impropia y leyes de expresión indeterminada. Esta tipología mira a la relación entre lo que Savigny llama el "pensamiento" de la ley y su expresión. El modo en que hemos entendido en el curso esta idea

de "pensamiento" de la ley es: la decisión en que la ley consiste.

Cuando la expresión de la ley (lo que el Código Civil llama su "tenor literal", es decir, su formulación lingüística) transmite correcta y completamente el pensamiento de la ley, se trata de una ley no defectuosa. De lo anterior se sigue que hay dos posibles defectos de la ley: la expresión puede no expresar completamente el pensamiento de la ley, o puede expresar un pensamiento distinto del pensamiento de la ley. El primer defecto es el de las leyes de expresión indeterminada o incompleta; el segundo es de expresión impropia.

Hay expresión incompleta o indeterminada, entonces, cuando la expresión legislativa no transmite un pensamiento completo. Esto puede ocurrir porque la expresión es incompleta, porque no es suficiente para transmitir el pensamiento (la ley se refiere a "impotencia" pero impotencia tiene varios significados posibles, por ejemplo). Pero es posible también que la expresión sea ambigua, en el sentido de ser compatible con diversos pensamientos posibles. Aquí la ley no puede ser aplicada mientras la expresión no sea completada o especificada.

Hay expresión impropia, por su parte, cuando la expresión no transmite adecuadamente el pensamiento de la ley. Aquí la expresión contiene un pensamiento completo, pero no es el del legislador. En principio, como la expresión es un medio para transmitir el pensamiento, en estos casos la expresión debe ser corregida para que dé debida cuenta del pensamiento de la ley.

Desde el punto de vista institucional, la expresión impropia es un defecto más problemático que la expresión indeterminada. Esto por diversas razones, de las cuales dos son especialmente relevantes: (1) porque en el caso de la expresión indeterminada no hay una expresión que pueda ser aplicada. Al identificar el problema, entonces, el juez no está dejando de lado un enunciado que podría ser aplicado, sino dando cuenta de que debe aplicar algo que, en su condición actual, no puede ser aplicado. En la expresión impropia, por su parte, hay una expresión perfectamente aplicable, y el problema es que, a juicio del juez, ella no refleja adecuadamente el pensamiento de la ley. Entonces en este caso el juez debe apretarse de un enunciado que en principio podría ser aplicado, lo que implica que en este segundo caso se plantea, como no se plantea en el primero, el problema de la sujeción del juez a la ley.

(2) En el caso de la expresión indeterminada, la identificación del defecto es neutral respecto de

la decisión, mientras en la expresión impropia la identificación del defecto ya anuncia la decisión. Esto implica que el defecto mismo no puede ser caracterizado imparcialmente de modo de especificar ex ante cuál es la esfera de competencia del juez para solucionarlo, y es probable que lo que lleve al juez a identificar el defecto sea la necesidad de solucionar el caso conforme a lo que el juez entiende que es el pensamiento. En esto, el riesgo es que el juez no esté adecuando la expresión para acomodarla al pensamiento de la ley, sino cambiando la ley efectivamente dictada por una distinta, la que al juez le parece.

3. Explique qué era y por qué fracasó el referimiento legislativo, y por qué esto último es relevante.

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 cuál 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 Francois 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", porque se refieren a otras finalidades

importantes, distinta de la finalidad del propio referimiento. Pero adicionalmente a las anteriores, Geny explica que el referimiento era "contrario a su propio fin" (es decir: había aquí un conflicto "interno"), 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 una 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.