

## Primer control parcial Respuesta magistral

### PREGUNTAS

1. Explique la distinción de Dworkin entre reglas y principios, y por qué ella es importante.

Dworkin sostiene que las reglas son estándares normativos que se diferencian lógicamente de los principios. Las reglas son enunciados que tienen una forma condicional: "si abc, debe ser x". El antecedente ("abc") son hechos operativos, el consecuente ("x") la consecuencia normativa. Que la regla sea un estándar binario quiere decir: cuando los hechos operativos abc se obtienen, la regla se aplica; cuando no se obtienen, no se aplica. Cuando la regla se aplica, ella controla, en lo relevante, la decisión; cuando no se aplica, ella no contribuye en nada a la decisión. Es decir, su aplicabilidad es cuestión de todo-o-nada.

Los principios, por su parte, no tienen esta estructura lógica. Ellos son generalmente aplicables (en el sentido de: relevantes para la decisión), pero no controlan la decisión, sino constituyen una razón para decidir en un sentido en vez de otro, una razón que puede ser derrotada por otras razones (otros principios por ejemplo).

Esto significa que las reglas son estándares susceptibles de ser aplicados mecánicamente, los principios no.

La relevancia de esta distinción es que con ella Dworkin pretendía mostrar una insuficiencia grave en la teoría del derecho de Hart: como los principios valen por su contenido, no por su forma, una explicación del derecho que lo defina como un

conjunto de reglas reconocidas por la regla de reconocimiento necesita dejar fuera a los principios. Como los principios no pueden ser dejados afuera, porque son parte de los sistemas jurídicos desarrollados, la tesis hartiana de que el derecho es un conjunto de estándares reconocidos por de reconocimiento es falsa o, al menos, insuficiente.

Desde el punto de vista de la pregunta del curso, el argumento de Dworkin muestra que la idea de distinguir lo jurídico de lo político por las características formales de los estándares jurídicos (las reglas) no es sostenible. Queda pendiente el modo en que esa distinción se puede trazar de modos no formales.

2. ¿En qué consiste lo que Hart llama “textura abierta”? ¿Qué función cumple en su explicación de la aplicación del derecho?

Hart sostiene que es una característica de los lenguajes naturales, en los cuales están formuladas las reglas jurídicas, que su significado está dado por le uso. El hecho de que el uso fije el significado tiene dos consecuencias relevantes: la primera es que no hay significado si no hay, en el grupo social relevante, un uso convergente. Pero como se trata de uso social, más allá de ese uso convergente que es condición del significado hay una dimensión, que puede ser más o menos amplia, de diferencias en el uso que distintas personas o grupos dan a un término. Lo primero, es decir, la esfera de uso convergente, define lo que Hart llama el “núcleo de significado” de un término, y se caracteriza porque la desviación respecto del uso del término en esos casos será socialmente interpretado como falta de competencia en el manejo del lenguaje respectivo; lo segundo es el área de “penumbra” del significado, donde usuarios competentes pueden estar en desacuerdo sobre el correcto uso del término respectivo.

Todo los términos de los lenguajes naturales tienen esta estructura de núcleo y penumbra de significado, y las reglas jurídicas, que están expresadas en esos términos, la heredan. Por consiguiente respecto de todas las reglas habrá casos claros de aplicación (los que corresponde a su núcleo de significado) y casos difíciles, en que habrá desacuerdo acerca de si la regla se aplica.

Con esta explicación Hart intenta al mismo tiempo responder a "formalistas" y "escépticos" ante las reglas. El formalista es el que cree que la aplicación de las reglas es siempre una cuestión mecánica: mirando a la experiencia jurídica desde el modo en que las reglas se aplican a casos que corresponden a su núcleo de significado, el formalista generaliza a todos los casos, todas las reglas. Recíprocamente, el escéptico ante las reglas afirma que la aplicación del derecho nunca es mecánica, y siempre está mediada por las convicciones del juez. El escéptico, en la explicación hartiana, mira la experiencia jurídica a partir de los casos controvertidos, y los generaliza.

La idea de textura abierta logra así un punto medio entre formalistas y escépticos: el formalista está en lo correcto cuando se refiere a los casos nucleares, el escéptico está en lo correcto cuando se trata de casos penumbrales.

Que la tesis de Hart se presente como un punto de medio entre dos extremos significa que hay algo que es común a la explicación formalista, escéptica y hartiana: la idea de que cuando se trata de decisiones que no son "mecánicas" el juez tiene discreción. El formalista cree que todos os casos responden a esa descripción, el escéptico que ninguno, y Hart, con la tesis de la textura abierta, cree que hay casos que sí responden a esa descripción, en que el juez está vinculado por las reglas aplicables, y casos que no responden a ella, en que el juez deberá ejercer su discreción para

decidir. Esta tesis común a los tres es la que Dworkin impugnó con la distinción entre reglas y principios.

3. Explique los conceptos de ley de expresión impropia” y “ley de expresión indeterminada”. ¿Cuál de ellas es más problemática, y por qué?

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, entonces, cuando la expresión legislativa no transmite un pensamiento completo. Esto puede ocurrir porque la ley es incompleta, en el sentido de que no alcanza a expresar una pensamiento (decisión) completa: por ejemplo, la ley exige testigos pero no especifica cuantos. 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 de 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 apartarse 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.

#### 4. ¿Cuáles son los “presupuestos y límites del razonamiento formal” discutidos por Atiyah?

El razonamiento formal debe responder a una objeción de racionalidad: como la sustancia es lo que realmente importa, y el razonamiento formal se define por atender a la forma e ignorar la sustancia, pareciera que el razonamiento formal es por definición irracional, es decidir por referencia a lo que no es relevante ignorando lo que si es relevante. La respuesta a esta objeción fija los presupuestos y límites del razonamiento formal.

La razón por la cual el razonamiento formal no es necesariamente irracional es que descansa en la idea de que la razón formal que hoy aparece ante el juez desplaza una cuestión sustantiva que entonces el juez no debe considerar. Este desplazamiento consiste en que la cuestión sustantiva que el juez ahora debe ignorar ha sido o será decidida por otra persona, en otro momento o en otro procedimiento, que está en mejor posición para solucionarla. Así, el legislador está en mejor posición para decidir qué normas generales son las más adecuadas desde el punto de vista del interés general, y decide eso al promulgar una ley. Cuando la ley aparece ante el juez, para el juez la pregunta ya no es que norma general es la más adecuada para el interés general, porque esa es la cuestión que el legislador ya ha decidido. La cuestión para el juez es qué es lo que el legislador ha decidido, lo que se responde por referencia las condícenos formales de reconocimiento fijadas en la regla de reconocimiento. Algo similar puede decirse, por ejemplo, de la justicia del contrato. La pregunta sustantiva es si el intercambio entre A y B es justo; pero esa es una cuestión que corresponde a las partes del contrato decidir; para el juez la

pregunta es la cuestión formal de si el contrato entre A y B es válido.

Las razones formales, entonces, suponen que las cuestiones substantivas que ellas excluyen han sido (o serán, etc) decididas por quien corresponde. En este sentido el juez, al fallar conforme a una razón formal, no está negando la relevancia de la sustancia, está definiendo la decisión a quien corresponde, es decir, su exclusión actual es reconocimiento de un desplazamiento de la cuestión, del juez al legislador, a la partes, etc. En la medida en que el razonamiento formal pueda ser entendido como desplazamiento y no como negación de la sustancia, nada hay de irracional en él. Esta idea de que la forma es desplazamiento y no negación de la sustancia es lo que podríamos llamar el "presupuesto" del razonamiento formal, es decir su condición de racionalidad.

En la medida en que socialmente la idea de desplazamiento se haga implausible, el razonamiento formal parecerá cada vez más irracional. Por ejemplo: si se generaliza la idea de que el legislador decide apresuradamente, sin la debida discusión de lo que está decidiendo, entonces la idea de que la sustancia ha sido debidamente considerada de modo que el juez puede ignorarla y atender solo a la forma parecerá cada vez más ilusoria. La tendencia que Atiyah veía a la desformalización del derecho es consecuencia del creciente escepticismo acerca de si estas cuestiones substantivas que la forma excluía habían sido efectivamente consideradas por alguien. El límite del razonamiento formal está dado por la aceptabilidad social de su presupuesto.