

Primer control parcial

Respuesta magistral

1. Explique la racionalidad del razonamiento formal, según lo discutido por Atiyah, y sus presupuestos y límites.

El razonamiento formal es el razonamiento a partir de razones formales. Las razones formales son razones que miran a la estructura o forma eterna de las cosas, y se contrastan con razones substantivas, que son las que miran a consideraciones morales, económicas, políticas, etc.

El razonamiento formal por su propia definición está siempre expuesto a la objeción de formalismo, es decir, a la objeción de que es una manera irracional de razonar porque ignora lo que es relevante (la substancia) y atiende a lo que es irrelevante (la forma) La respuesta a esta crítica es la que fija sus presupuestos. Es que las cuestiones substantiales que son ignoradas al momento de decidir conforme a razones formales han sido o serán tomadas debidamente en cuenta por otra persona, en otros procedimientos o en otras condiciones, de modo que el hecho de que ellas no sean consideradas en el momento de decisión formal no tiene la significación de que sean ignoradas, sino que su debida consideración y decisión ha sido desplazada a ese otro momento.

La forma es más fácilmente identificable de modo imparcial que la substancia: es más fácil identificar imparcialmente el hecho de que una norma haya sido aprobada conforme al procedimiento legislativo que el hecho de que sea una norma justa, es más fácil identificar un contrato que ha sido acordado conforme a las condiciones formales que fija a la ley que mirando a las condiciones substantivas del intercambio, etc. Por eso, el razonamiento formal permite distinguir con cierta facilidad lo polémico de lo imparcial. Por eso una práctica de razonamiento formal es una condición para responder afirmativamente la pregunta del curso.

Sin embargo, una práctica social de decisión mediante razones formales tiene como condición de estabilidad que sus participantes puedan entender su racionalidad; es decir, que puedan asumir que en la generalidad de los casos el presupuesto del razonamiento formal ya identificado se satisface en un grado aceptable. En la medida en que el

supuesto empieza a ser visto crecientemente como ficticio, la objeción de irracionalidad que enfrenta por definición el razonamiento formal recupera su fuerza, y eso genera presión desformalizadora. Esto es una observación sobre la práctica, no sobre cada decisión. Se trata de que los participantes puedan, sin aparecer por eso como ilusos o ingenuos, justificarse apuntando al hecho de que al decidir formalmente se está respetando la decisión que otros (los contratantes, el legislador, el testador, según el caso) han tomado y no simplemente se está ignorando lo que es verdaderamente importante en el caso.

Atiyah observa que al tiempo de escribir (el escribía en la Inglaterra de los años 80, y lo que observa puede aplicarse al Chile de hoy) que este supuesto es crecientemente visto como fantasioso, y que esa es una de las razones que explican la tendencia desformalizadora que observaba.

Comentarios

2. Explique la distinción entre el defecto de expresión impropia de la ley y el defecto de expresión indeterminada. ¿Cuál de los dos defectos es más problemático, y por qué?

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.

En términos puramente teóricos podría pensarse que el defecto de expresión indeterminada es más problemático que el de expresión incompleta, porque su solución exige al juez fiar el sentido abstracto de la ley, en una decisión que podría por su contenido ser vista como una decisión propia del legislador. Este era el supuesto sobre el que descansaba la institución francesa del referimiento legislativo. Pero el fracaso del referimiento muestra que referir al legislador la solución del defecto de expresión incompleta implica autorizar al legislador para decidir sobre cómo ha de solucionarse el caso particular del que conoce el juez, lo que es también problemático. Por eso la solución universal es que el juez tiene competencia para solucionar este defecto, y eso no resulta especialmente problemático.

La razón para esto es lo ya explicado: en casos de expresión incompleta mientras el defecto no sea solucionado la ley no puede ser aplicada, y la identificación del defecto es neutral a la solución. Es decir, es posible identificar de modo imparcial el caso en el cual el juez enfrenta el defecto, y como mientras no lo haga no puede aplicar la ley el caso queda debidamente circunscrito.

Las dos condiciones que hacen institucionalmente no problemático el defecto de expresión incompleta hacen del defecto de expresión impropia algo problemático: aquí la identificación del defecto anticipa la solución, y en principio la ley puede ser aplicada conforme a su expresión, que es completa. Esto implica que tanto la identificación como la solución del defecto (no solo la solución) puede devenir polémica, y permitir al juez eludir su deber de sujeción a la ley.

En efecto, si el juez identifica incorrectamente el "pensamiento" de la ley (su finalidad, etc.) y corrige la expresión para adecuarla a ese pensamiento, lo que estará haciendo no es corregir un defecto de la ley, sino cambiar la ley y dejar de aplicar una ley válida y aplicable.