


Universidad  de Valparaíso
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Escuela de Derecho.
Valparaíso.

“De la Argumentación Jurídica de los Jueces”.

Alumno : Roberto Elías Aldana Salinas.

Profesor Guía : Aldo Valle Acevedo.

Profesor Informante : Claudio Oliva Ekelund.

Primer semestre 2004

“Toda ciencia, en cada momento histórico tiene un conocimiento que considera cierto, pero que se halla en constante revisión; y cada sistema filosófico tiene su propia certeza. Esto no significa ningún relativismo real, sino sólo una muestra de la limitación y falibilidad de los saberes humanos”

Juan Vallet de Goytisoló.

A la memoria de nuestro compañero

Juan Gabriel Basaez Carvajal.

Q.E.P.D.

Í N D I C E

INTRODUCCIÓN.	4
----------------------------	----------

CAPITULO 1.

DESARROLLO HISTÓRICO DE LA CIENCIA JURÍDICA MODERNA.	9
---	----------

SUMARIO.....	9
CONSIDERACIONES GENERALES.....	9
I. EL SURGIMIENTO DE LA CIENCIA JURIDICA MODERNA.....	10
I. 1. EL MÉTODO LÓGICO FORMAL: LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS. LA JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS. LA JURISPRUDENCIA ANALÍTICA.....	12
I. 1. 1.- LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS.....	12
I. 1. 2.- LA JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS.....	14
I. 1. 3.- LA JURISPRUDENCIA ANALÍTICA.....	14
I. 2. LA REACCIÓN CONTRA EL FORMALISMO JURÍDICO.....	15
II. CRITICA A LA LOGICA FORMAL EN EL DERECHO.....	17
III. EL NUEVO RAZONAMIENTO JURIDICO.....	19
IV. CAUSAS DEL NUEVO RAZONAMIENTO JURIDICO.....	21
V. LA TEORIA DE LA ARGUMENTACION JURIDICA.....	25

CAPITULO 2.

LA ARGUMENTACION JURIDICA DE LOS JUECES	30
--	-----------

SUMARIO.....	30
CONSIDERACIONES GENERALES.....	30
I. DE LA ARGUMENTACION.....	31
II. DEL RAZONAMIENTO.....	32
II. 1. EL RAZONAMIENTO TEORICO-ANALITICO.....	32
II. 2. EL RAZONAMIENTO PRACTICO-DIALECTICO.....	33
III. EL RAZONAMIENTO JUDICIAL.....	34
IV. LA PRETENSION DE CORRECCION DE LAS DECISIONES JUDICIALES...36	
V. LA JUSTIFICACION EN LA DECISION JURIDICA.....	39
VI. CONTEXTO DE DESCUBRIMIENTO Y CONTEXTO DE JUSTIFICACION....42	

VI. 1. EL CONTEXTO DE DESCUBRIMIENTO.....	42
VI. 2. EL CONTEXTO DE JUSTIFICACION.....	43
VI. 2. 1. LA JUSTIFICACIÓN INTERNA O FORMAL.....	43
VI. 2. 2. LA JUSTIFICACIÓN EXTERNA O MATERIAL.....	44
VII. EL DISCURSO ARGUMENTATIVO EN LA DECISION JUDICIAL.....	45

CAPITULO 3.

LA LABOR JURISDICCIONAL DEL JUEZ.....	48
SUMARIO.....	48
CONSIDERACIONES GENERALES.....	48
I. EL EJERCICIO DE LA FUNCION JURISDICCIONAL.....	49
I. 1. FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y ESTADO DE DERECHO.....	50
I. 2. FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y LA JURISPRUDENCIA.....	51
II. EL JUEZ Y LA DECISION.....	52
II. 1. QUÉ HACEN LOS JUECES EN EL FALLO.....	53
II. 2. QUÉ DICEN LOS JUECES QUE HACEN.....	55
II. 3. LA CONSTRUCCIÓN DEL FALLO Y DE SU ARGUMENTACIÓN.....	56
III. LA CONSTRUCCION DE LAS PREMISAS EN LA PRODUCCION NORMATIVA JUDICIAL.....	57
III. 1. ESTABLECIMIENTO DE LA PREMISA MENOR, DESCRIPTIVA O DE JUICIO HECHO.	59
III. 2. ESTABLECIMIENTO DE LA PREMISA MAYOR O JUICIO DE DERECHO.....	59
IV. LA CREACION DEL DERECHO EN LA LABOR JURISDICCIONAL.....	61
IV. 1. LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL.....	64
IV. 2. LA INTERPRETACION JUDICIAL.....	65
IV. 3. LA VALORACION JUDICIAL.....	66

CAPITULO 4.

ANALISIS DE LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL EN CHILE.....	69
SUMARIO.....	69
CONSIDERACIONES GENERALES.....	69
I. ALGUNOS ALCANCES ACERCA DE LA ACCION DE PROTECCION.....	70

II. ANALISIS DE LOS FALLOS DE PROTECCION.....	72
II. 1. METODOLOGÍA DECISORIA ANTE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN.....	73
II. 2. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS FALLOS.....	74
II. 2. 1.- FUENTES CITADAS EN LA FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL..	74
II. 2. 2.- NIVEL Y TIPO DE ARGUMENTACIÓN.....	76
II. 2. 3.- NIVEL DE TUTELA EFECTIVA DE DERECHOS.....	81
III. 2. 4.- ALGUNAS ORIENTACIONES JURISPRUDENCIALES.....	83
 ALGUNAS CONCLUSIONES.....	84
 BIBLIOGRAFÍA.....	90

INTRODUCCION

Uno de los temas de mayor preocupación en la filosofía jurídica contemporánea de los últimos años ha sido el funcionamiento del poder judicial, tanto en el sentido de órgano integrante del estado de derecho como en lo más propio de su actividad como es el ejercicio de la jurisdicción.

La estructura cultural de nuestros días se presenta en crisis, produciéndose profundas transformaciones en todas las áreas, de las que por supuesto no se escapa el derecho y el proceso judicial. A este clima cultural se le ha puesto el nombre de postmodernidad, queriendo con ello significar sustancialmente la ruptura del modelo racional de los tiempos modernos, apareciendo entonces otros discursos alternativos de racionalidad.

El surgimiento de estas nuevas sensibilidades se debe principalmente a la crisis de la fe ciega en la razón y a otros metarelatos de la modernidad, como el progreso ilimitado del hombre.

En el ámbito del derecho la crisis de la modernidad se manifestó en la crisis del fetichismo legal como instrumento para dimensionar en un puro texto todo el derecho disponible y necesario. Esta crisis se convirtió en una crisis generalizada de todo el sistema jurídico sobretodo tras los totalitarismos europeos y el desastre de las guerras mundiales, las que impulsaron a los juristas a una profunda revisión del sistema positivista, surgiendo en Europa desde mediados del siglo recién pasado otras sensibilidades respecto al concepto del derecho en general y de sus fuentes en particular.

De esta manera surgió, entre otras, una teoría conocida en el pensamiento jurídico contemporáneo como “teoría estándar de la argumentación jurídica”, sustentada por juristas de la talla de Robert Alexy y Aulis Aarnio, entre otros insignes precursores (Habermas, Perelman), quienes reviven para el derecho y para el discurso judicial en particular los fundamentos de la razón práctica general.

Estudios de esta clase recuperaron para los jueces el sitio que les corresponde en la construcción del sistema jurídico, como operador indispensable a la hora de hacer justicia a través del derecho, abandonando el hasta entonces imprescindible recurso al silogismo judicial como método por excelencia -si no exclusivo- para explicar la toma de decisiones llevada a cabo por los jueces.

El interés por dedicar la memoria de título a esta área surgió en un curso dirigido a académicos de nuestra universidad, en el que se analizaron las principales corrientes de pensamiento actuales que se ocupan en general de lo

que se ha dado en llamar en la filosofía jurídica contemporánea como Razonamiento Jurídico.

La presente memoria tiene por objeto presentar los principales aspectos de la teoría de la argumentación jurídica en el ámbito judicial, ya que esta teoría abarca también otros ámbitos jurídicos como el discurso legislativo, la dogmática jurídica, entre otros aspectos. Sin embargo el foro más intenso en el que se produce el discurso argumentativo por antonomasia es en la dialéctica sintetizada en la sentencia judicial.

A través del presente trabajo se ha pretendido, en primer lugar, mostrar los principales aportes que se han venido produciendo en el tema de la labor jurisdiccional, sobretodo en el ámbito de la justificación de las decisiones judiciales, para, en segundo lugar, contrastar esa realidad teórica con la vivencia práctica de nuestra jurisprudencia nacional.

Para ello se ha escogido un segmento de esa labor jurisdiccional, la jurisprudencia de la justicia constitucional, ya que es en ella donde se le permite con mayor amplitud al juez aplicar una mayor justificación de sus decisiones argumentando con normas evidentemente, pero también con ciertos principios y valoraciones que se han ido incorporando en nuestro sistema judicial.

Si pudieramos resumir nuestra hipótesis de trabajo en una pregunta esta debiera ser algo así como *¿con que seriedad nuestros jueces justifican sus decisiones judiciales, en base a la evolución que se ha dado en el campo del nuevo razonamiento jurídico?*

Para realizar este examen crítico de nuestra jurisprudencia se ha hecho la revisión de todos los fallos dictados en los recursos de protección, en un periodo que abarca desde Enero a Junio de 2003.

En cuanto a las fuentes utilizadas en este trabajo se encuentran principalmente los textos de los autores que sustentan esta teoría como también el estudio de textos de filosofía del derecho contemporáneo.

Generalmente la literatura jurídica citada es bastante actualizada, prefiriéndose aquella que da cuenta de la evolución que se ha venido produciendo en el tema del nuevo razonamiento jurídico y del rol que le cabe en ello al poder judicial.

Específicamente para el capítulo cuarto, se ha accedido a los fallos de protección dictados en primera y segunda instancia, los que se encuentran recopilados en el Libro copiatorio de sentencias, ubicado en la biblioteca de la Corte Suprema, en Santiago.

En cuanto a la metodología utilizada se ha pretendido en el capítulo primero titulado “*desarrollo histórico de la ciencia jurídica moderna*” otorgar una especie de marco histórico en la que surge el nuevo razonamiento jurídico, dentro del contexto de la ciencia jurídica moderna, recorriendo las principales escuelas formalistas (exegética, conceptualista y analítica) y la crítica que posteriormente se le ha venido haciendo al uso y abuso de la lógica formal en el campo del derecho. Posteriormente se presentan sucintamente las causas del surgimiento de un nuevo razonamiento jurídico, destacando principalmente entre ellas la crisis de la ley, fenómeno que se advierte desde fines del siglo XIX y el nuevo constitucionalismo, por medio de las cuales se hacen operativos los principios generales y ciertos valores que sirven de directrices del ordenamiento jurídico y que recogen la sensibilidad jurídica internacional, generalmente asociada a los derechos fundamentales de la persona.

Finaliza el capítulo primero con la presentación de la teoría de la argumentación jurídica y de sus principales objetivos.

En el capítulo segundo titulado “*la argumentación jurídica de los jueces*” se analiza en primer lugar los principales conceptos utilizados en la teoría de la argumentación, delimitando cada uno de ellos, tales como argumentación y razonamiento, para adentrarnos luego en el razonamiento judicial propiamente tal.

Seguidamente, en el mismo capítulo bajo el epígrafe “*la justificación en la decisión jurídica*”, se analiza uno de los principales aportes de la teoría argumentativa como es la descripción y prescripción del trabajo intelectual llevado a cabo por los jueces al momento de asumir una decisión. Es una descripción, en tanto que separa dos procesos intelectivos diferentes que realiza el juez, como son el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación y también se aborda en su faz prescriptiva, en cuanto se refiere a lo que los jueces debieran hacer para entender que una decisión judicial se encuentra correcta y suficientemente justificada (justificación interna y justificación externa).

Finaliza el capítulo reseñando una serie de reglas que los autores citados señalan para realizar un discurso argumentativo correcto en su labor jurisdiccional.

El capítulo tercero se titula “*la labor jurisdiccional del juez*”. Aquí se analiza la función jurisdiccional desde una perspectiva del rol que cumple esta actividad en un estado de derecho y de la responsabilidad que debe asumir cada juez en sus decisiones, tanto personal como institucionalmente.

Luego se pasa a analizar, desde la perspectiva de la cultura jurídica chilena, la labor jurisdiccional de nuestros jueces, tanto desde su percepción institucional como de lo que efectivamente realizan al fundamentar sus decisiones.

En seguida, se realiza una especie de esbozo de lo que debiera realizar el juez en su labor constructiva del derecho en el proceso decisorio y justificatorio.

Termina este capítulo haciendo eco de uno de los principales debates jurídicos como es aquel acerca de la creación judicial del derecho en el ámbito continental y las resonancias que dicho debate ha tenido en nuestro medio.

Para el capítulo cuarto, titulado “*análisis de la argumentación judicial en Chile*”, se ha hecho una revisión de los fallos recaídos en los recursos de protección del primer semestre de 2003, para constatar desde nuestra jurisprudencia constitucional la forma y nivel de argumentación desarrollado por los jueces de los tribunales superiores de justicia.

Finaliza el presente trabajo dando cuenta de algunas conclusiones a las que se ha podido arribar a través de la información obtenida en la presente memoria.

La utilidad del trabajo radica en que se trata de un tema aun poco conocido en nuestra doctrina nacional según se ha podido comprobar, pero que sin duda paulatinamente irá adquiriendo mayor importancia en el análisis de nuestros juristas, del mundo académico en general y esperamos que en particular también de nuestros jueces, que son los encargados de hacer efectivo el derecho, haciéndolo de una manera no sólo racional sino que también razonable, dando con ello una mayor legitimidad democrática a sus decisiones y creando con ello un efectivo ordenamiento jurídico protector de las garantías consagradas en el derecho.

CAPITULO 1:

DESARROLLO HISTÓRICO DE LA CIENCIA JURÍDICA MODERNA.

SUMARIO:

Consideraciones generales.

I.- Surgimiento de la Ciencia Jurídica Moderna.

I.- 1. El método lógico formal: las escuelas formalistas.

I.- 2. La reacción contra el formalismo.

II.- Crítica a la lógica formal en el derecho.

III.- El nuevo razonamiento jurídico.

IV.- Causas del nuevo razonamiento.

V.- La Teoría de la Argumentación Jurídica.

CONSIDERACIONES GENERALES.

La teoría de la argumentación jurídica es una de las teorías que han surgido desde fines del siglo recién pasado que intentan explicar y aun debatir sobre la naturaleza del fenómeno jurídico y particularmente sobre el rol que juega o que debería jugar la labor jurisdiccional en la conformación del derecho.

Para poner en perspectiva esta teoría comenzaremos por analizar el desarrollo que ha venido teniendo la ciencia jurídica moderna en tanto estudio del saber jurídico y de su metodología, desde su surgimiento como tal en la baja edad media y su posterior evolución con el advenimiento del renacimiento y de la modernidad.

Es en este periodo –siglos XVII y XVIII- donde la ciencia jurídica consolida la fisonomía del saber jurídico como ciencia formal, mediante el método racionalista cartesiano y la expansión del movimiento ilustrado.

Luego revisaremos los postulados de las principales escuelas formalistas europeas, como la escuela de la exégesis en Francia, la jurisprudencia de conceptos alemana y la jurisprudencia analítica en Inglaterra, las que consagrarán una visión de la función judicial como mero administrador de una justicia que les venía dada externamente a través de las leyes, cuyas normas debían aplicar mediante una operación circunscrita al desarrollo de un silogismo.

Posteriormente se describirán los intentos de la ciencia jurídica por abandonar la visión formalista del derecho, describiendo al fenómeno jurídico ya no bajo el paradigma de las ciencias naturales sino que siguiendo el modelo de las ciencias sociales o humanas.

Finalmente, ya a mediados del siglo XX surgirán en la ciencia jurídica nuevas teorías – dentro de las que se enmarca la teoría de la argumentación jurídica- que introducirán otros modelos de racionalidad para explicar el fenómeno jurídico y en particular para reivindicar el rol del juez en su función decisoria y su aporte como fuente del derecho.

Posteriormente, destacaremos algunas de las principales críticas que se le han hecho a la lógica formal en el ámbito del derecho y cuál es el verdadero rol que tendría ésta en la función decisoria, como estructura formal de la decisión y como elemento retórico en tanto legitimador del fallo por su corrección formal.

Habiendo revisado someramente el contexto en que surge el nuevo razonamiento y de la teoría de la argumentación jurídica pasaremos a conocer las principales causas del surgimiento del nuevo razonamiento jurídico, el que se vincula a la evolución de diversos factores históricos, jurídicos, filosóficos y sociológicos, entre otros.

El capítulo finaliza presentado derechamente la teoría de la argumentación jurídica, sus orígenes más inmediatos, sus objetivos y aportes en el conocimiento del fenómeno jurídico.

I. EL SURGIMIENTO DE LA CIENCIA JURIDICA MODERNA.

El desarrollo de la ciencia jurídica y del método con que se capta el conocimiento del derecho es de larga data en la historia cuyas raíces se hunden desde la Antigua Grecia hasta la Filosofía del Derecho actual. Tanto en la antigua Roma como en el derecho medieval, la subordinación del juez a la ley era más aparente que real, existiendo en la época un verdadero “derecho de juristas”, tanto por el carácter excepcional de las leyes romanas como por la aplicación del derecho y la labor desarrollada por los comentaristas y glosadores.

Con el redescubrimiento del derecho romano por la Escuela de Bolonia y el surgimiento de la ciencia jurídica, comenzó a desarrollarse un esfuerzo racionalizador en el conocimiento del derecho, en su creación y también en su aplicación. Esta racionalización del derecho se desarrolló de la mano del razonamiento dialéctico, método utilizado por la Escolástica que consistía en la división del objeto de estudio en distinciones de géneros y especies, en generalizaciones y en la definición de conceptos. A partir de allí se comenzó a desarrollar una retórica judicial que racionalizó también el proceso judicial,

terminando progresivamente con otros métodos de justicia medievales, surgiendo con ello la figura actual del jurista y de la ciencia jurídica occidental¹.

Con el advenimiento de la Modernidad se produce un desarrollo de las ciencias naturales y la ciencia jurídica europea será dominada en los siglos XVII y XVIII por el iusnaturalismo racionalista, basado en el rechazo al principio de autoridad que había predominado en la edad media, siendo reemplazado por procedimientos racionales lógicos que, según se pensaba, permitirían descubrir las leyes inmutables que rigen el orden social. Su modelo de lógica ya no era la aristotélica-tomista sino la lógica renacentista, empapada del espíritu matemático cartesiano².

A partir del siglo XVI Europa comienza a privilegiar de manera significativa el conocimiento intelectual frente al conocimiento práctico. La Retórica perdió toda influencia a partir de los Tiempos Modernos, quedando al margen del proyecto intelectual de Occidente levantado por la Modernidad.

Más adelante, los teóricos racionalistas de los siglos XVII y XVIII pretendieron elaborar un sistema de derecho justo, universal, totalmente fundado sobre principios racionales, independientes en su formulación y en su validez del medio social y cultural al que debían regir, pensamiento surgido desde que Galileo estableció la idea de que el mundo era algo así como una maquinaria con sus propias leyes, las que debían ser descubiertas y por la innegable influencia cartesiana que aporta dos grandes ideas a la cultura racional de Occidente, como la confianza en la razón omnipotente y el método científico³.

En este contexto surgirán las teorías contractualistas de Hobbes, Montesquieu y Rousseau, para quienes el derecho es posible positivarlo en mandatos generales, sea como expresión de la voluntad del soberano o de la voluntad general, permitiendo establecer las relaciones de justicia que la razón puede percibir.

Esta combinación de ideologías será tomada por la Revolución Francesa y el movimiento de la Ilustración, derivándolo a un método formalista que adoptará la ciencia jurídica del siglo XIX, sosteniendo la creencia en la existencia de un derecho racional capaz de ordenar de manera segura y permanente la conducta humana a través de la legislación. Fruto de esta creencia fue el movimiento codificador iniciado en esa época. El poder de juzgar será simplemente el de aplicar el texto de la ley a las situaciones particulares, sin recurrir a

¹ Ruiz-Tagle Vial, Pablo. *Revisión Crítica del Derecho*, edit. UNAB (1990), pp. 28-29.

² Atienza, Manuel. *Introducción al Derecho*, edit. barcanova (1991), p. 193.

³ Perelman, Chaim. *Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*, traducción de Luis Díez-Picazo, edit Civitas (1988).

interpretaciones que pusieran en peligro de deformación la voluntad del legislador⁴.

El punto sublime de esta concepción formalista del derecho se produce en Francia, de la que en gran medida proviene toda nuestra tradición y cultura jurídica, con la denominada escuela de la exégesis, la que considera implícitamente al método lógico matemático formal como el método racional por excelencia, tal como lo será en Alemania la jurisprudencia de conceptos y en Inglaterra la jurisprudencia analítica⁵. La limitada sujeción del juez a la ley pasará a ser reemplazada por una sumisión a una ley totalizadora.

I. 1. EL MÉTODO LÓGICO FORMAL: LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS. LA JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS. LA JURISPRUDENCIA ANALÍTICA.

La ciencia jurídica moderna surge en Europa a comienzos del siglo XIX y tiene sus grandes centros de desarrollo en Francia, Alemania e Inglaterra. En cada uno de estos países se desarrolló una tendencia de pensamiento jurídico que tienen en común una concepción positivista y formalista del Derecho, configurándola según las ciencias lógicas. Su labor consiste en organizar lógicamente y sistemáticamente un determinado material –las normas jurídicas- para facilitar su aplicación, donde lo que importa es que las decisiones judiciales se establezcan conforme con las normas preestablecidas, independiente de lo contingente y de aspectos sociológicos, psicológicos, éticos, entre otras variables⁶.

Este método lógico-formal surge bajo la influencia del racionalismo moderno que asimiló al derecho la idea de un sistema deductivo, basado en los modelos axiomáticos de las ciencias exactas. A continuación veremos brevemente en que consistió cada una de ellas.

I. 1. 1.- LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS:

Esta escuela se sustentó en la doctrina de separación de poderes, en donde el poder legislativo elabora el derecho y el poder judicial lo aplica tal como le viene dado. Estas restricciones, incluso a la interpretación del texto, resultaban obvias de acuerdo al orden social histórico en que surgió.

⁴ Perelman, ob.cit, p. 28.

⁵ Atienza, ob.cit, p. 197.

⁶ Ibid, p. 208.

La labor judicial bajo esta concepción pregonaba la aplicación del derecho mediante un silogismo, es decir, mediante una deducción en la cual la premisa mayor la constituía la ley, la premisa menor venía dada por los hechos y cuya conclusión necesaria representaría el fallo del caso, entendida como única solución correcta. Al formular el silogismo, el juez simplemente debía subsumir los hechos bajo los términos de la ley, siendo la aplicación del derecho algo así como un cálculo en donde la subjetividad de la persona del juez es innecesaria.

En este sistema el rol del juez es pasivo ya que no debía razonar sino que ser la boca de la racionalidad plasmada en la ley, sin tener que preocuparse por el carácter justo, razonable o aceptable de la solución propuesta, ya que la justicia se suponía inherente a la ley.

El destacado jurista argentino Eugenio Bulygin resume el contenido de la teoría del silogismo judicial en las siguientes proposiciones⁷ :

- La sentencia es una conclusión del razonamiento hecho por el juez en los considerandos.
- Las premisas de este razonamiento están dadas por las normas aplicables y los hechos del caso.
- La actividad del juez es puramente mecánica, al consistir en extraer una conclusión lógica de las premisas dadas.
- La sentencia está determinada por las normas.
- En cada caso hay una y sólo una solución correcta.

El método exegético tenía como postulado fundamental el principio de la plenitud del ordenamiento jurídico positivo: éste lo prevé todo. La norma general podía abarcar todos los casos que teóricamente podían ser comprendidos *in abstracto* en su letra. Partiendo de este postulado, el juez sólo debía razonar con la lógica formal y a través del método de la subsunción establecer una serie de ratiocinios o silogismos que conducirían a la decisión correcta en la aplicación del Derecho.

Los expositores de la escuela de la exégesis sostenían, entre otras características, la identificación del derecho con la ley, siendo ésta su única fuente; la creación del derecho corresponde exclusivamente al poder legislativo como consecuencia del principio de separación de poderes; por lo mismo, el juez es un mero aplicador de la ley, de acuerdo a un método y racionalidad contenida en ella.

⁷ Accatino Scagliotti, Daniela. *Notas sobre la aplicación de la distinción entre contextos de descubrimiento y de justificación al razonamiento judicial*, en Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, volumen XIII, Diciembre de 2002, pp. 9-23.

El normativismo legalista vino a ser el punto de llegada y desembocadura del iusnaturalismo racionalista y de la doctrina iluminista del contrato social⁸.

I. 1. 2.- LA JURISPRUDENCIA DE CONCEPTOS:

Surge a mediados del siglo XIX proveniente de la línea romanista de la escuela histórica alemana que había derivado en un formalismo conceptual.

La jurisprudencia conceptual defiende un modelo de ciencia jurídica dirigido exclusivamente a la formación de un sistema de proposiciones abstractas, cuyo objetivo era representar un determinado derecho mediante la elaboración de conceptos que permitirían deducir toda posible consecuencia jurídica, como también producir nuevos conceptos y en definitiva nuevas normas.

I. 1. 3.- LA JURISPRUDENCIA ANALÍTICA:

La jurisprudencia analítica inglesa se inicia a comienzos del siglo XIX con la obra de John Austin, pero su origen e influencia puede remontarse al nominalismo Hobbesiano y en el utilitarismo de Bentham.

Dentro de los objetivos de la jurisprudencia analítica se encuentra la elaboración de una verdadera ciencia cuyo objeto sería el estudio de las formas del derecho, mediante el análisis de una serie de conceptos jurídicos como nociones formales implícitas en todo derecho y distinciones comunes a los diversos sistemas jurídicos, los que pueden extraerse por inducción y análisis, tales como los conceptos de deber, derecho, libertad, delito, pena, etc., y no como simples generalizaciones de un derecho determinado.

La jurisprudencia analítica abrió el camino para una ciencia formal del derecho partiendo de la tesis que sólo lo general e invariable y no lo histórico y contingente puede constituirse verdaderamente en ciencia.

En conclusión, el formalismo jurídico, en cuanto concepción de la ciencia jurídica, consiste en organizar lógicamente y sistemáticamente las normas jurídicas para facilitar su aplicación. Así, la propia aplicación del derecho aparecerá también

⁸ Vallet de Goytisolo, Juan. *La metodología jurídica*, Editorial Civitas (1988), p. 349.

como una operación lógica, cuya conclusión será el resultado de una serie de procesos deductivos.

I. 2. LA REACCIÓN CONTRA EL FORMALISMO JURÍDICO.

La reacción contra el formalismo configuró un movimiento que surge en Europa cuyo mayor auge se dio en las últimas décadas del siglo XIX.

Será en Alemania, en la segunda mitad del siglo XIX, donde se producirá un giro en la ciencia del derecho, desde un positivismo conforme al método de las ciencias exactas hacia una perspectiva psicológica o si se quiere sociológica del derecho para superar los problemas que se presentaban en la aplicación de este derecho legal ideal, como la necesaria interpretación del texto, la resolución de sus antinomias, contradicciones y lagunas inherentes.

La ciencia jurídica abandonará la concepción clásica que admitía sólo el método de las ciencias naturales, la lógica y la matemática, para dar cabida a los métodos de las ciencias del espíritu o culturales, considerando al derecho como parte de ellas, orientando así una visión funcional del Derecho que se hizo dominante hacia finales del siglo XIX, entendiendo al derecho como un conjunto no sólo de normas, sino también de conceptos e instituciones jurídicas que era posible abstraer de las normas, cuya interpretación y aplicación no debía efectuarse sólo de modo lógico-formal sino también en forma lógico-teleológica, poniendo en perspectiva el fin especial de la norma o de la institución jurídica, para aprehender de esa manera la norma jurídica en conexión con la realidad.

De ella surgieron corrientes tales como el conceptualismo dogmático y la jurisprudencia de intereses y valores, puesto se entendió que el juez está siempre llamado no sólo a la aplicación del derecho sino también a su desarrollo.

Comenzó así un estudio del derecho siguiendo el método tradicional de las ciencias sociales como las encuestas, la investigación estadística, la observación del derecho comparado y el conocimiento de otras ciencias, como la economía y la Historia, cuyo objeto era el hombre y el grupo social.

Según esta concepción, el derecho no es un sistema ideal y cerrado que los jueces deben aplicar utilizando sólo métodos deductivos a partir de la interpretación de su texto, sino más bien se entendió al derecho como un medio para alcanzar ciertos fines y promover determinados valores, siendo labor del juez descubrirlos y aplicarlos para alcanzar dichos fines y valores, buscando la comprensión objetiva del sentido normativo, ya que sólo obteniendo la plena comprensión de los conceptos jurídicos podía hallarse la concordancia interna del sistema jurídico.

En la corriente conceptualista el rol del juez se limita al conocimiento, interpretación y aplicación a los casos concretos de los conceptos legales manifestados en el derecho positivo, ampliando esa base de conocimiento no sólo a las normas, sino también a otras fuentes del derecho.

Aunque sin abandonar totalmente el deductivismo como método, se excluyó la asimilación del derecho a un sistema puramente formal, pues al ser un medio para realizar un fin social, debía tomar en consideración las condiciones de su funcionamiento eficaz, pues el derecho sólo puede comprenderse en relación con el medio social en el que se aplica.

Si bien estas corrientes se mantuvieron dentro del positivismo normativista, no admitiendo que otras fuentes sobrepasen a la ley, su interpretación se hará con un criterio más sociológico, pudiendo el juez desarrollar el derecho conforme a las necesidades de la vida y admitiendo una apertura en cuanto a las denominadas lagunas legales, pues se rechazó que la ley entregara la solución para todos los casos mediante la mera aplicación mecánica de los hechos a la norma.

La reacción contra el formalismo jurídico sometió a una intensa crítica la imagen del derecho ofrecida por la ciencia jurídica decimonónica, dominante en la cultura jurídica de los estados liberales de la época. Esta crítica llevó a establecer una visión del derecho como vivo y dinámico, no formulado sólo en proposiciones normativas, surgiendo otras corrientes de pensamiento como una reacción a tanta limitación impuesta al rol de los jueces, tales como la Escuela del Derecho Libre y el Realismo Jurídico, las que harán hincapié en los elementos empíricos y pragmáticos del derecho, defendiendo la discrecionalidad del juez para crear derecho, limitado sólo por los valores dominantes en la sociedad.

Estos movimientos abrieron el camino a un mayor estudio del comportamiento de los jueces en el proceso jurisdiccional y en la elaboración de sus decisiones, cuya característica fundamental será el desplazamiento del punto de vista del derecho, desde el legislador (la ley) hacia el juez (la sentencia).

La crítica a la concepción silogística de la tarea judicial negó que ésta se tratara tanto como una teoría descriptiva del razonamiento judicial (“el razonamiento judicial es una actividad deductiva, cognoscitiva”) y como una teoría prescriptiva, es decir, como modelo de la fundamentación o motivación de las sentencias (“el razonamiento del juez *debe* consistir en un razonamiento de tipo silogístico y *debe ser* reproducido fielmente en la sentencia”).

Ambas dimensiones fueron criticadas: por una parte, que la concepción silogística pudiera constituir una correcta descripción de la actividad decisoria del juez, dada la inevitable presencia de espacios abiertos a la valoración y elección entre alternativas y criticando por otra parte el estilo deductivo de fundamentación

de las sentencias, subrayando el efecto ocultador de las razones efectivamente determinantes en las opciones enfrentadas por el juez⁹.

De acuerdo a esta crítica, venida sobretudo del ámbito del realismo, las decisiones judiciales resultaban determinadas principalmente por la reacción de los jueces ante los hechos del caso, es decir, por la definición del resultado que les parecería correcto o justo a ellos, en contraste con la imagen del silogismo judicial que sugiere que el juez comienza por tomar como premisa una regla jurídica para aplicarla luego a los hechos.

Para algunos, el factor de decisión del juez no era más que una corazonada, una intuición (teoría del palpito), es decir, un factor psicológico o de la personalidad de cada juzgador, resaltando los elementos subjetivos de la decisión. Otros basaron la decisión del juez en aspectos sociológicos, en la existencia de ciertos patrones de comportamiento comunes a la procedencia social de magistrados, unidos por un mismo tipo de educación y sujetos a una misma ideología.

II. CRITICA A LA LOGICA FORMAL EN EL DERECHO.

El sistema sostenido desde una lógica formal ha ejercido una fascinación en muchas generaciones de juristas, identificando sin más la idea de sistema jurídico con el abstracto conceptual, motivado quizás por una pretensión científicista que los hace renuentes a abandonar el sistema formal o de admitir el uso de otras formas de razonamiento -utilizadas de hecho en su labor jurisdiccional-, justificando sus fallos en una seuda deducción lógica formal¹⁰.

La objeción contra la lógica formal en verdad se dirige en contra de su abuso, ya que con la pretensión de ser lógicas, los jueces fundamentan muchas veces decisiones incorrectas partiendo de premisas falsas, rehusándose dogmáticamente a examinar apropiadamente sus premisas, ignorando que la lógica deductiva sólo suministra criterios de corrección formales pero no materiales de una decisión jurídica. En otras palabras, del punto de vista lógico-formal, se puede argumentar correctamente partiendo de premisas falsas¹¹.

Si bien la lógica es un instrumento necesario en el campo del derecho, no es suficiente ni mucho menos el único. Un argumento no lógico puede ser también un buen argumento. Un argumento puede ser correcto lógicamente, pero cuyas

⁹ Accatino, Daniela, ob. cit, p 11.

¹⁰ Larenz, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, edit. Ariel, 1994, pp. 437- 439.

¹¹ Atienza, Manuel. *Las Razones del Derecho*. Teorías de la Argumentación Jurídica, edit. Ariel (1993), p. 32.

premisas no sean relevantes ni pertinentes con lo establecido en la conclusión, constituyendo verdaderas **falacias formales**, como cuando se establecen premisas que no son atingentes con lo que se concluye o cuando se realizan razonamientos con formulaciones ambiguas, cuyo significado va variando sutilmente en el curso de dicho razonamiento¹².

Pero también existe la posibilidad de transformar una argumentación cualquiera en un silogismo, añadiéndole una o varias premisas complementarias. Esto puede llevar a una conclusión contradictoria, transformándose el debate acerca de la corrección de las premisas añadidas, por lo que la demostración del argumento puede ser sólo formalmente correcta, como ocurre cuando argumentos plausibles se presentan en el discurso de justificación como necesarios. Toda argumentación puede ser utilizada falazmente, es decir, aprovecharse de su presunción de racionalidad para encubrir los verdaderos motivos de una decisión.

Lo que en verdad proporcionarían las relaciones y operaciones lógicas a la fundamentación jurídica sería nada más (y nada menos también) que el armazón formal de la decisión, es decir, una reconstrucción racional del pensamiento, lo que no significa apoyar en ella una decisión por mera deducción, ya que el proceso de obtención de la decisión jurisdiccional incluye una pluralidad de factores difícilmente aislables unos de otros¹³.

Pero la lógica no cumple sólo el papel instrumental de estructura formal de la sentencia sino que ha funcionado también como el ropaje externo y legitimador de una decisión, independientemente de los motivos que guiaron la decisión del juez o de las razones que se explicitan, hayan sido o no las operantes en quien decide, cumpliendo así la lógica una función retórica de legitimación del discurso jurisdiccional, mediante la persuasión que produce su corrección formal, evitando la impresión de arbitrariedad del juez, como si los resultados a que se llegara fueran objetivamente necesarios, dotando a la decisión de un aura de inevitabilidad.

Sin embargo, la corrección formal de las inferencias jurídicas no garantiza por sí sola su racionalidad, ni la existencia de premisas puestas como irrefutables dan el carácter de necesaria a una conclusión jurídica ni impide otro tipo de control de la racionalidad de la decisión.

¹² Atienza, Manuel, *las razones...*, p. 33.

¹³ García Amado, Juan Antonio. *Teoría de la tónica jurídica*, edit. Civitas (1988), p. 192.

III. EL NUEVO RAZONAMIENTO JURIDICO.

La segunda mitad del siglo XX ha sido protagonista de un nuevo interés por el tema de la Metodología Jurídica, tomándose una clara conciencia de dotar a las ciencias jurídicas de un método de análisis propio y por otro lado y consecuentemente mostrando una mayor preocupación por la labor que llevan a cabo los jueces al momento de decidir respecto a un caso, surgiendo una nueva concepción del razonamiento jurídico y especialmente del judicial.

Esta tendencia hacia el acrecentamiento de los poderes de los jueces en la elaboración del derecho se enmarca dentro de un cambio global en la cultura contemporánea, que se configuró luego de las guerras mundiales, acentuada tras los regímenes totalitarios, manifestándose en una mayor preocupación por los problemas del hombre planteada por la filosofía existencialista, el desarrollo de una ética situacional y una mayor comprensión del individuo, lo que llevó al surgimiento de visiones pluridimensionales del fenómeno jurídico.

A partir de la década del '50 del siglo XX, la metodología jurídica se vuelca con especial interés a la búsqueda o al reencuentro de un modo de razonamiento jurídico que permitiera, con mayor fidelidad que el método lógico formal, describir y prescribir el procedimiento llevado a cabo por el juez en la toma de decisiones en su función jurisdiccional.

Este resurgimiento se dio a partir de una pléyade de juristas europeos quienes retomaron el estudio de los métodos de conocimiento jurídico ante las falencias que a esa altura presentaba la lógica formal como explicación de toda la ciencia del derecho y sobretodo de su aplicación.

La lógica formal dejará de ser considerada como modelo único de racionalidad, tras tomarse conciencia de los límites del formalismo y de la demostración lógica, produciéndose en la ciencia jurídica europea un reavivamiento de otros métodos de pensamiento para responder a la problemática metodológica y que fueran capaces de interpretar con sus propios principios y figuras los procedimientos que tienen lugar en la construcción de las ciencias del derecho y de la práctica jurídica, tales como la retórica (v.gr. Chaim Perelman, en Bélgica), la tópica (v.gr. Theodor Viehweg, en Alemania) y la dialéctica (v.gr. Michel Villey, en Francia) y en la década del '70 los estudios de autores de la talla de Neil MacCormick, Ronald Dworkin y Robert Alexy.

En todos los autores nombrados existe el común denominador de construir modelos de racionalidad que sirvan de guía para la toma de decisiones jurídicas, consolidando el auge de una teoría que se ha dado en llamar genéricamente como "teoría de la argumentación jurídica", que recobra para los jueces la conciencia

perdida en la edad moderna de que en sus argumentaciones no sólo emplean la lógica formal y que en muchas ocasiones se apoyan en otras formas de razonamiento¹⁴.

Comienza de esta manera un mayor estudio del razonamiento jurídico llevado a cabo por el juez y de la forma en que éste asume y fundamenta una decisión, sin que pueda considerarse satisfecho por motivar su decisión de una manera aceptable formalmente, sino que debiendo apreciar también el valor de esta decisión en términos de si le parece justa o razonable, sin descuidar la idea de justicia que tiene la sociedad en que se aplica, evitando a la vez la subjetividad y el arbitrio.

Las modernas concepciones del derecho y del razonamiento jurídico reconocen que el derecho no se basa sólo en el poder del Estado, sino también en valores extrapositivos. Incluso a positivistas acérrimos les fue imposible seguir defendiendo la tesis de que “la ley es la ley” y que el juez debía – con mayor o menor amplitud - simplemente ajustarse a ella en todo caso.

Se comenzó a aceptar también con mayor fuerza que la decisión judicial es también parte del derecho, reivindicándosele como fuente del derecho, en el sentido que una de las tareas del juez es hacer inteligible la norma, hacerla aplicable al caso concreto y también completar el derecho en ausencia de una norma general operativa.

El predominio de la lógica formal que se enseñoreó del campo del derecho hizo olvidar a los juristas que en su labor emplean, además de argumentos lógico-formales, razonamientos que no obedecen en absoluto a la estructura deductiva sino a otros esquemas de pensamiento, como la tópica y la retórica, que desde la antigüedad clásica se habían considerado especialmente idóneas para guiar las controversias jurídicas.

Así, se comenzó a utilizar en Europa por la judicatura como parte de su argumentación una mayor referencia a valores y principios que sustentan la evolución del derecho occidental, muchos de ellos positivados a través de los tratados internacionales de derechos humanos.

¹⁴ Rodríguez Mourullo, Gonzalo. *Aplicación judicial del derecho y la lógica de la argumentación jurídica*, Edit. civitas (1988), p. 14.

IV. CAUSAS DEL NUEVO RAZONAMIENTO JURIDICO.

La antigua concepción del derecho entendía un sistema jurídico coherente, claro y cerrado, en donde el juez sólo debía limitarse a encontrar mediante una operación lógico formal (por tanto científica) todos los elementos de su decisión, los que se entendían predeterminados en dicho sistema.

La superación de esa concepción del derecho en la ciencia jurídica moderna como sistema completo, lógico, deducible y coherente comienza a abandonarse debido a varios factores, entre los que cabe destacar los siguientes:

1.- Crisis de la ley: El avance en el estudio del nuevo Razonamiento Jurídico se desarrolló conjuntamente con el fenómeno de la crisis de la Ley y sus valores inmanentes de seguridad, certeza y supremacía, en que se le reconocía como única fuente válida del derecho o al menos la más importante, puesto que otras fuentes del derecho se entendían subordinadas a ésta.

Con el nuevo razonamiento se supera el fetichismo legal decimonónico, aceptándose que una ley se elabora sólo para periodos normales que el legislador ha podido prever y que se ha concebido en función de su utilidad o necesidad, por lo que tampoco es intangible, pues sólo vale para el tiempo que ha querido regular¹⁵.

Por otra parte, el exceso de legislación, creada en tiempos muy diversos y por tanto con distintas perspectivas, siempre muy sectoriales y por lo mismo muchas veces poco aplicables, se entendió que debían ser resueltas por los jueces.

En la nueva configuración del ordenamiento jurídico la ley ha perdido sus hasta ahora necesarias racionalidad, generalidad y abstracción y el juez ya no es aquella boca muerta que pronuncia las palabras de la ley (en realidad nunca lo fue), sino que interviene con su propia racionalidad para desarrollar una labor de justificación de sus decisiones, las que ya no se sustentan por ser la mera conclusión de un silogismo ficticio.

2.- Indeterminación del Derecho: El ordenamiento jurídico considerado como derecho estatal no es completo ni menos coherente, surgiendo constantemente lagunas jurídicas que hacen que el juez tenga que recurrir a la investigación de los datos de la realidad preexistente a las normas jurídicas, lo que al mismo tiempo prueba que el juez no puede considerarse como mero aplicador del derecho, ya que él mismo contribuye a elaborarlo.

¹⁵ Perelman, ob.cit, p. 106.

Se aceptó también que existen en el ordenamiento jurídico insuficiencias inherentes a un sistema basado en normas legales, tales como los conflictos de leyes, antinomias, contradicciones, aporías, vaguedad de sus términos, etc, lo que implica que para completar el sistema se le reconoce al juez la capacidad y la responsabilidad de hacer coherente dicho sistema mediante la interpretación y la integración en los casos en los que el material normativo es insuficiente¹⁶.

3.- Neoconstitucionalismo: La Constitución deja de ser un mero programa político para convertirse en derecho material efectivo, aplicable y guía de la interpretación legislativa y judicial. Se consagrarán en la Constitución derechos y principios que se entenderán de aplicación directa, surgiendo así la llamada "Justicia Constitucional", que ensancha claramente el campo de acción de los jueces, quienes deben asumir un activo rol de control de los otros poderes públicos en base a los principios, derechos y garantías previstos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, lo que aumenta consecuentemente el protagonismo de la figura del juez, al incrementar la esfera de su competencia. (v.gr: en Chile, las acciones constitucionales).

La configuración de las constituciones a partir de la inclusión de principios, unido al fenómeno de una legislación supranacional exige una acción específica del juez y una nueva visión de su rol tendiente a desarrollar técnicas de ponderación derivadas de la comprensión de esos principios como mandatos o normas dotadas de peso e importancia.

Por otra parte, el fenómeno reciente de constitucionalización del derecho común, aumenta consecuentemente el poder y la discrecionalidad de los jueces¹⁷.

4.- Mayor democratización de las instituciones: Surge con el Estado liberal una nueva actitud de los justiciables, ya no de súbdito sino de ciudadano, es decir, la de un participante en el sistema de gobierno y de sus instituciones. La sociedad actual se hace cada vez más abierta, plural, exigente y participativa¹⁸.

En el ámbito del derecho se manifiesta en la exigencia social de la legitimidad de origen del órgano decisor, es decir, de cómo se genera y establece el cuerpo de magistrados que conforma el Poder Judicial y por otra parte en la exigencia de una mayor y mejor justificación de las decisiones judiciales, más que en razones de autoridad. Se exige un respeto a la idea de justicia existente en la

¹⁶ Ansuategui Roig, Francisco Javier. *Positivismos y teorías de la argumentación jurídica*, en Revista de Ciencias Sociales N° 45, edit. Edeval (2000), p. 371.

¹⁷ Ruiz-Tagle, ob. cit, p. 44.

¹⁸ Ibid, p. 33.

sociedad, lo que se traduce en demandas de mayor pluralismo, tolerancia, respeto por las minorías, de los grupos intermedios y de la igualdad de sus derechos frente al Estado.

5.- Cambio de concepción de la función jurisdiccional: La teoría de la argumentación ha desplazado el objeto de estudio desde la legislación a la adjudicación. El juez pasa a ocupar el lugar que antes tuvo el legislador como objeto de análisis.

Lo anterior debido no sólo a las limitaciones propias de la ley sino también a un cambio de concepción respecto de ella: el ordenamiento está lleno de conceptos cuyas posibilidades de interpretación y comprensión son plurales no unívocos, en función de las perspectivas axiológicas en las que se sitúe el sujeto.

El exclusivo recurso al silogismo judicial en la nueva concepción jurídica ya no es operativo del momento que se entiende que el ordenamiento jurídico no es el puro resultado de la racionalidad del legislador y además porque la labor del juez no es concebida como de mera aplicación.

Comenzó a aceptarse que en el derecho no existe una sola racionalidad impuesta por el legislador, sino que existen tantas racionalidades como actores intervinientes en el proceso de creación, aplicación y adecuación del Derecho, siendo relevante en este proceso la racionalidad del juez.

Las teorías modernas sobre la argumentación y la aplicación judicial son una respuesta a las insuficiencias propias de las concepciones tradicionalistas de la función judicial, al haber considerado la ley como fuente y acto jurídico supremo que regulaba casi por definición todo lo que había que regular, en que el papel del juez era bastante modesto y predeterminado.

El derecho moderno no acepta el fetichismo legalista, sustituyéndola en su lugar por la razón, reconociendo y exigiendo una actuación dinámica del juez para interpretarlo y aplicarlo en cada caso.

Hoy en día la función jurisdiccional no se entiende como un proceso de simple aplicación de normas generales a casos particulares, de modo que pudiera extraerse siempre de esas normas, en combinación con los hechos del proceso, una decisión que pueda presentarse como consecuencia lógica y necesaria de tales premisas. La labor judicial no es solamente subsumir casos concretos dentro de los tipos legales para aplicarles la consecuencia jurídica mediante la sentencia.

Por otra parte, el poder judicial no se entiende subordinado u opuesto al poder legislativo sino como su complemento indispensable, que le impone una tarea no sólo jurídica sino que también política, como es la de armonizar el orden jurídico de origen legislativo, con las ideas dominantes de lo justo y equitativo en

un medio dado. Por esta razón la aplicación del derecho y el paso de la regla abstracta al caso concreto no son simples procesos deductivos, sino una adaptación constante de las disposiciones legales a los valores en conflicto en las controversias judiciales.

6.- Desmitificación del poder (disminución de la fe en las autoridades):

La decisión de los órganos públicos no se justifican sólo por su origen sino que exigen que sean racionalmente justificadas, es decir que sean al menos aceptables, permitiendo con ello una discusión y control de dichas decisiones¹⁹.

7.- El postmodernismo: El Modernismo, paradigma de la cultura occidental por siglos con el cartesianismo y el positivismo experimental comenzó a mostrar su falibilidad, surgiendo el Postmodernismo como crítica a los metarelatos, al positivismo científico y a la razón, cuyo origen es el desencantamiento por el proyecto inacabado de la modernidad.

Según Max Weber²⁰, el Estado moderno, la economía capitalista y la justicia formal representan la racionalización de la sociedad occidental moderna, cuyo paradigma es una racionalidad medio-fines. En el campo de las ciencias sociales y del derecho este cambio de paradigma se reflejaría en la actitud metodológica, ya que la exigencia de objetividad requería separar drásticamente el plano de los valores del plano del análisis funcional de los hechos.

De acuerdo con este punto de vista, el derecho es un instrumento, un medio para la realización de ciertos fines. En principio el Derecho es un sistema normativo completo y el juez una especie de máquina de subsunciones en la aplicación del derecho.

En cambio, hoy se entiende que esta separación es insostenible, ya que los valores forman parte de los hechos. La tendencia postmodernista hará primar la lógica medio-valores, en donde las decisiones judiciales deben ser no sólo racionales sino también razonables, favoreciendo dicha integración el establecimiento de espacios creativos y el desarrollo de una judicatura más eficaz²¹.

¹⁹ Aarnio, Aulis. *Lo Racional como Razonable*, Centro de Estudios Constitucionales (1991), p. 15.

²⁰ Ibid, p. 242.

²¹ Onfray Vivanco, Arturo. *El reencantamiento de la ciencia procesal*, en revista Gaceta Jurídica N° 161, edit. Jurídica Conosur (1993), pp.7-16.

V. LA TEORIA DE LA ARGUMENTACION JURIDICA.

La Teoría de la Argumentación Jurídica surge en la década del '50 del siglo XX, de la mano del resurgimiento de la razón práctica en Europa con las obras de John Rawls y Jürgen Habermas, como crítica a la insuficiencia de la Lógica Formal como único instrumento válido en la aplicación del derecho y con el fin de evidenciar los riesgos relacionados con el hecho de esconder tras la supuesta deducción fenómenos mucho más complejos.

La teoría de la Argumentación busca superar las doctrinas metodológicas de la aplicación del Derecho del siglo XIX como la Jurisprudencia de Conceptos alemana y la Escuela de la Exégesis en Francia, las que sostenían que el juez se limitaba a realizar silogismos, subsunciones y a lo sumo una interpretación formal de la ley, sin que su labor implicara valoración o creación de Derecho. Estas teorías se sustentaban en la concepción de ser el Derecho un sistema jurídico perfecto, sin lagunas, coherente y claro, en donde el juez encontraba predeterminadamente todos los elementos de su razonamiento a través del método lógico formal, para lo cual debía establecer una premisa mayor (norma), una premisa menor (los hechos), de las cuales se deducía necesariamente una conclusión (fallo).

La comprensión de la aplicación del derecho como un ejercicio silogístico eximía al jurista de ir más allá de la identificación de las premisas, de establecer los hechos y de la supuesta construcción mecánica de la conclusión, sin elecciones valorativas o políticas, a partir de una fuente formal del derecho.

En el siglo XX se aceptó que el sistema jurídico no era perfecto y que siempre cabía la posibilidad de ser interpretado, surgiendo la concepción de que el Derecho no es una colección estática de reglas, sino un cuerpo vivo y dinámico. Se aceptó también que el proceso argumentativo y racional del juez es mucho más complejo que el mero silogismo judicial, ya que tanto la premisa normativa como la fáctica son, en realidad, resultados de sendos razonamientos que pueden estructurarse en forma deductiva, pero también en forma inductiva²².

La decisión jurídica que pone fin a una disputa jurídica expresable en un enunciado normativo singular no siempre se sigue lógicamente de las formulaciones de las normas jurídicas presupuestas como vigentes.

Junto con ello se admitió que no sólo normas sino también principios u otros estándares de conducta conformaban el ordenamiento y que el juez al decidir debía interpretar, calificar y en definitiva valorar, esto es, asumir juicios de valor en el complejo proceso de resolver el asunto controvertido.

²² Atienza, *las razones...*, p. 37.

El objeto de estudio de la teoría de la argumentación jurídica son las argumentaciones que se producen en los diversos contextos jurídicos (legislativos, administrativos, judiciales), pero ha centrado básicamente su estudio en el ámbito de la aplicación del derecho que llevan a cabo los jueces, como tradicionalmente se le ha denominado a esta labor jurisdiccional.

Tras la crisis del sistema lógico formal y con el desarrollo del constitucionalismo y los cambios de paradigma en el derecho, se hace necesario un nuevo razonamiento que permita al juez fundamentar correctamente tales decisiones, al tener que pronunciarse sobre juicios de valor, puesto que tras cada decisión existen sustratos implícitos (axiológicos, ideológicos, etc.) que en definitiva demuestran que el proceso decisorio no es aséptico ni neutral.

Esta teoría sostiene que la actuación del juez no es ni puede ser un resultado de pura lógica, ya que si bien está presente en el razonamiento jurídico, nunca basta por sí sola para explicar o fundamentar la solución a la que éste llega, la que requiere de su valoración y del auxilio de determinados criterios en la búsqueda de la justicia. Frente a un caso dado, el juez debe recurrir a interpretaciones, decisiones y valoraciones, de acuerdo al estándar de conducta social exigible en un momento dado y de acuerdo a la evolución del derecho y de las concepciones culturales en donde se aplica.

Cuando el razonamiento jurídico se consideraba simple operación deductiva, la solución judicial se apreciaba únicamente con criterio de legalidad, sin ocuparse de su carácter justo, razonable o aceptable, ya que se suponía que estas propiedades estaban ínsitas en la norma y en el sistema jurídico, por tanto no era responsabilidad del juez una fundamentación en tal sentido.

Pero el sistema jurídico no es un sistema aislado del contexto cultural y social en el que se inserta. El derecho judicial se elabora con ocasión de conflictos que el juez debe arbitrar, buscándole soluciones convincentes y satisfactorias en derecho lo que exige que éstas se encuentren bien motivadas.

La teoría de la argumentación jurídica pretende, entonces, a lo menos tres objetivos:

- 1.- Determinar el modo en que los jueces fundan sus fallos y establecer *criterios de corrección* que permitan guiar sus decisiones y enjuiciarlas críticamente, es decir, que indiquen el modo en que los jueces han de escoger entre las distintas posibilidades de solución que les ofrecen las normas jurídicas de cara al caso concreto. Por esto se ha dicho que la Argumentación Jurídica forma parte de la Teoría de la Justicia pues fija criterios para obtener decisiones

judiciales justas. La exigencia es que las decisiones no sólo estén legalmente fundadas sino también racionalmente justificadas.

2.- Esta teoría pretende mostrar no únicamente como se justifican de hecho las decisiones jurídicas, sino también cómo se deberían justificar y, a la vez, *evidenciar los momentos informales*, retóricos, argumentativos que subyacen en la toma de decisiones y que la lógica formal no explica de modo satisfactorio, ya que no da cuenta de todos los elementos que se contienen en ella (psicológicos, sociológicos, voluntaristas, etc.).

3.- La teoría en comento persigue también responder a la cuestión de la fundamentación racional de las decisiones judiciales y de las *valoraciones* implícitas en la decisión judicial, sobretudo en la llamada justicia constitucional en donde es el juez quien debe determinar y dotar de contenido a garantías constitucionales protegidas que entran en conflicto entre sí, permitiendo obtener criterios de corrección de esos enunciados normativos, dentro del ordenamiento jurídico vigente.

¿Puede medirse la racionalidad de la decisión valorativa? ¿Son meras intuiciones, emociones o intereses o puede existir una lógica de los juicios de valor?; ¿es posible la justificación de las convicciones morales?; ¿es libre el juez para hacer conocer su apreciación subjetiva de lo justo y de lo injusto cualquiera que sea la inspiración que tenga y para motivar su decisión en consideraciones morales, políticas o religiosas, para así cumplir de manera satisfactoria la misión que le ha sido confiada?; ¿puede dejar de lado la ley y pretender que cumple, sin embargo, su misión de decir el derecho?.

A estas preguntas a lo largo del desarrollo histórico se han contestado de disímil manera, las que podemos agrupar en dos grandes tendencias:

1.- Por un lado los irracionalistas sostienen que cualquier juicio de valor es mera subjetividad, mera opinión, simple manifestación de la personalidad, intereses y emocionalidad del decidor.

2.- Los racionalistas, para quienes sí cabe la posibilidad que el juez pueda conocer qué decisión es la correcta o de un conocimiento objetivo de los valores, sea por intuición o por reflexión.

Los autores que sostienen la teoría de la Argumentación Jurídica concluyen que no existe una lógica específica de los juicios de valor, sino como en todo

aquello en que se trata de opiniones, cuando se discute y delibera se recurre a técnicas de argumentación. A falta de técnicas unánimemente admitidas o de criterios de objetividad, el juez debe recurrir a los razonamientos dialécticos y retóricos, como razonamientos que tratan de establecer un acuerdo sobre los valores y su aplicación, para poder considerar una decisión como equitativa o razonable. La noción de acuerdo es central cuando el objeto del debate no es la verdad de una proposición sino el valor de una decisión. Puede decirse que quien afirma un juicio de valor pretende que su afirmación es fundamentable racionalmente. Según Robert Alexy, las valoraciones del jurista no deben degenerar en juicios subjetivos o arbitrarios.

Para la teoría de la argumentación una decisión valorativa será racional no por su contenido material sino por cómo se hayan establecido dichos contenidos, es decir, por su procedimiento. El discurso práctico como actividad puede y debe ser guiada por reglas.

Para escoger entre las distintas opciones racionales no cabe preguntar cuál opción es la correcta, en rigor todas lo son dependiendo del sistema de valores a que se adscriba o se represente, sino cuál es la que posee mayor legitimidad para regir como norma jurídica o social en un momento determinado.

El juez debe justificar su valoración de los detalles y sus circunstancias del caso y de allí justificar la norma y su interpretación elegidas como la más adecuada. Obviamente el peso de las convicciones variará dependiendo tanto del juzgador como del tipo de caso al que se enfrenta (casos rutinarios o difíciles, según se verá más adelante).

En la medida que las tesis axiológicas implícitas que el juez asuma al dictar sentencia reflejen valoraciones intersubjetivas, v.gr: opinión pública, determinada orientación de la ciencia jurídica, etc., se considerará que el juez actúa imparcialmente²³.

En la actividad judicial, los jueces llevan a cabo también un razonamiento moral limitado por el derecho válido aplicable, es decir, escoge la solución que considera más justa o correcta de acuerdo a criterios de pertenencia que establece el propio ordenamiento jurídico, constituyendo lo que Robert Alexy llama una moral legalizada²⁴.

La problemática actual de la metodología jurídica es la superación del logicismo y de la visión puramente formalista y cientificista de la racionalidad, pero evitando caer en el **Decisionismo**, corriente que afirma que por no estar

²³ Petzold-Pernia, Hermann. *Sobre la interpretación Jurídica y sus límites*, en Revista de ciencias sociales N°45, p. 397.

²⁴ Oliva Ekelund, Claudio, *La teoría de la argumentación y el positivismo Jurídico*, en Revista de Ciencias Sociales N° 45, pp. 752-753.

enteramente determinada por la lógica formal la decisión jurídica es irracional al ser un acto de voluntad; o cayendo en el otro extremo opuesto, el **Determinismo**, que afirma que la lógica formal es enteramente irrelevante para la racionalidad de la decisión, ya que en el fondo son actos de autoridad.

El propósito no es desconocer la autoridad de la ley, estableciendo el temido “poder de los jueces”, sino comprender que las normas positivas son puntos de partida para discernir lo justo de lo injusto al ser el derecho mucho más amplio que la pura norma positiva, permitiendo al juez asumir su verdadero rol de autoridad más que de funcionario estatal, asumiendo consecuentemente su responsabilidad personal, social e histórica a causa de sus resoluciones.

En el capítulo siguiente ahondaremos un poco más acerca de la teoría en comento y sobre la corrección de la fundamentación de las sentencias que esta teoría plantea.

CAPITULO 2:

LA ARGUMENTACION JURIDICA DE LOS JUECES.

SUMARIO:

Consideraciones generales.

I.- De la argumentación.

II.- El Razonamiento. Tipos de razonamiento.

II.- 1.- El razonamiento teórico.

II.- 2.- El razonamiento práctico.

III.- El razonamiento judicial.

IV.- La pretensión de corrección de las decisiones judiciales.

V.- La justificación en la decisión Jurídica.

VI.- El contexto de descubrimiento y el contexto de justificación.

VII.- El discurso argumentativo en la decisión judicial.

CONSIDERACIONES GENERALES.

Este capítulo tiene por objeto determinar el campo semántico utilizado en la Teoría de la Argumentación Jurídica para establecer con precisión su ámbito de análisis, revisando conceptos tales como argumentación, razonamiento y dentro de éste haciendo una distinción de los diversos tipos de razonamiento, analizando con mayor detención dentro del razonamiento práctico el razonamiento judicial, que es el paradigma de la argumentación jurídica, considerado como el sistema jurídico que proporciona el foro más intenso para la práctica y análisis del razonamiento argumentativo.

Luego se analizará el concepto de justificación, explicando qué se entiende por una justificación racional de una decisión judicial, para lo cual se explicará dos ámbitos imprescindibles dentro de la teoría como son el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, terminología acuñada por la teoría estándar de la Argumentación jurídica para describir los momentos fundamentales ante la toma de una decisión, en donde se expondrán los principales tipos de argumentos a los que puede acceder el órgano jurisdiccional.

Finalmente, daremos una sintética mirada a los aportes que en el tema de la justificación – sobretodo externa - nos ofrece Robert Alexy, uno de los principales exponentes de la teoría argumentativa, describiendo un listado de argumentos utilizables en el discurso jurídico, de acuerdo a un discurso práctico.

I. DE LA ARGUMENTACION.

El término *argumentación* se utiliza para describir un método de pensamiento racional que consiste en el estudio del conjunto de razonamientos que sirven para apoyar o combatir una tesis, permitiendo justificar o criticar una decisión²⁵. Se designan así a los procedimientos discursivos que tienden a justificar conclusiones, obteniendo para ellas el consenso de los interlocutores²⁶.

El discurso de la argumentación persigue proveer un argumento que no pueda ser vencido, es decir, la irrefutabilidad del argumento. La argumentación no es una yuxtaposición de materiales desordenados e indefinidos, sino que presupone un ámbito bien determinado, a diferencia de la retórica, método discursivo en el cual no existe límite y todos los argumentos pueden ser acumulados exitosamente, ampliando o reduciendo el auditorio (en el sentido de la comunidad a la que se le dirige el discurso) según convenga, para lograr la adhesión a una tesis, mediante la persuasión o convencimiento del auditorio.

En cuanto al término *argumento* podemos definirla como la afirmación que se enuncia como prueba o demostración de un asunto, de tal forma que no pueda ser desvirtuada racionalmente. Un argumento es la fundamentación que motiva a reconocer la pretensión de validez de una afirmación, de una orden o de una valoración²⁷.

Argumentar consiste, entonces, en la acción de comunicar en forma ordenada las razones, más o menos irrefutables, que se tienen o a las que se ha llegado, tras un proceso de razonamiento, en miras a un auditorio externo.

El campo del Derecho proporciona un foro, sobretodo en la sentencia, para argumentar sobre las distintas visiones sobre los hechos, sobre las normas, los principios, etc., pues cualquier sentencia constituye una línea compleja de razonamiento cuyos alcances van mucho más allá de la resolución de un conflicto, puesto que además de constituir un enunciado, esto es, un acto lingüístico del discurso, constituye una de las fuentes del derecho a través de la Jurisprudencia.

La teoría estándar de la argumentación jurídica se ocupa de determinar en qué sentido o bajo qué condiciones un argumento puede considerarse justificado. Para ello distingue, por un lado, una justificación formal (argumento formalmente correcto) de la que se ocupa la lógica formal y por otro lado, una justificación

²⁵ Rodríguez Mourullo, ob. cit, p. 36.

²⁶ Rentería Díaz, Adrián. *La teoría de la argumentación y el decisionismo judicial*, en Revista de ciencias sociales N° 45, p. 572.

²⁷ Cofré Lagos, Juan Omar. *La lógica jurídica en la obra de Kalinowski*, en Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, volumen VIII, Diciembre de 1997, pp. 77- 89.

material (argumento aceptado en un campo determinado), de la que se ocupa una especie de lógica no formal, constituida por la retórica, la tópica y la dialéctica²⁸.

Este tipo de argumentos no deductivos son aquellos en los que la conclusión no se obtiene en forma necesaria sino sólo de manera preferente por su alta plausibilidad o aceptabilidad²⁹. Los argumentos de este tipo son o pueden ser también buenos argumentos, pues frecuentemente el decidor se encuentra en la necesidad de argumentar donde no es posible utilizar argumentos deductivos, máxime si esta dificultad se origina en el restringido campo del debate judicial.

II. DEL RAZONAMIENTO.

El saber racional es un patrimonio exclusivo del género humano, ya que la verdad o el conocimiento no se obtiene de forma instantánea sino a través de un procedimiento intelectual, esto es, mediante un razonamiento.

De acuerdo a Joseph Raz, se entiende por *Razón* un hecho que por sí mismo basta para imponer cierto curso de acción, siempre que no haya otros factores que lo derroten³⁰.

Por su parte, el vocablo *Razonar* describe la operación intelectual, el proceso destinado a demostrar una cosa, a persuadir, para dar base a una preferencia o decisión por el cual se llega a la convicción de que una idea o un aspecto de la realidad es correcta o incorrecta.

En general, podemos identificar dos tipos de razonamiento: un razonamiento teórico o analítico y uno práctico o dialéctico.

II. 1.- EL RAZONAMIENTO TEORICO-ANALITICO:

El Razonamiento teórico-analítico consiste en demostrar la verdad de una proposición en el campo del ser, de lo descriptivo. Se corresponde con la figura del silogismo, paradigma del pensamiento racional formal, es decir, independiente de su contenido, en el cual partiendo de premisas necesarias y verdaderas se arriba a conclusiones igualmente necesarias o verdaderas, transfiriéndose a la conclusión la propiedad de verdad de sus premisas, de haberse aplicado correctamente la subsunción.

²⁸ Atienza, *las razones...*, p. 24.

²⁹ *Ibid*, p. 37.

³⁰ Ruiz-Tagle, *ob. cit*, p. 28.

La lógica que estudia las inferencias válidas en virtud únicamente a su forma es la lógica formal, o sea, aquella parte de la lógica que examina desde el punto de vista formal las operaciones intelectuales³¹.

II. 2.- EL RAZONAMIENTO PRACTICO-DIALECTICO:

Por su parte, *el razonamiento práctico-dialéctico* es aquel que tiene por objeto la acción humana, vinculado al ámbito del deber ser en el mundo de los actos humanos, es decir, se encuentra en el campo de las ciencias prácticas, como la política, la moral y el derecho. Estas ciencias son esencialmente dialógicas, dialécticas, cuya función es justificar una acción, mostrando que la conclusión del razonador está debidamente apoyada en las premisas de las que dependió³².

El silogismo dialéctico es el que obtiene su conclusión de proposiciones simplemente probables, es decir, que tienen la apariencia de certidumbre³³. El silogismo dialéctico, propio de este razonamiento, se denomina entimema, los cuales se caracterizan por no enunciar todas las premisas, las que se tienen por conocidas o aceptadas y aquellas sobre las que se funda la conclusión sólo tienen la propiedad de ser verosímiles o plausibles, mas no verdaderas o necesarias.

El juicio arriba a resultados calificados como probables, razonables, verosímiles, plausibles, aceptables, sin que haya valores de verdad absolutos, por lo que mal podría transitar por mera inferencia esa verdad a la conclusión.

El razonamiento práctico es un ejercicio acerca del deber ser en determinadas circunstancias, por lo que el razonamiento jurídico, y dentro de éste el judicial, es una clase de razonamiento práctico porque se orienta a adoptar decisiones normativas de las que no tiene sentido preguntarse si son verdaderas o falsas, sino si están o no justificadas (sin desconocer que el razonamiento teórico de los juristas influye y juega un importante papel en las resoluciones de los jueces)³⁴. Por tanto, decidir judicialmente no es una labor de puro conocimiento objetivo, sino que por encontrarse en el ámbito de la razón práctica se trata de valorar y optar entre cursos de acción alternativos³⁵.

³¹ Perelman, ob. cit, p. 12.

³² Ruiz-Tagle, ob. cit, p. 226.

³³ Cofré, Juan Omar. *Lógica, Tópica y Retórica al servicio del Derecho*, en Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, volumen XIII, Diciembre de 2002.

³⁴ Squella Narducci, Agustín. *Sobre el razonamiento jurídico*, en Revista de ciencias sociales N° 45, p. 238.

³⁵ García Amado, Juan Antonio. *La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias*, en Revista de ciencias sociales N° 45, p. 116.

III. EL RAZONAMIENTO JUDICIAL.

El razonamiento judicial es aquel que llevan a cabo los jueces con motivo del ejercicio de la función jurisdiccional al decidir un asunto sometido a su conocimiento, debiendo discurrir para establecer y comunicar las razones en favor de su decisión. En otras palabras, es la serie ordenada de razones que el juez expone como base o fundamento de su decisión.

La estructura de la argumentación que sirve de fundamento a una decisión es muy diferente a la de un silogismo por medio del cual se pasa de unas premisas a una conclusión, ya que mientras en el silogismo ese paso es necesario, no ocurre lo mismo cuando se trata de pasar de un argumento a una decisión. **Este paso no puede ser necesario, pues si lo fuera no nos encontraríamos ante una decisión, que supone siempre la posibilidad de decidir de otra manera o de no tomar ninguna decisión.** Por su carácter práctico las decisiones judiciales pueden juzgarse de correctas o incorrectas, pero no de verdaderas o falsas.

El razonamiento jurídico es un instrumento de justificación indispensable en todos los sistemas modernos de derecho. Los razonamientos jurídicos van acompañados de incesantes controversias entre la doctrina y la jurisprudencia, lo que distingue este razonamiento del que es característico de las ciencias, tanto deductivas como humanas. Precisamente porque es siempre controvertido sólo raramente puede ser considerado un razonamiento como correcto e incorrecto, con imparcialidad.

Lo que llamamos razonamiento jurídico no sigue un esquema lineal que vaya de unas premisas únicas a una conclusión también única y necesaria. En el razonamiento del jurista hay un continuo ir y venir entre las premisas posibles y las conclusiones posibles. La elección de las premisas conlleva naturalmente la elección de la conclusión, por lo que el papel de la lógica se reduce como se ha dicho sólo a su carácter instrumental.

En referencia a lo que venimos diciendo, John Wisdom señala que el razonamiento jurídico no es ni deductivo ni inductivo, sino que se trata de un razonamiento sui generis: no es una cadena de razonamiento matemático, donde cada paso se sigue del precedente y donde cualquier error a cualquier nivel vicia lo que sigue. Más bien el razonamiento jurídico es un asunto de pesar y considerar todos los factores que variadamente cooperan en favor de una conclusión determinada y balancearlos con los factores que apoyan la conclusión contraria, llegando al final a la conclusión sobre un balance de razones, antes que por inferencias desde premisas a conclusiones. Estas razones por una conclusión son

mutuamente independientes, ofreciendo cada una un conjunto de fundamentos para ella, de modo que un error en una de ellas no deja a la conclusión sin apoyo. Esas razones – dice Wisdom - son “como las patas de una silla, no como los eslabones de una cadena”.

El razonamiento judicial posee varias peculiaridades, ya que se trata de un debate institucionalizado: la deliberación del juez se sujeta a reglas procesales previamente codificadas, se sucede en un tiempo limitado y porque dicha discusión debe zanjar la cuestión controvertida.

La práctica jurídica requiere de eficaces técnicas de argumentación, ya que en los conflictos jurídicos no cabe la abstención. Los jueces están obligados a administrar justicia, lo que equivale a decir que deben involucrarse en la contienda de las partes y declarar a una como vencedora.

En la teoría de la Argumentación Jurídica se ha privilegiado el estudio del razonamiento judicial porque los jueces deben justificar sus decisiones a través de argumentos que pueden ser criticados y evaluados por la comunidad. Los jueces están obligados no sólo a razonar en favor de lo que deciden, sino que a comunicar tales razones, a hacerlas públicas y a someterlas de ese modo a un control igualmente público.

Por tanto, los jueces deben razonar y a la vez argumentar: El juez debe dar *razones* en favor de una decisión normativa que se quiere mostrar como ajustada a derecho, pero también deben *argumentar*, en el sentido de dar razones justificatorias de sus resoluciones y fallos. En otras palabras, podemos decir que el razonamiento conduce al juez a la decisión y que la argumentación conduce al juez a la fundamentación de su decisión.

Siguiendo al profesor Squella, el juez debe explicar y justificar sus decisiones. Podría hacer menos: imponerlas, es decir, presentarlas como argumento de autoridad, o podría hacer más: probarlas, es decir, dar razones incontrarrestables, tenerlas por verdaderas³⁶.

Uno de los méritos de la teoría de la argumentación jurídica radica en devolver a los juristas la conciencia de estar utilizando otras formas de razonamiento, distintos del esquema lineal silogístico, tales como razonamientos tópicos, retóricos, aporéticos, problemáticos, argumentativos, en muchas ocasiones sin saberlo o creyendo erróneamente que son lógico-formales, lo que se ve alimentado por el hecho de que estos argumentos pueden revestirse con la apariencia de un silogismo, al presentarse deductivamente en la fundamentación.

Sin embargo la creencia errónea de que se están practicando unas determinadas reglas de pensamiento cuando en realidad se están practicando

³⁶ Squella, ob. cit, pp. 260-262.

otras resulta nociva ya que el razonamiento efectivamente aplicado queda al margen del control racional.

Enseguida veremos algunos criterios de corrección del discurso jurídico judicial que señala la teoría de la argumentación jurídica.

IV. LA PRETENSION DE CORRECCION DE LAS DECISIONES JUDICIALES.

En una decisión judicial se plantea necesariamente la pretensión de que el derecho se aplica rectamente. Según Robert Alexy, la racionalidad discursiva no puede determinar el contenido de la decisión, pero conforma la razón para su incorrección y la medida para su crítica³⁷.

Robert Alexy, uno de los principales filósofos del derecho de la actualidad cuya teoría de la argumentación jurídica es la más ampliamente difundida en los países europeos, basa y desarrolla su teoría a partir de la teoría del discurso racional de Jürgen Habermas, entendiendo a la argumentación jurídica como un caso especial del discurso práctico general y como exigencia de racionalidad de la cual depende tanto el carácter científico de la jurisprudencia como la legitimidad de las decisiones.

El componente deductivo del razonamiento cumple una función esencial como “garantía de objetividad” o como medio para asegurar el rigor, la coherencia y la claridad del razonamiento, así como la imparcialidad y seguridad, el apego al principio de legalidad y de igualdad de trato. Sin embargo, tal deducción, como hemos dicho, muchas veces sólo es la forma superficial bajo la cual subyace lo verdaderamente determinante de la decisión que es su contenido, el que viene dado por los motivos o fines que guían al razonamiento de la elección de la decisión. En otras palabras, si bien el fallo y su justificación pueden formularse de modo deductivo, ello no quiere decir que haya sido la única conclusión posible, sino sólo la preferida por el órgano jurisdiccional.

La pretensión de corrección de Alexy va más allá de ser conforme a derecho, ya que la fundamentación judicial debe satisfacer otras funciones del derecho como el **ideal de justicia inmanente en el contexto social** en el que se pronuncia, por lo que en la motivación de la sentencia el juez debe tratar de explicar racionalmente por qué se ha llegado a dicha decisión.

Así, los no participantes también deben llegar al convencimiento de que el derecho se determina con un esfuerzo serio, sincero y arduo, es decir, que

³⁷ Alexy, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales (1989), p. 317.

decisiones judiciales bien fundadas causarían una mayor **adhesión al sistema jurídico por los justiciables** y un reconocimiento del cumplimiento de los fines del derecho esperados por la sociedad toda.

Haciendo eco de esta teoría, el autor español Rafael de Asís establece 4 criterios para determinar la corrección de una decisión³⁸:

- **atención al precedente**, es decir, mantener las decisiones anteriores o justificar su cambio, para satisfacer los principios de igualdad y seguridad;
- **coherencia a futuro**, esto es, que pueda mantenerse en razonamientos posteriores de similares circunstancias;
- **aceptabilidad** o la exigencia de que la decisión sea aceptada por la comunidad jurídica a la que se dirige, lo que obliga a un examen de sus consecuencias; y
- **saturación**, es decir, poner de manifiesto todas las premisas utilizadas y elegir aquella que pueda justificarse por el mayor número de criterios interpretativos.

La relevancia de estos criterios es mayor aun en relación con enunciados jurídicos tan indeterminados como los derechos reconocidos en las constituciones, como veremos más adelante.

Los autores que sostienen la teoría de la argumentación jurídica, reconocen, además, ciertas reglas o principios fundamentales que deben ser respetados en todo discurso, como los siguientes:

Regla o principio de igualdad: “todos los casos que son como A, deben ser tratados como A”, en concordancia con los principios de universalidad y de prescriptibilidad.

Regla de la sinceridad o seriedad: si el orador se dirige a un auditorio universal, a la vez se está dirigiendo a si mismo como miembro de dicho auditorio, por tanto no puede afirmar argumentos en los que no cree o no acepta.

Regla o principio de la inercia: solo el cambio en la línea de argumentación exige fundamentación. El trato diferente de un caso igual o el abandono de la opinión general o mayoritaria debe fundamentarse.

³⁸ De Asís, Rafael. *Sobre el razonamiento jurídico correcto*, en Revista de ciencias sociales N° 45, p. 165.

Regla de la consistencia y de coherencia: Se refiere a utilizar un mismo significado a la misma expresión, debiendo fundamentarse toda afirmación o argumento nuevo que se introduzca.

Robert Alexy nos ofrece, además, ciertas reglas particulares a utilizar en el campo jurídico, como es el uso de la dogmática, de la jurisprudencia y de los métodos de interpretación:

Los argumentos dogmáticos: La dogmática contiene una serie de modelos de solución, distinciones y puntos de vista que no aparecerían si hubiera que empezar siempre de nuevo, en la medida que sintetiza el estado de comprensión alcanzado en los respectivos problemas singulares³⁹. La Dogmática cumple por tanto una función de estabilización que fija y hace reproducibles en el tiempo determinadas soluciones a cuestiones prácticas.

El enunciado dogmático que constituye la opinión dominante no requiere justificación, lo que sí debe justificarse es la afirmación de ser la opinión dominante. Esto no significa que cada enunciado dogmático aceptado deba ser estrictamente mantenido, pero excluye que sea abandonado sin más. “Las razones a favor de la nueva solución deben ser tan buenas como para justificar no sólo la nueva solución, sino también para romper con la tradición”⁴⁰. Esto es indispensable para el trabajo judicial, quienes actúan bajo la presión del tiempo.

El uso de los precedentes como argumento: Se basa en el uso del principio de la universalidad. Si bien dos casos nunca son completamente iguales, el problema se traslada a la determinación de la relevancia de dichas diferencias, proponiéndose como regla el siguiente enunciado: “Quien quiera apartarse de la línea seguida por la jurisprudencia debe argumentar”⁴¹.

La interpretación normativa: Una de las tareas más importantes en la labor decisional consiste en la fundamentación de las interpretaciones, es decir, justificar el criterio elegido para la interpretación de la norma, la que debe corresponder al llamado requisito de saturación, es decir, que el método interpretativo elegido asegure la racionalidad de su uso, al ser el argumento más completo posible. Por tanto, de seguir otra interpretación ésta debiera fundamentarse.

³⁹ Alexy, ob. cit, p. 260.

⁴⁰ Ibid, p. 256.

⁴¹ Ibid, p. 262.

Alexy propone como regla el siguiente enunciado: “Los supuestos de hecho que son semejantes desde un punto de vista jurídico deben tener las mismas consecuencias jurídicas”⁴².

El procedimiento y estructura de la justificación del discurso judicial en la sentencia, de acuerdo a la explicación de la teoría de la argumentación jurídica, es lo que pasaremos a analizar a continuación.

V. LA JUSTIFICACION EN LA DECISION JURIDICA.

Básicamente, toda sentencia consta de dos partes: el fallo y la fundamentación del fallo, por lo que se puede decir que el juez debe fallar y luego fundamentar ese fallo.

El fallo es una decisión que consiste en la emisión de una norma particular dirigida a las partes del proceso y/o a los órganos de ejecución con la que se trata de resolver un determinado conflicto jurídico.

El fallo es una decisión en el sentido de ser una elección que se asume y que se reviste de autoridad para ser cumplida, pero del punto de vista de la actividad del juzgador es una construcción intelectual en la que el juez no sólo dirime en derecho, sino que muchas veces debe resolver complejas cuestiones jurídicas, tomar partido por opciones morales, decisiones en la que se sincretizan un sinfín de haces que integran toda la personalidad y carácter del juez.

La fundamentación del fallo es la parte de la sentencia que trata de mostrar que el fallo es correcto, que trata de justificarlo⁴³.

Como ya se ha explicado, los jueces suelen actuar bajo una pretensión general de legitimidad jurídica, política y moral al justificar su decisión, insertándola dentro de un orden jurídico formado por la ley, por la dogmática y por los precedentes⁴⁴.

Justificar es la actividad que consiste en demostrar la validez de las premisas establecidas como irrefutables o correctas, aduciendo razones en favor de un enunciado.

La necesidad de fundamentar las sentencias surge de considerar que la actividad jurisdiccional no se puede reducir a una actividad de simple aplicación técnica de una norma previa que soluciona la controversia. Una decisión juiciosa

⁴² Ibid, p. 269.

⁴³ Aguiló Regla, Josep. *Teoría general de las fuentes del derecho*, edit. Ariel (2000), p. 105.

⁴⁴ Squella, ob. cit, p. 226.

que encierra una sentencia no es el resultado de un aséptico proceso científico. Por su carácter práctico, el proceso justificatorio tiene como función esencial hacerla razonable, obligando a argumentar dicha decisión.

Una decisión judicial requiere un fundamento o razón debiendo los jueces exponer las razones de sus decisiones como exigencia de que éstas no han sido arbitrarias. Una sentencia carente de justificación es el paradigma de la sentencia arbitraria. De ahí que la finalidad del principio de justificación es la eliminación de las posibles fuentes de injusticias que podrían infectar las decisiones judiciales carentes de razones suficientes⁴⁵.

Empero, el ciudadano exige cada vez más a sus tribunales sentencias motivadas, entendiendo por ello que sean justificadas racionalmente. La mera autoridad de la ley invocada dogmáticamente o recurrir a principios superiores ya no basta para juzgar la actuación de la Justicia. Los tribunales no sólo tienen que declarar vencedora a una de las partes en disputa sino que están obligados a convencer, bajo la atenta mirada de la comunidad.

Este convencimiento es un proceso esencialmente racional en el que interviene la persuasión, en el sentido que deben ofrecer argumentos racionales plausibles que actúen en el ánimo del auditorio para conformar una certeza racional subjetiva de que la cosa es así y no de otra manera⁴⁶.

Algunas razones que los autores señalan para el establecimiento de una justificación racional son las siguientes:

- Satisfacer el derecho de quienes concurren en condición de partes o interesados a una instancia de adjudicación;
- Satisfacer el interés que la comunidad tiene en conocer las razones del juez;
- Controlar que la decisión judicial no sea arbitraria;
- Proporcionar la información que las partes deben disponer para una eventual impugnación de la decisión judicial;
- Proporcionar también a los tribunales superiores la información necesaria para revisar los fallos de los inferiores y para vigilar la interpretación y aplicación del derecho que éstos hacen.
- Quien toma una decisión a sabiendas que debe motivarla, circunscribe el ámbito de posibles soluciones sólo a las racionalmente justificables.
- La motivación sirve también para que el juez reconsidere y depure sus iniciales convicciones a la luz de los argumentos racionales que debe emplear al fundar su decisión.

⁴⁵ Alchourrón, Carlos, *Sobre derecho y lógica*, en Revista Isonomía N° 13, octubre de 2000, México.

⁴⁶ Cofré, *La lógica jurídica...*, p. 78.

Desde otra perspectiva, mediante la motivación del fallo el juez pretende convencer a varios auditorios:

- A las *partes del proceso*, que son los primeros interesados en conocer las razones por las cuales se les otorgan o deniegan determinados derechos, se les condena o se les absuelve.
- Pretende conseguir la *adhesión del tribunal superior*, a fin de que éste confirme la sentencia y no la revoque.
- Aspira a convencer al *auditorio universal*, es decir, debe aspirar a que cualquier otro juez o cualquier otro ciudadano suscriban como justa su decisión⁴⁷.

Algunos autores creen que con la exigencia de la justificación se hace referencia a un ejercicio de sinceridad del juez, debiendo éste hacer explícito, casi paso a paso, todo su proceso mental hasta arribar a la decisión. Para otros basta con utilizar en la sentencia ciertas fórmulas verbales indicativas que se han realizado todas las etapas procesales.

Otros autores consideran que las decisiones judiciales surgen espontánea, intuitiva o irracionalmente desde la subjetividad del juzgador el que da luego a su fallo sólo la apariencia de razonamiento deductivo, en donde la deducción no jugaría otro papel que el de disfraz utilizado por los jueces para esconder la raíz subjetiva de sus decisiones. El juez haría primero una valoración conforme a sus convicciones morales, jurídicas, políticas, filosóficas, ideológicas, etc, para después buscar en el derecho positivo las proposiciones jurídicas que le sirvan para justificar su decisión⁴⁸.

En cuanto a la teoría de la argumentación jurídica, ella explica el proceso decisional subdividiéndolo en dos grandes ámbitos: el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, de acuerdo a la terminología acuñada originalmente por Jerzi Wróblewzky y seguida luego por Aulis Aarnio y Robert Alexy, el que se expone en el apartado siguiente.

⁴⁷ Rodríguez Mourullo, ob. cit, p. 23.

⁴⁸ Manson Terrazas, Manuel. *Derecho, argumentación y lógica*, en Revista de ciencias sociales N°45, p. 181.

VI. CONTEXTO DE DESCUBRIMIENTO Y CONTEXTO DE JUSTIFICACION.

La teoría de la argumentación jurídica describe la operación intelectual jurisdiccional en dos etapas: el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación. Para esta teoría, al razonamiento judicial se le exige, además, una doble justificación (interna y externa), para entender que una decisión está suficientemente justificada, es decir, justificada racionalmente.

La distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación permite distinguir dos niveles de análisis de las argumentaciones del órgano decisor en el proceso de toma de decisiones: uno referido a cómo los jueces toman la decisión, que bien puede ser un asunto psicológico y otro bien diferente que se refiere a cómo se fundamenta tal decisión en forma lógica y racional, dando cuenta de aquellas razones que lo llevaron a escoger una decisión o en realidad a construirla.

Por tanto, la obtención de la decisión y su fundamentación son procesos diferentes. Sin embargo, sólo intelectualmente podemos separar estos dos contextos. Como señala Robert Alexy, hay que distinguir claramente entre el proceso de descubrimiento y el proceso de justificación: mediante la justificación interna debe quedar claro qué premisas hay que justificar externamente, presupuestos que de otra manera quedarían escondidos, deben ser formulados explícitamente⁴⁹.

VI. 1.- EL CONTEXTO DE DESCUBRIMIENTO.

Es el primer gran momento del proceso decisorio. El contexto de descubrimiento corresponde al procedimiento por el cual se llega al establecimiento de una premisa mediante la formulación de las hipótesis aceptables que luego deberán justificarse. Se refiere a la forma en que una decisión o conclusión es alcanzada⁵⁰.

El contexto de descubrimiento no es un procedimiento estrictamente racional, ya que en él convergen elementos no racionales que no pueden contar como razones justificatorias, v.gr: elementos psicológicos, sociales, ideológicos, culturales y también móviles subjetivos del juzgador como los prejuicios, aspectos emocionales, etc., ya que una motivación racional exige sólo buenas razones

⁴⁹ Alexy, ob. cit, p. 221.

⁵⁰ Atienza, *las razones...*, pp. 22-23

capaces de una comunicación intersubjetiva y no la mera convicción, por legítima que ésta sea moralmente hablando.

En el contexto de descubrimiento el foco se encuentra en los criterios mediante los cuales se descubre la respuesta al problema jurídico.

VI. 2.- EL CONTEXTO DE JUSTIFICACION.

Corresponde al procedimiento por el cual se justifican las premisas o las conclusiones establecidas en el contexto de descubrimiento. Se refieren a las razones que ha dado el órgano decidor para demostrar la corrección tanto formal como material de la decisión.

El contexto de justificación asume una tarea depuradora del contexto de descubrimiento, ya que al argumentar los jueces solamente pueden apelar a razones válidas intersubjetivamente de acuerdo al orden jurídico vigente y no pueden considerar como razones objetivas de su decisión las razones morales o psicológicas que sí tienen cabida en el primer estadio del contexto de descubrimiento.

Por razones institucionales el juez debe motivar incluso contra su convicción, formada por otros elementos y apegarse a los cauces estrictamente procesales y tampoco debe hacer decir a los elementos del proceso lo que no acreditan si ellos no tienen la capacidad de transmitir ese conocimiento procesal, aunque de hecho muchas veces lo hagan, en un claro despliegue de retórica, utilizando conceptos de alta carga emotiva, como democracia, derecho natural, etc.

Así, por ejemplo ante la decisión “a los presos hay que alimentarlos”, puede que la motivación se encuentre en razones humanitarias, pero cuya justificación deberá basarse en una norma dentro del ordenamiento jurídico que permita admitir dicha decisión o elección como racional.

VI. 2. 1.- LA JUSTIFICACIÓN INTERNA O FORMAL:

Está constituida por las razones que sostienen la decisión. Se refiere a un análisis de concordancia entre las conclusiones y las premisas que la sustentan mediante un razonamiento deductivo para comprobar si la decisión se sigue lógicamente de su fundamentación, es decir, si la decisión es correcta en base a las premisas establecidas por el decidor.

Su objeto es la fundamentación de las normas jurídicas que hayan jugado el papel de premisas, lo que debe hacerse con los criterios de validez del mismo ordenamiento jurídico. Sin embargo esto no debe interpretarse como que la fundamentación jurídica consista sólo en la deducción a partir de normas. Sobre todo en los llamados casos difíciles se necesita elaborar una serie de premisas que no pueden deducirse de ninguna ley.

La exigencia de la deducción lleva precisamente a revelar la parte creativa de la aplicación del derecho: las premisas no extraídas del derecho positivo aparecen claramente en toda su extensión. En palabras de Robert Alexy, “éste es quizás el aspecto más importante de la exigencia de la justificación interna. El justificar estas premisas no extraídas directamente del derecho positivo es tarea de la justificación externa”⁵¹.

Este tipo de justificación el juez no la hace sólo desde la lógica formal sino también aplicando principios de la lógica moderna (principio de universalidad, de la coherencia, de la consistencia, etc.), admitiendo que dichos argumentos son de tipo probable.

La justificación interna no pretende reproducir el curso de las deliberaciones efectuadas de hecho por los órganos decisorios, sino tender un puente sobre el abismo existente entre la norma y la descripción del hecho, como resultado del proceso caracterizado con la metáfora del ir y volver la mirada, o de recorrer una y otra vez el camino antes de optar por la decisión.

VI. 2. 2.- LA JUSTIFICACIÓN EXTERNA O MATERIAL:

Esta subclase pretende demostrar la corrección de las premisas establecidas, que no son arbitrarias y que son suficientes para sostener la conclusión, con el fin de demostrar la racionalidad de una decisión.

Su objeto es fundamentar las premisas usadas en la justificación interna y de cómo se realizó la construcción de dichas premisas, v.gr: en base a qué criterios se utilizó un determinado enunciado normativo, qué método de interpretación se adoptó para aplicarlo a ese caso o por qué se desecharon otros.

Para realizar la justificación externa el juez cuenta dentro del sistema normativo con un arsenal de argumentos, desde la interpretación del texto legal, las fuentes formales y materiales del derecho, la dogmática, los precedentes, la doctrina, etc., todos los cuales proporcionan reglas, enunciados, conceptos o

⁵¹ Alexy, ob. cit, p. 220.

criterios en virtud de los cuales se permite arribar a decisiones racionales, a justificar valoraciones, sobretudo en aquellos casos en que no existe una formulación positiva de la norma. El juez necesita explicar la pertinencia de una norma jurídica en un caso dado, pero debe justificar mucho más rigurosamente la introducción de una premisa extrasistémica (v.gr: principios, analogía, normas morales, etc.).

Es en la justificación externa de la decisión donde los juristas pueden utilizar más argumentos retóricos o no deductivos y numerosos recursos discursivos que no son enteramente lógico-formales, como los que sólo a vía ejemplar se presentan a continuación: a contrario; a simili (analogía); a fortiori; a complementudine; a coherentia; sicológico; histórico; teleológico; económico; ab exemplo; ad absurdum; sistemático; de la naturaleza de las cosas y del legislador razonable; atención al precedente; aceptabilidad; saturación, etc.

VII. EL DISCURSO ARGUMENTATIVO EN LA DECISION JUDICIAL.

Para gozar de racionalidad, el procedimiento argumentativo decisonal debe hacerse exhaustivamente, como se supone que es todo trabajo judicial. Esto aleja los fantasmas del subjetivismo y del decisionismo por autoridad.

La argumentación jurídica debe cumplir con las reglas del discurso racional, tales como consistencia, eficiencia, sinceridad, generalización y apoyo⁵². Para escoger entre las distintas opciones racionales debe tenerse en cuenta cuál es la que posee mayor legitimación para regir como norma jurídica o la que sea capaz de obtener un mayor consenso social.

La fundamentación de la sentencia en el discurso argumentativo exige aducir las razones de lo que se afirma por cuanto el discurso es un proceso de comunicación, permitiendo consecuentemente la crítica de la decisión que en el proceso da lugar a la impugnación de dicha decisión.

La fundamentación de una regla de derecho positivo consiste en mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico. A su vez, la fundamentación de los enunciados empíricos puede ir desde los métodos de las ciencias empíricas hasta las reglas de la carga de la prueba en el proceso.

Tradicionalmente la ley ha representado la base obligatoria de la justificación, pero también generalmente ha sido la única justificación manifiesta de las decisiones judiciales. Sin embargo, en concreto se utilizan otras fuentes de información además de las leyes propiamente tales, las que actúan como

⁵² Aarnio, ob. cit, pp. 253-258.

directrices que van conformando la decisión, tales como la historia de la ley, los precedentes (en el sentido de decisiones judiciales anteriores), los principios generales del derecho y principios morales, las opiniones doctrinarias, razones prácticas, etc.⁵³.

Si bien el juez está sujeto al derecho preexistente, éste debe buscarlo en todas sus fuentes, entendiendo por éstas como el conjunto de factores o elementos que ejercen influencia en la formulación, por parte del juez, de las reglas en las que éste basa su decisión⁵⁴. Sobre el juez pesa un mayor número, variedad y densidad de fuentes jurídicas que debe aplicar y que en la mayoría de los casos determina el contenido que el juez da a su fallo.

El juez debe fallar conforme a normas, pero éstas pueden estar contenidas en varias fuentes y sólo una vez que las ubique, analice, interprete e integre estará en condiciones de referirse a ella como fundamento de su decisión, en concordancia no sólo con el caso sino también con el ordenamiento jurídico.

A su vez, el juez debe fallar con todo el ordenamiento jurídico, es decir, también con enunciados normativos que no son propiamente normas, como los conceptos, los principios y los valores, por lo que las normas no son los únicos estándares de conducta que existen en el derecho⁵⁵.

En otras palabras, el juez debe tener en cuenta al momento de fallar **otros criterios**, aparte de los meramente legales, que lo obligan a definir los hechos y las normas, al aplicar el derecho, tales como: posición de poder, dominio sobre el peligro, edad, condición, dignidad humana, proporcionalidad, entidad, etc.

Normalmente la legislación proporciona al juez un programa acerca de cómo debe actuar, pero también encuentra información en la doctrina de los juristas, en la dogmática y en otras fuentes que influyen en la conducta judicial, como las partes, los grupos políticos, los poderes fácticos, los medios de comunicación y en general, la opinión pública⁵⁶.

Sin embargo, aunque teóricamente el juez se vea influido en su decisión por otras razones no necesariamente normativas (v.gr: temor del juez al castigo por apartarse de sus deberes funcionarios, clima político, etc.), sus deliberaciones siempre deberán estar basadas objetivamente en el derecho. Con otras palabras, el juez no puede decir como justificación de una decisión, aunque psicológicamente haya sido así, que ha adoptado la decisión por temor de fallar incorrectamente,

⁵³ Ob. cit, pp. 123-132.

⁵⁴ Valle Acevedo, Aldo. *Derecho y política en las fuentes de integración judicial*, en Anuario de Filosofía jurídica y social N° 9, publicada por la sociedad chilena de filosofía jurídica y social, edit. Edeval (1991), pp. 341-354.

⁵⁵ Squella, ob. cit, p. 277.

⁵⁶ Ruiz-Tagle, ob. cit, p. 42.

sólo puede afirmar que la adoptó porque de acuerdo con los principios y reglas objetivas del sistema jurídico, ésa es la decisión correcta⁵⁷.

El derecho aplicado debe entenderse, finalmente, como la **visión del derecho del juez**, quien a la vez justifica, en su decisión, su propio sistema de creencias y valores, por lo que debe agregarse a la enumeración de factores que influyen en la decisión los aspectos psicológicos, ideológicos y éticos del titular del juicio, es decir, la influencia de su carácter, temperamento, su idea de justicia y su propia adhesión a lo que está decidiendo, toda vez que quien juzga es un ser humano, quien conciente o inadvertidamente introduce su propia cosmogonía.

Así, una actitud conservadora del agente decidor tendrá como valores cardinales la certeza, la seguridad, la previsibilidad del derecho, mientras que una actitud del juez más innovadora velará más por la eficacia del Derecho, por su adecuación y su ductilidad. En palabras del jurista finlandés Aulis Aarnio, las valoraciones dependen del sistema de valores que asume el juzgador⁵⁸.

De ahí entonces que la solución justa del litigio no sea simplemente el hecho que sea conforme a la ley, más bien es una idea previa de lo que constituirá la solución justa, razonable y aceptable lo que guiará al juez en su búsqueda de una motivación jurídicamente satisfactoria, conforme a derecho.

En conclusión, el desempeño de la función judicial requiere hoy el estudio constante de la legislación -nacional e internacional-, de la jurisprudencia y de la doctrina científica y del derecho comparado, sumadas a las cualidades personales y profesionales del criterio jurídico formado a fuerza del hábito de ejercer la jurisdicción⁵⁹.

En el capítulo siguiente intentamos profundizar en este tema respecto de la naturaleza de la labor jurisdiccional, el rol protagónico del juez en el estado de derecho y haremos alguna referencia a la polémica sobre la creación judicial del derecho.

⁵⁷ Orrego S, Cristóbal. *Vis directiva, vis coactiva. Principios, razones, argumentos y la fuerza coactiva del derecho*, en Revista de ciencias sociales N° 45, p. 337.

⁵⁸ Aarnio, ob. cit, p. 763.

⁵⁹ Castán Tobeñas, José. *Teoría de la aplicación e investigación del derecho*, edit. Reus (1947), p. 373.

CAPÍTULO 3:

LA LABOR JURISDICCIONAL DEL JUEZ.

SUMARIO:

Consideraciones Generales.

I.- El ejercicio de la función jurisdiccional.

I.- 1.- Función jurisdiccional y estado de derecho.

I.- 2.- Función jurisdiccional y jurisprudencia.

II.- El juez y la decisión.

II.- 1.- Qué hacen en el fallo.

II.- 2.- Qué dicen los jueces que hacen.

II.- 3.- La construcción del fallo y de su argumentación.

III.- La construcción de las premisas en la producción normativa judicial.

III.- 1.- El establecimiento de la premisa de hecho.

III.- 2.- El establecimiento de la premisa de derecho.

IV.- La creación del derecho en la labor jurisdiccional.

IV.- 1.- La discrecionalidad judicial.

IV.- 2.- La interpretación judicial.

IV.- 3.- La valoración judicial.

CONSIDERACIONES GENERALES.

En este capítulo analizaremos la labor judicial en el ejercicio de la jurisdicción, describiéndola como una tarea fundamental en un estado de derecho y en una sociedad democrática, no sólo por su importancia como una de las fuentes jurídicas más relevantes en la práctica judicial, - la jurisprudencia-, sino por un tema más soslayado como es su importancia política, en cuanto órgano del estado que debe desarrollar, incorporar y asegurar a la sociedad la tutela efectiva de sus derechos.

En el segundo apartado de este capítulo analizaremos más propiamente la labor jurisdiccional como actividad judicial, revisando primeramente qué hace efectivamente el juez frente a una decisión jurídica y las limitaciones a que se ve sujeto, tanto al momento del fallo como en su fundamentación.

Luego revisaremos lo que tradicionalmente se ha entendido por la labor judicial en nuestra cultura jurídica, tanto en la doctrina como la opinión que los propios jueces tienen de su trabajo.

Posteriormente, en el apartado III intentaremos prescribir una tarea ideal de aplicación del derecho, entendida ésta como construcción exhaustiva de las premisas, tanto fáctica como normativa, entendiendo la labor jurisdiccional como una labor constructiva- creativa del derecho y no como mero aplicador de la ley.

Finalmente, en el último apartado de este capítulo nos referiremos a la creación judicial del derecho analizando que puede o debe entenderse por creación judicial y cuales serían los procedimientos jurídicos que permitirían al juez realizar esta labor.

I. EL EJERCICIO DE LA FUNCION JURISDICCIONAL.

Los jueces son funcionarios públicos que tienen a su cargo la función jurisdiccional, actividad pública que consiste en la facultad para conocer y fallar los asuntos jurídicamente relevantes que se les someten en la esfera de su competencia.

El ejercicio de la jurisdicción es una de las facultades judiciales más propias del oficio de la judicatura. Los jueces arriban a sus sentencias tras una serie de decisiones parciales tomadas en el transcurso del proceso, de tal modo que la variedad de opciones no se presenta por una sola vez y al final del proceso sino en una multiplicidad de ocasiones, abriendo cada una de ellas un campo muy amplio para introducir consideraciones que si bien no operan deliberadamente en la conciencia del juez como elementos político-ideológicos, objetivamente resultan funcionales, coherentes y subordinados a una estructura social e institucional⁶⁰.

En el **sistema continental**, del cual por tradición somos tributarios, el proceso de adjudicación es altamente tecnificado, asumiendo los jueces una visión científica del derecho, por lo que su razonamiento se lleva a cabo utilizando el lenguaje jurídico-legal concebido como un conjunto de conceptos técnicos, desvinculado del lenguaje común.

La **estructura del sistema judicial** que prevalece en los países de derecho continental es de tipo jerárquica, organizada en diferentes grados de autoridad, en donde la toma de decisiones se hace en base a criterios técnicos, sometido a revisiones sucesivas⁶¹.

No obstante, hay que considerar también que la subsistencia de un orden jurídico que exija dictar fallos con sujeción a normas sustantivas depende de la conducta que asuman los jueces al respecto. Por esto, dependerá también del

⁶⁰ Valle, Aldo, ob. cit, p. 350.

⁶¹ Ruiz-Tagle, Pablo. *Análisis comparado de la función judicial*. En revista de estudios públicos Nº 39 (1990), pp.131-162.

grado de adhesión de esos jueces a esas normas y, más precisamente, de la efectiva influencia que ellas ejerzan en sus procesos de elección y decisión⁶².

En concordancia con lo anterior, la labor jurisdiccional cumple implícitamente otras funciones sociales e institucionales immanentes a su ejercicio, en un estado de derecho, como se verá a continuación.

I. 1. FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y ESTADO DE DERECHO.

Desde una concepción normativa, Ernesto Garzón Valdés señala que la función principal del poder judicial en un estado de derecho es la de **garantizar la estabilidad del sistema político**. Cada problema jurídico se desenvuelve en una estrecha relación con el marco cultural donde se encuentra. Las maneras de resolver los conflictos no son las mismas en un régimen feudal, capitalista o socialista⁶³.

En el caso del juez en regímenes democráticos requiere que cultive una firme adhesión interna a las normas básicas del sistema, debiendo adoptar para ello un paradigma material en la interpretación del sistema y no uno meramente formal⁶⁴. Así, al aumentar la percepción de un mayor grado o carácter democrático del ordenamiento jurídico, los ciudadanos apreciarán de mejor forma la protección de las garantías individuales y colectivas que el ordenamiento tiene por fin último realizar.

En consecuencia, resulta que la actividad jurisdiccional se encuentra sometida en un régimen democrático a un juicio ciudadano de carácter extrajurídico, como correlato ineludible del ejercicio de este poder estatal frente a los sujetos imperados.

En general, el poder judicial padece de una suerte de déficit democrático, al no recibir una legitimidad directa a través del ejercicio de la soberanía popular, sin embargo dicha legitimación democrática debiera buscarse – y encontrarse- en la fundamentación de sus fallos.

Este control público no puede generar repulsas a ningún magistrado en un régimen democrático representativo⁶⁵, control que se ejerce principalmente mediante la crítica a las resoluciones judiciales, por lo que el razonamiento es la mínima exigencia que una sociedad democrática formula a sus autoridades. El

⁶² Manson, Manuel, ob. cit, p. 181.

⁶³ Chaumet, Mario. *Las escuelas judiciales en la postmodernidad*, en Revista del centro de investigaciones de filosofía jurídica y filosofía social N° 24 (2000), Universidad Nacional de Rosario, pp. 11-31.

⁶⁴ Garzón Valdés, Ernesto. *El papel del Poder Judicial en la transición a la democracia*, en Revista Isonomía N° 18, Abril de 2003.

⁶⁵ Alfaro Muihead, Christian. *Contribución a la crítica de la función jurisdiccional en el estado democrático actual desde el punto de vista de la teoría normativa de Hans Kelsen*, en Anuario de filosofía jurídica y social N° 6, edit. Edeval (1988), pp. 70-71.

juez no sólo debe adoptar decisiones apegadas a la ley, sino también decisiones justas, en el sentido que estas sean razonables y aceptables para la comunidad jurídica y social.

En la sociedad contemporánea y en la perspectiva de un Estado de Derecho, el juez debe ejercer la jurisdicción en base al programa y contenido constitucional, asumiendo un papel directivo. Una función judicial activa consistirá en evitar y mejorar las ineficiencias e injusticias.

Así por ejemplo en Chile, el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política establece el deber del juez – en tanto órgano del Estado -, de ser un promotor de los derechos humanos, lo cual genera en forma positiva un criterio procedimental y material para ejercer la labor jurisdiccional, debiendo a través de ella otorgar una tutela efectiva de los derechos.

I. 2. FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y LA JURISPRUDENCIA.

La actividad jurisdiccional va generando Jurisprudencia, en el sentido de la doctrina contenida en las sentencias de los tribunales superiores, en el modo constante y reiterado en que se va aplicando el derecho.

Si bien durante la época moderna esta fuente jurídica sufrió el descrédito por emanar de los propios jueces y no del órgano soberano por antonomasia, hoy en día se puede decir con seguridad que ha ido recuperando su prestigio o al menos su operatividad.

Las decisiones judiciales sobre una determinada materia, en la medida que sean reiteradas y uniformes, van confiriendo a la jurisprudencia una eficacia y trascendencia que excede de aquella que le es más propia y específica en cuanto a decir el derecho para un cierto caso particular, no sólo por la tendencia normal a fallar de una manera semejante las situaciones similares, sino que en función del imperativo jurídico constitucional de la igualdad ante la ley y del debido proceso, en virtud del cual un tribunal no puede modificar sin una adecuada y fundamentada razón los criterios y opiniones que previamente hubiere aplicado en casos que versaron sobre la misma materia.

Lo anterior surge de la necesidad de mantener la misma razón decisoria contemplada en fallos anteriores, para mantener la certeza y seguridad jurídicas, al tiempo de mostrar que los cambios jurisprudenciales se deben producir siempre que exista motivos o razones fundamentales que la justifiquen.

Mediante la labor jurisdiccional, el tribunal va construyendo un estándar de conducta apropiado que debiera permitir saber cuando se produce una

transgresión al derecho, estándar que dependerá de las concepciones sociales imperantes y de la evolución jurídica experimentada hasta ese instante⁶⁶.

A pesar que tradicionalmente se ha hecho un claro distingo entre los sistemas jurídicos continental y del *common law*, en la actualidad existe un progresivo acercamiento entre ambos sistemas, en cuanto a la importancia creciente de la jurisprudencia en el sistema de derecho continental. Este acercamiento se ha ido produciendo a través de 3 cauces: la interpretación de las normas generales; a través de la integración del derecho y a través del control de legalidad y constitucionalidad⁶⁷.

A continuación nos referiremos al ejercicio de la función jurisdiccional más propia de los jueces como es la elaboración de la sentencia. Este tema no ha sido pacífico, ya que existen distintas percepciones respecto a esta importante labor judicial. En efecto, para un sector de la doctrina los jueces simplemente dictan sentencias, para otros, más propio del análisis que se ha venido haciendo, los jueces crean derecho, es decir, son productores de derecho a través del ejercicio de la jurisdicción.

II. EL JUEZ Y LA DECISION.

Tradicionalmente se ha dicho que en los llamados **casos simples** o rutinarios se aplica literalmente la subsunción, sin que el juez requiera realizar una labor creativa, ya que sólo debe aplicar la disposición normativa si los presupuestos son satisfechos por el caso. Sin embargo, lo que en realidad ocurre en estos casos es que el juez identifica sus propias valoraciones con las del legislador, por lo que no necesita introducir ningún valor o preferencia distinta de la contenida en la norma ni fundamentar esta valoración sino su elección de la norma.

Sin embargo, incluso en estos casos que parecen más claros cada una de las partes enfrentadas en el proceso tiene una brizna de verdad, debiendo el juez transitar entre las razones de cada cual en busca de la solución que le parezca más justa, ya que en un mismo proceso podrían recaer dos o tres fallos distintos, siendo cada uno de ellos una decisión razonable entre varias posibles sobre la cuestión debatida⁶⁸. De hecho, eso es lo que ocurre en los tribunales colegiados

⁶⁶ Figueroa, Rodolfo. *De por qué no debemos prestar tanta atención al argumento genético en la interpretación constitucional*, en Revista de ciencias sociales N° 45, p. 601.

⁶⁷ Aparisi, Angela y López, Francisco, et al. *Introducción a la teoría del derecho*, edit. tirant lo blanch (1992), pp. 332- 333.

⁶⁸ Rodríguez Mourullo, ob. cit, p. 16.

en el caso de los votos de minoría, donde en la práctica hay dos fallos sólo que uno es el que está revestido de autoridad.

Pero en los llamados **casos duros o difíciles** los jueces se encuentran con que el Derecho no ofrece una respuesta clara para justificar su decisión, Esto se relaciona con la mayor o menor problematicidad del caso que debe ser resuelto por un juez en un momento dado. En general nos referimos a conceptos o situaciones de hecho indeterminados en la norma y que deben ser resueltos por el juzgador, v.gr inviolabilidad de domicilio, ¿se puede aplicar al de un establecimiento comercial?; inviolabilidad de correspondencia, ¿se puede aplicar al correo electrónico?.

En estos casos se hace necesario introducir una mayor labor argumentativa en apoyo al razonamiento realizado. Para ello el juez debe recurrir a una mayor variedad de teorías y doctrinas jurídicas, que como fuentes del derecho se convierten en argumentos válidos que el juez esgrime ante el caso particular.

II. 1. QUÉ HACEN LOS JUECES EN EL FALLO.

Como ya se ha explicado en el capítulo II, los jueces suelen actuar bajo una pretensión general de legitimidad jurídica, política y moral al justificar su decisión, insertándola dentro de un orden jurídico formado por la ley, por la dogmática y por los precedentes⁶⁹.

Los jueces toman decisiones vinculantes para las partes interesadas en la resolución del caso. Siguiendo un esquema lógico lineal, la labor judicial en la decisión describiría los siguientes pasos:

- Selección y calificación de los hechos relevantes jurídicamente. (Premisa fáctica)
- Ponderación de la prueba.
- Localización e interpretación de las normas preexistentes al caso.
- Elección de la norma aplicable al caso.
- Fundamentación del fallo.

Sin embargo un esquema tal no da cuenta de toda la labor judicial al momento de decidir. En cada uno de los pasos descritos el juez no hace un razonamiento escalonado sino uno más complejo en el que se mezcla su percepción de los hechos, su criterio y sus conocimientos jurídicos (tanto

⁶⁹ Squella, ob. cit, p. 226.

normativos como doctrinales), por lo que al elaborar la sentencia debe velar, además, por la consistencia del discurso jurídico.

En cada paso descrito hay una valoración. Podría decirse que el fallo es una larga cadena de razonamientos valorativos, o como señala Atienza, el proceso de argumentación es reticular, graficándolo como la trama de un tejido.

En dicha labor, el juez debe decidir interpretando, integrando normas, valorando, ponderando y en definitiva construyendo y complementando el sistema jurídico, de tal manera que la presentación de la decisión en su sentencia resulte coherente con el sistema jurídico.

Lo expuesto ha llevado a que nuestra judicatura haya relegado tradicionalmente a un muy segundo plano, cuando no derechamente preterido, fuentes normativas tan trascendentes como los principios generales del derecho y la equidad.

Sin embargo, la experiencia del funcionamiento práctico de la actividad judicial demuestra que aquellas fuentes situadas al final de las reglas de interpretación, como el espíritu general de la legislación y la equidad natural, en los hechos son las primeras que considera el juez al momento de interpretar la ley, ya que contienen los criterios de unidad y fundamentación del ordenamiento jurídico en que se haya inmerso, aunque esto sólo sea admitido con carácter supletorio ante un vacío o laguna legal, caso en que resulta imperativo fallar conforme al principio y deber de inexcusabilidad.

El recurso a los principios generales, a la analogía o a la equidad, aunque no se argumente con ellos o se eviten en el discurso justificatorio oficial, son las fuentes que sustentan y que sirven de límite y control del arbitrio judicial, asegurando que su decisión esté en concordancia con todo el ordenamiento jurídico.

Sin pretender prescindir de las disposiciones legales, lo que se busca constatar es que una aplicación mecánica o una interpretación literal de la norma, puede, a la luz de las circunstancias del caso particular, terminar por conculcar la justicia misma.

Sin embargo, el ideal teórico de sentencias fundadas en consideraciones de hecho y de derecho, desarrollando los razonamientos fácticos y jurídicos tendientes a obtener su legalidad, no siempre se cumple por variadas razones. En la práctica lo que los jueces efectivamente hacen al momento de presentar el fallo

es algo bastante más limitado. El profesor Alejandro Romero señala, entre otras, las siguientes⁷⁰:

1.- Para la mayoría de nuestros jueces esta garantía tiene un contenido meramente formal, en el sentido que dicho deber se cumple cuando la sentencia contiene los requisitos formales exigidos por ley, sin hacerse cargo verdaderamente de un discurso argumentativo.

2.- El exceso trabajo de los jueces determina que en muchos casos se pronuncien fallos cuyo nivel de fundamentación es famélico, lo que muchas veces se supe recurriendo a medios puramente estéticos para ocultar dicha deficiencia, como incluir largas partes expositivas transcribiendo casi literalmente los escritos fundamentales de las partes, logrando con ello sentencias voluminosas, pero que examinadas en su contenido dejan al descubierto la falencia argumentativa. Un desarrollo tal de la parte expositiva no constituye la observancia de la garantía procesal de la motivación.

3.- Otra falta de justificación efectiva de la sentencia se observa en la concepción errónea de algunos jueces, amparados muchas veces por sendos fallos de la corte suprema, en que en aquellos procesos de ponderación menos reglada de la prueba simplemente omiten exponer las razones que los llevaron a tener por acreditados los hechos, dejando a la sentencia con una seuda fundamentación basada en fórmulas de estilo, nociva práctica judicial que impide una efectiva impugnación de la sentencia y el desconocimiento del razonamiento jurídico seguido por el sentenciador.

II. 2.- QUÉ DICEN LOS JUECES QUE HACEN.

En nuestra cultura jurídica, entendiendo por ella el conjunto de valoraciones y creencias que sobre el derecho y sus operadores se tiene, se ha dicho que la labor de los jueces es la aplicación irrestricta de la ley. Así se cumpliría con el principio de legalidad tan caro a nuestros jueces⁷¹.

Esta visión provendría del sistema continental que nos rige y que en el ámbito nacional encuentra su consagración en el título preliminar del código de

⁷⁰ Romero Seguel, Alejandro. *Las consideraciones de hecho y de derecho en la sentencia: un derecho esencial del justiciable*, en Revista chilena de derecho, volumen 27 N° 3 (2000), pp. 571-579, sección Jurisprudencia.

⁷¹ Una completa exposición acerca de nuestra cultura jurídica y sus diversos ámbitos, ver: Squella Narducci, Agustín. *Filosofía del derecho*, edit. Jurídica de Chile (2003), pp. 497- 587.

Bello, a partir del cual se ha basado toda nuestra doctrina nacional y en la cual han sido educados nuestros magistrados.

Que son meros aplicadores de la ley no es un juicio peyorativo, sino más bien un valor que han proclamado los propios jueces tanto en el foro como a la comunidad y lo plasman oficialmente a través de sus resoluciones⁷².

Esta visión de la labor del juez, a partir de lo sostenido por los propios jueces, se ve complementada y potenciada con la idea de ver al ordenamiento jurídico como un todo orgánico y funcional, ya que sería el propio sistema el que dispone de las herramientas para que el juez resuelva los eventuales conflictos de leyes y otras incorrecciones del sistema.

La percepción que tiene el poder judicial de su función pareciera ser la de realizar una actividad técnica que básicamente consistiría en hacer aplicable una norma más que en ser un productor de justicia a través de ella.

De lo dicho precedentemente se desprende que la única fuente legítima a utilizar como fundamentación de una decisión judicial en nuestro medio sería la ley y cualquier intento de recurrir a otras fuentes jurídicas, aunque sea subsidiariamente, abre una sospecha de arbitrariedad en la decisión. Por otra parte, fundamentar una decisión o una opinión en la ley implica revestirla de un argumento de autoridad, lo que se traduce en que así no se requiere dar una mayor justificación jurídica y social de lo resuelto.

Sin embargo, ampararse en la aplicación absoluta de la ley resulta en verdad un argumento retórico, ya que más que describir la función busca legitimarla y dotarla de juridicidad, inhibiendo cualquier intento de crítica de arbitrariedad y, de paso, escamotear cualquiera responsabilidad que pudieran o debieran asumir, adjudicándola inmediatamente en el órgano legislativo o ejecutivo.

II. 3. LA CONSTRUCCIÓN DEL FALLO Y DE SU ARGUMENTACIÓN.

A la luz de la teoría de la argumentación jurídica y en general de cualquier otra teoría que sostenga que la labor del juez no es de mera aplicación del derecho, se considera que el juez en el ejercicio de la jurisdicción y más propiamente al fallar un caso en realidad está aportando algo nuevo, no sólo a la

⁷² Correa Sutil, Jorge. *La cultura jurídica chilena en relación a la función judicial*, en *La cultura Jurídica de Chile*, C.P.U., Santiago (1992), pp. 75-144.

norma general, como ya parece aceptarse por casi la totalidad del pensamiento jurídico contemporáneo⁷³, sino en general al derecho en su conjunto.

Al momento de la decisión jurisdiccional, el juez debe ir realizando sendas construcciones intelectuales, produciendo información sobre el sistema normativo, sus límites y sobre la manera en que dicha decisión se ha producido.

Incluso desde una perspectiva formalista, las premisas sobre las cuales el juez sustenta el fallo son creación intelectual, toda vez que no se encuentran dadas en el ordenamiento jurídico.

La decisión es un acto de voluntad y como tal no está determinado por la lógica. Como correctamente dice Mac Cormick “decidir no es deducir”. Cosa muy distinta y muchas veces no clarificado es que el razonamiento del juez puede ser reconstruido como una inferencia deductiva⁷⁴. Como hemos visto hasta ahora, hoy se asume de modo cada vez más pacífico que el razonamiento jurídico decisorio puede tener formalmente una estructura deductiva, como pretensión de racionalidad, pero tal cosa no quiere decir que el juez no haya hecho más que deducciones, lo que implica un reduccionismo metodológico.

III. LA CONSTRUCCION DE LAS PREMISAS EN LA PRODUCCION NORMATIVA JUDICIAL.

El proceso argumentativo y de razonamiento es mucho más complejo que el esquema clásico de la aplicación del derecho como silogismo, ya que aun presentándose como tal, tanto la premisa normativa como la fáctica son resultado de sendos razonamientos que se estructuran en forma deductiva y también inductivamente. La lógica-formal sólo determina la estructura de la demostración, pero no determina la estructura de la argumentación, siendo sólo el estadio final de la argumentación, al presentarse en la sentencia como una incardinación sistemática.

Estructuralmente, entonces, la sentencia puede ser concebida como un razonamiento normativo, donde la resolución es la conclusión de este razonamiento, cuyas premisas se encuentran en los considerandos, aunque no todos los enunciados que en ella figuran sean premisas necesarias para inferir la decisión. El esquema de la sentencia no es ni debe intentar pretender ser el esquema mental recorrido por el juez al decidir.

⁷³ Recásens Siches, Luis. *Introducción al estudio del Derecho*, Edit Porrúa S.A., Argentina (1977), pp. 195 y ss.

⁷⁴ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio. *Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico*, en *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales (1991), pp. 303-326.

Que el razonamiento judicial tenga esta estructura deductiva no significa que haya operado con un esquema elemental de dos premisas. A esta altura, sería esconder en una fachada formalista evidentes momentos creativos del juzgador.

A pesar de ello, los jueces no hablan de una creación judicial del derecho, sino que mantienen el esquema en la cual el juez primeramente busca el derecho preexistente y luego lo aplica al caso, y aun no encontrando solución normativa alguna, el juez habla como si el derecho fuera un sistema sin lagunas, donde una solución para cada caso espera ser descubierta y no creada o completada. Lo anterior es una clara muestra que en la actividad jurisdiccional los jueces hacen aplicación de la retórica, en el sentido de buscar la persuasión del auditorio.

La argumentación que ofrece el juez en su sentencia en la que se ponen como premisas los hechos y las normas atinentes sería un subterfugio ex post de que se vale el juzgador para hacer como si justificara su decisión y no aparecer incumpliendo el deber de justificar sus decisiones⁷⁵.

La exigencia de la ley y del autoacordado de la forma en que se debe redactar la sentencia, sólo da cuenta de lo que hemos llamado la reconstrucción del razonamiento judicial mediante una forma silogística, pero no da cuenta en absoluto del complejo ejercicio realizado antes de elaborar formalmente dicha decisión, como es el caso de la elaboración de las premisas con las que trabajará el decisor y por otro lado de las operaciones que relacionan ambas premisas, por lo que debemos concluir que el establecimiento que se describirá es una actividad posterior, con el objeto de presentar la decisión en forma lógica y con claridad.

III.1. ESTABLECIMIENTO DE LA PREMISA MENOR, DESCRIPTIVA O JUICIO DE HECHO.

El juez debe comenzar por determinar la que será la premisa menor, que no es un dato, sino el resultado de una operación intelectual prevalentemente inductivo⁷⁶, el que debe llegar a acreditarse mediante un proceso probatorio. Dada la prueba, se entiende acreditado el hecho.

Se trata, entonces, de reconstruir los hechos efectivamente acaecidos y sus circunstancias, pero siempre como conocimiento probable, ya que los hechos deben justificarse mostrando que las pruebas disponibles la hacen probable más que cualquier hipótesis alternativa.

⁷⁵ Squella, ob. cit, p. 264.

⁷⁶ Gascón Abellán, Marina. *La racionalidad en la prueba*, en Revista de ciencias sociales N° 45, p. 611.

El juez no puede introducir una verdad que luego no esté en condiciones de justificar mediante patrones de racionalidad. Si bien debe intentarse la mayor proximidad a la verdad material (la realidad, lo efectivamente acaecido), esta premisa se construirá sólo con los hechos que resulten probados (verdad formal).

Según Rafael de Asís, el establecimiento de los hechos consta de 3 fases: presentación de los hechos por las partes, la prueba de los hechos y finalmente, la fijación de los hechos por el juzgador, ya que éstos deben ser calificados jurídicamente, puesto que no existe en los hechos un homicidio o un contrato, sino que esta calificación jurídica la determina el juez.

En opinión de Marina Gascón Abellán, este es el momento de ejercicio del poder judicial donde el juez es más soberano y donde en consecuencia puede ser más arbitrario⁷⁷, por lo que el establecimiento de esta premisa debe ser también objeto de un control racional mediante la exposición del juez de los criterios utilizados para tener por probados los hechos, con argumentos procesales como la del onus probandi, el uso de presunciones, entre otros.

III. 2. ESTABLECIMIENTO DE LA PREMISA MAYOR O JUICIO DE DERECHO.

Rafael de Asís divide esta actividad en 2 fases: la elección de la norma, en donde el juez elige el material normativo desde el cual analiza los hechos de la causa y la fijación de la norma, en donde el juez la interpreta, estableciendo su sentido y alcance.

Siguiendo a Carlos Cerda, el orden normativo se desdobra en el lenguaje en que está expresada la norma y en el sistema del que ella forma parte. En ella encontramos conceptos, descripciones, inferencias, aserciones, valores, etc., cuyo sentido y alcance es determinado por el juez.

Una norma puede emanar de distintas fuentes y es deber del juez atender a todas ellas, por tanto debe conocerlas, acceder a ellas y considerarlas al momento de fallar. En su establecimiento además la interpretará, es decir, le atribuirá un sentido y alcance a la luz del caso dado.

Además, deberá añadirle las premisas necesarias que se deriven de las circunstancias que logre determinar del caso concreto, v.gr: premisas normativas sistemáticas (leyes) y extrasistemáticas (expresas, como las consuetudinarias, normas extranjeras, principios; o entimemáticas, que no aparecen en el razonamiento por obvias y que es donde la tarea argumentativa debe desplegar su actividad y utilidad).

⁷⁷ Ibid, p. 606.

Aquí también analizará no sólo qué dice la norma, sino también la intención del legislador, su desarrollo histórico, la actualidad doctrinal, etc.

Por tanto, la construcción de esta premisa es el resultado de la actividad hermenéutica, integrativa, valorativa y creativa del juez⁷⁸.

Este desdoblamiento descrito en el establecimiento de las premisas sólo se logra en un razonamiento realizado por el juez, ya que obviamente no existe en la realidad, es decir, objetivamente. Las premisas no son elementos puros, sino que construcciones del juzgador. La realidad está condicionada por varios factores que deben ser sopesados, aquilatados por el juzgador en dicha construcción, es decir, condicionan la decisión. Carlos Cerda señala algunos de estos factores haciéndolos coincidir con los criterios interpretativos, entre otros:

- 1- Lenguaje con que se formula la norma. (interpretación literal).
- 2- Sistema al que pertenece la norma. (interpretación sistémica)
- 3- Contexto sociofuncional de creación de la norma. (por qué y para qué fue creada). (interpretación histórica).
- 4- Contexto sociofuncional de aplicación de la norma. (interpretación contextual)
- 5- Contexto situacional.(interpretación de equidad)

Considerando cada uno de estos factores, el juez debe desentrañar su significado conducente a la decisión en derecho. En otras palabras, cada uno de estos factores sirve como argumentación a lo decidido.

En el siguiente apartado se pasará a describir otro instante de la compleja labor jurisdiccional relativa a una de las más importantes tareas del juez en la construcción de su juicio y que se refiere a la actividad de completar el sistema jurídico, pero más propiamente de producir derecho, es decir, producir normas, utilizando para ello básicamente tres recursos: la discrecionalidad, la interpretación y la valoración.

⁷⁸ Cerda Fernández, Carlos. *Razón y juicio jurisdiccional*, en Revista de ciencias sociales N° 45, p. 553.

IV. LA CREACION DEL DERECHO EN LA LABOR JURISDICCIONAL.

Que el juez crea derecho es una afirmación que aun es tema de debate entre los juristas, aunque esta creación judicial del derecho se da no sólo en el sistema anglosajón sino de hecho también en el continental, aunque esto no sea declarado en voz alta en nuestra cultura jurídica.

Sin embargo como hemos visto, la idea de sistema y de coherencia del derecho, finalmente resulta ser una tarea a elaborar por el juez, quien debe a través de su labor jurisdiccional (interpretativa, integradora y valorativa), ir concordando, completando e incorporando al orden jurídico los derechos y garantías individuales y sociales, de una manera sistémica, mediante su reconocimiento y aplicación.

Esta discusión hoy en día no es patrimonio sólo de los países anglosajones, sino también de aquellos como el nuestro que siguen la tradición continental, debido a la enorme influencia legal y constitucional norteamericana.

De acuerdo a la doctrina de la separación de poderes se distinguía claramente la creación de la norma por el legislador de la labor de aplicación por el poder judicial. Sin embargo y como venimos diciendo, la labor jurisdiccional no se limita a una mera aplicación de la ley, sino que hoy es descrita como una verdadera construcción normativa.

Hart nos advierte acerca de la existencia de casos que no son completamente regulados por el derecho y donde los jueces tienen una inevitable tarea jurídico-creadora⁷⁹. Quienes se quejan que por esta vía se concede un enorme poder a los jueces, esto es, que serían los jueces los que impondrían sus concepciones a la sociedad, cabe constatar que ese poder los jueces ya lo tienen⁸⁰, pero que se limita justamente con la exigencia de la fundamentación de sus decisiones a través de argumentos pasibles de ser evaluados.

En cualquier orden jurídico habrá siempre ciertos casos jurídicamente no regulados en los cuales el derecho no da ninguna solución debido a su indeterminación. En tales casos será el juez quien ejerza su discreción jurídico-creadora del derecho para el caso.

Sin embargo, este ejercicio creador es diferente del que dispone el legislador porque se ejercen únicamente en casos particulares y en los intersticios de la norma⁸¹. En otras palabras, no es una creación *ex nihilo*.

Esto lo hacen los tribunales cuando se enfrentan con leyes desfasadas históricamente o portadoras de elementos irracionales, ya sea por mala técnica

⁷⁹ Hart, H.L.A. *Post Scriptum al concepto de derecho*, edit. UNAM (2000), p. 58.

⁸⁰ Figueroa, ob. cit, p. 602.

⁸¹ Hart, ob. cit, p. 56.

legislativa, por reformas legislativas inorgánicas, por la precipitación de su elaboración o por un acto deliberado por alcanzar un consenso entre fuerzas ideológicas contrarias.

Así, los tribunales al fallar en casos no regulados deben asegurar, a través de la argumentación que desplieguen, que dicha resolución se encuentra de acuerdo con los principios o razones básicas reconocidamente arraigadas en el derecho existente, y en esa dirección introducirán sus argumentos justificatorios, v.gr, recurriendo a principios generales implícitos, mediante la analogía, etc⁸².

Pero, ¿crean los tribunales normas jurídicas con sus sentencias, en el sentido de convertirse en reglas de validez general por las que se puedan regir casos semejantes en el futuro, como si se tratase de una ley?

Según Eugenio Bulygin, si bien la parte dispositiva del fallo puede considerarse una norma individual a la manera que nos enseña Kelsen, la creación judicial de la norma general se desprende de otra parte de la sentencia, esto es, de los considerandos que son los que fijan la norma general creada o construida y que deviene en jurisprudencia, la que, en tanto fuente del derecho, los jueces contribuyen a la creación de normas jurídicas, a la definición de conceptos jurídicos y a la construcción del sistema jurídico⁸³.

Siguiendo con Bulygin, son relativamente raros los casos en que los jueces verdaderamente crean una norma nueva, la mayoría de las veces lo que crean son **enunciados definitorios** que determinan la extensión de un concepto legal. Estas definiciones adquieren vigencia cuando son usadas en otras sentencias, pasando entonces a formar parte del ordenamiento jurídico.

La creación judicial de normas tiene que ver con el hecho que el proceso de aplicación del derecho objetivo contribuye a la formación del mismo. De aceptarse que la creación judicial es una realidad, el derecho judicial debe integrarse al ordenamiento como un modo más de producción normativa, poseyendo incluso, en determinadas circunstancias, el atributo de la generalidad inherente a la ley.

Es evidente que en un sistema de Common Law los jueces crean derecho con sus fallos. En el derecho continental, la jurisprudencia no goza del estatus de fuente del derecho como lo reviste sin equívoco alguno en el derecho anglosajón. Para tener dicha consideración se exige que dichos fallos sean reiterados en el tiempo, marcando una tendencia o "**línea jurisprudencial**", para señalar que las normas generales de origen judicial se han incorporado al ordenamiento jurídico⁸⁴.

⁸² Ibid, pp 56, 58.

⁸³ Bulygin, Eugenio. *Sentencia judicial y creación del derecho*, en Análisis lógico y derecho, Centro de Estudios Constitucionales, pp.355-369.

⁸⁴ De Angel, Ricardo. *Introducción al estudio del derecho*, edit. Universidad de Deusto, (1985), pp. 237 y ss.

Sin embargo, es inconcuso que una tendencia jurisprudencial es fuertemente vinculante para los jueces inferiores, tanto más si aquellas razones y argumentos han servido para fundamentar reiteradas y abundantes sentencias y sobretodo si –como ocurre en nuestro país- el tribunal superior es quien califica la administración de justicia de los tribunales inferiores.

Por cierto, como se ha dicho, la creación de normas generales de origen judicial no se hace ex nihilo. Generalmente la creación de normas por parte de los jueces se da mediante recursos tales como el **procedimiento analógico**, es decir, a partir de otras normas del sistema, a través del proceso **hermenéutico** o recurriendo a los **fallos de equidad** o basado en **principios generales** del derecho.

Entre los factores o causas que justifican la tarea jurídico-creadora podemos mencionar las siguientes limitaciones del texto positivo:

La norma jurídica es de textura abierta, es decir, no puede regular todas la hipótesis, por lo que el intérprete judicial tendrá que decidir invocando muchas veces premisas valorativas adicionales, v.gr: eutanasia ¿es o no homicidio?

Los “problemas de penumbra” o “situaciones crepusculares” de la norma, donde resulta discutible si una conducta está o no incluida en el contenido de la norma, lo que impone un ejercicio de racionalidad antes que de autoridad.

El derecho producido por el legislador es incompleto y corresponde al juez que lo aplica producir una regla más detallada dentro de dicho marco. En consecuencia, el juez participa en el proceso legislativo de un modo subordinado, como ejercicio de discreción.

Colisión de derechos de la misma jerarquía (v.gr: constitucional), v.gr: nudismo y culto religioso; libertad de expresión y derecho al honor. Aquí el juez debe realizar una ordenación de derechos. La adopción de un criterio de ordenación dependerá de los puntos de vista y de la escala de valores del juzgador y de los fines de las instituciones afectadas. Esta decisión del juez es un juicio valorativo antes que de hecho.

Estos criterios se hacen más relevantes en la **normativa constitucional**.

En efecto, en el ámbito constitucional nos encontramos con principios, con derechos fundamentales, donde la delimitación conceptual del contenido mismo

del derecho debe ser determinado por su aplicador, pues se trata de derechos sumamente genéricos y que pueden respaldar muchos supuestos de hecho, por lo que será el juez quien debe determinar hasta donde llega la tutela jurídica.

La interpretación constitucional es mucho más compleja ya que entran en juego un modo de entender la constitución y un modo de concebir el sistema jurídico- político por quien la interpreta.

Muchas veces resulta imposible decidir en favor de un derecho fundamental, ya que desde la Constitución no se dan situaciones descriptivas de hechos, sino que son mandatos hacia el legislador, las particulares y, en general, a todo órgano del estado, que permitan, en definitiva, otorgarle preferencia a uno u otro derecho.

Muchos conflictos normativos se producen debido a que el nuevo constitucionalismo proporciona importante contenido sustantivo, al consagrar los derechos fundamentales, en donde el juez deberá entonces ponderar para determinar su contenido.

A continuación veremos como los jueces crean derecho a través de tres vías: la discrecionalidad, la interpretación y la valoración del juez.

IV.- 1. LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL.

Las normas del derecho objetivo son siempre prima facie, es decir, son siempre derrotables como argumento al momento de su aplicación, ya que los jueces tienen que resolver diversos problemas, debiendo desplegar una intensa actividad argumentativa para justificar los criterios que utilizan para resolver las imprecisiones lingüísticas, sistemáticas, determinar dentro del universo normativo si las normas están o no derogadas, si son incompatibles, deberá explicitar los principios implícitos de una determinada institución, deberá ponderar valoraciones jurídicas en conflicto, en fin, **deberá dar la idea de coherencia del derecho**. La aplicación de las normas exige, por tanto, un discernimiento del funcionario. Y todo ello no lo hace decidiendo sin más, sino que debiendo justificar esas decisiones.

La discreción judicial se produce por la naturaleza misma del derecho, solucionando las contradicciones que pueden existir entre las normas jurídicas, supliendo sus deficiencias y vacíos, para hacerla eficaz.

Por ello el juez requiere ejercer cierta discrecionalidad cuando el sistema jurídico se manifiesta insuficiente para resolver un caso, lo que permite dar cabida a normas morales que también pasan a ser jurídicas. Tanto en esta tarea como en la de interpretación, el juez debe explicitar los argumentos que conformaron su

convicción, labor que muchas veces es preterida, apareciendo en la sentencia tan sólo el producto pero no su elaboración.

En la mayor parte de los sistemas jurídicos los jueces tienen la facultad de decidir algunos conflictos para los cuales no hay una norma claramente aplicable. El deber de los tribunales es aplicar las normas del sistema cuando éstas son regulares y obrar discrecionalmente para resolver los conflictos que no se encuentran regulados.

Generalmente se ha aceptado un tipo de discreción judicial cuando es la propia norma jurídica la que lo permite, sea en forma implícita o explícita, remitiendo al juzgador su determinación, refiriéndose en términos como: buenas costumbres, moral, orden público, imperio del Derecho, y en general mediante los llamados conceptos jurídicos indeterminados.

También se acepta la discrecionalidad en la aplicación de ciertos estándares jurídicos en donde el juez debe ponderar, es decir, aplicar su criterio, para calificar la juricidad de un supuesto de hecho, v.gr: si la actuación fue diligente, si se realizó conforme a un buen padre de familia, si se actuó o no con discernimiento, si se actuó o no de buena fe, etc.

Con todo, la discrecionalidad a la que hacemos aquí referencia es a un concepto más amplio y no sólo la determinación de los presupuestos normativos, sino a aquella utilizada permanentemente por el juez en toda su labor jurisdiccional, tanto en la conducción del proceso como en cada paso de la etapa decisoria.

IV.- 2. LA INTERPRETACION JUDICIAL.

Los positivistas del siglo XX se distanciaron de la escuela de la exégesis al considerar que los jueces al aplicar las normas jurídicas, deben escoger entre distintas opciones de solución. Comenzó a aceptarse que en el sistema jurídico siempre cabe la interpretación, en el sentido de atribución de significado a una formulación normativa y de determinación de sus consecuencias o su aplicación a los supuestos de hecho.

La interpretación es lo que permite que la práctica social en que consiste el derecho pueda presentarse en la forma más coherente posible, siendo en este sentido un intermediario entre el texto y la realidad. La eficacia de las normas depende de la interpretación que los jueces les den conforme a sus creencias, concepciones e intereses y bajo la influencia de un determinado ambiente histórico-social.

Por tanto, la interpretación es constructiva y no meramente cognoscitiva. El juez no sólo debe perseguir tomar decisiones correctas - apegadas a la ley- sino a la vez decisiones justas. En ello buscará la interpretación de la norma, pero también las razones que justifiquen su elección, por lo que la interpretación es tanto una labor cognoscitiva y también valorativa.

Este propósito guía su elección entre distintas interpretaciones posibles de la norma jurídica general, pero también puede llevarlo a apartarse de dicha norma, aunque no lo declare así abiertamente. De ahí la importancia de argumentar sobre el método de interpretación elegido, lo que se refiere a motivar la preferencia por un criterio hermenéutico y la preterición de los otros que podrían llevar a una decisión distinta, no bastando, por tanto, su pura mención o invocación.

IV.- 3. LA VALORACION JUDICIAL.

En la labor jurisdiccional el juez debe ir interpretando, imponiendo su criterio en la construcción de la decisión, pero hace algo más: VALORA, despeja incertidumbres, existiendo un constante ir y venir entre el material fáctico y el normativo. Estas valoraciones el juez la realiza muchas veces inadvertidamente, lo que no significa que no esté permanentemente ejerciendo esta facultad, inmanente a toda decisión racional.

En la actividad judicial, los jueces llevan a cabo también un razonamiento moral limitado por el derecho válido aplicable, es decir, escoge la solución que considera más justa o correcta de acuerdo a criterios de pertenencia que establece el propio ordenamiento jurídico, constituyendo lo que Robert Alexy llama una moral legalizada⁸⁵.

El juez debe justificar su valoración de los detalles y sus circunstancias del caso y de allí justificar la norma y su interpretación elegidas como la más adecuada. En la medida que las tesis axiológicas implícitas que el juez asuma al dictar sentencia reflejen valoraciones intersubjetivas, v.gr: opinión pública, determinada orientación de la ciencia jurídica, etc., se considerará que el juez actúa imparcialmente⁸⁶.

Siempre la labor jurisdiccional conlleva actos que manifiestan la creación judicial del derecho, v.gr: el juez no encuentra una interpretación, sino que la crea, la construye, introduciendo en ella buena parte de sus inclinaciones⁸⁷. El hecho de no admitirlo a viva voz se debe a que de acuerdo con el postulado weberiano de la

⁸⁵ Oliva, ob. cit, pp. 752-753.

⁸⁶ Ansuategui Roig, ob. cit, p. 397.

⁸⁷ Rentería, ob. cit, p. 578.

neutralidad valorativa, las ciencias han sido reducidas a tareas cognoscitivas, mientras que las valorativas son consideradas como algo importante pero no científico.

Si bien la jurisprudencia de los tribunales debe velar por la seguridad jurídica, un ámbito de esta seguridad es el progreso y evolución del derecho y de su adaptación a las circunstancias históricas y sociales, mediante el cual se realiza la renovación del derecho.

En nuestro país, la jurisprudencia nacional ha resistido a asumir un papel creador de derecho, autolimitándose en una medida mucho mayor que aquella que efectivamente le imponen las normas que regulan su función, en primer lugar por su concepción legalista del derecho, lo que les ha llevado a ceder a la tentación de querer buscar refugio en la literalidad de la ley, adoptándola como un medio eficaz para delegar en el legislador toda responsabilidad que derivaría eventualmente de sus fallos. Cuando se señala por los más autorizados representantes de la judicatura que a ellos sólo les compete la mera aplicación del derecho válido o existente, están señalando que la creación jurídica se realiza completamente al margen de sus propias voluntades.

Generalmente se le atribuye o reconoce al tribunal de casación -en Chile la Corte Suprema- una función correctora y uniformadora del derecho, más bien que creadora del derecho, ya que incluso este tribunal puede abandonar u optar por una línea de decisión distinta de la sostenida hasta ese momento, aunque no son pocos los ejemplos de creación jurídica por la vía jurisprudencial⁸⁸.

La tendencia en el pensamiento jurídico contemporáneo es admitir un notable margen creador al juez y aceptar que el acto de juzgar no se reduce a una actitud pasiva ante los textos legales.

Con todo, la debida cuota de prudencia se sintetiza en las palabras del profesor Miguel Reale: "hay que evitar los extremismos, pues si dañoso es el juez que anda buscando innovaciones, seducido por las últimas verdades, también lo es el que se convierte en autómatas al servicio de un fichero de decisiones de los tribunales superiores"⁸⁹.

En el siguiente capítulo examinaremos la labor jurisdiccional de nuestros tribunales superiores, a través de los fallos del denominado recurso de protección, analizando su gravitación en la justicia constitucional.

⁸⁸ Gómez Barboza, Paulina. *El hecho de la ética en el ejercicio de la función judicial*, en Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 16, edit. Edeval (1998), pp. 54 -114.

⁸⁹ Reale, Miguel. *Introducción al derecho*, Edit. Pirámide (1977),p. 130.

Intentaremos a través de este estudio práctico verificar si los conceptos hasta ahora analizados sobre la actividad jurisdiccional y la justificación de la decisión han sido o no acogidos en nuestra judicatura constitucional.

CAPÍTULO 4 :

ANÁLISIS DE LA ARGUMENTACIÓN JUDICIAL EN CHILE.

SUMARIO:

Consideraciones generales.

I.- Algunos alcances acerca de la acción de protección.

II.- Análisis de los fallos de protección.

II.- 1. Metodología decisoria ante la acción de protección.

II.- 2. Análisis crítico de los fallos.

CONSIDERACIONES GENERALES.

En este capítulo nos adentraremos derechamente a analizar la labor jurisdiccional en Chile, es decir, lo que los jueces en Chile hacen, independientemente de lo que creen que hacen.

Este análisis lo haremos a través del estudio de los fallos de la acción de protección emanados de las Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, en un periodo que comprende desde el mes de Enero a Junio de 2003, en el cual se dictaron 492 sentencias definitivas en cada instancia.

El análisis propuesto es de carácter formal, es decir, la pretensión del análisis se circunscribe a verificar el modo como nuestros jueces superiores afrontan el caso propuesto en la acción constitucional, las fuentes citadas, tipo de argumentación más recurrente, delimitación de derechos, etc., de acuerdo a lo que hemos visto en los capítulos anteriores, por lo que no se persigue criticar la solución propuesta, que bien puede ser materia de otro análisis que no se intentará acá.

Para una mejor comprensión del presente capítulo, se hará una revisión sucinta acerca de lo que en doctrina se ha dicho respecto del recurso de protección, para luego analizar, a la luz de los fallos estudiados, cómo es el tratamiento que los jueces le han dado a esta acción constitucional.

En cada uno de los puntos examinados se presentan algunas conclusiones en base a los fallos antedichos.

I. ALGUNOS ALCANCES ACERCA DE LA ACCION DE PROTECCION.

La Constitución Política del Estado ha contribuido a que nuestros tribunales de justicia profundicen en su desarrollo y fuerza expansiva en procura de tutelar de un modo eficaz las garantías del gobernado, mediante la configuración de una justicia constitucional.

La justicia constitucional es una notable innovación en la función jurídica y política de la Constitución al atribuir a los jueces la facultad de aplicar directamente los principios de que da cuenta el texto constitucional, abriendo un cauce para la creación judicial del derecho. Del punto de vista jurídico, la Carta fundamental de la nación adquiere progresivamente la condición de norma exigible ante los poderes públicos y los particulares⁹⁰.

Sin embargo, la constitución no preestablece el contenido de las normas, sino que se limita a consagrar determinados derechos y principios mínimos a ser respetados en una sociedad democrática produciendo inevitablemente tensiones en su aplicación.

De acuerdo a la constitución vigente, se le asigna a los jueces un papel más activo que en el pasado, no sólo en la esfera del ejercicio de la jurisdicción sino otorgándole incluso un acentuado y desconocido rol político para nuestra tradición.

Especialmente a partir de la segunda mitad del siglo XX y generalmente por la influencia norteamericana se ha generado una interpretación judicial constitucional en la mayoría de los países de tradición continental introduciendo al sistema tribunales constitucionales y acciones constitucionales de resguardo de sus derechos fundamentales.

Chile no ha sido la excepción. Aunque el tribunal constitucional nacional es bastante *sui generis*, al menos en su generación, a través de la creación del recurso de protección se ha pretendido introducir la interpretación judicial de la constitución, entregando a la jurisdicción común la posibilidad de resguardar directamente las garantías individuales.

Nuestros jueces – y en general es un rasgo característico de nuestra cultura jurídica- no están familiarizados con la creación de normas por la vía jurisprudencial, aunque en la práctica puedan haber actuado excepcionalmente en tal dirección. Lo anterior ha generado problemas no sólo en la falta de método, sino en la incertidumbre inherente a respuestas jurídicas más instintivas que propiamente científicas⁹¹.

⁹⁰ Cfr: Gómez Bernal, Gastón Alfonso. *Algunas consideraciones críticas sobre la jurisdicción constitucional chilena*, en *La jurisdicción constitucional chilena ante la reforma*. Cuadernos de Análisis Jurídico N° 41 (1999), ediciones de la Universidad Diego Portales.

⁹¹ Alcalde Rodríguez, Enrique. *Creación judicial de derecho y garantías constitucionales*, en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 28 N° 2 (2001), sección estudios, pp. 459-465.

Pero a partir del llamado recurso de protección introducido en nuestro ordenamiento por la constitución política de 1980 en su artículo 20, nuestra doctrina sostiene que se ha comenzado a elaborar una especie de **jurisprudencia de equidad**, asumiendo nuestros jueces una función más propia de ese otro mandato constitucional que exige del juez ser un promotor de los derechos fundamentales.

En este tipo de jurisprudencia la función jurisdiccional no puede calificarse como meramente mecánica o lógica deductiva, toda vez que los conflictos llamados a resolver exigen del decisor dotar de contenido a las normas en las cuales sustenta su fallo, actuando claramente como fuente del derecho y creador de la norma al establecer y determinar el alcance de la normativa constitucional.

El constituyente distinguió además entre lo ilegal y lo arbitrario. De esta manera -señala el profesor Fernando Dognac-, desde la más alta regla se amplió la perspectiva del juez, permitiendo que los tribunales superiores de justicia intervinieran no sólo cuando la ley era quebrantada sino que también cuando la justicia fuese pasada a llevar, extendiendo así la visión y el poder del juez. La constitución lo libera en este recurso, al menos en parte, de la tiranía de la ley⁹².

La incorporación a nuestro sistema jurídico del recurso de protección ha permitido llevar a los tribunales asuntos antes vedados. Este recurso otorga a los ciudadanos –al menos en doctrina- una acción eficaz para la defensa de las garantías reconocidas por la constitución y los tratados internacionales antes desprovista de un resguardo efectivo, cuya resolución debe hacerse acorde al mandato del artículo 5º de la CPE.

En el recurso de protección podemos subdividir dos grandes materias: una cuya protección tiende a suplir un recurso contencioso administrativo, y otro cuyo funcionamiento es más propiamente de amparo de derechos y garantías constitucionales.

La acción constitucional se conoce en primera instancia por las cortes de apelaciones y en segunda instancia la corte suprema, produciendo una especie de constitucionalización del derecho y un aumento del poder y discrecionalidad de los jueces.

⁹² Dognac Rodríguez, Fernando. Reflexiones sobre la acción de protección y su sentencia, en Revista Chilena de Derecho, volumen 28, 2001, sección estudios.

II. ANALISIS DE LOS FALLOS DE PROTECCION.

El análisis que a continuación se presenta está basado en el estudio de los fallos de protección emanados tanto de las Corte de apelaciones respectivas, como tribunal de primera instancia y de los correlativos fallos de la Corte suprema, en su rol de tribunal de segunda instancia, en un período de examen que abarcó desde Enero de 2003 hasta Junio de 2003, inclusive.

Al examinar nuestra jurisprudencia constitucional en lo que se refiere al Recurso de Protección en dicho periodo, podemos sintetizar las siguientes ideas generales que se pudieron apreciar respecto de la percepción que tienen los recurrentes acerca de esta acción constitucional:

- Los recurrentes pretenden que el Estado les solucione rápidamente situaciones de hecho que ellos consideran atentatorias a su idea de justicia.
- La Corte debe pronunciarse sobre la juridicidad o no del acto u omisión que supuestamente vulneraría el imperio del derecho y/o afectaría un derecho legítimo.
- El tribunal debe procurar, además, dar una tutela efectiva a su reclamo, adoptando de inmediato las providencias necesarias.
- El tribunal de primera instancia (cortes) es sobre la que recae mayormente el peso de la fundamentación del fallo, optando el tribunal de segunda (corte suprema) por hacer una especie de fundamentación negativa, esto es, de revisar la sentencia del a quo, mejorarla o criticarla, en definitiva, complementarla, argumentando a partir de lo ya informado por el ad quem.
- Sólo en los casos de revocación de la sentencia de primera instancia, la corte suprema se ocupa mayormente de fundamentar en forma original.
- La corte no se pronuncia sobre la naturaleza y los efectos de sus resoluciones, es decir, que se trata de una sentencia definitiva que produce todos los efectos propios de este tipo de resoluciones, aunque sólo produzca cosa juzgada formal.

El siguiente análisis se hará sobre la base de los siguientes parámetros:

- 1. Fuentes generalmente citadas en Chile.**
- 2. Nivel de argumentación en Chile.**
- 3. Nivel de tutela efectiva de los derechos constitucionales.**
- 4. Algunas orientaciones jurisprudenciales.**

II. 1.- METODOLOGÍA DECISORIA ANTE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN.

Lo veremos de cara al análisis de los recursos de protección del primer semestre de 2003. Sin embargo, independientemente de ello y a la luz de lo que se ha venido exponiendo en este trabajo, nuestros jueces debieran satisfacer en su sentencia los siguientes aspectos:

1. Describir claramente las situaciones de hecho, tanto lo que señala el recurrente como de lo que eventualmente exponga el recurrido, ya que al ser esta acción de carácter unilateral puede prescindirse del informe de este último.
2. Delimitar el concepto y definir los derechos en juego, es decir, definir si se está ante alguna de las hipótesis descritas en la normativa constitucional, v.gr: si lo solicitado se refiere a un derecho fundamental o no.
3. Resolver el asunto controvertido, acogiendo o desestimando su recurso, pero entregando a la vez la información necesaria respecto del debate propuesto, debiendo delimitar o dotar de contenido a los derechos en juego
4. Realizar la debida fundamentación del fallo, estableciendo claramente las premisas en las que se basa la sentencia, en las que se describa el análisis jurídico realizado.
5. Fundamentar la elección de esas premisas, es decir, normas invocadas, labor hermenéutica seguida, aplicación de analogía, etc.
6. Ordenar, si procediere, -independientemente de lo resuelto-, las providencias necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

De esta manera, se estaría satisfaciendo en la fundamentación del fallo una justificación de la decisión tanto interna como externa, de acuerdo a lo explicado en el capítulo II de este trabajo, generando así un verdadero debate constitucional respecto a la debida promoción de los derechos fundamentales y de la búsqueda de justicia, como legítimas aspiraciones de una sociedad civil en un momento histórico determinado.

II. 2.- ANALISIS CRITICO DE LOS FALLOS.

II. 2. 1. FUENTES CITADAS EN LA FUNDAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL.

LA CONSTITUCION:

En el análisis de los fallos se puede apreciar un precario despliegue de fuentes para tratar los diversos temas propuestos. En efecto, el análisis del tribunal de primera instancia si bien recoge los diversos tipos de derechos constitucionales que se creen conculcados, éste sólo los presenta formalmente en la sentencia haciendo alusión al numeral del artículo 19 de la CPE en la que se encuentra consagrado, pero sin realizar un examen de fondo de estos derechos y por tanto sin definir que se entenderá por la vulneración de tal o cual derecho.

En cuanto a la Corte suprema, ésta realiza un examen de los derechos constitucionales mucho más restringido, ya que circunscribe generalmente el catálogo de derechos sobre que se pide pronunciarse a uno o dos derechos, circunscribiendo la discusión generalmente al numeral 24 del artículo 19 de la CPE, esto es, la protección del derecho de propiedad.

Es por vía de este derecho –el derecho de propiedad y más propiamente el derecho que se tiene sobre cosas incorporales-, que se acogen o rechazan muchos recursos de protección propuestos, aunque no haya sido invocado por el recurrente.

Por vía de ejemplo, cuando se reclama argumentando por el derecho a la vida (19 N° 1), el derecho a la salud (19 N° 9), el derecho a la educación (19 N° 10), a la libertad de trabajo (19 N° 16), entre otros, la corte acoge o rechaza la acción de acuerdo a si se ha afectado o se pudiere afectar el patrimonio del recurrente, desechando de esta forma una argumentación acerca del derecho a la vida, la salud, la intimidad u otro.

A modo de ilustración, interesante resulta el caso contra una Isapre por negar la cobertura internacional del afiliado, en donde el tribunal de primera instancia señala, entre otros fundamentos, que la Constitución es de mayor jerarquía que las leyes, citando al artículo 19 N° 1 (derecho a la vida), en concordancia con el artículo 6° del Pacto internacional de derechos civiles y políticos y con el artículo 4° de la Convención americana de Derechos Humanos⁹³. Sin embargo la corte suprema conociendo en segunda instancia circunscribe el problema al derecho de propiedad (19 N° 24) y en cuanto al derecho a la salud (19 N° 9), lo circunscribe al derecho de opción entre sistema público y privado⁹⁴.

⁹³ Rol N° 4299-02 (C. ap. de Stgo).

⁹⁴ Rol N° 4509-02 (C. Suprema).

Otro ejemplo: cuando se reclama por la destitución de un cargo obtenido mediante un concurso público, la discusión nuevamente se circunscribe al derecho de propiedad que recae sobre dicha designación, en vez de analizar la conculcación de otros derechos más atingentes a la controversia y de los cuales se esperaba un pronunciamiento más laxo del tribunal.

Sin embargo, también existen fallos, los menos en todo caso, en que el órgano judicial ha argumentado con otros derechos constitucionales, como se puede apreciar en causa rol N°1109-03, en donde la corte suprema señala que al dictarse un decreto invalidatorio por parte de la Contraloría de un concurso de nombramiento se conculcó el artículo 19 N° 2 de la Constitución al establecer el órgano administrativo una diferencia arbitraria.

En otro fallo la misma corte suprema esgrime como conculcados el respeto y protección a la vida privada, a su reputación y el derecho a la propia imagen, basados en el artículo 19 N° 4⁹⁵.

Ejemplo de otras citas constitucionales: artículos 6-7 de la CPE y en general haciendo alusión a las bases de la institucionalidad⁹⁶.

NORMAS DE RANGO LEGAL:

Es la fuente más utilizada en ambas instancias, invocándose generalmente leyes orgánicas o de atribución de facultades de los órganos de la administración del Estado. v.gr: ley N° 18.933 en el caso de Isapres; ley N° 10.336 (contraloría); código del trabajo y D.F.L N° 2 / 1967 (contra inspección del trabajo).

JURISPRUDENCIA:

Esta fuente se suele invocar para remitirse a los criterios seguidos por la Corte Suprema, generalmente para desestimar un recurso, sea por cuestiones formales (v.gr: plazo) o por cuestiones de fondo (v.gr: materias contractuales)⁹⁷.

Cuando la materia en debate lo amerita se cita y generalmente se sigue la jurisprudencia administrativa, es decir una interpretación administrativa de la ley⁹⁸.

COSTUMBRE:

En ninguna de las causas revisadas se hizo referencia a esta fuente del derecho.

⁹⁵ Rol N° 655-03 (C. Suprema).

⁹⁶ Rol N° 2775-02 (C. ap. de Stgo); Rol N° 660-03 (C. Suprema).

⁹⁷ Rol N° 1520-02 (C. ap. de Concepción); Rol N° 3134-02 (C. ap. de Concepción)

⁹⁸ Rol N° 1731-03 (C. Suprema); Rol N° 1109-03 (C. Suprema); Rol N° 739-03 (C. ap de Stgo); Rol N° 375-03 (C. Suprema).

FUENTES SUPLETORIAS:

Los tribunales de primera instancia tienden a exponer como parte de su razonamiento ciertos principios que se consideran consustanciales a la norma legal, tales como el principio de la buena fe, de la certeza jurídica, de la función social del trabajo, de la seguridad de las relaciones jurídicas, entre otros.

En cuanto a la doctrina, no se hace mucha referencia a ella como fuente. Excepcionalmente ha sido citada la teoría de los derechos adquiridos, v.gr en causa rol N° 1109-03 de la corte suprema. En referencia al alcance de los vocablos ilegalidad y arbitrariedad se ha citado también al profesor Eduardo Soto Kloss⁹⁹.

En ninguno de los casos se hizo mención expresa a la equidad. Sin embargo se puede ver un ejercicio de ésta en revocaciones parciales de sentencias, eximiendo al perdedor de las costas¹⁰⁰, o disminuyendo multas impuestas¹⁰¹.

En conclusión, el tribunal de primera instancia acoge formalmente la petición de los derechos constitucionales. La corte suprema tiende a restringirlos o circunscribirlo a un derecho menos controvertido como es el derecho de propiedad¹⁰².

III. 2. 2. NIVEL Y TIPO DE ARGUMENTACIÓN.

En cuanto a las cortes de apelaciones, éstas realizan un mejor y mayor análisis del caso propuesto a discusión jurisdiccional, tanto en el examen fáctico como del normativo que el que lleva a cabo la Corte Suprema. A continuación revisaremos los principales aspectos sobre los que el tribunal de primera instancia y algunas veces el de segunda, realizan en el fallo.

SOBRE LOS HECHOS:

Se ha podido apreciar que generalmente el fallo de primera instancia hace una relación exhaustiva de los hechos planteados por el recurrente, citando las normas constitucionales que éste cree conculcadas. Luego se ocupa de los descargos que generalmente presenta el recurrido, informando su visión de los

⁹⁹ Rol N° 2780-02 (C. ap de Concepción).

¹⁰⁰ Rol N° 4319-02 (C. Suprema); Rol N° 415-03 (C. Suprema).

¹⁰¹ Rol N° 4550-02 (C. Suprema).

¹⁰² Rol N° 1448-03 (C. Suprema); Rol N° 2107-03 (C. Suprema); 1691-03 (C. Suprema); Rol N° 1958-03 (C. Suprema); Rol N° 1960-03 (C. Suprema); Rol N° 1402-03 (C. Suprema), Rol N° 1755-03 (C. Suprema).

hechos, para luego en los considerandos establecer los hechos que no han sido controvertidos por las partes.

La corte suprema, sea que confirme o revoque, generalmente da por reproducido la parte expositiva del fallo de primera instancia, por tanto acepta los hechos como le vienen dados, en una actitud más de tribunal de casación que de una verdadera segunda instancia.

NATURALEZA DEL RECURSO:

En base a dicha relación el tribunal de primera instancia describe sucintamente la naturaleza de la acción de protección, describiendo la acción constitucional como *“un recurso especial de carácter constitucional y urgente (sic), en virtud del cual la actividad jurisdiccional es la de procurar el mantenimiento del status quo”*¹⁰³. También se la describe como *“una acción cautelar destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes”*¹⁰⁴. Incluso se la describe como *“un procedimiento constitucional excepcional”*¹⁰⁵. También se ha señalado que *“no es un sustituto procesal de otras acciones judiciales ordinarias”*¹⁰⁶, por tanto en materias de lato conocimiento debe recurrirse a la sede ordinaria. Así lo ha declarado la corte de apelaciones de santiago, conociendo un recurso de protección en la que señala que *“el contenido y alcance de la discusión no es pertinente en sede constitucional pues no es idóneo para obtener declaraciones o constituir situaciones jurídicas emanadas de contratos o convenciones. De contrario, trastocaría el ordenamiento jurídico procesal, máxime si dicha discusión se encuentra radicada en otras sedes jurisdiccionales”*¹⁰⁷, sentencia confirmada por la corte suprema.

Sin embargo, la propia corte suprema ha desandado sus pasos en esta materia. En efecto, en una causa contra una aseguradora, confirmando el fallo de primera instancia, la corte suprema ordena el pago de un siniestro, a pesar de la alegación de la recurrida la que citando jurisprudencia de la propia corte manifestaba que el recurso de protección no es el medio idóneo para materias contractuales cuyo era el caso, habiendo incluso un proceso arbitral pendiente. Aun así la corte suprema señaló que *“por mucho que la sentencia de protección*

¹⁰³ Rol N° 4586-02 (C. ap. de Stgo).

¹⁰⁴ Rol N° 4793-02 (C. Suprema); Rol N° 2129-03 (C. Suprema).

¹⁰⁵ Rol N° 6349-03 (C. ap. de Stgo).

¹⁰⁶ Rol N° 3453-02, Rol N° 1853-03 (C. Suprema); Rol N° 1269-03, amparo económico (C. Suprema); Rol N° 1448-03 (C. Suprema).

¹⁰⁷ Rol N° 4142-02 (C. ap. de Stgo), confirmada en segunda instancia en Rol N° 1204-03 (C. Suprema).

sea cosa juzgada formal, nada impide su cumplimiento o los jueces habrían hablado sólo por hablar"¹⁰⁸.

REQUISITOS DEL RECURSO:

Siguiendo el orden descrito, la primera instancia menciona los requisitos que la Constitución le exige para que prospere el recurso, tales como la existencia de un acto u omisión, que éste hecho sea arbitrario o ilegal; que se hayan vulnerado alguno de los derechos que la constitución protege, agregando que éstos *deben ser indubitados, evidentes y no disputados* y en algunos casos agrega como requisito "*que la corte esté en condiciones de amparar el derecho que se estima conculcado*"¹⁰⁹.

En base a esa caracterización la corte procede a analizar los hechos descritos, para su posterior declaración de ser o no arbitrarios o ilegales.

Sin embargo y adelantando algunas conclusiones el examen realizado en verdad es de derecho estricto, ya que no pasa de hacerse un examen de legalidad del acto u omisión denunciado, al parecer en base al siguiente esquema mental:

- Si el acto es ilegal, también es arbitrario.
- Si el acto es legal, no es o no puede ser arbitrario.

Por su parte, el examen de la corte suprema es más acotado aun, ya que aparte del examen realizado en primera instancia, realiza un exhaustivo examen de admisibilidad formal del recurso respecto del plazo de 15 días para deducirlo, pasado el cual es declarado extemporáneo, no acogiendo el recurso. Incluso ha llegado a casos extremos de declarar inadmisibles el recurso de apelación concedido porque a juicio de la mayoría carece de los fundamentos de hecho y de peticiones concretas exigidas por el autoacordado¹¹⁰.

Este rigor convierte al recurso de protección en la práctica en un recurso de derecho estricto, que incluso sobrepasa el prurito legalista de nuestros jueces, ya que ni siquiera se basa en una norma legal, sino en la norma del autoacordado en la que ellos mismos fijaron requisitos y tan estricto plazo.

Sin embargo el problema no radica tanto en lo exiguo del plazo que ya a fuerza de ser aplicado tan estrictamente, los recurrentes debieran aprender a interponerlos en la oportunidad correspondiente. El problema sumamente grave radica en la incertidumbre que existe para contar dicho plazo. Por más que la corte

¹⁰⁸ Rol N° 4263-02 (C. Suprema).

¹⁰⁹ Rol N° 7186-02 (C. Ap. de Stgo); Rol N° 1247-03 (C. Suprema); Rol N° 1962-03 (C. Suprema); Rol N° 1615-03 (C. Suprema); Rol N° 1365-03 (C. Suprema); Rol N° 3484-02 (C. ap. de Concepción); Rol N° 3632-02 (C. ap. de concepción).

¹¹⁰ Rol N° 1695-03 (C. Suprema); Rol N° 1088-03 (C. Suprema); Rol N° 4300-02 (C. ap. de Stgo); Rol N° 2270-03 (C. Suprema).

suprema se esfuerce en señalar que se trata de fijar un plazo objetivo “desde que aconteció el acto o la omisión” lo cierto es que el plazo es bastante incierto¹¹¹.

Así, si se plantea el recurso en su carácter contencioso-administrativo y el recurrente ha tramitado todas las instancias ante el organismo correspondiente (v.gr: contraloría, superintendencia, inspección del trabajo, municipalidad, etc.), resulta que el recurso es desechado ya que generalmente se cuenta desde las primeras noticias que el recurrente tuvo del acto ilegal o arbitrario, argumentando que el recurso no es incompatible con otros procedimientos.

Esta dinámica de aplicación del derecho ha llevado a declarar extemporáneos y consecuentemente a desechar importantes hechos atentatorios de derechos constitucionales, evitando de esta manera el órgano jurisdiccional pronunciarse sobre el debate constitucional propuesto.

Debido a lo mismo, el nivel de producción jurídica respecto de los temas de fondo de los más altos tribunales del país –respecto del recurso de protección- es bastante desalentador.

Tanto es así que la mayoría de los recurrentes busca el amparo jurídico argumentando con el derecho de propiedad, sabiendo que tendrá una mejor acogida que si se aventura a citar otras normas más acordes con los derechos realmente conculcados.

Por su parte, generalmente el recurrido se excepciona solicitando que el recurso se declare extemporáneo, señalando una fecha de origen de los hechos anterior a la que el recurrente postuló, sabiendo que las probabilidades de éxito serán mayores que si intenta derechamente una defensa de fondo.

EN CUANTO AL EXAMEN DE LEGALIDAD.

El examen de legalidad realizada en sede jurisdiccional dista bastante de la evolución que a esta altura debiera tener el recurso de protección.

En efecto, como se señaló al referirnos a las fuentes citadas, generalmente ésta corresponde a una fuente legal que reseñe las atribuciones del organismo cuestionado.

Incluso se admiten actos conforme a los reglamentos para considerarlos legales, sin analizar la juridicidad, legalidad o arbitrariedad de éstos¹¹².

Cuando se hace el examen de la ley es básicamente gramatical¹¹³.

¹¹¹ Rol N° 1691-03 (C. Suprema); Rol N° 1403-03 (C. Suprema); Rol N° 1410-03 (C. Suprema).

¹¹² Rol N° 1776-03 (C. Suprema).

¹¹³ Rol N° 1960-03 (C. Suprema); Rol N° 1574-03 (C. Suprema).

EN CUANTO A LA ARBITRARIEDAD.

Generalmente este término es definido en los fallos de protección estudiados, como el que se realiza por el mero capricho. Esta definición como se puede apreciar es bastante restrictiva, ya que muy pocos supuestos de hecho caben en dicha definición.

Sin embargo, existen algunos fallos en que el órgano jurisdiccional ha ampliado tal conceptualización para acoger el recurso. Así, por ejemplo, se ha fallado por la corte suprema señalándose como arbitrario un acto por ser contrario a la razón¹¹⁴, por esgrimir una excusa inadmisibles¹¹⁵ o por no contener los fundamentos necesarios¹¹⁶.

En conclusión, a nuestro parecer, una acción de rango constitucional debiera partir por un **examen de juridicidad** del acto u omisión, esto es, poner en la balanza el hecho cuestionado y el ordenamiento jurídico por otro, sopesando los valores que subyacen y que trascienden a un mero análisis legal gramatical de la norma.

Si a esto se le agrega que a juicio de nuestros juzgadores si el acto tiene el mínimo amparo legal ya no es arbitrario ya que no está basado en el mero capricho sino en una atribución del organismo cuestionado, llegamos a la conclusión que el recurso de protección, tan valorado en la doctrina como acción fundamental que casi habría dado un vuelco en 180 grados a nuestra tradición jurídica, la verdad es que en la práctica éste dista bastante de ello, ya que por la vía de los formalismos denunciados se escamotea toda discusión acerca del efectivo sentido y alcance de los derechos y garantías constitucionales que se ven o se creen amagados.

Desde la percepción de este trabajo, es altísimo el grado de frustración de quien intenta un recurso de protección que se ve desestimado por dudosos rigorismos, inaceptables en una acción que permite y ordena al juez a una tutela mayor de los derechos.

Ese grado de frustración finalmente se expande a toda la comunidad, la que percibe que la autotutela tiene mayor eficacia protectora que un proceso, por rápido y cautelar que se haya pensado, si quienes tienen el deber de aplicarlos y según se ha venido diciendo, quienes tienen el deber de construir una justicia constitucional más efectiva, democrática, imponiendo principios jurídicos ya largamente afianzados en otras latitudes e incorporados a nuestro ordenamiento

¹¹⁴ Rol N° 1402-03 (C. Suprema).

¹¹⁵ Rol N° 1574-03 (C. Suprema).

¹¹⁶ Rol N° 2089-03 (C. Suprema).

como el respeto por la dignidad humana, finalmente se ven amagados al concluir que en Chile el plazo es más importante que cualquier derecho.

EN CUANTO A LA FORMA:

En primera instancia es mayor el desarrollo argumentativo que en el tribunal de segunda instancia, quien se encarga de hacer una especie de argumentación complementaria del fallo de primera, haciendo correcciones formales de éste, eliminando también muchos considerandos, generalmente los de derecho y sobre ello parte haciendo su propia argumentación.

La mayoría de las veces el fallo de segunda instancia se reduce a un lacónico y odioso “vistos, se confirma”. Muy pocas veces a esa fórmula verbal se acompaña de alguna declaración que permita una mayor comprensión de lo resuelto.

Sin embargo, la falta de argumentación del tribunal de segunda instancia cambia radicalmente cuando revoca la sentencia del a quo, haciendo un mayor despliegue de fundamentación.

En conclusión, no dan cuenta de una justificación interna ni externa, aunque sea utilizando otra nomenclatura.

II. 2. 3.- EN CUANTO AL FONDO.

En este acápite queremos dar cuenta con que grado en ambas instancias se otorga una tutela efectiva de los derechos.

En cuanto al tribunal de primera instancia, se puede sostener que realiza un mayor esfuerzo tutelar, yendo la mayoría de las veces a la cuestión de fondo o bien aunque desestime el recurso, hace alguna apreciación respecto del fondo, la que generalmente es eliminada del fallo de segunda, si confirma la sentencia, es decir, al ser desechada la protección.

A vía de ejemplo, en la causa rol N° 5317-02 se recurre en contra de una isapre por un alza injustificada en el plan de salud contratado. En primera instancia se hace un análisis de fondo respecto a que si bien era una materia contractual (de las que generalmente se desechan por ser de lato conocimiento), se estaban vulnerando los principios de autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, concluyendo que en este tipo de casos prima la voluntad presunta del recurrente¹¹⁷. La corte suprema (rol N° 1069-02) simplemente lo declara

¹¹⁷ Rol N° 5317-02 (C. ap de Stgo).

inadmisible por extemporáneo, sin pronunciarse por el análisis de fondo hecho en primera instancia¹¹⁸.

En otro fallo la corte de apelaciones señaló que la acción de suspender un recorrido de la locomoción colectiva por el dueño de la línea configuraba un acto arbitrario al impedir la actividad empresarial, puesto que no se fundaba en ningún hecho acreditado. Sin embargo, en segunda instancia se señaló que era una materia de lato conocimiento y que el recurrente no era un titular de un derecho preexistente, desechando el recurso y consecuentemente, admitiendo la autotutela.

En otra causa si bien el tribunal de primera rechaza el recurso por extemporáneo analiza el fondo del asunto. Sin embargo la corte suprema, confirmando el fallo de primera elimina todo el examen de fondo debido a la extemporaneidad¹¹⁹.

El fallo 1675-03 se pronuncia a nuestro juicio señalando la buena doctrina respecto a que la alteración del status quo es *per se* un acto arbitrario e ilegal, al considerar inaceptables las vías de hecho, independiente del derecho que le asiste a cada cual. Lamentablemente, en muchos casos la corte no ha seguido su propia doctrina, sino que desecha el recurso por ser una materia de lato conocimiento.

En otro caso, la corte suprema califica de arbitrario el hecho de usar la fotografía de una persona en una página web, a pesar de que los hechos ya se habían consumado y subsanados¹²⁰. Sin embargo esa buena doctrina no ha sido la predominante en dicha sede ya que generalmente desestima el recurso si el perjuicio ya se ha consumado o desaparecido el gravamen¹²¹.

Caso paradigmático el de un apoderado que recurrió de protección contra un colegio por la no renovación de la matrícula de su hija de seis años. La corte suprema señaló que el acto no es arbitrario ni ilegal ya que “no existe ley que obligue a la recurrida a recibir alumnos”. El voto de minoría si consideró el acto como discriminatorio. Y a pesar que la corte no entra al fondo del asunto luego del examen de legalidad del hecho, señaló que “**debido a la publicidad del caso iba a comentar los derechos reclamados** (Nº 2, 3, 11, 24 del artículo 19 de la CPE). Cabe hacer presente que la recurrente también basó su argumentación en la Convención americana de derechos humanos a la que nunca hizo referencia en el fallo la corte¹²².

¹¹⁸ Rol Nº 1069-02 (C. Suprema).

¹¹⁹ Rol Nº 3456-02 (C. ap de Stgo) cfr Rol Nº 4580-02 (C. Suprema).

¹²⁰ Rol Nº 655-03 (C. Suprema).

¹²¹ Rol Nº 4843-02 (C. Suprema); Rol Nº 1618-03 (C. Suprema); Rol Nº 1340-03 (C. Suprema).

¹²² Rol Nº 894-03 (C. Suprema).

En conclusión, el nivel de tutela efectiva de derechos es bastante precario, al menos en la sede constitucional estudiada, ya que aunque el órgano tiene amplísimas facultades para ello, v.gr: “restablecer el imperio del derecho”, muy pocas veces son utilizadas éstas para reparar una situación de hecho planteada.

II. 2. 4.- ALGUNAS ORIENTACIONES JURISPRUDENCIALES.

Sin considerarla una orientación jurisprudencial resulta interesante que la corte invoque derechos no consagrados directamente en la carta constitucional, pero sí indirectamente, como la mención al derecho a la reputación y a la propia imagen¹²³.

También es interesante el fallo ENTEL con SUBTEL, en el cual se acoge el recurso de protección porque se podrían vulnerar el principio de autonomía de la voluntad y la libertad de contratar y consecuentemente también el derecho de retiro que tiene todo cliente en un sistema de mercado como el que nos rige. Incluso la corte suprema señala que imponer en los contratos una cláusula penal en caso de retiro anticipado del plan contratado resultaría arbitraria.

Este fallo se aparta completamente de la línea jurisprudencial conservadora y legalista que ha mostrado la propia corte según se ha presentado hasta ahora, quedando relegada dicha línea jurisprudencial en este fallo al voto de minoría¹²⁴.

¹²³ Rol N° 655-03 (C. Suprema).

¹²⁴ Rol N° 660-03 (C. Suprema) cfr con Rol N° 5768-02 (C. ap de Stgo).

ALGUNAS CONCLUSIONES

Al finalizar el presente trabajo sobre la argumentación jurídica de los jueces se hará una síntesis de éste a través de las siguientes conclusiones:

1. La teoría de la argumentación jurídica surge a mediados del siglo XX, junto con el resurgimiento en la filosofía jurídica de la razón práctica, como crítica al formalismo y al deductivismo como única forma de explicar la función jurisdiccional y con el fin de evidenciar fenómenos mucho más complejos que habían quedado preteridos en la labor del juez.
2. Junto con ello se admitió que el ordenamiento jurídico estaba conformado no sólo por normas, sino también por principios, valores y otros estándares de conducta (proposiciones, conceptos, etc.) que el juez debía aplicar -y que de hecho aplicaba - al momento de asumir una decisión.
3. Entre los objetivos de la teoría de la argumentación se encuentra establecer ciertos criterios de corrección que permitan guiar al juez en sus decisiones, indicando el modo en que han de escoger entre las distintas posibilidades y cursos de acción en su función jurisdiccional.
4. También pretende la teoría estudiada evidenciar los momentos informales, retóricos y argumentativos que subyacen en la toma de decisiones judiciales y que el mero recurso al silogismo y a la lógica formal no permitían considerar y por lo tanto quedaban al margen de cualquier control público sobre ellas.
5. Esta teoría se enmarca dentro de las corrientes racionalistas que analizan el fenómeno de la justificación de las decisiones jurídicas, traducida en la tesis de que una decisión valorativa será racional no por su contenido material sino en función a cómo se ha llegado a establecer dichos contenidos, en otras palabras, por su carácter procedimental.
6. El razonamiento judicial, entendiendo por tal el que llevan a cabo los jueces en el ejercicio de la jurisdicción, se ubica principalmente en el razonamiento práctico, cuyo objeto es el deber ser en el ámbito del comportamiento humano.

7. Por su carácter práctico, la argumentación jurídica es siempre dialógica, dialéctica, basada en premisas o proposiciones simplemente probables, por lo que el juicio que conlleva será siempre correcto o incorrecto, pero nunca necesario o verdadero.

8. La justificación de una decisión jurídica consiste en demostrar la validez del razonamiento judicial, mediante la fundamentación de las premisas para que sean tenidas como razonables, aceptables, irrefutables o correctas. Para ello, el juez debe exponer las razones de su decisión, haciéndolas públicas, para ser sometida a un control también público.

9. El proceso argumentativo justificatorio de la decisión judicial es mucho más complejo que el esquema clásico de dos premisas que explica la aplicación del derecho como un silogismo, ya que tanto la premisa normativa como la fáctica son resultado de sendos razonamientos que estructura el juez en forma deductiva pero también inductivamente. La lógica formal sólo determina la estructura de la demostración que permite presentar la sentencia como una incardinación sistemática.

10. En la práctica, el juez no hace un razonamiento escalonado (deductivo) sino uno mucho más complejo en donde se mezcla su percepción, su criterio y su conocimiento jurídico, tanto de los hechos como del sistema normativo, en donde el juez va interpretando, integrando, ponderando y en definitiva construyendo el sistema jurídico, por lo que el fallo es una larga cadena de valoraciones.

11. Al momento de la decisión jurisdiccional, el juez debe ir realizando sendas construcciones intelectuales, produciendo la información necesaria sobre el sistema normativo, sus límites y sobre la manera en que dicha decisión se ha producido. Incluso desde una perspectiva formalista, las premisas sobre las cuales el juez sustenta el fallo son creación intelectual, toda vez que no se encuentran dadas en el ordenamiento jurídico como elementos puros.

12. La teoría de la argumentación diferencia dos aspectos de la operación intelectual que realiza el juez en la toma de una decisión: uno es como se arriba a una decisión (contexto de descubrimiento) y otro el como se fundamenta dicha decisión (contexto de justificación).

13. El contexto de justificación exige una doble justificación: interna y externa. La justificación interna concuerda en general con un análisis lógico deductivo de las premisas que sustentan la decisión. Por su parte, la justificación externa pretende demostrar la corrección racional de las premisas establecidas.

14. Toda decisión judicial se plantea con una pretensión de corrección y de legitimidad jurídica, política y moral. Para gozar de racionalidad, el procedimiento argumentativo de la decisión debe respetar las reglas del discurso práctico, para alejar los fantasmas del subjetivismo y de la arbitrariedad de la decisión.

15. Desde la perspectiva de un Estado de Derecho, el juez debe ejercer la jurisdicción en base al programa y contenido constitucional, asumiendo un papel activo, evitando y mejorando las ineficiencias e injusticias del sistema.

16. La labor jurisdiccional es una fuente del derecho a través de la formación de la jurisprudencia, en el sentido de la doctrina contenida en las sentencias, confiriéndole una eficacia y trascendencia que excede al caso particular, manteniendo así la certeza y seguridad jurídicas, al tiempo de mostrar que los cambios jurisprudenciales se deben producir siempre que exista motivos o razones fundadas que la justifiquen.

17. La tendencia en el pensamiento jurídico contemporáneo es admitir un notable margen creador al juez y aceptar que el acto de juzgar no se reduce a una actitud pasiva ante los textos legales.

18. A la luz de la teoría de la argumentación jurídica y en general de cualquier otra teoría que sostenga que la labor del juez no es de mera aplicación del derecho, se considera que el juez está aportando algo nuevo, no sólo a la norma general, sino en general al derecho en su conjunto.

19. En cuanto a la creación judicial del derecho, en el derecho continental, la jurisprudencia no goza del estatus de fuente del derecho como lo reviste en el derecho anglosajón. En el *civil law* se habla más bien de una tendencia o línea jurisprudencial para señalar las normas generales de origen judicial que se incorporan al ordenamiento jurídico, que si bien no son obligatorias, sí son fuertemente vinculantes para los jueces inferiores, tanto más si aquellas razones y argumentos han servido para fundamentar reiteradas y abundantes sentencias.

20. En los casos en que existe creación judicial del derecho, ésta se presenta a través de tres vías: la discrecionalidad, la interpretación y la valoración del juez, a través de recursos tales como el procedimiento analógico, los fallos de equidad o basado en principios generales del derecho, aunque se eviten en el discurso justificatorio oficial, siendo las fuentes que sustentan y que sirven de límite y control del arbitrio judicial, asegurando que la decisión esté en concordancia con todo el ordenamiento jurídico.

21. El funcionamiento práctico de la actividad judicial demuestra que aquellas fuentes situadas al final de las reglas de interpretación, como el espíritu general de la legislación y la equidad natural, en los hechos son las primeras que considera el juez al momento de interpretar la ley, ya que contienen los criterios de unidad y fundamentación del ordenamiento jurídico en que se haya inmerso, aunque esto sólo sea admitido con carácter supletorio ante un vacío o laguna legal, caso en que resulta imperativo fallar conforme al principio y deber de inexcusabilidad.

22. Sin embargo, la mayoría de las veces lo que crean los jueces son enunciados definitorios que determinan la extensión de un concepto legal. Estas definiciones adquieren vigencia cuando son usadas en otras sentencias, pasando entonces a formar parte del ordenamiento jurídico.

23. La jurisprudencia nacional ha resistido asumir un papel creador de derecho, autolimitándose en una medida mucho mayor de la que efectivamente le imponen las normas que regulan su función. Cuando se señala por los más autorizados representantes de la judicatura que a ellos sólo les compete la mera aplicación técnica del derecho, están señalando que la creación jurídica se realiza completamente al margen de sus propias voluntades.

24. La creación judicial del derecho se hace más relevante en la normativa constitucional, ya que en este ámbito la delimitación conceptual del contenido de los derechos allí consagrados debe ser determinado por su aplicador, pues se trata de derechos sumamente genéricos que pueden respaldar muchos supuestos de hecho, siendo el juez quien debe determinar hasta donde llega la tutela jurídica.

25. La justicia constitucional es una notable innovación en la función jurídica y política de los jueces al atribuirles la facultad de aplicar directamente los principios y valores de que da cuenta el texto constitucional, abriendo un cauce para la creación judicial del derecho.

26. En el análisis de los fallos de nuestro Recurso de Protección se puede apreciar un precario despliegue de fuentes para tratar los diversos temas propuestos. El tribunal de primera instancia acoge formalmente la petición de los derechos constitucionales. La corte suprema tiende a restringirlos o circunscribirlos a un derecho menos controvertido como es el derecho de propiedad y más propiamente al derecho que se tiene sobre cosas incorporales.

27. En cuanto a otras fuentes, generalmente se invocan leyes orgánicas o de atribución de facultades de los órganos de la administración y ciertos principios que se consideran consustanciales a la norma legal, tales como la buena fe, la certeza jurídica, la función social del trabajo, entre otros.

28. En cuanto al nivel de argumentación, las cortes de apelaciones realizan un mejor y mayor análisis del caso propuesto a discusión jurisdiccional, tanto en el examen fáctico como del normativo que el que lleva a cabo la Corte Suprema, la que generalmente da por reproducido la parte expositiva del fallo de primera instancia aceptando los hechos como le vienen dados, en una actitud más de tribunal de casación que de una verdadera segunda instancia.

29. Una acción de rango constitucional como la analizada debiera partir por un examen de juridicidad del acto u omisión denunciado, esto es, poner en la balanza el hecho cuestionado y el ordenamiento jurídico por otro, sopesando los valores que subyacen y que trascienden a un mero análisis gramatical de la norma.

30. El nivel de una tutela efectiva de derechos por nuestros tribunales superiores es bastante exiguo, al menos en la sede constitucional estudiada, a pesar de las amplísimas facultades que tiene para ello, en el restablecimiento del imperio del derecho.

31. Las decisiones constitucionales revisadas poseen baja densidad informativa, careciendo, además, de coherencia e integridad, quizás por la escasez del tiempo, al ser un procedimiento sumarísimo.

32. La protección de las garantías constitucionales requiere una racionalidad diferente a las del ámbito privatista, ya que generalmente será necesario recurrir a una mayor fuente de información para resolver los dilemas o declaraciones de

derecho que a su competencia se someten, en donde un mero análisis formal es bastante poco aportativo en vista al objetivo para el que fue creado.

33. Si las decisiones judiciales dejan de lado un sistema de valores que se ha impuesto o se viene imponiendo en la sociedad, la gente deja de confiar en las decisiones, lo que finalmente trae como consecuencia el surgimiento de otras alternativas -legítimas o no- para solucionar los conflictos (de intereses, axiológicos, sociales) dejando de recurrir al proceso, como forma civilizada y democrática de resolverlos.

BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, Aulis** (1991). Lo racional como razonable, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España.
- Accatino Scagliotti, Daniela** (2002). Notas sobre la aplicación de la distinción entre contextos de descubrimiento y de justificación al razonamiento judicial, en Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, volumen XIII, Diciembre de 2002, Valdivia, Chile.
- Aguiló Regla, Josep** (2000). Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico), Editorial Ariel Derecho, Barcelona, España.
- Alcalde Rodríguez, Enrique** (2001). Creación Judicial de Derecho y garantías constitucionales, en Revista Chilena de Derecho, volumen 28 N° 2, sección estudios, Santiago, Chile.
- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio** (1991), Análisis lógico y derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España.
- Alchourrón, Carlos** (2000). Sobre Derecho y Lógica, en Revista Isonomía N° 13, Octubre de 2000, Editorial ITAM, México.
- Alexy, Robert** (1989). Teoría de la Argumentación Jurídica, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, España.
- Alfaro Muihead, Christian** (1988). Contribución a la crítica en la función jurisdiccional en el Estado democrático actual desde el punto de vista de la teoría normativa de Hans Kelsen, en Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 6, Editorial Edeval, Valparaíso, Chile.
- Ansuategui Roig, Francisco Javier** (2000). Positivismo y teorías de la argumentación jurídica, en Revista de Ciencias Sociales N° 45, Editorial Edeval, Valparaíso, Chile.
- Aparisi, Angela y López, Francisco, et al** (1992). Introducción a la teoría del derecho, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, España.
- Atienza, Manuel** (1993). Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica, Editorial Ariel Derecho, Barcelona, España.
- Atienza, Manuel** (1991). Introducción al Derecho. Editorial Barcanova, Barcelona, España.
- Castán Tobeñas, José** (1947). Teoría de la aplicación e investigación del derecho, Editorial Reus, Madrid, España.
- Cerda Fernández, Carlos** (2000). Razón y juicio jurisdiccional, en Revista de Ciencias Sociales N° 45, Editorial Edeval, Valparaíso, Chile.

- Cofré Lagos, Juan Omar** (1997). La lógica jurídica en la obra de Kalinowski, en Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, volumen VIII, Diciembre de 1997, Valdivia, Chile.
- Cofré Lagos, Juan Omar** (2002). Lógica, Tópica y Retórica al servicio del Derecho, en Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile, volumen XIII, Diciembre de 2002, Valdivia, Chile.
- Correa Sutil, Jorge** (1992). La cultura Jurídica chilena en relación a la función judicial, en La cultura Jurídica chilena, C.P.U, Santiago, Chile.
- Chaumet, Mario E.** (2000). Las escuelas judiciales en la postmodernidad, en Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social N° 24 de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina.
- De Angel Yagüez, Ricardo** (1985). Introducción al estudio del Derecho, Editorial Universidad de Deusto, España.
- De Asís, Rafael** (2000). Sobre el razonamiento jurídico correcto, en Revista de Ciencias Sociales N° 45, Editorial Edeval, Valparaíso, Chile.
- Dougnac Rodríguez, Fernando** (2001). Reflexiones sobre la acción de protección y su sentencia, en Revista Chilena de Derecho, volumen 28 N° 3, sección estudios, Santiago, Chile.
- Figuroa, Rodolfo** (2000). De por qué no debemos prestar tanta atención al argumento genético en la interpretación constitucional, en Revista de Ciencias Sociales N° 45, Editorial Edeval, Valparaíso, Chile.
- García Amado, Juan Antonio** (2000). La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias, en Revista de Ciencias Sociales N° 45, Editorial Edeval, Valparaíso, Chile.
- García Amado, Juan Antonio** (1988). Teorías de la tópica jurídica, Editorial Civitas, Madrid, España.
- Garzón Valdés, Ernesto** (2003). El papel del Poder Judicial en la transición a la democracia, en Revista Isonomía N° 18, Abril de 2003, Editorial ITAM, México.
- Gascón Abellán, Marina** (2000). La racionalidad en la prueba, en Revista de Ciencias Sociales N° 45, Editorial Edeval, Valparaíso, Chile.
- Gómez Barboza, Paulina** (1998). El hecho de la ética en el ejercicio de la función judicial, en Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 16, Editorial Edeval, Valparaíso, Chile.
- Gómez Bernales, Gastón** (1999). Algunas consideraciones críticas sobre la Jurisdicción Constitucional Chilena, en La Jurisdicción Constitucional Chilena ante la Reforma. Cuadernos de Análisis Jurídico N° 41. Ediciones de la Universidad Diego Portales, Santiago, Chile.

- Hart, H.L.A.** (2000). *Post Scriptum al concepto de Derecho*, traducción de Rolando Tamayo y Salmorán. Editorial UNAM, México.
- Larenz, Karl** (1994). *Metodología de la Ciencia del Derecho*, traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, Editorial Ariel Derecho, España.
- Manson Terrazas, Manuel** (2000). *Derecho, argumentación y lógica*, en Revista de Ciencias Sociales N° 45, Editorial Edeval, Valparaíso, Chile.
- Oliva Ekelund, Claudio** (2000). *La teoría de la argumentación y el positivismo Jurídico*, en Revista de Ciencias Sociales N° 45, Editorial Edeval, Valparaíso, Chile.
- Onfray Vivanco, Arturo** (1993). *El reencantamiento de la ciencia procesal*, en Revista Gaceta Jurídica N° 161, Noviembre de 1993, editorial Ediar-Conosur, Santiago, Chile.
- Orrego S, Cristóbal** (2000). *Vis directiva, vis coactiva. Principios, razones, argumentos y la fuerza coactiva del derecho*, en Revista de Ciencias Sociales N° 45, Editorial Edeval, Valparaíso, Chile.
- Perelman, Chaim** (1988). *Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*, traducción de Luis Díez-Picazo, Editorial Civitas, Madrid, España.
- Petzold-Pernia, Hermann** (2000). *Sobre la interpretación Jurídica y sus límites*, en Revista de Ciencias Sociales N°45, Editorial Edeval, Valparaíso, Chile.
- Recasens Siches, Luis** (1977). *Introducción al estudio del Derecho*, Editorial Porrua S.A., Argentina.
- Reale, Miguel** (1977). *Introducción al Derecho*. Editorial Pirámide, Madrid, España.
- Rentería Díaz, Adrián** (2000). *La teoría de la argumentación y el decisionismo judicial*, en Revista de Ciencias Sociales N° 45, Editorial Edeval, Valparaíso, Chile.
- Rodríguez Mourullo, Gonzalo** (1988). *Aplicación judicial del derecho y la lógica de la argumentación jurídica*, Editorial Civitas, Madrid, España.
- Romero Seguel, Alejandro** (2000). *Las consideraciones de hecho y de derecho en la sentencia: un derecho esencial del justiciable*, en Revista Chilena de Derecho, volumen 27 N° 3, sección Jurisprudencia, Santiago, Chile.
- Ruiz-Tagle Vial, Pablo** (1990). *Revisión Crítica del Derecho*, Editorial UNAB, Santiago, Chile.
- Ruiz-Tagle Vial, Pablo** (1990). *Análisis comparado de la función judicial*, en Revista de Estudios Públicos N° 39, Santiago, Chile.
- Squella Narducci, Agustín** (2000). *Sobre el razonamiento jurídico*, en Revista de Ciencias Sociales N° 45, Editorial Edeval, Valparaíso, Chile.

- Squella, Narducci, Agustín** (2003). *Filosofía del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
- Valle Acevedo, Aldo** (1991). *Derecho y política en las fuentes de integración judicial*, en Anuario de Filosofía Jurídica y Social N° 9, Editorial Edeval, Valparaíso, Chile.
- Vallet de Goytisolo, Juan** (1988). *Metodología Jurídica*, Editorial Civitas, Madrid España.
- Libro copiator de sentencias. Fallos de Recursos de Protección.** Enero 2003 - Junio 2003. (21 Tomos).

OBRAS CONSULTADAS

- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio** (1974). *Introducción a la metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Editorial Astrea, Argentina.
- Atienza, Manuel** (1993). *Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*. Editorial Ariel Derecho, Barcelona, España.
- Atienza, Manuel** (1996). *Argumentación Jurídica. El derecho y la justicia*, Enciclopedia iberoamericana de filosofía, ediciones Trotta, Madrid, España.
- Carrió, Genaro R** (1979). *Notas sobre derecho y lenguaje*, Editorial Abeledo - Perrot, Buenos Aires, Argentina.
- Ciuro Caldani, Miguel Angel** (2000). *El ámbito de la decisión jurídica (la construcción del caso)*, en Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social N° 24 de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina.
- Cohen, Félix** (1961). *El método funcional en el derecho*, traducción de Genaro Carrió, Editorial Abeledo - Perrot, Buenos Aires, Argentina.
- Cuevas Farren, Gustavo** (2000). *Solución Jurisprudencial para conflictos entre derechos constitucionalmente protegidos*, en Revista Actualidad Jurídica N° 1, Enero de 2000, Universidad del Desarrollo, Santiago, Chile.
- Höffe, Otfried** (1988). *Estudios sobre teoría del derecho y la justicia*, Editorial Alfa, Barcelona, España.
- Manson Terrazas, Manuel** (2000). *Argumentación, Derecho y Lógica. Introducción lógico - filosófica al estudio de la argumentación jurídica*, Ediciones jurídicas Olejnik, Santiago, Chile.
- Lloyd, Lord Dennis** (1985). *La idea de Derecho*, Editorial Civitas, Madrid, España.

- Tamayo y Salmorán, Rolando** (2001). *Elementos para una teoría general del derecho*, Editorial Themis, México.
- Vargas, Juan Enrique; Correa S, Jorge y Peña, Carlos** (2001). *El Rol del Estado y el Mercado en la Justicia*, en Cuadernos de Análisis Jurídico N° 42, Ediciones de la Universidad Diego Portales, Santiago, Chile.
- Von Hayek, Friedrich** (1978). *Derecho, legislación y libertad*, Unión Editorial, Buenos Aires, Argentina.
- Zagrebelsky, Gustavo** (1999). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta, Madrid, España.