

45

COLECCIÓN
MATERIALES
DOCENTES

Interpretación, argumentación y razonamiento judicial

Flavia Carbonell Bellolio
Constanza Ihnen Jory
David Quintero Fuentes

2022

 **ACADEMIA
JUDICIAL
CHILE**



Flavia Carbonell Bellolio

Abogada. Doctora en Derecho y Máster en Derecho Público por la Universidad Carlos III de Madrid. Es Diplomada en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (España). Es profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Constanza Ihnen Jory

Es Licenciada en Letras por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctora en Teoría de la Argumentación, Retórica y Filosofía del Lenguaje por la Universidad de Ámsterdam (Países Bajos). Es subdirectora y académica del Instituto de Argumentación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.



David Quintero Fuentes

Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de Valparaíso y Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante y la Universidad de Palermo (Italia). Profesor de Argumentación Jurídica en las universidades de Concepción, Católica de Valparaíso, de Talca y de Valparaíso.



Resumen

Este texto tiene por objeto introducir a sus lectores en la teoría y práctica de la interpretación, la argumentación y el razonamiento jurídicos, proporcionando un panorama general de los principales debates jurídicos, las distintas técnicas y herramientas para resolver problemas interpretativos referidos a la atribución de significado a textos normativos, resolución de antinomias y solución de lagunas normativas frente a problemas jurídicos concretos. Las preguntas centrales son: ¿cómo delimitar con precisión el problema jurídico a resolver?, ¿cómo identificar correctamente el material normativo aplicable al caso?, ¿cómo diseñar un curso argumentativo para justificar racionalmente la decisión judicial? ¿cuáles son las principales herramientas y técnicas propuestas desde la teoría que resultan útiles para los operadores jurídicos? Se espera que los participantes profundicen sus conocimientos sobre las herramientas teóricas que permiten mejorar la práctica de justificación racional de decisiones en casos concretos.

Contenido

5	CAPÍTULO 1 Función judicial
28	CAPÍTULO 2 Interpretación del derecho
86	CAPÍTULO 3 Razonamiento judicial
124	CAPÍTULO 4 Argumentación jurídica
155	CAPÍTULO 5 Casos complejos y análisis interseccional
174	<i>Referencias</i>

Capítulo 1

Función judicial

La función de jueces y juezas consiste en resolver problemas de relevancia jurídica mediante la aplicación de la ley a un problema jurídico concreto, cautelando, de esta manera, los intereses o derechos jurídicamente protegidos.

Siguiendo a Atria, puede definirse la función judicial o jurisdicción como «el poder de determinar qué es lo que en derecho corresponde a cada uno» (2007: 36), a través de la aplicación de la ley (abstracta y general) a casos particulares y singulares. Esta función de la jurisdicción necesita una determinada estructura para hacer probable que los casos sean decididos, dando a cada uno lo suyo, de acuerdo con reglas válidas y aplicables; a su vez, la institución judicial requiere de un principio de independencia y de su contrapartida, la responsabilidad, en el caso de que el juez incumpla su obligación de sujetarse a la ley. Finalmente, la decisión judicial se legitima mostrando que su contenido constituye una correcta aplicación de la ley, reconduciendo la decisión a la ley considerada como voluntad del pueblo (Atria, 2016).

A esta idea de jurisdicción hay que agregar determinadas características que distinguen a la jurisdicción de la aplicación de la ley por parte de otros entes públicos: se ejerce de manera exclusiva, independiente, imparcial, irrevocable y con imperio por parte del juez (Bordalí, 2009). Parte de estas características son recogidas en una definición clásica de la dogmática procesal chilena: «La jurisdicción es el poder deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal, dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir» (Colombo, 2004: 45).

Esta manera de concebir la jurisdicción tiene un vínculo estrecho con la noción de democracia. Tal como señala Ferrajoli (1997), el papel de la jurisdicción se ha ido expandiendo al tiempo que se ha propagado el uso del derecho como técnica de regulación y limitación de poderes

públicos. Ello ha producido dos tipos de cambios: por una parte, en la estructura jurídica que pueden captarse con la expresión «Estado constitucional de derecho» y, por otra, en la estructura del sistema político, que pueden sintetizarse en la categoría «Estado social». Los cambios en la estructura jurídica se vinculan con el surgimiento de constituciones rígidas que someten al legislador a la constitución (es decir, establecen un límite claro a las mayorías democráticas) y, específicamente, velan no solo por la dimensión política de la democracia (forma representativa y mayoritaria de producción legislativa), sino también por su dimensión sustantiva (principios constitucionales y derechos fundamentales). El juez y la jueza, por tanto, pasan a ser garantes de estos derechos fundamentales de las personas frente a la posibilidad de que el legislador dicte leyes inválidas por vicios de constitucionalidad.

Los cambios en la estructura del sistema político derivan, fundamentalmente, de la ampliación de las funciones propias del Estado social (nuevas presentaciones de derechos sociales constitucionalizados, tales como salud, educación, previsión social) y de una mayor intervención del Estado en la economía. Estas ampliaciones traen aparejado el riesgo de ilegalidad en la actuación de los poderes públicos (opacidad, corrupción), frente a lo cual la jurisdicción asume un nuevo papel de control de la sujeción a la ley, de garantía de legalidad y transparencia, así como de la evitación de actos ilícitos. La jurisdicción se alza, de esta forma, como límite de la democracia política: hay cosas que no se pueden decidir lícitamente por ninguna mayoría, y que se suelen denominar «coto vedado» o aludir a la esfera de lo «no decidible», como son los derechos fundamentales (que, en cierto caso, puede corresponder al derecho de las minorías). Jueces y juezas deben, entonces, poder ejercer su función de manera independiente e incluso en contra de todo poder político (Ferrajoli, 1997), porque «hay jueces en Berlín».

Hay jueces en Berlín

Érase una vez un rey muy poderoso que se llamaba Federico. El rey tenía un palacio en el campo para pasar el verano, cuando el tiempo era agradable en aquel país, muy frío el resto del año. En su palacio se celebraban suntuosas fiestas y conciertos musicales. En los bosques vecinos se organizaban grandes cacerías. Acudían muchos invitados de la mejor sociedad: príncipes, nobles, artistas, músicos y hasta filósofos. Pero había un molinero que tenía su molino muy

cerca del palacio. En cuanto se levantaba un poco de viento, el ruido de sus aspas molestaba al rey y a sus invitados. También había quejas porque, decían, el molino afeaba las vistas de los paisajes desde el palacio y ahuyentaba la caza. Un día el rey Federico ordenó que trajeran al molinero a su presencia.

—Tu molino es una molestia para el palacio —le dijo—. Estoy dispuesto a comprártelo.

Pero el molinero se negaba a vender el molino.

Entonces, el rey inquirió:

—¿Sabes que si quiero puedo destruir tu molino sin tener que pagarte un solo céntimo?

Asustado, el molinero respondió:

—Eso sería una grave injusticia, majestad.

Entonces, el rey, señalando con el dedo hacia donde se encontraba la capital de su reino, le dijo:

—Para eso hay jueces en Berlín.

El molinero planteó el caso ante el Tribunal de Berlín, que dictó una sentencia favorable a sus pretensiones. El rey Federico, que había comenzado la destrucción del molino, acató la sentencia: paró al momento la demolición e indemnizó adecuadamente al molinero por todos los daños que le había causado (Esteve Pardo, 2020).

Aspectos generales: Hechos y razonamiento en la actividad judicial

La aplicación del derecho que realizan jueces y juezas es una práctica que consiste, fundamentalmente, en dar razones para apoyar interpretaciones del derecho aplicable y en mostrar cómo las pruebas incorporadas a un proceso apoyan una determinada hipótesis sobre los hechos del caso. Tanto a la actividad como al resultado de esta actividad se le suele denominar «razonamiento judicial» o «fundamentación, motivación o justificación de decisiones judiciales». Esta actividad justificativa es, parafraseando a Accatino (2003), un rasgo distintivo de la judicatura moderna que deriva de la incorporación de la obligación jurídica de motivar las decisiones judiciales, y se remonta, a lo menos, a la Revolución francesa.

La comprensión de la sentencia judicial como decisión deliberada y racional, fundada en pruebas y en el derecho, va de la mano de esta

obligación de motivar, a la vez que se erige como un mecanismo de control tanto jurisdiccional como de las partes, los ciudadanos y la opinión pública en general. De otro lado, la exigencia de razones por parte de jueces y juezas va unido al proceso de desacralización de la autoridad judicial, que ahora se legitima a través de la aceptabilidad de las razones que fundamentan su decisión, o en palabras de Habermas, de la «coacción sin coacciones del mejor argumento» (Habermas, 2002: 48).

Motivar o justificar una decisión judicial consiste en ofrecer y explicitar los argumentos o las razones que la justifiquen o sostengan. En palabras de Comanducci, «justificar equivale a aducir razones (o aducir buenas razones o razones persuasivas) a favor de una de las conclusiones siguientes: o que es verdadera (o probable) una descripción (o una previsión o una hipótesis), o que es justa (o buena o válida, etcétera) una norma (o una valoración)» (1999: 54).

La aplicación del derecho, entonces, requiere, por una parte, de interpretación de los textos normativos y de argumentos que respalden aquella interpretación y, por otra, de *reconstrucción* de los hechos que sirven de fundamento al derecho que se reclama, a través de operaciones de valoración de la prueba rendida y de decisión acerca de la suficiencia de la prueba rendida para dar por probada una hipótesis sobre los hechos del caso.

Aunque el «razonamiento probatorio», es decir, el que versa sobre *hechos*, no es el objeto de estos materiales, sí puede ser relevante decir algo sobre la noción de *hecho*, de suma relevancia para el derecho y que está lejos de tener un sentido unívoco. El legislador civil, por ejemplo, incluye frecuentemente el término *hecho* en sus disposiciones normativas,¹ al tiempo que atribuye determinados efectos a ciertas *situaciones de hecho*.² La dogmática civil, por su parte, hace mucho que teoriza acerca de lo que denomina «hechos jurídicos».³ La legislación procesal se refie-

1 Por ejemplo, la recurrente expresión «por hecho o culpa» suya, en los artículos 788, 900, 1496 número 2, 1533 inciso segundo, 1590, 1679, 1826 inciso segundo, 1925, entre otros, todos del Código Civil.

2 Por ejemplo, todos en el Código Civil, supuestos de abejas fugitivas (artículo 620); ruina de un edificio (artículos 932 y 2323); eventos de la naturaleza, como terremoto o rayo (artículos 45 y 934); muerte, la fuerza física (artículo 1456); pérdida de una cosa (artículos 1576 número 7, 1670 y ss.).

3 La dogmática civil suele referirse a «hechos jurídicos» y a las clasificaciones de los mismos, a propósito de la teoría general de los actos jurídicos. Véase Vial del Río (2006: 12 y ss.).

re a los hechos como el sustento de las pretensiones que se hacen valer en juicio, como el objeto de la prueba y como el contenido de una de las enunciaciones obligatorias de una sentencia.⁴ En materia de prueba de los hechos, la dogmática procesal tradicional ha ido complementándose con la teoría de la prueba, que incluye reflexiones epistemológicas acerca de qué son los hechos, cómo los conocemos y cuándo estamos frente a enunciados de hechos verdaderos o probados, entre otras cuestiones.⁵ Y en un peldaño de mayor abstracción, pero con impacto en la teoría y dogmática jurídica, está el debate filosófico (filosofía de la ciencia, filosofía moral y filosofía jurídica) entre quienes justifican la distinción entre hecho, norma y valor, y quienes proponen su colapso (Putnam, 2002; Putnam y Habermas, 2008).

Enfocándonos en la regulación positiva, es importante precisar —aunque pueda parecer superfluo— que los *hechos genéricos* enunciados por el legislador civil, penal o laboral son, en un sentido, distintos de los *hechos* en los que se interesa, o que regula, el legislador procesal. Los *hechos* que se describen en el antecedente de la disposición normativa civil y que constituyen su condición de aplicación son enunciados que se refieren a una *clase de hechos*, formulados de manera general y abstracta, a los que el legislador asigna relevancia jurídica. Consideremos como ejemplo el artículo 1826 del Código Civil:

El vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato o a la época prefijada en él. Si el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega, podrá el comprador a su arbitrio perseverar en el contrato o desistir de él, y en ambos casos con derecho para ser indemnizado de los perjuicios según las reglas generales.

Así, el supuesto de hecho genérico que permite activar el derecho del comprador, en este caso, consiste en que «el vendedor por hecho o culpa suya ha retardado la entrega». Nótese, sin embargo, que en el Código Civil esta formulación no describe algo que haya ocurrido en el mundo, sino que, en parte, enuncia una clase de hechos —la tardanza— y, en parte, incluye determinadas categorías, como «vendedor» (artículos 1793 y 1824), «culpa» (Artículo 44 incisos primero, tercero y cuarto) y

4 Artículos 170 número 4, 254 número 4, 309 número 3 y 318 del Código de Procedimiento Civil.

5 Dos referencias obligadas son Gascón (2004) y Ferrer Beltrán (2005).

«entrega» (artículos 670 y 1824), que forman parte de la condición de aplicación de la norma en tanto definición o en tanto ejercicio de calificación jurídica que corresponde hacer a quien construye la premisa fáctica.

Frente a un caso controvertido que se ventile en un proceso, por tanto, habrá que probar tres cuestiones: que se trata de un *vendedor*; que el vendedor *no ha entregado* la cosa *oportunamente*; y que el retardo en la entrega se debe a *hecho o culpa* del vendedor. Es decir, además de la calidad de vendedor, habrá que *demostrar*, a partir de la prueba que se rinda, que aquello que se alega por quien acciona (demandante) ha efectivamente ocurrido o ha ocurrido con cierta probabilidad. En este caso, que «el vendedor no ha entregado la cosa en la oportunidad que debía». Y este es un enunciado sobre hechos pasados que se da por probado, precisamente porque se encuentra respaldado por otros enunciados *verdaderos* o *probados*. A estas cadenas de enunciados se les denomina «inferencias probatorias» (González Lagier, 2003).

Veamos un ejemplo concreto. En un proceso judicial, se da por probado que «Valentín no ha entregado la bicicleta infantil que le ha vendido a Clara (compradora que le ha pagado el precio) el día viernes acordado, puesto que se la ha prestado el día anterior a su intrépido sobrino Nicanor, de 4 años, quien la ha destruido al chocar con una pared». Para dar por probado este *hecho*, este enunciado complejo sobre los hechos del caso, el juez tendría que responder afirmativamente estas tres cuestiones: 1) ¿es este *hecho* —más precisamente, estos enunciados sobre hechos—, una instancia de la clase de hechos regulada por la norma?; 2) ¿se encuentra respaldado por pruebas?; y 3) ¿superan estas pruebas el umbral de suficiencia probatoria?

La labor del juez y el control de la debida fundamentación de las decisiones

Ya se ha indicado que parte importante del control institucional y social de la labor de jueces y juezas es posible gracias al deber de fundamentación de las decisiones judiciales. El razonamiento jurídico pasa, así, a ser un instrumento de este control en la aplicación del derecho, que depende de la cultura de la organización social respectiva (Tarello, 1980: 72 y 73). Cómo controlar las decisiones judiciales y evitar la arbitrariedad ha sido la pregunta central de las denominadas «teorías de la argumen-

tación jurídica», que resurgen a partir de finales de la década de los setenta del siglo pasado en la teoría del derecho, como respuesta a la crisis de los postulados metodológicos del positivismo jurídico. Estas teorías se dedicaron a construir y proponer criterios que proporcionasen un fundamento intersubjetivamente válido y plausible a las valoraciones presentes en la decisión jurídica.

Desde el punto de vista del ciudadano, este «deber de fundamentación» por parte de jueces y juezas es correlativo al «derecho a una sentencia motivada», que consiste en que los litigantes puedan conocer el fundamento de la decisión judicial.⁶ Al resolver el conflicto de relevancia jurídica, el juez o el tribunal se encuentra obligado a explicitar las razones fácticas y jurídicas sobre las que se base y, en caso de que ellas sean insuficientes, contradictorias, erróneas o adolezcan de cualquier otro defecto, habiliten su control, ya sea a través de mecanismos de impugnación de resoluciones judiciales establecidos por el legislador («control endoprocesal»), o del análisis crítico de las decisiones judiciales por parte de la comunidad jurídica o de los ciudadanos en general («control exoprocesal»). En nuestro sistema jurídico, el deber de motivación se encuentra consagrado legislativamente en diversas disposiciones;⁷ por otra parte, en tanto los órganos públicos se encuentran obligados a someter sus actuaciones a la Constitución y las leyes y a expresar públicamente los fundamentos de sus decisiones, el derecho a una sentencia motivada suele considerarse parte del derecho a un proceso legalmente tramitado y a un juicio público, respectivamente, o al derecho a la defensa, que es uno de los subderechos que integran el «debido proceso».⁸

Teorías y paradigmas clásicos: Sujeción de la judicatura a la ley y el derecho

La explicación de la idea de sujeción de la judicatura a la ley y el derecho se remonta a la doctrina o principio de separación de poderes. Como indica Atria, la pregunta que se hizo Montesquieu en su momento fue cómo puede ser preservada la libertad y su respuesta fue que ello solo es posible cuando existe división de poderes (2004: 124). En sus oríge-

6 Véase, Sentencia del Tribunal Constitucional rol 1873-10.

7 Por ejemplo, artículo 170 del Código de Procedimiento Civil; artículo 342 del Código Procesal Penal y artículo 456 del Código del Trabajo.

8 Sobre debido proceso, véase Carbonell y Letelier (2020).

nes, esta doctrina buscó combatir los gobiernos despóticos. Más precisamente, se trata de una propuesta del liberalismo político en contra del absolutismo monárquico de los siglos XVII y XVIII (Bordalí, 2008).

Una primera cuestión consiste en si lo importante de la doctrina de separación de poderes era que cada órgano ejerciese una función específica, o simplemente que las funciones estuviesen divididas, con abstracción del órgano que las desarrollase. Bordalí destaca que es erróneo pensar que Montesquieu defiende, con la separación de poderes, el derecho creado mayoritariamente por la ciudadanía, o la ley como expresión de la voluntad del pueblo, por la sencilla razón de que la lucha política de ese momento se daba entre monarca y nobleza. Lo que se buscaba, más bien, era evitar el gobierno despótico, dividiendo el poder normativo, y sorteando que el monarca controlase la parte del poder que correspondía al estamento noble. Ello se aseguraba evitando que el monarca designase a los jueces y haciendo hereditarios los cargos judiciales (2008).

Bien podría decirse, no obstante, que «solo el ejecutivo y legislativo son verdaderos poderes políticos que representan fuerzas sociales dominantes» (Bordalí, 2008: 190) y que conducen políticamente a la sociedad: el judicial no representa a ningún sector social, y no es, en este sentido, un poder.

El legislativo corresponde a la nobleza y burguesía; el ejecutivo, al rey; el judicial representa a todos o a ningún grupo social. Queda claro, entonces, que no es poder en este sentido, pero podría serlo en el sentido que defiende Mortara: poder soberano que hace observar coactivamente los derechos de manera imparcial (igual tratamiento que no se daría si es el legislativo el que aplica su propia producción normativa), y esto, la observancia del derecho, es una función propiamente estatal (Bordalí, 2008: 191 y 192).

A diferencia de los otros poderes del Estado, el *poder* judicial carece de unidad de agencia, no es un agente colectivo como lo es el legislativo (en el que los miembros del parlamento no pueden legislar individualmente), sino que es cada juez o jueza quien ejerce jurisdicción. Más aún, el poder judicial como sinónimo de «todos los jueces» es invisible y nulo en el sentido de que no existe más allá de la sentencia que resuelve el caso particular, donde solo aparece el tribunal que decide el caso y dicta una resolución (pero no aparece el «poder judicial») (Atria, 2016).

Sintetizando algunos puntos destacados por Atria, se puede decir que el poder judicial i) no debiese tener intereses o demandas propias, en el sentido de que los jueces «no tienen agenda o programa»; ii) no les corresponde discutir las justificaciones subyacentes a las normas; iii) lo determinante es la capacidad del juez o jueza de examinar cómo se configura el caso particular y de detectar si existen propiedades que lo hacen atípico; iv) deben decidir los casos en sus propios términos, resolviendo conforme a derecho, y no de manera instrumental para alcanzar fines diversos a la aplicación de la ley al caso concreto ni de la manera en que se lo ordena un superior jerárquico, sino de manera independiente.

Por decirlo una vez más, «la legitimidad del juez está dada por el hecho de que decide con sujeción a la ley» (Atria, 2007: 41). Esta deferencia del juez hacia el legislador proviene, como es evidente, de una determinada manera de comprender cada una de las potestades clásicas del Estado moderno a partir de la identificación de sus funciones y de ciertas estructuras —formas jurídicas— que les permitan cumplir aquella función, a la vez que legitimarse materialmente. Así las cosas, y como destaca Atria (2016), una teoría de la legislación, jurisdicción y administración debe explicar la función de cada una y el modo en que esa función es mediada por una estructura. Dicho muy apretadamente, la estructura de la institución legislativa tiene por finalidad (función) hacer probable lo que va en interés de todos; la estructura de la institución judicial tiene por finalidad hacer probable que los casos sean decididos dando a cada uno lo suyo de acuerdo con reglas válidas y aplicables; la estructura de la institución administrativa tiene por función desarrollar planes, políticas y programas de gobierno, y para lograr dichos fines debe desplegar todos los medios necesarios.

Desde el punto de vista de la estructura, la institución legislativa requiere de un procedimiento determinado cuyo resultado es la ley; la institución judicial requiere de un principio de independencia y de su contrapartida, la sujeción del juez a la ley; la institución administrativa requiere del principio comisarial que permite transmitir órdenes hacia abajo y responsabilidad hacia arriba.

A estos elementos de estructura y función, Atria suma el de legitimación material, como uno clave en el derecho moderno. Es decir, la cuestión de cómo pueden reconducirse las decisiones de estos tres poderes a la voluntad del pueblo. Esta legitimación está determinada, también, por la función. Así, muy gruesamente dicho, la ley se legitima por re-

presentar el interés de todos, por constituir la voluntad del pueblo; la actuación de la administración, por insertarse en una estructura jerárquica que permite entender que la acción del funcionario es ejecución de un programa o instrucciones dadas por un funcionario superior, que se encuentra materialmente legitimado; la decisión judicial se legitima mostrando que el contenido de la decisión es la ley, o que aquella constituye una correcta aplicación de la ley.

Aspectos morales y políticos en la decisión judicial

El ingreso de valoraciones morales y políticas o de ideología en la decisión judicial no puede evitarse. Por una parte, jueces y juezas no pueden desprenderse de su juicio moral o les es imposible transformarse en juzgadores asépticos. Ello es distinto a aceptar que funden su decisión en su juicio moral. En cumplimiento de su función jurisdiccional, saldrán a «buscar normas» para solucionar el caso concreto, o se autolimitarán para «pensar dentro de una caja», para decirlo con la metáfora de Shapiro (2011: 398). La obligación de motivar las decisiones judiciales consiste, precisamente, en identificar las disposiciones normativas aplicables, atribuirles significado de manera fundada y, de este modo, reconducir la decisión al derecho vigente, al derecho positivo que preexiste a la decisión.

Estas valoraciones morales y políticas, la ideología, permean las actividades de interpretación y aplicación del derecho,⁹ particularmente si el actor es un juez, tal como lo destacó en su momento el realismo jurídico norteamericano. Que la ideología permee en la actividad judicial,

9 Aquí se sigue un concepto amplio de ideología entendida como una «toma de posición frente a la realidad, que se funda en un sistema de valores más o menos conocido, y que se manifiesta a través de juicios de valor que tienden a ejercer una influencia sobre la realidad, conservando la realidad como es si la valoración es positiva o modificándola si es negativa» (Bobbio, 1961: 16). El término *ideología*, tal como aquí se utiliza, se desmarca de las connotaciones negativas o peyorativas que algunos autores le atribuyen y se usa en forma intercambiable a la expresión «valoraciones y preferencias políticas y morales». En este sentido, son consideraciones ideológicas, por ejemplo, las diversas concepciones de bien o de corrección moral; diferentes concepciones ontológicas sobre la naturaleza humana y su relación con la producción de derechos; diversas tesis epistemológicas aplicadas al conocimiento del Derecho; variadas concepciones sobre la justicia; ideologías políticas dispares en cuanto a la concepción e interrelación entre igualdad y libertad y a las formas de articulación del poder y de organización social.

para estos autores, es la consecuencia de asumir una determinada teoría de la interpretación, como se verá más adelante en las concepciones de la interpretación: la teoría escéptica, que considera que el intérprete decide entre posibilidades interpretativas, y lo hace desde sus propios valores e ideología. La elección entre interpretaciones es una decisión vinculada, y no arbitraria, en el sentido que se hace dentro de aquellas interpretaciones «semántica y jurídicamente posibles» (Comanducci, 1999: 94 y ss.).

En este sentido, Brian Leiter (representante del realismo jurídico norteamericano reciente) indica que para la comprensión del derecho en acción no es suficiente solo *conocer* las normas, la doctrina y la jurisprudencia (2013), sino que hay que atender al comportamiento del juez y a lo que consideran derecho vigente. Ello, toda vez que las reglas jurídicas no determinan íntegramente las decisiones judiciales (2001). Por el contrario, el derecho está racionalmente indeterminado y está causalmente indeterminado, toda vez que, por una parte, las razones jurídicas son inhábiles para justificar una única decisión y, por otra, las razones jurídicas son insuficientes para explicar por qué los jueces deciden de una u otra forma (hay otros factores que lo explican). Una teoría de la adjudicación útil es la que describe lo que los jueces hacen en forma de patrones de comportamiento frente a tipos de situaciones de hecho y que es apta para predecir, a partir de ahí, las decisiones judiciales en esas situaciones tipo. Frente a esta indeterminación, como dice Ross (representante del realismo jurídico escandinavo), los jueces recurren a su conciencia jurídica material y a factores pragmáticos cuando interpretan el derecho (2006).

A afirmaciones parecidas se llega desde la escuela genovesa de realismo jurídico (Tarello, 1980; Guastini, 2011; Chiassoni, 2011; Comanducci, 1999). Para este grupo de autores, que los jueces puedan decidir conforme a sus ideologías se debe, en una importante medida, a que el derecho es indeterminado en un doble sentido. En primer lugar, presenta problemas que provienen de la equívocidad de los textos, en sede de interpretación abstracta, también llamada indeterminación del ordenamiento. Y esta equívocidad tiene dos fuentes: i) la oscuridad y ambigüedad propias de los lenguajes naturales en que se formulan las disposiciones jurídicas (problemas de formulación lingüística); y ii) las distintas posiciones teóricas, dogmáticas y ético-políticas que hacen que palabras o sintagmas de los textos normativos sean entendidos de diversa manera.

Y, en segundo lugar, presenta problemas que provienen de la indeterminación de la norma, en sede de interpretación concreta que aplica una norma a un caso. Los problemas de subsunción se dan cuando, frente a un caso concreto, no se conoce con exactitud si aquel se encuentra o no comprendido en el supuesto de hecho de la norma (predicados que adolecen de vaguedad extensional) (Guastini, 2011: 39 y ss.).

Esta indeterminación genera espacios de discrecionalidad. En esos espacios de discrecionalidad (o intersticios no completamente regulados) el juez elige de entre distintas interpretaciones semántica y jurídicamente posibles¹⁰ y respalda esas decisiones interpretativas con argumentos interpretativos que provienen de reglas o de costumbres interpretativas, comúnmente utilizados y aceptados dentro de la tradición jurídica respectiva.

En síntesis, desde la tradición realista, es el intérprete quien elige — dentro de la multiplicidad de argumentos y directivas interpretativas que pueden combinarse de forma diversa a la vez que arrojar distintas respuestas igualmente correctas— aplicar uno o más argumentos de acuerdo con sus propios valores e ideología; es decir, el intérprete tiene en sus manos la decisión sobre cuáles directivas asumirá como válidas y le guiarán en la justificación de su decisión interpretativa.¹¹ El juez incorpora razones ideológicas o valoraciones morales o políticas cuando, por ejemplo, determina el o los fines de la norma en el argumento teleológico, identifica las mejores o peores consecuencias de la decisión en el argumento consecuencialista, selecciona la *ratio decidendi* de jurisprudencia anterior, o razona sobre la justicia de la decisión en el caso del argumento equitativo.

La carga ideológica puede ingresar en diversos momentos de la actividad interpretativa. Así, en el punto de partida de la interpretación, y específicamente, en la decisión de si se trata de una disposición normativa

¹⁰ Es decir, es una solución vinculada toda vez que existen límites institucionales (dados por la existencia de textos normativos promulgados por el legislador, un proceso con tiempos limitados), límites lingüísticos (significados convencionales de las palabras dentro de la comunidad), y límites impuestos por la tradición jurídica (cómo se han entendido ciertas expresiones e instituciones, lo que excluye interpretaciones excéntricas y permite cambios justificados). Frente a la indeterminación del ordenamiento y de la norma, lo único que se puede exigir al juez es una justificación reforzada.

¹¹ En palabras de Wróblewski «estas directivas son reglas de comportamiento interpretativo asumidas como válidas por el intérprete» (1992: 177).

clara o dudosa, lo que implica evaluar las posibilidades interpretativas que se tiene en uno y otro caso. También ingresan valoraciones en la formulación de directivas de interpretación y en la elección de esas directivas. Un ejemplo de cómo distintas ideologías influyen en la selección de directivas interpretativas es el que pone Wróblewski (1989) a propósito de las tesis estáticas y dinámicas sobre interpretación jurídica. Las tesis estáticas, en tanto persiguen los valores de seguridad jurídica, certeza y estabilidad, favorecen un significado constante del material normativo —generalmente vinculado a la voluntad del legislador—, favoreciendo el uso de directivas lingüísticas (que indican cómo debiese determinarse el significado de una regla dentro de su contexto lingüístico). Las tesis dinámicas, por su parte, en tanto persiguen adecuar el material normativo a las relaciones sociales, económicas, culturales e ideológicas existentes al momento de interpretarlo, recurren a las directivas funcionales para alcanzar ese significado cambiante y contextual de las normas que proviene de elementos del sistema sociopolítico, económico y cultural en el que se inserta el derecho (Wróblewski, 1989: 185-190; 1992: 97 y ss.).

Una cuestión relacionada con esto son las denominadas «ideologías de la interpretación», que responde a la pregunta sobre cómo debiese ser una correcta interpretación. Guastini señala que las dos oposiciones fundamentales entre ideologías de interpretación son literalismo versus intencionalismo —que hacen prevalecer, respectivamente, el tenor literal y la intención del legislador— e interpretación estática versus dinámica, que privilegian el «sentido» de la disposición normativa al momento de su dictación y de su aplicación, respectivamente. Desde aquí se pueden dar combinaciones entre estos pares de ideologías. Así, estas ideologías introducen reglas de preferencia en las directrices interpretativas que se emplean para justificar una interpretación, de tal manera que hacen prevalecer el tenor literal, la voluntad del legislador, el significado al momento de la aprobación de la disposición o el significado al tiempo de aplicarla (Guastini, 2011: 433 y ss.).

Finalmente, dentro de estos aspectos morales y políticos de la decisión judicial también están las tesis acerca de la «ideología de la aplicación judicial del derecho» que son tesis que tienen como finalidad dirigir la conducta del juez —*cómo debe comportarse el juez*—, ya sea indicando cómo debe comprender y leer el sistema jurídico, prescribiendo la realización de algunos valores o la protección de otros, señalando los

pasos o reglas que debiese seguir, disponiendo que debe comportarse de determinada manera frente al legislador o que debe desarrollar su labor interpretativa y argumentativa teniendo en mente estas o aquellas directrices.

Siguiendo a Wróblewski, las ideologías de la aplicación judicial del derecho pueden agruparse en tres: ideología de la decisión vinculada, ideología de la libre decisión e ideología de la decisión racional y legal. Muy resumidamente, la *ideología de la decisión vinculada* postula que el tribunal debe decidir sobre la base de leyes (*statutory rules*) que determinan absolutamente las decisiones en casos concretos, de forma que la aplicación judicial se torna una operación lógica o mecánica. Esta ideología tiene como presupuestos políticos la protección de la libertad individual, el respeto a la democracia y separación de poderes, y la certeza y seguridad jurídica. La *ideología de la libre decisión* surge en oposición al formalismo dominante de mediados del siglo XIX, y destaca la función del juez en la creación del derecho frente a reglas abstractas que solo sirven de esquemas o marcos que fijan los límites dentro de los cuales decidir libremente la mejor solución frente al caso. Aplicación y creación del derecho son actividades complementarias. Para resolver un problema jurídico existen múltiples fuentes de derecho, que incluyen leyes, práctica jurídica, reglas sociales, hechos sociales y evaluaciones de distinto tipo. La *ideología de la decisión racional y legal* rescata el valor positivo de la legalidad —observancia del derecho válido— y el valor de la racionalidad interna y externa de la decisión. En este último caso, la racionalidad interna se refiere a la consistencia de la decisión y la racionalidad externa a que las premisas cumplan con los parámetros jurídicos (legalidad) y extrajurídicos (axiología del derecho vigente); en ambas variantes, la racionalidad es un mecanismo de control de las decisiones (Wróblewski, 1989: 67-84; 1992: 265-314). Estas tres son tesis normativas sobre cómo debe ser la labor del juez, o sobre cuál es la forma correcta de aplicar el derecho.

En materia de justicia constitucional existen también dos doctrinas que versan sobre cuál debiese ser el rol del juez frente al legislador: la doctrina del *judicial restraint* y la doctrina del *judicial activism*. Sintetizando, en el primer caso, el juez debe respetar la deferencia al legislador que cuenta con legitimación democrática; en el segundo caso, se entiende que el juez constitucional debe proteger los derechos ciudadanos en contra de la mayoría política representada por el legislador (Guastini,

2011: 445-447). Con ello se pone de relieve, en este mayor nivel de abstracción, que la concepción que se tenga de la función del juez dentro de la estructura institucional y la concepción que se tenga de la democracia pueden repercutir en aquello que el propio decisor considere una aplicación correcta del derecho.

Sesgos y estereotipos en el acto de juzgar

La utilización de las generalizaciones en la práctica jurídica es, a la vez, inevitable e indispensable. Tal como dicen Anderson, Schum y Twining, las generalizaciones son «el pegamento que mantiene nuestros argumentos unidos» (2015: 139). Se basan en un «stock de conocimiento» determinado, que es compartido por una cultura delimitada en lo espaciotemporal.

Estereotipos, prejuicios y sesgos son tipos de generalizaciones basadas en procesos de categorización social. La categorización social es un mecanismo que encuadra o califica a las personas y que permite anticipar comportamientos, empleándose, algunas veces, para ahorrar esfuerzos comunicativos y proporcionar información sobre el mundo. El uso de estas categorías, como dice Arena, puede resultar sospechoso o problemático, por ejemplo, generando actitudes o resultados discriminadores hacia las personas que se incluyen en una determinada categoría. De acuerdo con los pares de variables explícito (consciente) e implícito (inconsciente), y aproximación cognitiva (atribución de propiedad o rol) y actitudinal (asunción de una actitud), Arena propone distinguir entre prejuicios, sesgos y estereotipos (2016: 52).

Los prejuicios son un tipo de categorización social explícita (consciente) y problemática, que consiste en asumir una valoración negativa de miembros de un determinado grupo (reacción actitudinal). O, como dice Schauer, un prejuicio es una «creencia infundada respecto a una persona», lo que equivale a suscribir una generalización defectuosa o espuria o en aplicar a un individuo una generalización estadísticamente sólida pero no universal (2003: 25).

Los sesgos son un tipo de categorización social implícita (inconsciente) y también problemática. Una distinción gruesa es aquella entre sesgos cognitivos y sesgos actitudinales. Los sesgos cognitivos consisten en la atribución inadvertida de una propiedad o rol a una persona por el solo hecho de pertenecer a un grupo. Si bien prejuicios y sesgos pueden

incidir tanto en la interpretación de los textos normativos como en el razonamiento probatorio, presentan dificultades en su identificación y atribución a sujetos determinados. Tratándose de los sesgos y dado que los estudios de la neurociencia no han arribado a datos concluyentes sobre cómo funcionan y cómo pueden evitarse —sino solo a identificar una gran cantidad de sesgos cognitivos o de racionalidad tales como el de confirmación, de perspectiva, representatividad, accesibilidad, anclaje, *path dependence*—, en lo que sigue las referencias se circunscribirán a los estereotipos, ya que de ellos puede y suele quedar rastro en el texto de la sentencia.

Siguiendo la definición de Cook y Cusack, «un estereotipo es una visión generalizada o una preconcepción de atributos o características que poseen, o roles que son o debiesen ser realizados por, los miembros de un grupo particular (por ejemplo, mujeres, lesbianas, adolescentes)» (2010: 9). De acuerdo con esta forma de entender los estereotipos, no es relevante si los atributos o características son o no comunes a los miembros del grupo, sino que es el estereotipo el que presupone que todos los miembros de cierto grupo poseen aquellas características o atributos (por ejemplo, «los adolescentes son irresponsables», «los viejos son sabios», «las mujeres son pasivas sexualmente», «las mujeres son más débiles que los hombres», «las mujeres son emocionales», «los hombres son racionales», «los homosexuales son promiscuos y egoístas», «el terrorista islámico», «el narcotraficante colombiano», «el policía corrupto») o desempeñan un determinado rol (por ejemplo, «las mujeres son cuidadoras», «los hombres son proveedores») (Cook y Cusack, 2010: 9).

Partiendo de una definición similar a esta, Arena (2016) los define como un tipo de categorización social explícita (consciente) y problemática, toda vez que puede producir perjuicios en las personas que se incluyen en dicha categoría. Desde el punto de vista de su estructura, los estereotipos son enunciados que asocian a una categoría o grupo de personas, identificadas con un rasgo X, un rasgo Y, por el solo hecho de pertenecer a dicha categoría o grupo (reacción cognitiva). En otras palabras, se atribuye una propiedad Y a todos los miembros de una categoría, en tanto que pertenecen a esa categoría por poseer una propiedad X.

Arena distingue entre dos grupos de estereotipos: estereotipos descriptivos y estereotipos normativos. Los *estereotipos normativos* son aquellos que «definen y constituyen los roles que deben desempeñar las personas que pertenecen a determinada categoría o grupo social» (2016:

73). La estructura del estereotipo normativo es un enunciado que atribuye un rol o tarea X a un sujeto que tiene la propiedad Y.

Los *estereotipos descriptivos* son aquellos que «tienen la pretensión de ofrecer información acerca de las características de determinado grupo y de cada uno de sus miembros» (2016: 73). La estructura del estereotipo descriptivo es un enunciado que afirma la correlación entre las propiedades X e Y. Esta clase de estereotipos puede tener base estadística, o no tener base estadística. Los que tienen base estadística, es decir, que cuentan con respaldo epistémico, pueden cumplir una función cognitiva, es decir, «pueden proporcionar conocimiento acerca del mundo» y, por tanto, «bajo ciertas condiciones está justificado tomar decisiones normativas basadas en ellos, incluso si se trata de categorías sospechosas. Estas condiciones son: i) apoyo científico del estereotipo (base estadística); ii) razones poderosas (por ejemplo, interés superior del niño)», razones estas últimas que, por ejemplo, justifiquen un trato diferenciado (Arena, 2019b: 562). Como resulta inevitable respecto de toda generalización, tratándose de estereotipos descriptivos con base estadística, «habrá, por un lado, miembros del grupo que no poseen la característica y, por otro lado, habrá individuos que no son miembros del grupo y que, sin embargo, poseen la característica», es decir, siguiendo la terminología de Schauer, siempre habrá problemas de sobre e infrainclusión (Arena, 2019a: 23).

Los estereotipos descriptivos que no tienen base estadística son aquellos que atribuyen una característica a los miembros de un grupo que aquellos no poseen, lo que constituye «una falsa representación del grupo», toda vez que la posesión o no de aquella característica no depende de la pertenencia a dicho grupo.

La clasificación propuesta, argumenta este autor, permite identificar lo que denomina «criterios de relevancia», que son aquellos «que los jueces deberían usar para determinar cuándo una práctica social o una norma jurídica están basadas en un estereotipo, y para establecer el tipo de perjuicio que el uso del estereotipo puede producir o evitar» (Arena, 2019a: 13). Estos criterios varían dependiendo de si se trata de un estereotipo descriptivo o uno normativo. En el primer caso, «el criterio de relevancia es la afectación o no al principio de igualdad y ello depende de que el estereotipo posea importe cognitivo y de que no afecte los derechos de un grupo vulnerable». Es decir, aun poseyendo base estadística, si se limitan derechos de grupos vulnerables no puede utili-

zarse aquella generalización y debe analizarse el caso individual en sus propios términos. En el segundo caso, «el criterio de relevancia es la afectación o no de la autonomía personal. Dado que los estereotipos normativos desempeñan un papel fundamental en la construcción de identidades, es necesario distinguir entre aquellos opresivos [externos] y aquellos aceptados por quienes los aceptan para construir su identidad [internos]» (Arena, 2019a: 41).

Resolución de conflictos jurídicos utilizando principios

La idea de que algunos conflictos de relevancia jurídica se resuelven mediante la aplicación de *principios* está muy presente en la cultura jurídica chilena. Una primera cuestión que es posible advertir es que la voz *principio* se usa para hacer referencia a distintas cosas. Carrió advierte que se emplea para referirse, por ejemplo, a la *ratio legis* o propósito de una norma —en este caso, los principios serían normas teleológicas que encomiendan la realización de un fin—, para aislar rasgos o aspectos importantes de un orden jurídico, para expresar generalizaciones que se obtienen a partir de las reglas del sistema, para expresar pautas con contenido manifiestamente justo —en palabras de Prieto Sanchís, a los principios como vehículos de la moral en el derecho (1998: 66)—, o para identificar ciertos requisitos formales o externos que todo orden jurídico debe satisfacer (1970: 32 y ss.).

Pese a que los autores difieren en sus conceptos de principios, en caso de que adhieran claramente a uno o lo presupongan, al menos parece haber relativo acuerdo entre los operadores del derecho en que los principios jurídicos designan una clase o tipo de normas. Esto quiere decir que se trata de pautas que tienen por objeto regular una determinada conducta.

Dentro de la teoría del derecho de las últimas décadas, ha habido tesis, como la de Ronald Dworkin, que plantea una distinción fuerte o dicotomía entre reglas y principios, como dos tipos diferentes de normas jurídicas, que se basa en la estructura lógica y en la dimensión de peso o importancia.¹² También ha sido importante la tesis de Robert Alexy,

12 Dos son las características que se suelen indicar para justificar la distinción entre principios y reglas: su estructura lógica y su dimensión de peso o importancia. Las reglas se aplicarían en la forma todo o nada (*all-or-nothing*), es decir, son o no válidas, son o no apropiadas para resolver el caso, lo que equivale a decir que son

quien entiende que los principios son mandatos de optimización, esto es, «normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes» (2002: 86). Este autor considera a los principios como un tipo especial de normas claramente distinta de las reglas.

Por otra parte, dentro del viejo continente, Prieto Sanchís afirma que se suele decir que una norma es un principio cuando, comparándola con otra, resulta más general o fundamental (1992: 25). Adhiriendo a una concepción débil de la distinción entre reglas y principios, este autor sostiene que los principios no son sustancialmente distintos a las reglas; que existen cuando se reconocen como válidos por la regla de reconocimiento del sistema (Prieto Sanchís, 1992: 83 y ss.); y que sirven como instrumento hermenéutico, ya que su estructura estimula técnicas argumentativas más *audaces*. García Amado vendrá a extremar esta tesis señalando que no existen diferencias entre reglas y principios ni en sus respectivos métodos de interpretación: lo que sí existe es un mayor nivel de generalidad y abstracción de los segundos por sobre las primeras.¹³

aplicables de manera disyuntiva. Los principios, en cambio, no establecen consecuencias jurídicas para el caso de que se cumplan ciertas condiciones; ni siquiera establecen sus condiciones de aplicación. No se aplican en la forma todo o nada, ni exigen una decisión particular, y para el caso que no prevalezcan en la resolución de un problema jurídico concreto siguen siendo parte del ordenamiento jurídico. La segunda característica consiste en que los principios tienen una dimensión de peso o importancia relativa, es decir, no son cuantificables en abstracto, sino que solo pueden ponderarse en el caso concreto. Las reglas, en cambio, no tienen esta dimensión, por lo que no se puede decir que sean más o menos importantes dentro de un sistema normativo. Solo se puede decir que las reglas son *funcionalmente* importantes o no importantes en la regulación de un asunto. Y en caso de conflicto entre reglas, una de ellas tiene necesariamente que ser inválida, conflicto que se resolvería aplicando los criterios de jerarquía, temporalidad y especialidad. Pese a que defiende esta distinción, Dworkin reconoce que en muchos casos es difícil distinguir entre reglas y principios. Esta distinción ya la adelantaba (1963: 631 y 632), señalando que las reglas no poseen la dimensión de peso o importancia, y que los principios y directrices se comportan en forma lógicamente diferente a aquellas, siendo un tipo de estándar más holgado (*loose*), características estas que son importantes al momento de emplear unos y otros en el razonamiento jurídico. La distinción es lanzada con fuerza en 1967 (Dworkin, 1967: 23 y ss.), incorporándola como capítulo segundo en *Los derechos en serio* (Dworkin, 2002).

13 Así lo señala al comparar la interpretación de la Constitución, que incorpora mayor cantidad de enunciados genéricos o proclamaciones de fines y valores, con la interpretación de otros textos normativos (García Amado, 2004: 72).

Una diferenciación que parece útil es aquella que distingue entre principios que están expresamente recogidos en una disposición normativa del ordenamiento jurídico (principios explícitos) y aquellos que los operadores del sistema dicen extraer de él (principios implícitos). Estos principios implícitos, según Guastini, se extraen de una de las siguientes operaciones: i) inducción de una norma general a partir de normas particulares —mediante abstracción, generalización, universalización—; ii) conjeturas sobre la *ratio* de una norma —intención del legislador, valores que protege la norma, fin de la norma—; iii) elaboración de una norma implícita que sea necesaria para la realización de otro principio previamente reconocido, dándole el rango de principio (2011: 182-190).

Los principios se usan, la mayoría de las veces, en la interpretación correctora o acomodaticia —particularmente, los principios expresos—, invocándose la superioridad axiológica de aquellos, y también en la integración de lagunas del derecho, para lo que se emplean, generalmente, los principios implícitos (Guastini, 2011: 197-201).

Un problema ulterior, de gran relevancia teórica y práctica, es el de la forma de resolución de conflictos entre principios, que se denomina «ponderación» y que será tratada más adelante en el taller práctico del capítulo 3.

Estándares de prueba

Para dar por probada una hipótesis sobre hechos, o para adoptar una decisión acerca de si se encuentran o no probadas las hipótesis debatidas en el proceso, se requiere de una «regla de estándar de prueba». La *regla de estándar de prueba* es aquella que fija el umbral de prueba necesaria para dar por probada una hipótesis, un relato sobre los hechos, dentro del proceso (Larroucau, 2012: 183).

La regla de estándar de prueba tiene por finalidad distribuir los riesgos de una decisión judicial errónea en cuanto a la reconstrucción de los hechos (Accatino, 2011: 487). Este riesgo de error en la formulación de la premisa fáctica se distribuye simétrica o asimétricamente por parte del legislador, según si no existen o existen, respectivamente, bienes jurídicos o valores que justifiquen alterar la regla de defecto de distribución simétrica del error (Letelier, 2018: 220 y ss.). Así, un estándar exigente que reduzca al máximo los falsos positivos —condena de inocentes—, como el «más allá de toda duda razonable», de general

aplicación en materia procesal penal, aumenta el riesgo de falsos negativos; un estándar que evita, en general, el error, como el de prueba preponderante, lo distribuye de manera igualitaria entre las partes (Larrroucau, 2012: 789).

¿Qué razones pueden considerarse para adoptar la decisión sobre nivel de suficiencia probatoria? Sin pretensiones de exhaustividad, aunque destacando la relevancia de ellas, Ferrer presenta las siguientes: i) la gravedad del error en caso de condena falsa; ii) el coste del error de las absoluciones falsas; iii) las dificultades probatorias del tipo de casos; iv) la incidencia de otras reglas que distribuyen el riesgo del error (por ejemplo, reglas de carga de la prueba y presunciones); v) la distribución del poder entre las partes; y vi) la etapa del proceso en que debe adoptarse la decisión para la que se regula el estándar de prueba (2021: 154 y ss.).

Esta regla es de suma importancia en el diseño de los sistemas procesales en tanto les sirve de engranaje. Para decirlo con Ferrer, «un sistema sin estándares de prueba es un sistema sin reglas para justificar las decisiones sobre los hechos» (2021: 16).

Un sistema con estándares de prueba que apelen a la voluntad, creencias o convicciones del juzgador (el problema de la «subjetividad») o con un alto nivel de vaguedad (el problema de la «imprecisión») es equivalente a un sistema sin reglas para justificar las decisiones sobre los hechos. Un sistema jurídico sin reglas para justificar las decisiones sobre los hechos no permite cumplir con el deber de motivación de las decisiones judiciales. Un sistema jurídico que no permite cumplir con este deber hace ilusoria la garantía ciudadana del debido proceso en contra de eventuales arbitrariedades en el ejercicio de la jurisdicción, que constituye una exigencia del Estado de derecho.

Presentada de manera condensada, esta es la primera tesis del libro *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso* del profesor Jordi Ferrer Beltrán, de la que da cuenta el título mismo: la convicción de quien decide sobre los hechos es irrelevante desde el punto de vista probatorio, se opone a la tradición racionalista de la prueba y vulnera el debido proceso.¹⁴ La segunda tesis afirma que es posible, conveniente y necesario formular estándares de prueba que permitan el control intersubjetivo de las decisiones sobre los hechos probados en el contexto de un proceso judicial. Tras hacerse cargo de varias objeciones, el paso de-

¹⁴ Para una recensión, véase Carbonell (2021).

cisivo en este libro es presentar formulaciones lingüísticas de estándares probatorios distintos para escenarios procesales diversos.

El estándar de prueba suele analizarse desde el punto de vista del razonamiento probatorio o fáctico. Aquí solo se ha intentado indicar que, al aplicarlo, podrá presentar problemas interpretativos si se formula en términos subjetivos o con excesiva vaguedad.

Labor creadora del juez

La pregunta acerca de si jueces y juezas crean derecho o aplican derecho (como tesis que describe lo que hace la judicatura) es bastante tratada en teoría del derecho, y cuyas respuestas pueden producir un impacto en la práctica jurídica y judicial. La pregunta, vinculada con la anterior, acerca de si los jueces deben o no crear derecho (como tesis que prescribe lo que debiesen hacer) es una que, en último término y simplificando, plasma una ideología referida a cómo debe comportarse el juez en su interacción con el legislador.¹⁵

Bulygin constata que hay básicamente tres posturas con relación a la «creación judicial del derecho»: i) el derecho como conjunto de normas generales es creado por el legislador y los jueces se limitan a aplicarlo a casos particulares —doctrina tradicional—; ii) el derecho es un conjunto de normas generales creadas por el legislador —casos genéricos a los que se atribuyen soluciones genéricas— y de normas individuales que son creadas por los jueces —que correlacionan descripciones de casos individuales con una solución individual—; iii) los jueces no crean derecho en situaciones normales, pero sí crean normas generales en situaciones muy especiales —específicamente, frente a lagunas y contradicciones normativas—. Este autor se inclina por la tercera tesis, afirmando, simultáneamente, que no existe distinción tajante entre creación y aplicación del derecho. Los jueces —sostiene Bulygin— crean normas generales cuando están frente a una laguna o a una contradicción, pese a que *crean* en un sentido distinto de la creación legislativa, en tanto la norma general frente a la laguna no obliga a otros jueces, ni tiene efectos generales, y en tanto la *derogación* total o parcial de la norma contradictoria no produce los mismos efectos que la *derogación real* que es la que realiza el legislador (Bulygin, 2003: 7). Una ambigüedad adicional consiste en esclarecer qué significa «creación» judicial del

¹⁵ Véase el subtítulo *Teoría y paradigmas clásicos*.

derecho: producir «nuevo derecho»;¹⁶ «clarificar y concretar» el derecho preexistente (Wróblewski, 1992: 318); y reconstruir la *ratio* que subyace a diversas disposiciones normativas, entre otros posibles significados.

Para saber a qué se hace referencia con la expresión «creación jurídica» o «creación de derecho», Guastini invita a distinguir entre al menos dos formas de entender el derecho: derecho como conjunto de enunciados y derecho como conjunto de significados (Guastini, 2004: 259 y ss.). De acuerdo con lo que aquí se ha precisado, el derecho es más bien el conjunto de normas o significados de textos, y eso quiere decir que el derecho es una *variable dependiente* de la interpretación, o, en otras palabras, que el derecho nunca es creación pura ya que la interpretación se hace sobre la base de textos, inclusive la creación de normas no expresas. Es decir, en todos los casos que se recogen en la clasificación antes descrita, las normas que se extraen por vía interpretativa tienen alguna conexión —directa o argumentativa— con disposiciones normativas de fuentes del derecho.

Finalmente, Hart aborda el problema de la creación judicial del derecho cuando teoriza sobre las teorías de interpretación jurídica, adhiriendo a una teoría intermedia¹⁷ que estima que los jueces algunas veces ejercen discrecionalidad y crean derecho (*pesadilla*), mientras que en otros casos simplemente se limitan a aplicar el derecho existente (*noble sueño*). Cuando se está ante un texto claro o un caso fácil —que cae en el «núcleo esencial» luminoso de una norma—, el intérprete se limita a *descubrir* el significado del texto. Cuando, por el contrario, el texto es oscuro o el caso está en la «zona de penumbra», el intérprete *atribuye* significado al texto normativo, creando derecho (Hart, 1977).

16 A esto es lo que Laporta llama generación de derecho *ex nihilo* e Iglesias «invención» para distinguirlo de las actividades de transformación del derecho preexistente mediante interpretación y argumentación. Véase Laporta (2007: 209) e Iglesias (1999: 161 y ss.).

17 Tesis intermedia que también puede denominarse «ecléctica». Véase el subtítulo *Concepciones de la interpretación*.

Capítulo 2

Interpretación del derecho

Como dice Squella en palabras simples, interpretar es la acción humana que consiste en establecer el significado de algo. Aplicado al ámbito jurídico, interpretar el derecho consiste en establecer el significado de las normas jurídicas y otros estándares (principios) que lo conforman (2011: 538). Diversas son las definiciones que se han dado de interpretación, y dependen muchas veces de la concepción que sobre la interpretación tenga el autor respectivo.

La expresión «interpretación», se utiliza tanto para referirse a la actividad que consiste en determinar el significado de un vocablo, como al resultado o producto de aquella actividad (enunciado interpretativo). Así, se habla de interpretación-actividad y de interpretación-producto.

Como se verá a continuación, existen, a lo menos, dos grandes formas de entender la interpretación-actividad: i) como un acto de conocimiento, mediado por la razón (se emplean así las palabras averiguar, descubrir o dilucidar el significado de un texto o norma); y ii) como un acto de decisión, donde destaca la voluntad del intérprete (aquí se define interpretación como la actividad que consiste en estipular, decidir, producir el significado de un texto o norma).

La interpretación no es una actividad exclusiva del mundo jurídico, sino que se realiza en diversas esferas culturales, y tiene por finalidad *iluminar* el significado de los objetos (previamente dados) sobre los cuales recae. El intérprete, puede sostenerse, es una especie de intermediario entre el autor del texto, obra musical, obra teatral o literaria y el público. Este intérprete puede ser, consiguientemente, un traductor, un violinista, un actor, entre otros.

Sin embargo, la interpretación en el campo jurídico adquiere ciertas características particulares, no solo porque cuenta con distintos tipos de intérpretes que atribuyen sentido a los textos o normas jurídicas y cuyas interpretaciones tienen fuerza diversa, sino también por las características propias de los sistemas jurídicos como especie de sistemas normativos, coactivos e institucionalizados.

Concepciones de la interpretación: Cognoscitivismo, escepticismo, eclecticismo

Se han formulado diversos conceptos de interpretación dentro del derecho, e incluso se han importado algunos desde la filosofía y la lingüística. Van desde aquellos que intentan, en forma simplificada, dar cuenta de su objeto —como lo es aquel que señala que interpretar es determinar el sentido y alcance de una norma jurídica— hasta otros más complejos, que ponen el acento en algunos elementos esenciales de la interpretación, que aventuran clasificaciones de ella o, por último, que explican la interpretación tanto en cuanto actividad como en cuanto producto de esa actividad.¹

Una conocida clasificación es la que hace Wróblewski,² quien distingue entre tres significados del término interpretación: *sensu largissimo*, *sensu largo* y *sensu stricto*. La interpretación *sensu largissimo* consiste en «la comprensión de un objeto en tanto que fenómeno cultural», es decir, aquella por medio de la cual se le atribuye «algún valor (sentido, significado) al substrato material interpretándolo como resultado de la actividad del hombre». Se le denomina también interpretación amplísima o hermenéutica, o incluso constructivista, toda vez que postula que los objetos de la realidad social son construidos culturalmente. La interpretación *sensu largo* consiste en la «comprensión de cualquier signo lingüístico». Se le llama también amplia o semántica y consiste en atribuir significado a documentos o actos, es decir, a entidades lingüísticas verbales o escritas (Comanducci, 1999: 11). La interpretación *sensu stricto* es aquella a través de la cual se determina «un significado de una expresión lingüística cuando existen dudas referentes a este significado en un caso concreto de comunicación» (Comanducci, 1999: 12).

Guastini, por su parte, sitúa la interpretación jurídica dentro del género de la interpretación textual, y señala que aquella «denota, *grosso*

¹ Con relación a esto último, véanse Tarello (1980: 39-42), Guastini (2001: 1) y Alexy (1996: 66).

² Las citas textuales son de Wróblewski (1988: 21-24). Estos significados son también considerados por Alexy (1996: 64) y por Comanducci (1999: 10-14). En otro de sus escritos, Comanducci llama a estas acepciones de la palabra, interpretación hermenéutica, semántica y jurídica, respectivamente. Esta última, y que es aquella por la cual se inclina, designa la atribución de significado a documentos normativos en el caso en que subsista la duda sobre cuál sea el significado atribuible a aquellos. Véase Comanducci (1999: 2-4).

modo, o bien la actividad de averiguar o decidir el significado de algún documento o texto jurídico, o bien el resultado o producto de esa actividad: el significado mismo» (1999: 2 y 3). Analiza dos conceptos: un primer concepto restringido o estricto, que se corresponde con el *sensu stricto* de Wróblewski,³ y un concepto amplio, que es aquel a cuyo favor se pronuncia. Las críticas que dirige al sentido restringido se centran en que la decisión sobre el significado *claro* u *oscuro* de un texto normativo, o la calificación de casos *fáciles* y *difíciles*, constituye por sí misma interpretación; las palabras no tienen, pues, un significado intrínseco o *propio* que deba *averiguarse* por el intérprete, como pretenden afirmar quienes emplean este concepto restringido, sino que su significado depende de cómo sean usadas y entendidas por el intérprete, que es quien valora y decide a este respecto. Por ello, opta por un concepto amplio, entendiendo por interpretación «cualquier atribución de significado a una formulación normativa, independientemente de dudas o controversias» (Guastini, 1999: 4-7, cita en página 5).⁴

Dentro de las fuentes de interpretación, Wróblewski identifica la interpretación auténtica, legal, operativa y doctrinal. La interpretación que interesa a efectos de esclarecer el concepto de corrección en la aplicación judicial del derecho es la interpretación operativa, esto es, aquella en la que «el órgano que aplica el derecho interpreta las reglas utilizadas en el proceso de su aplicación al caso concreto».⁵ La expresión «interpretación operativa» es de Ferrajoli, quien la entiende como aquella «efectuada por los operadores del derecho, es decir, por los sujetos que, al interno del ordenamiento, desarrollan actividad jurídicamente relevante», de la cual la interpretación judicial es una subespecie privilegiada» (1966: 290-292).⁶

3 «En sentido estricto, “interpretación” se emplea para referirse a la atribución de significado a una formulación normativa en presencia de dudas o controversias en torno a su campo de aplicación», y se vincula con el aforismo *in claris non fit interpretatio* (Guastini, 1999: 3 y 4).

4 Véase más adelante la distinción que este autor toma de Tarello entre formulación o disposición normativa y norma (subtítulos *Concepciones de la interpretación* y *Premisas implícitas*).

5 También señala que hay interpretaciones que derivan de otras fuentes, como la realizada por las partes en un proceso, o por la opinión pública (Wróblewski, 1988: 28).

6 También ha sido utilizado por Vernengo, que la define como «la practicada por los órganos jurisdiccionales de un sistema jurídico positivo cuando aplican derecho

La interpretación es concebida por algunos como una actividad de atribución de significado al texto normativo; por otros, en cambio, como el descubrimiento de dicho significado; y un tercer grupo combina ambas concepciones. De acuerdo con lo anterior, se distinguen al menos tres familias de teorías referidas a la interpretación en el derecho: la teoría cognitiva o formalista, la teoría escéptica o realista y una teoría intermedia o mixta.⁷ Estas tres familias de teorías se corresponden, en parte, con los modelos del noble sueño, la pesadilla y la vigilia de Hart (1977: 969-989).⁸ Además, cada una de ellas representa una determinada forma de entender los enunciados interpretativos —que tienen la forma: *el texto T significa «S»*— y una particular concepción de la discrecionalidad judicial. En las líneas siguientes, se presenta la exposición de Guastini sobre estas teorías.

La *teoría cognitiva o cognoscitivista*, como su nombre indica, plantea que la interpretación es una actividad cognitiva que permite descubrir el significado objetivo del texto normativo o la intención subjetiva de la autoridad normativa. Los enunciados interpretativos son, para esta teoría, de tipo descriptivo, es decir, susceptibles de verdad o falsedad, toda vez que se limitan a describir aquel significado objetivo del texto o aquella intención subjetiva del autor de la norma. Esta teoría supone que las palabras incorporan un significado propio o intrínseco, independiente de su uso, o se funda en la creencia de que el legislador imprime en las normas una voluntad unívoca que los intérpretes son capaces de identificar. Como se trata de un significado propio y de una voluntad unívoca, el texto normativo admite una sola interpretación verdadera o correcta.

Los partidarios de esta teoría suelen sostener también que los sistemas jurídicos son coherentes y completos, por lo que no hay espacio para la discrecionalidad judicial, ya que el juez debe fallar basado en normas preexistentes, interpretadas de acuerdo con el significado propio de las

o, más simplemente, cuando resuelvan casos» (1977: 4). Muchos de los estudios sobre interpretación jurídica se centran en este tipo de interpretación, por la relevancia que reviste en la resolución de conflictos jurídicos y determinación de derechos dentro de los sistemas jurídicos.

⁷ Estas son las denominaciones que Guastini emplea en varios de sus escritos, por ejemplo, en 1997: 13-18; 2011: 34-40; y 2006: 407 y ss. Por su parte, Comanducci (1999: 9-11) las denomina tesis neoformalista, neoescéptica, y ecléctica, respectivamente, asignándole significados similares a los de Guastini, aunque planteando la cuestión respecto de esta última tesis de un modo diverso e inclinándose a su favor.

⁸ Véase también la exposición que hace de estas tesis Barranco (2004: 45).

palabras o la voluntad unívoca del legislador. Esta teoría —como aclara Guastini— se vincula con la doctrina de separación de poderes, la sujeción del juez a la ley y el mito de la certeza del derecho. Según describe este mismo autor, la teoría cognoscitivista tuvo su origen en la filosofía ilustrada de mediados del siglo XVIII —en autores como Montesquieu y Beccaria— y se cultivó durante el siglo XIX por la teoría formalista del derecho, por la escuela de la exégesis y la escuela de jurisprudencia de conceptos (Guastini, 1999: 13-18). No obstante, nadie sostiene esta rigurosa formulación de la teoría cognoscitivista clásica hoy en día.

La *teoría escéptica* considera la interpretación como una actividad de valoración y decisión. En su versión más radical, las palabras carecen de un significado propio, y no tienen sino aquel significado de acuerdo con el cual son usadas o aquel que le adscribe el intérprete. Las interpretaciones dependen, por tanto, de la pura subjetividad o juicios de valor de los intérpretes. De esto se desprende que los enunciados interpretativos no son ni verdaderos ni falsos; son definiciones estipulativas, que atribuyen un cierto significado a una palabra o expresión. Por otra parte, para esta tesis, los sistemas jurídicos no son ni completos ni coherentes, y frente a una laguna o antinomia los jueces crean derecho. Guastini apunta que esta teoría olvida los límites culturales y sociales del lenguaje, esto es, los usos lingüísticos dados a las palabras por una cierta comunidad en un tiempo determinado. La génesis de la teoría escéptica puede encontrarse en las críticas dirigidas en contra del formalismo por la jurisprudencia de intereses (Ihering) y por la renovación de la jurisprudencia francesa (Geny, Duguit). Otros ejemplos de la teoría escéptica en el derecho son la escuela del derecho libre y el realismo jurídico norteamericano.

Hay autores que sostienen un *escepticismo moderado*. Guastini es un defensor de esta vertiente moderada. Por una parte, es escéptico cuando afirma que las disposiciones normativas admiten una pluralidad de interpretaciones igualmente plausibles, es decir, pueden tener más de un significado y es el intérprete a quien le corresponde decidir discrecionalmente entre ellos. La interpretación judicial —reafirma este autor— es siempre decisoria y generalmente creativa de nuevas normas. Por otra parte, suscribe que no es posible sostener que las disposiciones normativas carecen de todo significado previo a la interpretación, pese a que aquel pueda ser oscuro; en otras palabras, no suscribe una indeterminación radical del derecho ni del lenguaje en que se formulan los textos normativos (Guastini, 2011: 413 y 414).

La *teoría ecléctica o mixta* intenta conciliar las dos teorías anteriores, sosteniendo que algunas veces la interpretación es un proceso de conocimiento y otras veces el resultado de una decisión discrecional. La textura abierta del lenguaje natural en el que se formulan las normas y la dificultad de determinar si un caso cae o no bajo el dominio de una norma son dos factores que dificultan la labor del intérprete. Así, se habla de textos claros y textos oscuros, por una parte, y de casos fáciles y casos difíciles, por otra. Frente a textos claros o casos fáciles, el intérprete se limita a *descubrir* el significado del texto. Por el contrario, cuando se está frente a textos oscuros o casos de penumbra, el intérprete *atribuye* significado al texto normativo, o el juez ejerce *discrecionalidad*. Como se ha sostenido en el capítulo anterior, Hart es un representante de la teoría ecléctica, en tanto defiende que las leyes, costumbres y precedentes son pautas que los jueces deben seguir en sus decisiones; es decir, imponen un límite a los jueces. Sin embargo, en la zona de penumbra de los textos normativos, los jueces tienen discrecionalidad, esto es, «crean derecho».

Discrecionalidad

¿Qué significa que jueces y juezas tengan discrecionalidad? Dos son los principales elementos que dan origen a algunos de los tipos de discrecionalidad judicial que identifica la literatura, y que generalmente se abordan a propósito de la interpretación: la textura abierta del lenguaje y la concepción del sistema jurídico como un conjunto incompleto de normas.

Como sostiene Hoffmaster (1982), las disputas sobre qué se entiende por discrecionalidad y las tesis a favor o en contra de la discrecionalidad, deben entenderse, al menos, como tres tipos de preguntas diversas: una primera pregunta, ¿existen casos en que el juez ejerce discrecionalidad?, es de naturaleza fáctica o *empírica*; una segunda pregunta sería ¿otorga el ordenamiento jurídico, en ciertos casos, discrecionalidad a los jueces?, es de naturaleza *normativa*; y una tercera pregunta, que se refiere a ¿cómo debiesen los jueces concebir su trabajo?, es un problema *institucional* —de política institucional— sobre cuál es el rol que los jueces tienen o debiesen tener dentro de un sistema jurídico dado. La multiplicidad de enfoques teóricos sobre el término «discrecionalidad judicial» obliga, para que las disputas al respecto no sean un problema

semántico como apunta MacCormick (2018: 188), a esclarecer a qué se está haciendo referencia con dicha expresión.

Contribuyendo a la tarea de clarificación, Caracciolo (2009) distingue cinco focos de significado a propósito de la discrecionalidad: i) posibilidad empírica de vulnerar las normas —discrecionalidad en sentido fuerte según Dworkin—; ii) facultad que conceden las normas para optar entre varias alternativas; iii) delegación que concede el legislador para elegir el contenido de la decisión; iv) decisión que se adopta cuando el derecho preexistente no suministra respuesta; y v) deliberación compleja ante controversias en la aplicación de una norma preexistente (generalmente, principios) y opuesta a la aplicación mecánica del derecho. Salvo el primer sentido, todos los demás pareciesen razonablemente formar parte de lo que, por lo general, se entiende por discrecionalidad judicial, tanto desde las corrientes iuspositivistas como de los variados iusrealismos.

García Amado define discrecionalidad como la «libertad de que el juez disfruta a la hora de dar contenido a su decisión de casos sin vulnerar el Derecho» (2006: 151); en otras palabras, es el margen que confiere el derecho al juez para decidir entre distintas soluciones o distintos alcances de aquellas, ya que aquellas no vienen enteramente determinadas por el derecho preexistente. La existencia inevitable de espacios de decisión no equivale a la autorización de la arbitrariedad, hipótesis en la cual el juez decide libremente: i) vulnerando las pautas de decisión para el caso en aquellas partes en que son claras y terminantes; ii) guiado por móviles incompatibles con el sistema jurídico que aplica y en el que cumple su función —por ejemplo, gobernado por intereses personales, prejuicios sociales o miedo—; iii) no dando razón ninguna de su fallo o cuando este contiene razones inadmisibles, por absurdas, antijurídicas o incompatibles con el sistema. Se trata, más bien, de un juicio valorativo, una opción reflexiva y argumentada entre las diversas alternativas. Frente a márgenes de discrecionalidad «solo podemos exigir al juez que justifique exigentemente» empleando razones convincentes y compartibles (García Amado, 2006: 171).⁹

9 Este autor identifica como escuelas negadoras de la existencia de la discrecionalidad al formalismo ingenuo del siglo XIX (Escuela de la Exégesis y Jurisprudencia de conceptos) y al formalismo nada de ingenuo de fines del siglo XX (neoconstitucionalistas como Dworkin y Zagrebelsky). Escuelas que avalan la discrecionalidad son el realismo jurídico, por una parte, con una versión extrema que podría sinteti-

Este libro toma como punto de partida esta tesis: discrecionalidad no es sinónimo de resolver arbitrariamente —como sería decidir *contra legem* existiendo disposiciones normativas de las que extraer reglas claras—; la discrecionalidad es, en este sentido, *dependiente* de la configuración lingüística de las disposiciones normativas y de las normas e *intrínseca* al proceso de aplicación judicial del derecho entendido como un encuadre de un hecho del mundo —o mejor dicho, su reconstrucción en la forma de un enunciado— en el supuesto de hecho —también con la forma de un enunciado— de una norma. Frente a la indeterminación del ordenamiento y de la norma, lo único que se puede exigir al juez es una justificación reforzada.

Un conocido ataque a la discrecionalidad judicial es el de Dworkin.¹⁰ Este autor distingue entre discrecionalidad en sentido fuerte y en sentido débil, rechazando especialmente la primera. Llama discrecionalidad en sentido fuerte a aquella que alguien tiene para tomar una decisión cuando los estándares de la actividad en cuestión, si es que existen, le aseguran el derecho a tomar la decisión que él quiera, y le niegan a todo participante el derecho a reclamar una determinada decisión a su favor. Los positivistas, piensa este autor, precisamente postulan esta discrecionalidad en sentido fuerte porque consideran que los principios no son estándares obligatorios, es decir, que no vinculan al juez, quien puede decidir no aplicarlos o adoptar una decisión contraria a los mismos. En sentido débil, discrecionalidad puede significar dos cosas: o bien que los estándares y normas exigen el empleo del juicio o razonamiento —y, por tanto, no pueden ser aplicados mecánicamente—, o bien que un funcionario tiene la autoridad final para tomar la decisión, es decir, que ella no puede ser revisada o anulada por otro funcionario u otra autoridad.

zarse en que el derecho no preexiste a la decisión judicial —por ejemplo, personificada en la escuela de los *Critical Legal Studies*—, y el positivismo jurídico del siglo XX (con Kelsen, Hart y Bobbio como principales representantes) para quienes la discrecionalidad es inevitable.

¹⁰ Principalmente en Dworkin (1963), (1967) y (1972).

Las reglas de interpretación de la ley contenidas en el Título Preliminar del Código Civil

Existen distintas normas de interpretación en el derecho chileno, aunque se encuentran particularmente concentradas en el ámbito del derecho civil. En efecto, algunas de las reglas de interpretación contenidas en el Código Civil se entienden aplicables también a otros ámbitos del derecho. Fuera de estas reglas, operan, por una parte, argumentos interpretativos que la dogmática ha ido construyendo (por ejemplo, los argumentos a contrario, analógico, *a fortiori*, histórico, de la coherencia, psicológico, dogmático, de precedentes, de reducción al absurdo, teleológico, equitativo, etcétera) y, por otra, máximas jurídicas y principios generales del derecho (como por ejemplo, *in claris non fit interpretatio*, o el uso de ciertos principios que operarían dentro de una determinada rama del derecho, como la buena fe o autonomía de la voluntad en el derecho privado, para determinar el sentido de disposiciones normativas o actos de los particulares).

Tradicionalmente, y siguiendo a Savigny (2005, libro 1, capítulo 4), se distinguen cuatro elementos de interpretación: el elemento gramatical, el elemento histórico, el elemento lógico y el elemento sistemático. Algunos autores agregan a estos el elemento teleológico, y elementos generales de interpretación, como los principios generales del derecho y la equidad natural. A continuación, se revisarán estos elementos, siguiendo los textos de Ducci (1997) y Squella (2011: 583 y ss.).

El *elemento gramatical* es el que permite esclarecer el o los sentidos y alcances de la ley atendiendo al tenor de las palabras (o al significado de los términos y frases empleados por el legislador). Se encuentra consagrado en los artículos 19 inciso primero, 20 y 21 del Código Civil.

El artículo 19 inciso primero, señala que «cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu». Este artículo se refiere a la claridad del sentido, y no del tenor literal, lo cual ha contado con el apoyo de cierta jurisprudencia de la Corte Suprema, pese a que hay fallos que se refieren al tenor literal claro. Ducci señala que la labor del juez no se limita a la de un gramático. Por otra parte, el intérprete, según este autor, no está obligado a recurrir ni a ceñirse exclusivamente ni en primer término al tenor literal. Squella dice que tener en consideración las palabras y frases que el legislador

utilizó es el medio más confiable para establecer el sentido e intención del legislador, salvo que el tenor literal merezca dudas.

El artículo 20 señala que «las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal», mientras el artículo 21 dice que «las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso».

De estos dos artículos se sigue que las palabras de la ley deben entenderse: i) como regla general, en su sentido natural y obvio, que se refiere al uso general de dichas palabras (importancia del contexto); ii) como primera excepción, en los casos en que el legislador las define expresamente para ciertas materias; iii) como segunda excepción, cuando se trata de palabras técnicas, y no aparezca que se han tomado en otro sentido. Squella opina también que el artículo 23 (lo favorable u odioso) refuerza el elemento gramatical.

El *elemento histórico* es el que permite establecer el o los sentidos y alcances posibles atendiendo a la historia del texto legal. La mayoría de los autores señala que este elemento se encontraría en la expresión «historia fidedigna» del establecimiento de la ley, en el artículo 19 inciso segundo. En sentido estricto, la historia del texto legal se refleja documentalmente en las etapas de formación de la ley, mensaje, actas, etcétera. En sentido amplio, esta historia incluye la identificación y ponderación de las circunstancias políticas, sociales y económicas presentes al momento de dictarse la ley.

Ducci señala que el elemento histórico no se refiere a la voluntad del legislador, que presenta, entre otros, el problema no solo de cómo se determina. Sin embargo, la jurisprudencia ha identificado este elemento con la voluntad subjetiva del legislador.

El *elemento lógico* es aquel que para determinar el o los posibles sentidos de una ley se vale del análisis intelectual de las conexiones que las normas de una misma ley guardan entre sí, o las conexiones entre una ley y otra sobre la misma materia. A esto se refiere la expresión «el contexto de la ley» en el artículo 22: «El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de

una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto».

Ducci Claro (2006) plantea que este elemento consiste en el análisis estructural del pensamiento expresado por el legislador. Se refiere, pues, al contenido objetivo y no a la voluntad subjetiva del legislador. El inciso segundo, por su parte, consagra la analogía interpretativa.

El *elemento sistemático*, al igual que el elemento lógico, versa sobre conexiones, pero ya no entre las partes de una ley o entre una ley y otras leyes de la misma materia, sino que en conexiones de una ley con la totalidad del ordenamiento jurídico y con leyes que versan sobre materias distintas. En otras palabras, implica una relación entre el todo unitarios y sus partes (Derecho como conjunto de normas).

El *elemento teleológico* se refiere a los fines y objetivos que el legislador busca conseguir por medio de la promulgación de la ley.

También existen *elementos generales* que son aquellos regulados en el artículo 24 del Código Civil: «En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural».

Ducci señala que se trata de elementos no supletorios, es decir, que la equidad, por ejemplo, debe buscarse siempre al identificar el sentido de la ley, y de su espíritu o finalidad. La equidad natural es aquella que busca la solución adecuada a las particularidades del caso, pudiendo incluso, según este autor, servir por sí sola de criterio de interpretación. Con respecto al espíritu general de la legislación, Squella (2011) dice que se asimilan a los principios generales de derecho.

Historia dogmática e interpretación de las normas de interpretación del Código Civil chileno

El Código Civil contiene disposiciones sobre interpretación de la ley en el párrafo cuarto del Título Preliminar, artículos 19 al 24. Guzmán Brito (1992) aborda, desde una perspectiva histórica, cómo deben ser entendidas estas disposiciones, o a qué obligan cuando se interpretan estos textos normativos.¹¹

En cuanto al origen de estas disposiciones, Guzmán Brito señala que no provienen, como comúnmente se estima por parte de la doctrina

¹¹ Este apartado sintetiza la investigación de Guzmán Brito.

civilista nacional, del Sistema de Derecho Romano Actual de Savigny, texto del cual Andrés Bello tenía conocimiento, pero que no fue su fuente para la redacción de estas normas. Una primera fuente fue el Código de la Luisiana de 1925, el que a su vez se basaba en el proyecto de código civil francés del año VIII de la revolución (1800), redactado por Portalis. Este último autor, a su vez, se basó en el *Tratado de las leyes* y en *Las leyes civiles en su orden natural*, dos obras del conocido jurista Jean Domat (1625-1696). Con Domat se llega a los glosadores y comentaristas del derecho romano de la Edad Media.

Por otra parte, Bello se interesó bastante en el derecho de los tratados. Su obra *Principios de Derecho de Gentes* (posteriormente denominado *Principios de Derecho Internacional*) contiene un capítulo especial relativo a la interpretación de los tratados. Para la redacción de estas disposiciones, Bello se inspiró en Emeric de Vattel, quien fue discípulo de Cristian Wolff, uno de los impulsores del derecho natural moderno (escuela racionalista del derecho natural). Esta escuela es continuadora de la obra de Hugo Grocio, que se nutre tanto de la segunda escolástica española como del humanismo jurídico francés. Se llega de esta forma a las escuelas romanistas medievales, estudiosas del Corpus Iuris Civilis.

Es decir, una reconstrucción genealógica de los orígenes tanto de las disposiciones sobre interpretación de las leyes como aquellas sobre interpretación de los tratados empleadas por Bello conducen en último término a los juristas romanistas medievales. Esto es un dato importante a la hora de comprender qué quieren decir las disposiciones sobre interpretación del Código Civil chileno.

Doctrina hermenéutica de glosadores y comentaristas

La doctrina hermenéutica de glosadores y comentaristas distinguía dos partes principales en la ley: el tenor literal y el sentido. El tenor literal eran las palabras escritas o la manifestación externa de la ley, mientras que el sentido era el pensamiento expresado por medio de esas palabras.

El sentido, a su vez, podía ser propio (el etimológico o el determinado por la ley) y el impropio (o uso común del hablar). La principal tarea del intérprete era precisamente captar el sentido de la ley. Podía darse el caso de que una ley tuviese un solo sentido propio (evidente, claro o indiscutible) o varios sentidos propios, caso en el cual debía prevalecer el legal sobre el etimológico. En caso de subsistir la duda, los glosadores

estimaban que debía atenderse al título bajo el cual aparecía el texto, la materia, el significado de las palabras anteriores o posteriores, y otras leyes donde aparecía el término. Si un término tenía un sentido propio y otro impropio, debía prevalecer este último. También podía recurrirse al sentido para ampliar o restringir una interpretación.

Por otra parte, importante también era lo que estos juristas denominaban la *ratio legis*, la finalidad de la ley o su porqué. Se trataba, sin embargo, de la finalidad objetiva de la ley, distinta a los motivos subjetivos que pudieron haberle dado origen. La *ratio legis* podía tener importancia para extender una ley a un caso no regulado, esto es, para aplicar la analogía. Para los medievales, la última ratio de la ley era la equidad (*aequitas*), es decir, «la conveniencia entre las cosas que todo lo equipara y que en casos iguales pide igual derecho» (Guzmán Brito, 2011: 195). Esta equidad podía ser la equidad en bruto (o el sentimiento primordial de lo que es equitativo) o equidad constituida o transformada en precepto, que era la que realmente cumplía una función rectora en la interpretación.

Otros cuatro elementos importantes podrían precisarse de la doctrina hermenéutica de los glosadores y comentaristas:

- Interpretación necesaria y general: es la que realiza el legislador (emperador), y se llama también declaratoria, en tanto se limita a aclarar el sentido de una norma sin agregar nada nuevo.
- Leyes meramente positivas: son aquellas que obedecen a una voluntad, la del legislador, y no a una «razón».
- Referimiento al legislador: obligación del juez de remitir las causas al emperador si considera que la ley contiene ambigüedades, oscuridades o contradicciones.
- *In claris non fit interpretatio* o en lo claro no se haga interpretación: a diferencia de lo que comúnmente se piensa, este aforismo no consagra una interpretación literalista, sino que señala que cuando el significado de las palabras es solo uno, y no hay lugar a entenderlo de otro modo (no hay una *ratio legis* distinta ni otros instrumentos que hagan sospechar otro significado), debe estarse a ese significado, sin ampliarlo o restringirlo.

Jean Domat

Este autor recoge gran parte de la hermenéutica de glosadores y comentaristas. En especial, es interesante destacar tres aspectos:

- Domat distingue entre leyes inmutables y leyes arbitrarias. Las leyes inmutables son aquellas naturales y de tal modo justas en todo tiempo y lugar, que ninguna autoridad puede cambiarlas ni abolirlas. Las leyes arbitrarias, o meramente positivas, son aquellas que la autoridad legítima puede cambiar o abolir según las necesidades (como, por ejemplo, las leyes que fijan un plazo de prescripción).
- Este autor llamó espíritu a lo que antes se llamaba ratio, significando algunas veces equidad (que es el fundamento de las leyes inmutables) y otras, la intención del legislador.
- Recalca que la hermenéutica tiene por objeto descubrir el sentido de la ley, que será aquel sentido natural, el más conforme con la intención del legislador y que más favorezca la equidad. Si los términos de una ley expresan netamente el sentido y la intención, es necesario atenerse a ellos (congruencia entre la letra y el sentido).

Interpretación de los tratados según Bello

Las normas sobre interpretación de los tratados se distinguen de aquellas sobre interpretación de las leyes, ya que, al igual que en los contratos, es importante la voluntad de las partes. La necesidad de fijar normas sobre interpretación de los tratados, testamentos, leyes y demás actos que funden derechos entre Estados, deriva de cuestiones tales como: la imperfección del lenguaje, la generalidad y oscuridad de las expresiones utilizadas, la fluctuación de las cosas humanas, las incompatibilidades reales o aparentes. Además de las máximas generales, Bello establece veinte reglas particulares para interpretar los tratados, algunas de las cuales se recogen en el Código Civil chileno en materia de interpretación de la ley o de los contratos. La interpretación de los tratados internacionales se verá más adelante.

Lectura de las normas del Código Civil

Los artículos 19 al 24 son auténticas reglas jurídicas o mandatos dirigidos al intérprete. Veremos sintéticamente cómo Guzmán Brito (1992:

41-87) lee estas disposiciones y otras disposiciones generales teniendo presente la historia dogmática que reconstruye.

- *Artículo 3 inciso primero.* Solo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio. Consagra, asimismo, la interpretación necesaria (obligatoria) y general (vincula a todos) reservada al legislador.
- *Artículo 9 inciso segundo.* Sin embargo, las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en estas, pero no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio. Prescribe, además, que la *lex declaratoria* tiene efectos hacia el pasado, salvo respecto de sentencias judiciales ejecutoriadas en el lapso entre la promulgación de la ley interpretada y la ley interpretativa
- *Artículo 5.* La Corte Suprema de Justicia y las Cortes de Alzada, en el mes de marzo de cada año, darán cuenta al presidente de la República de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes, y de los vacíos que noten en ellas. Este es el último resabio de la institución de referimiento al legislador (que desaparece en Chile en 1852), que insta a una colaboración entre el poder legislativo y judicial.
- *Artículo 3 inciso segundo.* Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren. Consagra, además, la interpretación necesaria (obligatoria) y no general (efectos particulares)
- *El Código Civil nada dice* sobre la interpretación ni necesaria ni general, esto es, la doctrinal.
- *Artículo 23 segunda parte.* La extensión que deba darse a toda ley, se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes. Se trata de la norma más importante para Guzmán Brito, en tanto fija la regla general en materia de interpretación de la ley: el verdadero sentido o *sensus* (pensamiento expresado por las palabras) determina la extensión que debe darse a la ley el intérprete tiene que esforzarse por descubrir este sentido.
- En toda ley escrita, las relaciones entre texto y sentido pueden ser las siguientes: i) que el sentido coincida con el texto, caso en el cual no hay nada que ampliar o restringir, sino que hay que atender a

su genuino sentido (artículo 19). Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu; ii) que el sentido sea más amplio que el texto; iii) que el sentido sea más restringido que el texto. Estas últimas dos situaciones no se encuentran directamente reguladas, sin embargo, pueden entenderse comprendidas en el artículo 19 inciso segundo; y iv) «a pretexto de consultar su espíritu (o finalidad específica de la ley) no escrito o no expreso», es decir, hay desconfianza en el uso del argumento fundado en la razón tácita como pretexto para desatender la razón expresa.

- *Artículo 19 inciso segundo.* Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento: i) expresión o texto oscuro es aquel que tiene más de un significado, o que aparentemente no tiene ninguno; ii) se puede ampliar o restringir el sentido de la ley con respecto a la letra; iii) hay que recurrir a la intención o espíritu claramente manifestados, vale decir, se trata de una razón o *voluntad* escrita o expresa; iv) espíritu: *ratio legis*, finalidad o fundamento objetivo y específico de la ley; e v) intención: voluntad del legislador (en leyes meramente positivas).
- *Artículo 22.* El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto, en cuanto a correspondencia y armonía —porque se supone que fueron compuestas por una misma mente y razón—, y correspondencia con el asunto o materias.
- *Artículo 20.* Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras. Pero, cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal: sentido natural (sentido propio); sentido obvio (abierto y ostensible); uso general (*communis usus loquendi* o uso común el hablar, o el antiguo sentido impropio). Asimismo, el Código no resuelve qué sucede con las palabras carentes de uso general (en la práctica se accede al Diccionario de la Lengua Española de la RAE).

- *Artículo 21.* Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso. Esto se refiere a lo que los medievales llamaban «palabras inventadas», a las cuales se les da su significado técnico, salvo que sea inapropiado.
- *Artículo 23.* Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. Aquí, Bello sigue el artículo 20 del Código luisiano, pero se aparta de lo aceptado en sus *Principios de Derecho de Gentes* («En caso de duda, si se trata de cosas favorables es más seguro ampliar su significación, y si se trata de cosas odiosas, es más seguro restringirla»). Lo favorable es aquello que produce un beneficio general a la especie humana, el bien común, la igualdad, etcétera. En definitiva, según este artículo, se puede ampliar o restringir, siempre que no se funde en lo favorable u odioso.
- *Artículo 24.* En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural. Así, la norma que ordena los principios hermenéuticos («en los casos a que no pudieran aplicarse las reglas»), y la interpretación comienza detectando la finalidad particular de la ley, le sigue la finalidad general de la legislación y, por último, la equidad natural.

El espíritu general de la legislación se refiere a razón o finalidad objetiva, no ya de la ley, sino de toda la legislación positiva chilena. Guzmán Brito distingue este espíritu general de la legislación de los principios generales de derecho, pese a que gran parte de la doctrina los confunde.

La equidad natural es la última ratio del derecho (no de la legislación chilena). Cumple una función interpretativa, y no correctiva. Para Bello, la equidad es una categoría objetiva y verificable, dirigida por la ciencia. Se encuentra en los textos, y es producto de reflexión y discusión por los juristas. No se trata, por tanto, de aquella equidad que está en la cabeza del juez ni implica el ingreso de la subjetividad en la interpretación.

La interpretación del contrato

Interpretar un contrato es delimitar el sentido y alcance de sus disposiciones. La interpretación del contrato se da en tres hipótesis: i) cuando sus términos son oscuros o ambiguos; ii) cuando siendo claros sus términos, no se concilian con la naturaleza del contrato o con la verdadera intención de las partes, que aparece manifiesta; y iii) cuando relacionando las cláusulas del contrato, surgen dudas acerca del alcance particular de alguna o algunas de ellas.

De modo que, de no encontrarse ante ninguna de estas tres hipótesis, el juez debe limitarse únicamente a aplicar el contrato. Así lo ha establecido la Corte Suprema, según señalaremos más adelante. En nuestra doctrina ha surgido una discusión en cuanto a si las reglas de interpretación de los contratos contempladas en el Código Civil son obligatorias para los jueces —en el caso de que sea necesario interpretar el contrato—, o si, por el contrario, solamente son criterios orientadores. En opinión de Alessandri Rodríguez (2020: 69), las reglas de interpretación no son imperativas para el juez en el sentido que este se vea necesariamente obligado a seguirlas, ni mucho menos aplicarlas en un orden preestablecido, sino que constituyen verdaderos consejos dados por el legislador al juez. Concluye que hubiera sido mejor no establecer estas reglas y dejar a los jueces con mayor libertad.

Asimismo, sostiene que, si nuestro Código Civil las consignó, fue por imitación del Código Civil francés, el que a su vez no hizo sino repetir lo que decía Pothier al respecto (Alessandri Rodríguez, 2020). Meza Barros (2018), por su parte, señala que el juez debe aplicar en su tarea interpretativa la lógica, el buen sentido, la experiencia, su conciencia y la buena fe. López Santa María (1998: 455-457) difiere de la tesis de Alessandri Rodríguez. Para él, el legislador no cumple su labor dando consejos, y las normas sobre interpretación son imperativas, cuya inobservancia por parte del juez puede ser recurrida en casación. La mayoría de los autores y la jurisprudencia comparten esta opinión.

Análisis general de los artículos 1560 al 1566
del Código Civil

Los artículos 1560 al 1566 regulan la materia. Corresponde a los jueces del fondo interpretar los contratos, y escapa al control de la Corte Supre-

ma. Colin y Capitant (1951: 707 y 708), sugiriendo la posibilidad de que se pueda recurrir a la Corte de Casación en el caso de que el juez haya interpretado mal la voluntad de los contratantes, señalan que se trata de un asunto delicado, pues equivale a preguntarse si en la interpretación de las estipulaciones de un contrato, la investigación de la voluntad de las partes es una cuestión de hecho o de derecho. Se sostuvo por algunos, en Francia, al poco tiempo de entrar en vigencia el Código Napoleón, que es una cuestión de derecho, puesto que la convención es la ley de las partes, e interpretarla es interpretar la ley. Pero posteriormente, la Corte Suprema, en un fallo de 1808, declaró que la interpretación de las disposiciones de un contrato es una cuestión de hecho.

Desde entonces, la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa no ha variado, concluyéndose que los jueces de instancia son los únicos que tienen la facultad de interpretar las cláusulas litigiosas, estableciendo su sentido y alcance. En este sentido, agregan los autores franceses referidos, para hacer esta interpretación hace falta conocer todos los hechos relativos al caso, investigar no solamente los términos del contrato, sino cuál ha sido la voluntad de las partes en las circunstancias que le han acompañado; en este sentido, la interpretación del documento se relaciona íntimamente con la apreciación de los hechos para poder separarse de ellos. Y, por otra parte, la función de la Corte de Casación, que es la de asegurar la unidad de la jurisprudencia, le concede facultades para interpretar las leyes generales, pero no esta «ley especial» de las dos partes que procede de una convención, y en cuya interpretación no hay evidentemente, que temer las divergencias de la jurisprudencia.

Nuestra Corte Suprema ha seguido un criterio parecido. Al respecto, de un fallo del 5 de enero de 1981, se desprende que

las leyes relativas a la interpretación de los contratos son normas dadas a los jueces del mérito a fin de que escudriñen la verdadera intención de las partes contratantes. La determinación de esa intención es una cuestión de hecho que generalmente escapa al control de la Corte Suprema, y si ella se determina o establece sin incurrir en error de derecho, no cabe el recurso de casación en el fondo.

De este modo, se ha sostenido en Chile que la Corte Suprema solo interviene cuando se contraviene una ley vinculada al contrato de que se trate, lo que ocurrirá i) cuando se atribuye a los contratos efectos diversos de los que prevé la ley, y ii) cuando se desnaturaliza el contrato al

interpretarlo. Aquello ocurrirá, por ejemplo, cuando habiendo celebrado las partes un contrato de compraventa, el juez, al fallar, le atribuye a tal contrato los efectos de otro contrato

sentados los hechos que el juez deduce al efectuar la interpretación de un contrato, el examen de la naturaleza jurídica de esos hechos y de los efectos del contrato que produce, son cuestiones de derecho que son susceptibles de ser revisadas por el tribunal de casación, bajo cuya crítica cae toda desnaturalización jurídica del contrato.

En otra sentencia, del 4 de noviembre de 2009, la Corte Suprema repite el principio expuesto y señala

la jurisprudencia de este Tribunal de Casación ha sido uniforme en sostener que la interpretación de los contratos constituye una actividad que queda dentro de las facultades propias de los magistrados de la instancia y solamente procede que sea revisada por la Corte Suprema en cuanto con su resultado se desnaturalice el contenido y alcance de la convención, con lo que se incurriría así en una transgresión tanto a la ley del contrato —cuya regla se contiene en el artículo 1545 del Código Civil—, como a las disposiciones pertinentes a la interpretación de los mismos —previstas en los artículos 1560 y siguientes del citado cuerpo legal—. Ello ocurrirá, ciertamente, cuando se alteren las consecuencias de las cláusulas pactadas respecto de las que no existe controversia en la forma en que se consintieron, desnaturalizándolas y, en tales circunstancias, se producirá como efecto que el poder soberano o de los jueces del pleito para establecer los hechos de la causa, no puede extenderse a su apreciación jurídica y a la determinación de la ley que les sea aplicables; y por consiguiente la ilegal apreciación de las cláusulas del contrato y las erróneas consecuencias que de esta ilegal apreciación deduzcan los jueces del pleito deben ser sometidas a la censura de la Corte Suprema por medio del recurso de casación por violación del artículo 1545, o sea por violación de la ley del contrato. En tales casos, la Corte Suprema puede hacer respetar el principio de que el contrato es ley para las partes.

En este contexto, la jurisprudencia ha dejado en claro que existen dos fases: i) la interpretación de las cláusulas de un contrato y la determinación de la intención que movió a las partes a celebrarlo es una cuestión de hecho. Los jueces la deducen del mérito de la propia convención, de los antecedentes reunidos en el proceso y de la ley. Por lo tanto, escapa

de la censura del tribunal de casación. Y ii) establecidos los hechos que el juez deduce al efectuar la interpretación de un contrato, el examen de la naturaleza jurídica de esos hechos y de los efectos que el contrato produce, son cuestiones de derecho susceptibles de ser revisadas por el tribunal de casación, bajo cuya crítica cae toda desnaturalización jurídica del contrato.

La dogmática distingue dos métodos de interpretación de los contratos: subjetivo y objetivo. El método subjetivo busca determinar cuál es la voluntad real de los contratantes. Se trata de indagar acerca del verdadero pensamiento de estos, el que debe prevalecer sobre la voluntad declarada, tomando en consideración que usualmente los contratantes expresan su voluntad en forma inadecuada.

Este es el sistema del Código Civil chileno siguiendo al Código Civil francés, cuyo método es una consecuencia lógica de la doctrina clásica de la voluntad, que postula que esta es, de algún modo, la causa eficiente de todo derecho (tanto en el plano del derecho objetivo, fruto de la voluntad nacional como en el plano de los derechos subjetivos; y en especial los derechos personales, fruto de una supuesta voluntad soberana de los contratantes). Es lógico, por tanto, que la teoría tradicional haya prescrito que, en la interpretación de los contratos, el intérprete debe determinar el sentido de las convenciones de acuerdo con las intenciones o voluntad psicológica de los contratantes.

En tanto, el método objetivo plantea que no interesa la voluntad que tuvieron las partes al concluir el contrato, debiendo fijarse el alcance de las estipulaciones establecidas de acuerdo con el sentido normal de la declaración, de manera que los efectos jurídicos serán los que cualquier persona razonable asignaría al contrato. Dicho de otro modo, la declaración de voluntad tiene un valor en sí misma, con autonomía o independencia de la intención de los contratantes. No debe rastrearse la intención de los contratantes, sino un alcance que debe atribuirse a la declaración, atendiendo a la costumbre, usos corrientes o prácticas usuales de los negocios. Lo anterior revela que el método objetivo de interpretación está directamente relacionado con la buena fe objetiva. Este método adoptó el Código Civil alemán de comienzos de siglo, apartándose del sistema francés.

Considerando lo expuesto, podríamos concluir lo siguiente: i) al contratar ha de primar la intención de los contratantes, recurriendo entonces al método subjetivo de interpretación, y operando la buena fe sub-

jetiva; ii) al ejecutar el contrato, y ante el silencio de las partes o cuando no es posible deducir la intención de los contratantes, ha de primar la buena fe objetiva, ajustándose la conducta de las partes a los parámetros legales.

Dicho lo anterior, cabe destacar que el objetivo fundamental de la interpretación de un contrato es determinar la intención de los contratantes. El artículo 1560 del Código Civil señala: «Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras». Esta norma, a juicio de Alessandri, es completamente opuesta a las que el mismo Código Civil da para la interpretación de la ley, en especial el artículo 19. Señala que esta diferencia se debe a que el citado código presume que el legislador es culto, y que procura emplear cada palabra en su sentido natural y obvio; en cambio, los contratantes usualmente no tienen un conocimiento completo del lenguaje y por tanto pueden dar a las palabras un sentido distinto al natural y obvio que les da el Diccionario de la Lengua Española de la RAE e incluso la sociedad en su conjunto.

De tal forma, más importante que aquello que los contratos digan, es aquello que las partes quisieron estipular. Pero si la voluntad de las partes se conoce claramente, si no hay ambigüedad en la letra del contrato, no hay necesidad de indagar más. Bastará con la lectura del contrato para interpretar la verdadera intención de las partes. La Corte Suprema, en esta línea, ha señalado que, si el tenor literal del contrato es claro, más que interpretarlo, lo que debe hacerse es aplicarlo. En tal sentido, expresa una sentencia del máximo tribunal:

Que respecto a los artículos 19 y 1545 del Código Civil, estos básicamente expresan que si la ley o el contrato —elevado por este último artículo a la categoría de ley para las partes— son claros en su sentido, no debe desatenderse su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Este principio ocasiona que la exégesis de la ley o del contrato se guíe primeramente por todo lo dispuesto en forma clara, prístina, sin que sea necesaria una actividad de interpretación mayor. Por el contrario, las reglas de interpretación tanto de la ley como de los contratos forman un sistema de cascada, permitiendo un mayor grado de flexibilidad en la interpretación a medida que el texto o sentido de la ley y el contrato sean más o menos oscuros y confusos, y, por el contrario, esta actividad de interpretación se verá limitada drásticamente cuando la voluntad de las partes —en el caso del contrato— ha sido claramente manifestada,

en un sentido unívoco, lo que no da lugar a interpretar la ley o el contrato, sino a aplicarlo [...] Que el contrato materia de la litis establecía de forma clara y transparente cuál era el mecanismo que las partes tenían para ponerle fin, consistente en enviar una carta certificada a la otra parte manifestándole su intención de no renovar el contrato, con una anticipación mínima de 60 días antes de la fecha de término. Por ende, no habiéndose acreditado en autos la existencia de dicha comunicación, no podían los jueces de la instancia suponer la existencia de una derogación tácita del contrato, puesto que el mecanismo de término de él estaba inequívocamente establecido en su propio texto, siendo una ley para las partes y pudiendo ser solo invalidado entonces por su mutuo consentimiento o por causas legales, que en este caso estaban determinadas en el mismo contrato, sin que ellas se produjeran. Que, asimismo, la voluntad de las partes aparece claramente explicitada en el contrato, por lo cual, no existiendo puntos oscuros en su redacción, debía estarse al tenor literal del contrato, no estando facultados los jueces de la instancia a interpretarlo —ya que solo se requería aplicar sus inequívocas disposiciones—, menos aún con elementos externos al contrato objeto de la litis, como otros contratos celebrados entre las mismas partes. Como el contrato es absolutamente claro en sus cláusulas, la labor de interpretación del juzgador se ve claramente limitada a aplicar el artículo 1545 o el 1560 del Código Civil.

Una de las partes alegó que el contrato había terminado al celebrar las partes otro contrato de la misma naturaleza (seguro). La otra parte, sin embargo, sostuvo que en el nuevo contrato no se hizo referencia alguna al primero de los contratos, de manera que este debía entenderse vigente (sentencia de la Corte Suprema del 29 de diciembre de 2009, autos rol 5.197-2008, recaída en el juicio arbitral *Administradora de Fondos de Pensiones Magister S. A. con Renta Nacional Compañía de Seguros de Vida S.A.*). El árbitro acogió la demanda, declarando expirado el contrato de seguro y condenando a la demandada al pago de 34.376 Unidades de Fomento. La demandada apeló, revocándose la sentencia, declarando la Corte de Apelaciones de Santiago que se rechazaba la demanda.

Puede ocurrir que las cláusulas del contrato sean ambiguas y que las partes difieran acerca del sentido que debe dárseles. Interpretará entonces el juez, de conformidad con las reglas que establecen los artículos 1561 y siguientes.

En relación con el artículo 1560, un fallo de la Corte Suprema de junio de 1978 señala que las partes pueden discrepar sobre la calificación o interpretación del contrato. En el primer caso será necesario delimitar qué convención se ha generado, si una compraventa, una dación en pago, una transacción, etcétera, y los consiguientes efectos. En el segundo caso, en el de la interpretación, habrá que establecer cuál ha sido la intención, voluntad o propósito de las partes para actuar en un sentido o en otro, conforme a las estipulaciones que establecieron.

Este concepto de interpretación se ajusta más a la conducta de las partes que al contrato mismo. La interpretación del contrato es la actividad orientada a descubrir la común intención de las partes que las ha determinado a celebrar el contrato, para lo cual se investigan las declaraciones de voluntad y, eventualmente, el comportamiento de los contratantes, la aplicación práctica que hayan hecho de las disposiciones estipuladas, etcétera.

Los tribunales también han deslindado sus atribuciones exclusivas para interpretar el contrato en caso de conflicto. Sobre el particular, un fallo de la Corte Pedro Aguirre Cerda de septiembre de 1989 establece que la interpretación de los contratos no compete a la autoridad administrativa, sino a los tribunales: la interpretación de un contrato que habría sido tácitamente modificado es materia de lato conocimiento y debe ser resuelta en el juicio respectivo. En consecuencia, es improcedente sancionar con multa el incumplimiento de una interpretación no establecida legalmente, sino por una autoridad administrativa, como es la Dirección e Inspección del Trabajo, facultadas para sancionar infracciones a la legislación laboral o de seguridad social y a sus reglamentos, pero no para interpretar contratos.

Análisis particular de los artículos 1561 al 1566 del Código Civil

Estos artículos contemplan las siguientes reglas de interpretación de los contratos.

a) *Regla de la aplicación restringida del texto contractual (artículo 1561)*: «Por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado». La disposición se refiere al alcance de los términos del contrato. En el mismo sentido, el artículo 2462, en la transacción, señala: «Si la transacción recae sobre uno o

más objetos específicos, la renuncia general de todo derecho, acción o pretensión deberá solo entenderse de los derechos, acciones o pretensiones relativas al objeto u objetos sobre que se transige». Por ejemplo, si se celebra una transacción poniendo término a un litigio pendiente o precaviendo un litigio eventual por concesiones recíprocas, y si «A» se obliga a pagar a «B» un millón de pesos, expresándose que las partes se declaran libres de todas sus pretensiones respectivas, los términos generales del contrato no perjudican los derechos de «A» contra «B» originados después de la convención, ni tampoco los que ya existían al momento de la celebración de la transacción, pero de los cuales las partes no tenían conocimiento.

Por ejemplo, aplicando el artículo 1561, la Corte de Apelaciones de Santiago falló que, si se estipula que en la administración de los bienes del poderdante podrá el banco mandatario, entre otras cosas, prestar y exigir fianzas, la facultad de afianzar que se concede solo se refiere al otorgamiento de fianzas dentro de la administración de los bienes del poderdante. En consecuencia, escapa de los términos del mandato y no obliga al mandante la fianza otorgada por el banco para asegurar el pago de letras propias de él mismo.

b) Regla de la natural extensión de la declaración (artículo 1565): «Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda».

Esta disposición fija una regla contraria a la anterior. Los ejemplos puestos en un contrato no suponen que se aplique solo al caso ejemplificado; es decir, no se concluye que las partes han querido limitar los efectos del contrato al caso o casos especialmente previstos. La oposición entre los artículos 1561 y 1565 es aparente, puesto que son manifestaciones diversas de un mismo principio, el que ordena al intérprete considerar todas las circunstancias de la especie. Así, por ejemplo (siguiendo a Pothier, 2019), si en una capitulación matrimonial se dice que los esposos estarán en comunidad de bienes, en la cual entrará el mobiliario de las sucesiones que pudieren tocarles, esta cláusula no impide que también ingresen a la comunidad todas las otras cosas que a ella entran según el derecho común, pues el caso propuesto por las partes solo fue agregado para evitar dudas sobre el particular.

c) Regla del objetivo práctico o utilidad de las cláusulas (artículo 1562): «El sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto, deberá

preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno». Si una cláusula por su ambigüedad o por su oscuridad puede llevar a dos conclusiones distintas, pero una de estas no tiene significado alguno y solo una de ellas puede producir algún efecto, deberá preferirse esta última interpretación, porque es lógico suponer que las partes acordaron esa cláusula para que produjera algún efecto. En otras palabras, es lógico concluir que las partes no han querido introducir en el contrato cláusulas inútiles o faltas de sentido. Así, ha concluido la Corte de Valparaíso que, si en un contrato de arrendamiento se establece que el arrendatario deberá pagar las contribuciones, debe deducirse que son las que afectan al dueño o al arrendador del local y no las que de todos modos gravan al arrendatario. Interpretar en sentido contrario dicha cláusula haría que esta no produjera efecto alguno, pues no se concibe que el arrendador quisiera exigir obligaciones que de ningún modo pueden interesarle.

En otro fallo, de la Corte de Concepción de junio de 1986, se afirma que no puede aceptarse que una hipoteca se constituyó para garantizar solo obligaciones pagaderas en moneda corriente, si en la cláusula primera, después de la enumeración casuística, se agrega la frase final en que se alude a cualquiera otra operación u obligación que por cualquier causa pueda celebrarse con el acreedor (un banco), lo que hace comprender en la garantía tanto las obligaciones pagaderas en moneda nacional como extranjera. Esta conclusión es más evidente si se considera que fue justamente en fecha coetánea que se suscribieron pagarés en dólares. Por ende, no se puede pretender encontrar sentido a una cláusula de garantía destinada a asegurar completamente su cumplimiento para luego otorgar un crédito en moneda extranjera que no ampararía la constitución de hipoteca.

La Corte Suprema, por su parte, en un fallo de agosto de 1937, aplica la norma en relación con el uso de la firma social de una sociedad, determinando que, si una cláusula contractual establece que uno de los socios tendrá el uso de la razón o firma social, el otro queda excluido de su uso. No cabe explicar que por el hecho de ser administrador el otro socio, este puede usar la firma social a virtud de que la facultad de administrar lleva consigo la de usar la firma social, pues es evidente que cuando se dice en el contrato que solo uno de los socios tendrá ese uso, se excluye al otro. Finalmente, en un fallo de la Corte de La Serena de febrero de 1992, se señala que la referencia en un título de dominio a una bahía como límite de la heredad no hace dueño al titular de esta de

la playa adyacente, puesto que tal referencia debe ser entendida en términos que produzca algún efecto legal y no contrario a la ley, desde que los terrenos de playa son bienes nacionales de uso público y su dominio pertenece a la nación toda.

d) Regla del sentido natural (artículo 1563, inciso primero): «En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato». Pothier señalaba que «cuando en un contrato los términos son susceptibles de dos sentidos, debe entenderse en el sentido más conveniente a la naturaleza del contrato». Así, por ejemplo, si se fija que la renta de arrendamiento de un inmueble urbano será de \$400.000, debe concluirse, aunque no se haya dicho, que se trata de una renta mensual y no anual o por el período que dure el contrato, pues es de la naturaleza de los arrendamientos de predios urbanos destinados a la habitación, que la renta se pague mensualmente. En un fallo de la Corte de Santiago de abril de 1863, se concluía que si se estipulaba que al final del arrendamiento se abonaría al arrendatario los álamos y demás árboles frutales que plantara, en estos últimos no se comprendían las plantas de viña. Estas últimas no caen dentro del término árboles, atendido lo que expresa el Diccionario de la Lengua Española y la práctica uniforme de los agricultores, que en sus contratos acostumbra distinguir entre las plantas de viña y los árboles frutales. Alessandri y Meza Barros incluyen en esta regla el inciso segundo del artículo 1563, referido a las cláusulas de uso común. López Santa María (1998: 449 y 450), en cambio, las concibe como una regla diferente, que denomina regla de las cláusulas usuales.

e) Regla de la armonía de las cláusulas (artículo 1564, inciso primero): «Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad». Cualquier intérprete comienza por observar la totalidad de aquello que debe interpretar. Normalmente, las cláusulas de un contrato se hallan supeditadas unas a otras. Así como la ley debe interpretarse de manera que haya entre todas sus disposiciones la debida correspondencia y armonía, porque la ley forma un todo que persigue un fin general, de la misma manera los contratos forman un todo único, que desde la primera hasta la última cláusula tienen un mismo objeto. Por ello, el juez no puede interpretar aisladamente. Puede ocurrir, sin embargo, que las cláusulas que individualmente consideradas son precisas, se tornen contradictorias en el conjunto del contrato. En un fallo de la Corte de

Santiago, de noviembre de 1942, se establece que si en una carta-poder se autoriza al mandatario para cobrar las cantidades adeudadas hasta obtener el pago, y se agrega que aquel pedirá que los valores se giren a favor de otra persona, el mandatario no está facultado para percibir. Así se concluye de la relación de las dos cláusulas.

En otro fallo de la Corte Suprema de junio de 1905, se señala que, si en la cláusula de un contrato se dice que una de las partes dona a la otra una faja de terreno, comprometiéndose, en cambio, la segunda, en otra cláusula del contrato, a construir una línea férrea, la transferencia de dicho terreno no puede estimarse hecha a título de donación gratuita, sino que debe considerarse como el equivalente de la construcción. Finalmente, en una sentencia de la misma Corte, de diciembre de 1919, se subraya que no pueden dividirse el efecto ni la subsistencia de las diversas cláusulas del convenio, de tal manera que valgan en una parte y no en otra. Por tanto, así como se han mantenido los efectos de la hipoteca constituida sobre los bienes del deudor, debe también subsistir la remisión estipulada de una parte de los créditos y del total de los intereses en provecho del deudor.

f) Regla de la interpretación de un contrato por otro (artículo 1564, inciso segundo): «Podrán también interpretarse (las cláusulas de un contrato) por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia». Tal como se indica en esta disposición, se puede recurrir a otros contratos celebrados por las mismas partes sobre la misma materia. La convención susceptible de ser valorada en la interpretación puede ser anterior o posterior al contrato objeto del litigio. Esta norma tiene especial aplicación en aquellos negocios que solo llegan a producirse mediante una serie de contratos, todos ellos referentes a la misma materia.

Problemas jurisprudenciales sobre interpretación de los contratos

El Código Civil establece en el artículo 1560 una regla fundamental en materia de interpretación de los contratos empleando los términos «la intención de los contratantes» claramente conocida. Ahora bien, para demostrar y delimitar esta intención, se establecen diversas herramientas de interpretación, así, por ejemplo, el contexto, otros pactos sobre la misma materia y también la aplicación práctica que ambas partes hayan hecho, o una de las partes con aprobación de la otra.

Al respecto, la ejecución realizada por las partes contratantes, sea mutua o separadamente con aprobación expresa o tácita de la otra, se presenta para la jurisprudencia como uno de los mejores vestigios para averiguar cuál fue la intención de las partes al momento de contratar. Así lo acredita la Corte Suprema en un fallo donde se afirma que

la regla del inciso tercero del artículo 1564 es de importancia, principalmente en la interpretación de los contratos que contienen obligaciones de dar o de hacer [...], ya que nada puede indicar con más acierto la voluntad de las partes en esta materia que la ejecución llevada a cabo por ellas mismas de las cosas que, con arreglo a lo pactado, estaban obligadas a dar o hacer.¹²

Dado que la regla hermenéutica de aplicación práctica de los contratos se encuentra normativamente expresada en el artículo 1564 del Código Civil, es lógico suponer que la omisión o una aplicación errónea de la norma por parte de los tribunales originaría una causal de casación en el fondo. Sin embargo, la Corte Suprema ha sostenido que la interpretación en materia contractual es un asunto de hecho y, por lo tanto, de conocimiento exclusivo de los jueces del fondo.

A pesar de lo anterior, la misma Corte Suprema ha dictaminado con anterioridad algunas sentencias que dan a lugar dicha casación cuando surge una *desnaturalización* del contrato por una incorrecta interpretación. Así se ha fallado, por ejemplo, en la sentencia rol 4053-2010 de la Corte Suprema, que señala que es lícito al tribunal de casación revisar si en la tarea interpretativa de los jueces de instancia se ha transgredido la «ley del contrato» consagrada en el artículo 1545 del Código Civil, desnaturalizando lo acordado por las partes. Sin embargo, a la petición de la parte demandada en autos de casar el fallo por infracción de la norma contenida en el artículo 1564 inciso tercero del Código Civil, el Tribunal Supremo rechazó la causal señalando que, en primer lugar, la aplicación práctica del contrato es una cuestión de hecho, y en segundo lugar, dicho artículo contiene una «regla facultativa que, por ende, el sentenciador puede aplicar o no», siguiendo cierta doctrina y jurisprudencia francesa, como lo ha expresado Abeliuk (1993: 136).

¹² Corte Suprema, en fallo del 28 de agosto de 1919. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 17, sección 1.ª, página 444.

Al respecto, Corral Talciani ha criticado el fallo señalando que el artículo 1564 inicia con un verbo imperativo «las cláusulas de un contrato se interpretarán», sin perjuicio de que en los incisos posteriores se emplee el término «podrá», para el autor

es lógico pensar que el codificador se expresó así porque no siempre habrá otro contrato sobre la misma materia o una aplicación práctica a la que recurrir. Es obvio que el legislador solo «puede» aplicar esas reglas cuando existan esos elementos; pero si existen y se acreditan en el juicio, será deber suyo considerarlos para conocer la intención de los contratantes, siguiendo el imperativo general del artículo 1560 (2013).

Por otro lado, en cuanto a que la regla de la aplicación práctica de los contratos es una cuestión de hecho, es cuestionable, toda vez que, si bien las circunstancias que envuelven la ejecución del contrato lo son, no ocurre lo mismo con el criterio que surge de esos hechos, el cual es normativo. López Santa María ha señalado que las reglas de interpretación se constituyen como verdaderas normas jurídicas y no como meros consejos y, por tanto, facultativos para los sentenciadores (2010: 407-413). En este sentido, si a pesar de haber probado los hechos, en la instancia no ha sido considerado debidamente este criterio, sería posible recurrir de casación, en cuyo caso la corte podría considerar infringido el artículo 1564 inciso tercero del Código Civil, y corregir en consecuencia la interpretación errónea en atención a la aplicación práctica que las partes han hecho de las estipulaciones del contrato. Este último criterio ha sido empleado por la Corte Suprema en el fallo de 1919, ya citado.

Interpretación testamentaria

El testamento debe ser interpretado para determinar el auténtico sentido y alcance de la voluntad de su autor. Cuando surge el desacuerdo entre los interesados, la interpretación corresponde exclusivamente a los jueces y juezas, quienes son los únicos competentes para determinar la voluntad del causante. El Código Civil se ocupa de esta materia con preferencia en los artículos 1056 a 1069. Este último artículo recoge una regla fundamental: deberá primar la voluntad del testador claramente manifestada. Agregando que, para saber dicha voluntad, se estará más a la esencia de las disposiciones que a las palabras empleadas.

Considerando lo anterior, se genera un problema fundamental, ya que el Código Civil, al tratar de la interpretación de los contratos, establece

el mismo criterio. En este sentido, ¿pueden aplicarse, subsidiariamente, las normas de los artículos 1560 y siguientes para estudiar la voluntad del testador? A juicio de Rodríguez Grez, esto es perfectamente posible, siempre que las reglas de interpretación de los contratos y las de la naturaleza de los testamentos sean compatibles. De modo que no todos los elementos comprendidos entre los artículos 1560 y 1566 funcionan para descifrar la verdadera voluntad del testador.

La jurisprudencia adhiere a esta idea. Se ha fallado que las diversas estipulaciones de un testamento no deben ser interpretadas individualmente, sino en su conjunto y de modo que del contexto armónico de ellas se concluya cuál ha sido la verdadera voluntad del testador. Así también se ha fallado que se debe preferir la interpretación que guarde más congruencia y armonía con otras cláusulas del testador sobre la interpretación que dejaría sin una de las principales disposiciones del testamento.

De estos fallos puede concluirse que se han recogido los elementos contenidos en los artículos 1562 (regla del objetivo práctico de los contratos o de la utilidad de las cláusulas) y 1564 inciso primero (regla de la armonía de las cláusulas). Así las cosas, se ha establecido que es posible aplicar a las disposiciones testamentarias, las reglas de interpretación contenidas en los artículos 1562, 1564 inciso primero, 1563 inciso primero y 1565 del Código Civil.

Ahora bien, ¿cuándo se debe interpretar un testamento? Deberá interpretarse cuando surgen dos condiciones necesarias e ineludibles, y que se deben dar copulativamente: que sea oscuro o dudoso el texto de las estipulaciones, y que exista controversia entre los interesados o terceros que aleguen derechos excluyentes o incompatibles.

Las reglas de interpretación de los contratos que son susceptibles de emplearse en la interpretación del testamento se aplican subsidiariamente. El Código Civil establece reglas preferentes en esta materia:

- En el testamento, prevalece la voluntad del testador claramente manifestada, con tal que no se oponga a los requisitos y prohibiciones legales. Contenida en el artículo 1069, inciso primero.
- Para conocer la voluntad del testador deberá estarse más a la sustancia de las disposiciones que a las palabras de que se haya servido: de acuerdo al artículo 1069, inciso segundo.

- El error en el nombre o calidad del asignatario no vicia la disposición, si no hubiere duda acerca de la persona (artículo 1057).
- No es suficiente como expresión de voluntad del causante un sí o un no, o una señal de afirmación o negación (artículo 1060).
- El acreedor cuyo crédito no conste sino en el testamento, será considerado como legatario para los efectos de las incapacidades (artículo 1062).
- La asignación que se deja indeterminadamente a los parientes, debe entenderse en el sentido que son llamados los consanguíneos más próximos, según el orden de la sucesión intestada, teniendo lugar el derecho de representación; si a la fecha del testamento había solo uno de estos parientes, se llamará también a los de grado inmediato (artículo 1064).
- Si una asignación estuviere concebida o escrita en tales términos, que no se sepa a cuál de dos o más personas ha querido designar el testador, ninguna de dichas personas tendrá derecho a ella (artículo 1065).
- Asignación indeterminada a un objeto de beneficencia expresado en el testamento (artículo 1066).
- Asignación que se deja al arbitrio de un heredero o legatario (artículo 1067).
- La asignación que, por acrecimiento, sustitución u otra causa se transfiere a otra persona, llevará consigo todas las obligaciones y cargas transmisibles y el derecho de aceptarla o repudiarla separadamente (artículo 1068).
- La asignación que, por estar demasiado gravada, fuere repudiada sucesivamente por todos los asignatarios llamados a ella por el testamento o la ley, se entiende deferida en último lugar a las personas a cuyo favor se hubieren constituido los gravámenes (artículo 1068).

Estas son las normas propiamente interpretativas que contiene el Código Civil sobre los testamentos. Ellas deben aplicarse con preferencia a las reglas contenidas en los artículos 1560 a 1566, concernientes a la interpretación de los contratos.

Existen también algunas normas específicas repartidas en el Código Civil, por ejemplo, en los artículos 1074, 1075, 1077, 1094, 1101, 1107, 1108,

1112, etcétera. Todas con sentido interpretativo, ya que fijan los alcances de algunas asignaciones testamentarias.

Se ha planteado el problema de determinar si pueden aceptarse pruebas externas, esto es, ajenas al testamento mismo, para establecer la verdadera voluntad del testador. Admitiendo que el testamento es un acto autosuficiente, Rodríguez Grez (1994: 120 y ss.) no cree que aquello sea posible, ya que conllevaría conducir la interpretación más allá de la voluntad testamentaria. El testamento expresa una cierta y determinada voluntad, por ende, es posible recurrir a pruebas extrínsecas para conocer la voluntad del testador, pero no su intención.

Por ejemplo, para argumentar un posible error en la identidad del asignatario puede recurrirse a pruebas externas, tales como que el causante lo conocía con un nombre distinto, pero no se admitirán pruebas extrínsecas para sostener que el testador no quería instituir asignatario a quien designe en la disposición.

En este sentido, puede recurrirse a pruebas externas para explicar la voluntad-intención, pero no para negarla o desconocerla. Si el testador no revocó o modificó su testamento, deberá respetarse la asignación. Como señala Rodríguez Grez, la voluntad existe al momento de otorgarse el testamento y su texto es una fotografía.

Es más, Andrés Bello al referirse sobre esta materia planteaba:

El artículo 1069 del Código prescribe que, sobre todas las reglas de interpretación, debe prevalecer la voluntad del testador claramente manifestada; pero esta manifestación no debe buscarse en otra parte que en el testamento mismo; y si, por ejemplo, se tuviese por otra parte conocimiento de hechos de que se infiere claramente que el testador no habría querido excluir de la sucesión a tales o cuales de sus parientes que por testamento aparecieren excluidos, no será lícito atender a estos hechos para apartarse del sentido genuino de una cláusula testamentaria, porque, admitida esta práctica, no habría cláusula testamentaria que no pudiese invalidarse o alterarse por medio de informes y declaraciones de testigos; lo que ya se ve cuán contrario sería al espíritu, letra y propósito de nuestra legislación (Rodríguez Grez, 1994: 126 y 127).

Esta interpretación se confirma con el artículo 1107, sobre el legado de cosa ajena. Al respecto, la jurisprudencia ha tenido decisiones contradictorias: en un fallo de 1955, la Corte Suprema acotó la prueba al

testamento mismo; con posterioridad, en 1962, pronunció otro fallo en sentido contrario.

El establecimiento de la voluntad del testador es una cuestión de hecho cuya competencia comprende a los tribunales del fondo, escapando del tribunal de casación. Pero su calificación jurídica, habiendo establecido la voluntad del testador, es una cuestión de derecho, susceptible de controlarse en sede de casación. La calificación jurídica de una cláusula testamentaria es una cuestión de derecho y, por lo tanto, la errónea calificación jurídica hecha por los tribunales del fondo queda sujeta a revisión mediante un recurso de casación en el fondo. Por ejemplo, si se concluye que un testador instituyó herederos por partes iguales a tres asignatarios, será cuestión de derecho resolver si entre ellos opera o no el acrecimiento (es decir, si se trata de herederos universales o de cuota); o resolver si una disposición testamentaria establece un usufructo o un fideicomiso, si se trata de una herencia o de un legado, etcétera.

Interpretación constitucional

¿Tiene la interpretación constitucional particularidades tales que den lugar a métodos o argumentos de interpretación propios, distintos de la interpretación de la ley? La importancia progresiva del texto constitucional en la aplicación del derecho, influida en buena medida por las corrientes neoconstitucionalistas, ha generado teorías que pretenden dar cuenta de métodos y argumentos de interpretación específicos para interpretar la Constitución, que difieren de aquellos clásicos empleados para la interpretación de la ley u otros textos normativos de inferior jerarquía.

Pese a que esta parece ser la doctrina mayoritaria, no todos los autores adhieren a ella. Así, por ejemplo, García Amado (2004) señala que la interpretación de la Constitución no presenta diferencias cualitativas con la interpretación en general, sino solo diferencias cuantitativas, al igual que sostiene que no existen diferencias estructurales entre reglas y principios ni tampoco diferencias en sus respectivos métodos de interpretación. Esta afirmación, claro está, implica una determinada concepción de lo que es una Constitución: un conjunto de enunciados lingüísticos plasmados en un texto, al que por razones históricas, políticas o sociales se le atribuye mayor jerarquía. Esta concepción se opone, por ejemplo, a quienes sostienen una concepción material de la Constitución, por

ejemplo, como un orden de valores, ya que esto limita las interpretaciones posibles de la carta (existen ciertos contenidos indisponibles, al tiempo que pueden existir valores o principios no expresados o explicitados).

La diferencia cualitativa consistiría en que ciertos problemas de interpretación aumentan tratándose de la Constitución, porque el grado de indeterminación de las cláusulas constitucionales es más elevado de lo habitual ya que esta suele incorporar mayor cantidad de enunciados genéricos o proclamaciones a fines y valores, lo que se traduce en un mayor margen de libertad interpretativa.

Guastini (2015: 2.011-2.086) se pregunta si la interpretación constitucional tiene esta especificidad que, como hemos dicho, gran parte de la doctrina sostiene. Parte señalando que esta especificidad no afecta la naturaleza de la actividad interpretativa, que puede seguir siendo concebida bien como un acto de conocimiento o como un acto de voluntad o decisión. La especificidad constitucional puede afectar, en cambio, a los agentes de la interpretación, a las técnicas interpretativas o a los problemas de interpretación.

Con relación a los agentes, puede suceder que la interpretación esté encomendada a determinados agentes de manera preferente. Para determinar quiénes serán los intérpretes típicos o privilegiados de la Constitución, se pueden considerar distintas variables. La primera de ellas consiste en identificar cuál es la concepción de la constitución, de acuerdo a cuál se considere que sea su función política. Así, si se considera que su principal función es limitar el poder político, el intérprete será aquel órgano a quien se dirigen las normas constitucionales, como el ejecutivo, el legislativo, el tribunal constitucional. Si se considera como principal función la de modelar las relaciones sociales, la constitución es susceptible de interpretación por cualquier juez ordinario.

Los agentes de interpretación pueden variar, también, dependiendo de cuál sea el régimen jurídico de la constitución: i) tratándose de constituciones flexibles, o sin control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes, el intérprete oficial será el legislador; y ii) tratándose de constituciones rígidas, habrá que distinguir si existe un control concentrado de constitucionalidad de la ley, en cuyo caso la interpretación corresponde al juez constitucional, o un sistema de control difuso, en el cual no hay intérprete privilegiado, correspondiéndole dicha tarea a todos los jueces.

Adicionalmente, los agentes de interpretación pueden variar dependiendo del contenido normativo de la constitución: i) si se limita a la organización de los poderes públicos, será interpretada por los propios órganos regulados; ii) si, además de la organización de los poderes públicos, establece declaraciones de derechos, tendrá que atenderse al régimen jurídico, flexible o rígido, antes mencionados; y iii) si también incluye normas programáticas o principios, el intérprete dependerá de cuál es la función política de la constitución y cuál es su régimen jurídico.

En relación con las técnicas interpretativas, cabe señalar que se ha sostenido que no todas las constituciones toleran las mismas técnicas interpretativas. Así, las constituciones que surgen de actos unilaterales de voluntad, sean «otorgadas» por el soberano, sean «populares» por surgir de una asamblea constituyente, debiesen interpretarse buscando la intención del legislador/constituyente. Las constituciones, en cambio, «pactadas», que surgen de un acuerdo entre el soberano y una asamblea representativa, debiesen interpretarse atendiendo a la intención común de los contrayentes.

Hay, asimismo, técnicas de interpretación liberal de la constitución que favorecen una interpretación restrictiva de cláusulas que confieren poderes y una interpretación extensiva de disposiciones que confieren derechos ciudadanos. Por otra parte, hay tesis que indican que la constitución no toleraría la interpretación literal, dado que las disposiciones constitucionales se formulan en lenguajes vagos o incorporando «principios», como normas afectas a una mayor indeterminación normativa. Finalmente, hay autores que indican que la interpretación de la constitución es típicamente evolutiva, es decir, que debe adaptarse o actualizarse el contenido de las disposiciones normativas a las circunstancias políticas y sociales relevantes al momento de su aplicación.

En cuanto a los problemas de interpretación, Guastini (1999b: 287-303) sostiene que aquellos están dados por el siguiente tipo de preguntas: i) ¿se trata de constituciones flexibles o inmodificables?; ii) ¿se considera que la constitución se limita a reconocer derechos, o también a crearlos?; iii) ¿qué rol cumplen los preámbulos en las constituciones?, ¿puede considerarse que expresen normas?; iv) ¿existen límites lógicos a los procesos de reforma constitucional?; v) ¿se considera que las constituciones regulan todos los casos, es decir, que son completas y sirven de parámetro de revisión cualquier norma legal?

Prieto Sanchís (1991) también intenta detectar las diferencias entre la interpretación legal y constitucional. Algunas de ellas están dadas por: i) el objeto o tipos de normas (esquemáticas, abstractas, elásticas, indeterminadas, tratándose de normas constitucionales, y otras con campo de aplicación definido tratándose de normas infraconstitucionales); ii) la interpretación de las normas constitucionales conduce a un resultado óptimo y abierto a la controversia; en otras palabras, descarta decisiones intolerables, sin asegurar un único resultado correcto; iii) el grado de responsabilidad de los órganos que realizan la interpretación constitucional; iv) el método de interpretación constitucional está abierto a consideraciones valorativas, axiológicas, finalistas y prudenciales (en mayor grado que la interpretación legal); y v) las decisiones que incorporan la interpretación de disposiciones constitucionales producen un impacto sobre todo el ordenamiento jurídico y, dependiendo del sistema jurídico positivo concreto, producen decisiones vinculantes hacia el futuro.

Interpretación de los tratados internacionales

Los tratados internacionales son acuerdos celebrados por escrito entre Estados y regidos por el derecho internacional. Lo característico es que generan normas que pertenecen, al mismo tiempo, a dos ordenamientos jurídicos distintos: al derecho internacional y al derecho interno de cada Estado parte que lo haya suscrito. Aquello ha llevado a sostener dos visiones contrapuestas respecto del rango jerárquico de las normas expresadas en el tratado internacional, en particular respecto de su interpretación y sus normas.

Por un lado —siendo esta la visión tradicional— la jurisprudencia ha declarado que un tratado internacional, para ser incorporado al ordenamiento interno, está sujeto a las normas legales internas del procedimiento de formación de la ley, incluyendo lo dispuesto por los artículos 6 y 7 del Código Civil, lo que significaba que, además de la aprobación del Congreso y la ratificación del presidente de la República, era necesario proceder a su promulgación y publicación.¹³ Como consecuencia de lo anterior, en la labor interpretativa de un tratado internacional, sus normas deberán asimilarse a las normas legales emanadas por los medios tradicionales dispuestos por la Constitución, dando aplicación, por

¹³ Caso *Godoy con Fisco*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia* (1913), segunda parte, sección 1.^a, página 95.

lo tanto, a las normas sobre interpretación de la ley contenidas en el Código Civil. Por el contrario, otro sector basado principalmente en los artículos 5 inciso segundo y 54 inciso tercero de la Constitución, sostiene que una vez ratificados los tratados internacionales, estos ingresan automáticamente al ordenamiento interno, sin necesidad de incorporarse por norma alguna y, por lo tanto, se concibe al tratado internacional como una norma con rango jerárquico distinto al legal con normas de interpretación propias y diversas a las dispuestas por el ordenamiento jurídico interno.¹⁴

Con todo, si bien desde un punto de vista de su formación, los tratados y las normas contenidas en estos podrían ser considerados como un tipo o clase de ley, lo cierto es que los tratados internacionales, en sus diversos aspectos, incluyendo lo relativo a su interpretación, se encuentran regulados por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969.

En particular, los artículos 31 a 33 de la Convención establecen determinadas reglas y principios. En este sentido, el primero de estos artículos consagra una regla fundamental: los tratados deberán interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Lo anterior supone que la norma previene cuatro principios relativos a la interpretación de los tratados (Squella, 2011: 467), a saber: el principio de buena fe, el principio del sentido corriente de los términos del tratado, el principio del contexto, y el principio de conformidad con el objeto y finalidad del tratado.

El principio de buena fe establece un estándar jurídico conforme al cual se deberá tener presente a la hora de interpretar un tratado. El principio del sentido corriente, por su parte, establece que los términos del tratado deberán interpretarse, a falta de un sentido especial que constare de la intención de las partes, conforme al uso común del término. El principio del contexto establece que las expresiones de un tratado deberán comprenderse considerando el contexto en el que se encuentran estas. Finalmente, con el último principio se consagra que, una vez contextualizadas las expresiones del tratado, estas deberán interpretarse considerando el objeto o finalidad del mismo.

14 Caso *Uribe con Romo*, en *Gaceta Jurídica* (1994), número 171.

La Convención precisa a su vez qué debe entenderse por «contexto» de un tratado internacional. Al respecto, el artículo 31 número 2, señala que «para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos», especificando a continuación que aquello comprende «todo acuerdo a que se refiere el tratado y que haya sido concertado por las partes con motivo de su celebración; y todo documento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado».

El mismo artículo 31 de inmediato consagra en su parte tercera que, además del contexto del tratado habrá que tener en consideración, para su interpretación,

todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; y toda norma perteneciente al derecho internacional que sea aplicable en las relaciones entre las partes.

Una vez establecida la regla general dispuesta por el artículo 31 de la Convención, el artículo 32 consagra métodos de interpretación de carácter complementario, orientados a corroborar el resultado de la interpretación realizada conforme a lo dispuesto por la regla general o bien a establecer su inteligencia en aquellos casos en que, de la interpretación resultante, se produzcan conclusiones absurdas o irracionales, o bien, que de su aplicación permanezca la ambigüedad u oscuridad de las disposiciones del tratado. El artículo 32 no especifica todos los métodos de interpretación complementarios de los que el intérprete puede valerse, sino que más bien se limita a expresar dos: los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración. En este sentido, el artículo 32 de la Convención consagra el elemento histórico de interpretación en sentido amplio como herramienta de interpretación de los tratados.

Por su parte, el artículo 33 de la Convención se orienta a resolver la interpretación de los tratados en aquellos casos en que un tratado internacional ha sido validado en dos o más idiomas, señalando que «el texto contenido hará fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos». Dicha disposición agrega que «se presumirá que los términos

de un tratado tienen cada texto auténtico igual sentido». Por otro lado, se señala que, «cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 32, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y del fin del tratado».

Antinomias y lagunas

Chiassoni distingue entre interpretación textual y metatextual. La interpretación textual es «la actividad que consiste en determinar el significado de una disposición [...] obteniendo de esta una o más normas explícitas, acreditadas o acreditables como sus interpretaciones jurídicamente correctas» (2011: 56). Ello es posible a través de operaciones sintácticas y semántico-pragmáticas. La interpretación metatextual (o interpretación en sentido amplísimo) incluye operaciones heterogéneas, distintas pero relacionadas con la interpretación textual, dentro de las cuales el autor incluye la resolución de antinomias y la integración de lagunas.

Varios autores, por su parte, suelen tratar a las antinomias y a las lagunas como defectos *lógicos* en las propiedades del sistema jurídico. Dado que la literatura es muy extensa, aquí solo proporcionaremos una descripción esquemática de cada uno de estos problemas y operaciones.

Antinomias

Una cuestión que conviene dilucidar es la relación que existe entre antinomias e interpretación. Para este propósito, una clarificadora perspectiva de análisis es la que aporta Chiassoni en su *Breviario para juristas*¹⁵ y que, en lo que sigue, resumiremos. Este autor distingue, inicialmente, tres conceptos de antinomias, i) «antinomia es cualquier incompatibilidad entre dos normas, (que se asume que son) simultáneamente vigentes, al menos *prima facie*, para un mismo ordenamiento jurídico»; ii) «antinomia es cualquier incompatibilidad entre dos normas, que no puede ser eliminada mediante interpretación»; iii) «antinomia es cualquier incompatibilidad entre dos normas, que no puede ser eliminada mediante interpretación, ni puede ser superada aplicando un criterio de resolución preconstituido».

¹⁵ Todas las citas y referencias son de Chiassoni (2011: 281-321).

Del *primer concepto*, genérico y estático —entendida esta última característica como prescindencia de consideraciones sobre la identificación o resolución de antinomias—, es útil precisar, como indica este autor, qué tipos de incompatibilidades pueden surgir y entre qué normas jurídicas. En cuanto al tipo de incompatibilidades, una primera división es entre antinomias lógicas o en sentido propio¹⁶ y antinomias no-lógicas o impropias. El *segundo concepto* de antinomia explora la relación (dinámica) existente entre interpretación y antinomia, de modo tal que se pueden producir incompatibilidades que cabe eliminar mediante interpretación y otras que no pueden eliminarse por esta vía. Finalmente, Chiassoni reserva el *tercer concepto* de antinomia para aquellos casos en que la «incompatibilidad entre dos normas *no puede ser* eliminada mediante interpretación *ni* puede ser superada aplicando un criterio de resolución preconstituido» (2011: 318). Estas serían las *verdaderas* antinomias, caso en el cual, y dependiendo de la posición que se adopte, cualquiera de las normas incompatibles es aplicable o ninguna debe ser aplicada.

Las antinomias, por ende, se producen cuando se extraen normas incompatibles de una o más disposiciones jurídicas. En este sentido, la identificación, la eliminación y la creación de antinomias son, bajo ciertas condiciones, *fruto* de la interpretación o *variable dependiente* de la interpretación.¹⁷ *Más aún*, «la identificación de una antinomia presupone la interpretación: no se dan antinomias antes de la interpretación; una antinomia puede solo presentarse con la interpretación ya realizada». A partir de estas constataciones, Guastini (2014: 124-127) demuestra que las antinomias no pueden resolverse vía interpretación, ya que la resolución de una antinomia implica eliminar (derogar, anular, desaplicar) una norma y ese es un problema de producción o creación de derecho, y no de atribución de significado.

¹⁶ Una *antinomia lógica* es «cualquier situación en la que dos normas jurídicas conectan a un mismo supuesto de hecho abstracto [...] consecuencias jurídicas lógicamente incompatibles», esto es, *contradictorias* (afirmar y negar, respecto del supuesto de hecho S, la misma consecuencia, como es obligatorio S y es no obligatorio S) o *contrarias* (afirmar, respecto del supuesto de hecho S, dos consecuencias contrarias, como es obligatoria S y es prohibido S). En lógica deóntica, dos proposiciones son *contrarias* cuando no pueden ser ambas verdaderas, pero sí ambas falsas, y son *contradictorias* cuando necesariamente una es verdadera y la otra falsa (Chiassoni, 2011: 289).

¹⁷ Las expresiones en cursivas son de Guastini (2004: 246 y ss.) y Chiassoni (2011: 311), respectivamente.

Ahora bien, ¿por qué o para qué podría el intérprete intentar crear o constatar una antinomia? Por ejemplo, propone Chiassoni:¹⁸ i) para expulsar una norma que atenta contra la coherencia o sistematicidad del ordenamiento jurídico, en conformidad a una directiva secundaria de preferencia que así lo ordene; ii) si las consecuencias de la creación y posterior resolución de la antinomia son más ventajosas que la prevención de la misma, en cumplimiento de una directiva secundaria que dé preferencia a este criterio; iii) respecto de antinomias que no son creadas por el mismo intérprete juez, sino que son presentadas por las partes de un litigio: el juez podrá, bien reinterpretar y disolver la antinomia por aplicación de los criterios para su resolución, bien interpretar de manera que no exista antinomia (ámbitos de aplicación diversos, consecuencias no incompatibles), o bien expulsar la norma que no se ajuste a las directivas interpretativas primarias o secundarias.

En síntesis, estamos frente a una antinomia o contradicción normativa *cuando* dos o más normas imputan a un mismo caso soluciones jurídicas incompatibles. Los requisitos, por tanto, son: i) que dos o más normas se refieran al mismo caso, esto es, que exista superposición parcial de ámbito de validez material (conducta o situación), personal (sujetos), temporal y espacial; y ii) que dichas normas imputen a ese caso soluciones lógicamente incompatibles (cualificaciones deónticas incompatibles).

Así las cosas, son casos de antinomia los siguientes: i) una norma declara ordenado lo que otra establece como prohibido (Op/Php); ii) una norma declara ordenado lo que otra autoriza no hacer (Op/P-p); iii) una norma declara prohibido lo que otra permite hacer (Php/Pp).

Ross distingue los siguientes tipos de antinomias lógicas o inconsistencias (1964: 124-128):

Total-total: el ámbito de aplicación de ambas normas se superpone totalmente. Por ejemplo, existe una N1 que prescribe «se prohíbe fumar a los adultos en el cine entre las 5 y las 7 de la tarde» y una N2 que prescribe «se permite fumar a los adultos en el cine entre las 5 y las 7 de la tarde».

Total-parcial: el ámbito de aplicación de una norma está incluido totalmente en otra, pero esta última comprende también casos adicionales. Por ejemplo, existe una N1 que prescribe «se prohíbe fumar a los

¹⁸ Esta es una síntesis de los supuestos que considera Chiassoni (2011: 315).

adultos en el cine entre las 5 y las 7 de la tarde» y una N2 que prescribe «solo se permite fumar cigarrillos a los adultos en el cine entre las 5 y las 7 de la tarde».

Parcial-parcial: cada una de las normas tiene un campo de aplicación que entra en conflicto con la otra, pero además tienen un campo de aplicación autónomo. Por ejemplo, existe una N1 que prescribe «se prohíbe fumar pipa y cigarrillos a los adultos en el cine entre las 5 y las 7 de la tarde» y una N2 que prescribe «se permite fumar cigarros y cigarrillos a los adultos en el cine entre las 5 y las 7 de la tarde».

Finalmente, las antinomias pueden ser aparentes, que son aquellas que se resuelven aplicando los clásicos criterios de especialidad, jerarquía y temporalidad; o reales, cuando no se les pueden aplicar ninguno de estos criterios (por ejemplo, normas de un mismo código) o cuando la aplicación de dos criterios a normas incompatibles arroja soluciones opuestas (incompatibilidad de segundo grado). A falta de regla expresa de prelación expresa, debe justificarse el empleo de uno por sobre otro.¹⁹ Las antinomias entre una regla y un principio o entre principios, según cierta doctrina y teoría, se resuelven mediante la «ponderación».

Lagunas

Bulygin (2013) señala que existen fundamentalmente tres posturas frente a las lagunas en el derecho: el derecho es necesariamente completo y no presenta lagunas (Kelsen); aunque haya lagunas, el juez puede resolver todos los casos con normas generales preexistentes (Ruiz Manero y Schmill, 2018; y Atria, 2005);²⁰ y la existencia o inexistencia de lagunas es una cuestión empírica o contingente, y frente a esos casos, el juez decide discrecionalmente (Alchourrón y Bulygin, 2002: 92-102).

Una laguna o vacío normativo es un defecto del sistema jurídico que consiste en que aquel no correlaciona cierto caso con una solución normativa.

Guastini distingue tres tipos de lagunas.²¹ Una *laguna normativa* se da cuando un sistema jurídico carece de toda solución normativa, respecto

¹⁹ Sobre antinomias reales y aparentes y los criterios tradicionales de resolución, véase Bobbio (1980).

²⁰ Sobre la postura de Atria, véanse Atria y otros (2005).

²¹ La síntesis que viene a continuación se hace a partir de Guastini (2011: 127-153; 2004: 223-237).

de cierto caso en el que cabría razonablemente esperarla. *Lagunas axiológica, ideológica o de relevancia* son «las derivadas de la confrontación del sistema real con un sistema ideal, de tal modo que no se trata de que el juez carezca de solución para el caso, sino que se carece de una solución satisfactoria para el operador judicial». *Laguna técnica o de eficacia* es la ausencia de una norma, generalmente inferior, necesaria para hacer efectivo lo establecido por otra norma, generalmente superior. En otras palabras, el legislador omite normar un aspecto de la ley que impide o dificulta su aplicación.

Al igual que en el caso de las antinomias, Guastini indica que el intérprete puede prevenir, crear y solucionar lagunas. Así, la interpretación puede prevenir una laguna a través de una interpretación extensiva y evolutiva; la interpretación puede crear lagunas, por ejemplo, al emplear el argumento de disociación y el argumento *a contrario*; y la integración puede colmar lagunas, mediante el empleo del argumento *a simili* o analógico (*analogia legis*) o del empleo de los principios generales de derecho (*analogia iuris*) y de la equidad.

Talleres integradores de análisis de prácticas interpretativas, a partir de discusiones doctrinarias y considerandos de sentencias judiciales

Taller núm. 1 / Parte I

Lea cuidadosamente el extracto de sentencia que a continuación se reproduce, y conteste las preguntas que seguidamente se formulan:

Valdivia, catorce de mayo de dos mil nueve.

Vistos y considerando:

Primero: Que con fecha siete de abril de dos mil nueve la Jueza de Familia de Valdivia doña María Isabel Eyssautier Sahr, resolvió una medida de protección (RIT P-178-2009) interpuesta mediante oficio dirigido a ese Tribunal y suscrito por la médico hematooncóloga infantil Pilar Martínez D., relativo al menor de once años R. L. G. N., que se encuentra aquejado por una recaída, ahora adicionalmente con cáncer testicular, de una Leucemia Linfoblástica Aguda.

Segundo: Que, aunque el oficio en cuestión no resultaba claro en cuanto a expresar en concreto cuál era la medida de protección que se pedía, pudiendo inferirse que se trataba de ubicar a la madre para que ejerza la opción de someter a su hijo al tratamiento médico que le ofrece una posibilidad de sobrevida de un 40%, la Jueza *a quo* entendió que, atendido lo dispuesto en los artículos 68 y siguientes de la Ley 19.968, que impone a los Jueces de Familia el deber de adoptar todos los resguardos necesarios para asegurar la debida protección de los niños, niñas y adolescentes, le resultaba jurídicamente imperativo pronunciarse directamente sobre la opción que se plantea a la madre. [...]

Cuarto: Que, en la sentencia en alzada la jueza razonó que, en definitiva, «la opción que se plantea es o enfrentar al niño a la muerte inevitable en un breve lapso, o brindar una posibilidad de sobrevida que puede ser superior a ese período con la aplicación de los tratamientos que la medicina ofrece», y concluyó que «enfrentados a esa opción [...] debe privilegiarse la alternativa que científicamente ofrece una posibilidad de sobrevida que es superior al del transcurso letal de la enfermedad, no existiendo motivo alguno para privar al niño de esa alternativa».

Conclusión que reafirma al agregar luego «que la protección de la vida y la integridad del niño que la Ley de Familia impone a los Tribunales con esta competencia, exige el amparo de esta en toda circunstancia, sin

exclusión, reserva ni excepción, de modo tal que ante un niño que padezca de alguna enfermedad que irremediablemente acarreará su muerte, si existe un tratamiento susceptible de ofrecer alguna posibilidad de sobrevivida, ese tratamiento debe aplicarse hasta su agotamiento con los recursos humanos y médicos disponibles», con lo que termina resolviendo que «se acoge la medida de protección, en cuanto se dispone que debe practicarse al niño Robynson Leonardo Gómez Noa, el tratamiento que la ciencia médica aconseje para salvaguardar su vida».

Quinto: Que, fundando su apelación de la resolución antes reseñada, y en estrados, la recurrente ha sostenido, luego de relatar los hechos, y en síntesis máxima, que la decisión adoptada por la madre, en conjunto con su hijo, es razonada y fundada puesto que se ha precedido de una completa evaluación, concluyendo que la quimioterapia ya tuvo su oportunidad y dejó al niño con irremediables secuelas físicas y psicológicas, aparte de no resultar eficaz, puesto que la remisión solo duró dieciocho meses. En consecuencia, se optó por buscar nuevas alternativas de tratamiento, partiendo por un naturópata, que fue solo el primero de los expertos que han intervenido, encontrándose hoy en manos de un médico alópata que le ofrece un tratamiento alternativo de inmunoterapia (y acompaña certificado del médico en cuestión).

Por ello, apunta, el rechazo de la quimioterapia y la extirpación testicular no significa que el menor no vaya a recibir un tratamiento médico distinto, tratamiento que está reconocido legalmente por el Decreto núm. 42 del Ministerio de Salud (*Diario Oficial* del 14 de junio de 2005). Agrega que el propio Comité de Ética del Hospital de Valdivia se pronunció sobre el caso, ordenando la integración de la medicina alternativa y no pronunciándose acerca del sometimiento forzado del menor a la quimioterapia. Realiza una acabada argumentación respecto de cada uno de esos puntos, haciendo especial énfasis en las capacidades terapéuticas de la medicina alternativa (y en la ausencia de consecuencias colaterales dañinas) y en la paupérrima e intolerable calidad de vida que le augura la quimioterapia y la extirpación testicular al menor Gómez Noa, en lo que puede ser el último tiempo de vida que le quede; y finaliza solicitando se acoja el presente recurso de apelación, revocando la medida decretada por el Tribunal de Familia de Valdivia que obliga al menor Robynson Leonardo Gómez Noa a someterse al tratamiento de quimioterapia, respetándose de esta forma la decisión de la madre y del niño de optar por un tratamiento médico distinto, decisión que ha sido tomada fundada y razonadamente. [...]

Octavo: Que, así las cosas, la resolución del presente caso supone, en primer término, una reflexión sobre el significado del derecho a la vida que la Constitución garantiza a toda persona; sobre los deberes que el Estado puede asumir respecto de ese derecho; y luego, la forma en que ese significado incide en la situación concreta del menor G. N.

Noveno: Que el derecho a la vida consagrado en el número primero del artículo 19 de la Constitución Política es efectivamente, como lo ha puesto de relieve la numerosa doctrina y jurisprudencia, el principal de todos los derechos constitucionalmente garantizados a todas las personas, por constituir la estructura de plausibilidad sobre la que pueden ejercerse por los particulares y protegerse por el Estado el resto de los derechos, lo que constituye una afirmación lingüísticamente afinada de la evidencia palmaria de que respecto de una persona muerta el resto de los derechos constitucionalmente garantizados carece de todo sentido. [...]

Duodécimo: Que, sin embargo, como el difícil y delicado caso del menor G. N. lo pone particularmente de relieve, el derecho a la vida no puede entenderse pura y simplemente como la mera continuación de las funciones biológicas. En este sentido, se ha sostenido que «el derecho a la vida [...] no se limita al derecho a conservar la vida biológica [...], sino que se extiende al derecho a elegir la vida que cada cual desea llevar, a escoger los valores que le darán sentido, al esfuerzo por desarrollarse en la búsqueda de esos valores, a vivir la vida escogida, e incluso, el derecho a morir por esos valores, derecho del que es titular cada persona». Así, el derecho a la vida «además de abarcar el derecho a conservar la vida biológica, engloba el derecho a “hacer la vida”» (Figueroa Yáñez, Estudios de Derecho Civil, 2007, p. 32).

En buenas cuentas, el derecho a la vida constitucionalmente garantizado supone, primero y obviamente, el derecho a que no se nos prive de nuestra continuidad biológica, pero, además, implica el derecho a decidir los parámetros con los cuales viviremos nuestra existencia física y espiritual. Del artículo 19 número primero de la Constitución no se sigue, entonces, la existencia de un deber de vivir (en el sentido primario de conservar ciertas funciones biológicas) a todo evento, a cualquier costo y bajo cualesquiera condiciones, si ello supone una radical vulneración de la autonomía individual, y particularmente, de la dignidad intrínseca de la persona humana.

Menos, desde luego, que el Estado tenga siempre y en todo caso la tarea de imponer coactivamente ese deber, especialmente teniendo a la vista el contenido del inciso tercero del artículo primero de la carta fundamental: «El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad

es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece».

Decimotercero: Que en el caso concreto del menor G. N. la juez de primer grado ha dispuesto la práctica imperativa de la amputación testicular y de una nueva quimioterapia [...] A juicio de esta Corte, tal decisión excede el marco atributivo del Juez de Familia, con base en las consideraciones que siguen.

Decimocuarto: Que, en primer término, no se tuvo en cuenta la opinión del menor. Es completamente cierto que la autonomía individual no se reconoce plenamente por el ordenamiento jurídico nacional, sino hasta los dieciocho años, y que por lo mismo esa opinión nunca podrá considerarse definitivamente determinante. Pero la ley reconoce que el proceso de formación de la conciencia humana es gradual, y por lo mismo exige que la opinión del menor sea objeto de consideración judicial, a la luz de su edad y de sus capacidades intelectuales concretas [...].

Decimoquinto: Que, en segundo término, no puede una decisión judicial interferir en la relación médico-paciente, forzando un tratamiento de la gravedad que tiene el que se propone al menor de autos, cuando las probabilidades de sanación que ese tratamiento ofrece son tan mínimas que resulta imposible a la ciencia médica afirmarlas, llegando solo a aventurar que puede esperarse un 40% de posibilidades de sobrevivida, en los términos que se han explicado antes, esto es, de expectativas de estar vivo al cabo de un lapso predeterminado de tiempo.

Como se argumentó antes, la acción coactiva del Estado puede justificarse bien cuando la negativa al tratamiento médico de un menor reúna las siguientes características: que se trate de una enfermedad o condición positivamente curable, o con porcentajes estadísticos altos de probabilidad de curación; y que se trate de acciones médicas cuya práctica no suponga un deterioro físico o psíquico del paciente que afecte su esencial dignidad como persona, o que afecte de un modo intolerable su calidad de vida. Si se dan esas circunstancias respecto de un menor de edad, y sus padres niegan el tratamiento, esa negativa no parecerá razonable, y entonces sí cabe el deber de intervención estatal para salvaguardar la vida del niño o niña.

En todos los casos, en cambio, en que no se reúnan esas condiciones, el Estado debe retroceder, y dejar que sea la familia, con la información

suficiente aportada en el contexto de la relación médico-paciente, la que adopte la decisión que mejor se acomoda a su sistema de creencias, a sus experiencias previas, a sus valores, a su percepción de lo que sea una vida que vale la pena vivirse, a su entendimiento de lo que sea lo mejor para su derecho a «hacer la vida».

Decimosexto: Que, en este sentido, resulta bastante claro para esta Corte que la situación de R. L. G. N., en que ya existió un tratamiento previo que provocó graves desajustes físicos y psíquicos, y que fracasó, al recidivar la enfermedad, esta vez con mayor malignidad, al haberse desarrollado un tumor o cáncer testicular, se enmarca dentro de aquellos casos en que el Estado no puede, ni moral ni jurídicamente, imponer un tratamiento médico que tiene esos costos y tan poca garantía de efectividad. En esas circunstancias, es el menor, y sobre todo sus padres, los que tienen el derecho de decidir la forma en que transcurrirán los días de vida que le queden, y aunque suene duro escribirlo, la forma en que morirá. En esa suprema y última intimidad el Estado no debe inmiscuirse con el uso de la fuerza.

Artículos citados de la Ley 19.968

Artículo 68. Procedimiento de aplicación de medidas de protección. En los casos en que la ley exige o autoriza la intervención judicial para adoptar las medidas de protección jurisdiccionales establecidas en la ley, tendientes a la protección de los derechos de los niños, niñas o adolescentes cuando estos se encontraren amenazados o vulnerados, se aplicará el procedimiento contenido en el presente párrafo. En lo no previsto por este, se aplicarán las normas del Título III.

La intervención judicial será siempre necesaria cuando se trate de la adopción de medidas que importen separar al niño, niña o adolescente de uno o ambos padres o de quienes lo tengan legalmente bajo su cuidado.

Artículo 69. Comparecencia del niño, niña o adolescente. En este procedimiento, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los niños, niñas o adolescentes, considerando su edad y madurez. Para este efecto podrá escucharlos en las audiencias a que se refieren los artículos 72 y 73, o en otra especial fijada al efecto, en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica.

- ¿Qué problemas derivados del empleo del lenguaje natural presenta la interpretación de las normas citadas? Explique brevemente en qué consiste el o los problemas. En caso de que no exista ningún problema, indíquelo y justifique su respuesta.
- Identifique cinco argumentos interpretativos empleados en la sentencia, explique en qué consiste cada uno según las precisiones tratadas en este capítulo e incluya el considerando en que aparece.
- Construya dos argumentos para avalar una posición contraria a la del Tribunal.
- Identifique virtudes y defectos argumentativos en la sentencia referida.

Parte II

- ¿Qué se entiende por equidad natural? Enuncie y explique las diversas concepciones formuladas al respecto. Caracterice este elemento de interpretación de la ley.
- Reflexione en torno a las siguientes tesis, tome posición a favor o en contra de ellas, y articule dos argumentos por cada tesis que avalen su posición.
 - ▶ «La interpretación jurídica consiste en descubrir la respuesta correcta para el problema jurídico en cuestión».
 - ▶ «La interpretación jurídica es una actividad de decisión y valoración».

Taller núm. 2

En un contrato de compraventa de un bien mueble, se acuerda, para garantizar el pago de un saldo de precio, realizar la tradición inmediata del bien, pero sujetando la transferencia efectiva del dominio hasta la realización de dicho pago. Pronúnciese sobre los efectos de esa tradición, en relación con este último pacto.

Normas jurídicas aplicables

Artículo 680 Código Civil. La tradición puede transferir el dominio bajo condición suspensiva o resolutoria, con tal que se exprese. Verificada la entrega por el vendedor, se transfiere el dominio de la cosa vendida,

aunque no se haya pagado el precio, a menos que el vendedor se haya reservado el dominio hasta el pago, o hasta el cumplimiento de una condición.

Artículo 1874 Código Civil. La cláusula de no transferirse el dominio, sino en virtud de la paga del precio, no producirá otro efecto que el de la demanda alternativa enunciada en el artículo precedente; y pagando el comprador el precio, subsistirán en todo caso las enajenaciones que hubiere hecho de la cosa o los derechos que hubiere constituido sobre ella en el tiempo intermedio.

Artículo 1873 Código Civil. Si el comprador estuviere constituido en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo dichos, el vendedor tendrá derecho para exigir el precio o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios.

- Identifique si, en este caso, se presenta algún defecto lógico del sistema jurídico. Si la respuesta es negativa, fundaméntela. Si es positiva, aplique los criterios de clasificación que resulten pertinentes.
- Exponga, al menos, dos argumentos a favor de la validez de dicha cláusula y dos argumentos en su contra.
- Señale los criterios de solución del respectivo defecto normativo, en caso de estimarlo concurrente.
- Determine los efectos de la cláusula citada.
- ¿Qué crítica formularía al análisis que efectúan los civilistas para resolver este problema? ¿De qué manera la teoría de la argumentación puede brindarles herramientas de análisis jurídico para contribuir a la identificación y resolución de problemas de interpretación?

Taller núm. 3

Analice argumentativamente el problema de la validez de las cláusulas convencionales de no enajenar en el derecho civil chileno. Para ello, lea atentamente el planteamiento del problema. A continuación, identifique y evalúe separadamente cada uno de los argumentos esgrimidos por las tres distintas posiciones doctrinarias frente al problema. Aplique los elementos de interpretación de la ley y la tipología de los argumentos interpretativos.

Planteamiento del problema

La mera relación de carácter directo existente entre el propietario y la cosa que es objeto de su dominio puede ser afectada por cláusulas y convenciones que modifiquen de manera importante el contenido que el ordenamiento jurídico estipula *prima facie* respecto de la misma, en alguna de sus facultades fundamentales. De este modo, por ejemplo, el propietario puede verse limitado en su *ius disponendi* por una convención especial, que determine una prohibición de enajenar de carácter absoluto o relativo. Entonces, tiene que cumplir ese deber fundamental de abstención, prosiguiendo, lo quiera o no, al frente de la relación de dominio. Pero el contenido y cumplimiento de esa cláusula precisa de determinadas consideraciones, que a su vez generan una serie de importantes y debatidos problemas.

Como se sabe, las prohibiciones de disponer pueden tener un origen estrictamente legal, judicial o meramente voluntario. Las prohibiciones de disponer de origen legal son aquellas que las normas imponen generalmente por razones de interés público superior. Las prohibiciones voluntarias de disponer son las establecidas por las partes con ocasión de un negocio jurídico, del cual se infiere directamente la prohibición de enajenar.

Así, como se ha dicho, el que transfiere su propiedad, por cualquier título que sea, puede imponer al adquirente cualesquiera limitaciones, siempre que no sean contrarias a la esencia del dominio o estén prohibidas por la ley. De entre ellas, son especialmente relevantes las prohibiciones de disponer, defectuosamente reguladas en el derecho civil chileno y que por ello han suscitado importantes controversias en la doctrina y la jurisprudencia.

En efecto, han sido muy discutidas entre los tratadistas la conveniencia y licitud de las prohibiciones voluntarias de disponer, aduciéndose, para ello, todo género de argumentos en pro y en contra.

Los que afirman su licitud y conveniencia se apoyan en el principio de libertad de contratación y de disposición, que no puede quedar coartado —dicen— por consideraciones ajenas a esta base fundamental del tráfico jurídico. Por otra parte, se argumenta que en nada ataca la línea institucional primaria de la propiedad la circunstancia de que alguna de las facultades que la integran quede limitada por convenciones o acuerdos de los particulares.

Los que sostienen, en cambio, su inconveniencia, aducen gran número de argumentos, traídos de todos los campos. Unos, apoyándose en la última consideración apuntada, la toman como argumento para defender su tesis, y estiman que —como quiera que cercenan una de las principales características del dominio— debían ser suprimidas o, por lo menos, restringidas de modo superlativo. Otros dicen que el estancamiento que todas las prohibiciones de disponer originan, entorpecen al comercio, yendo en contra de la circulación de la riqueza, base de la economía. Otros alegan que provocan situaciones jurídicas ambiguas, dando lugar a una imprecisión en la propiedad; que pueden constituir, y efectivamente constituyen, una fuente abundante de numerosos conflictos. Otros, por último, aducen el testimonio de las fuentes romanas, donde las prohibiciones de enajenar parece que, en principio, tenían la firme repulsa del legislador.

En síntesis, se tiene entendido que la facultad de disposición es de orden público, y garantiza, en último término, la libertad de comercio y la libre circulación de la riqueza. El establecimiento de trabas a la disposición podría significar una alteración substancial al sistema económico, que podría adquirir caracteres verdaderamente feudales.

La consideración anterior, por un lado, y la libertad de los particulares de contratar cualquier convenio, por otro, ha planteado el problema de la validez o nulidad de las estipulaciones acordadas por voluntad de los particulares, destinadas a limitar esa facultad de disponer.

El problema aludido se torna complejo, pues el Código Civil chileno, en ciertos casos, prohíbe la cláusula de no enajenar (artículos 1126, 1964, 2031 y 2415), y en otros la permite (artículos 751, 793 y 1432), sin embargo, no contiene una prohibición ni una permisión genérica, con carácter expreso, por lo que la duda surge respecto de las situaciones no reguladas que, además, en este caso, se dan con bastante frecuencia en la práctica contractual entre particulares.

Con el propósito de comprender cabalmente el problema y debido a que pueden presentarse algunas dificultades para tener al alcance la legislación chilena que reglamenta esta materia, se transcriben, a continuación, las disposiciones pertinentes del Código Civil chileno.

a) Disposiciones del Código Civil chileno que niegan validez a las estipulaciones limitativas de la facultad de disposición

Artículo 1126. Si se lega una cosa con calidad de no enajenarla, y la enajenación no comprometiére ningún derecho de tercero, la cláusula de no enajenar se tendrá por no escrita.

Artículo 1964. El pacto de no enajenar la cosa arrendada, aunque tenga la cláusula de nulidad de la enajenación, no dará derecho al arrendatario, sino para permanecer en el arriendo, hasta su terminación natural.

Artículo 2031. No vale en la constitución del censo el pacto de no enajenar la finca acensuada, ni otro alguno que imponga al censuario más cargas que las expresadas en este título. Toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita.

Artículo 2415. El dueño de los bienes gravados con hipoteca podrá siempre enajenarlos o hipotecarlos, no obstante cualquiera estipulación en contrario.

b) Disposiciones del Código Civil chileno que reconocen validez a las estipulaciones limitativas de la facultad de disposición

Artículo 751. La propiedad fiduciaria puede enajenarse entre vivos y transmitirse por causa de muerte, pero en uno y otro caso con el cargo de mantenerla indivisa, y sujeta al gravamen de restitución bajo las mismas condiciones que antes.

No será, sin embargo, enajenable entre vivos, cuando el constituyente haya prohibido la enajenación; ni transmisible por testamento o abintestato, cuando el día prefijado para la restitución es el de la muerte del fiduciario; y en este segundo caso si el fiduciario la enajena en vida, será siempre su muerte la que determine el día de la restitución.

Artículo 793. El usufructuario puede dar en arriendo el usufructo y cederlo a quien quiera a título oneroso o gratuito. Cedido el usufructo a un tercero, el cedente permanece siempre directamente responsable al propietario. Pero no podrá el usufructuario arrendar ni ceder su usufructo, si se lo hubiese prohibido el constituyente, a menos que el propietario le releve de la prohibición. El usufructuario que contraviniera a esta disposición, perderá el derecho de usufructo.

Artículo 1432. La resolución, rescisión y revocación de que hablan los artículos anteriores, no dará acción contra terceros poseedores, ni para

la extinción de las hipotecas, servidumbres u otros derechos constituidos sobre las cosas donadas, sino en los casos siguientes:

1.º Cuando en escritura pública de la donación (inscrita en el competente registro, si la calidad de las cosas donadas lo hubiere exigido), se ha prohibido al donatario enajenarlas, o se ha expresado la condición.

2.º Cuando antes de las enajenaciones o de la constitución de los referidos derechos, se ha notificado a los terceros interesados, que el donante u otra persona a su nombre se propone intentar la acción resolutoria, rescisoria o revocatoria contra el donatario.

3.º Cuando se ha procedido a enajenar los bienes donados, o a constituir los referidos derechos, después de intentada la acción.

El donante que no hiciera uso de dicha acción contra terceros, podrá exigir al donatario el precio de las cosas enajenadas según el valor que hayan tenido a la fecha de la enajenación.

Por otra parte, la jurisprudencia chilena se encuentra tan dividida como la doctrina, por lo que podemos encontrar sentencias que se pronuncian en los más diversos sentidos.

Análisis y evaluación de las argumentaciones que se han producido sobre el problema en la doctrina civil chilena

El problema se ha discutido, en síntesis, en los siguientes términos:

1. *Algunos autores sostienen la validez de estas cláusulas, argumentando que:*

i) No hay una prohibición expresa de carácter general, en relación con estos pactos, y es principio establecido el que en derecho privado se puede efectuar todo lo que no está expresamente prohibido por la ley.

ii) Hay ocasiones en que la ley prohíbe expresamente esta cláusula, por lo tanto, *a contrario sensu*, en los demás casos no mencionados expresamente por el legislador, se concluye que están permitidos.

iii) Si el propietario puede desprenderse del uso, goce y disposición, caso en el que enajena la cosa, con mayor razón podría desprenderse de solo esta última facultad.

iv) Por último, el Reglamento del Registro del Conservador de Bienes Raíces permite precisamente inscribir, en el Registro correspondiente, «todo impedimento o prohibición referente a inmuebles, sea convencional, legal o judicial, que embarace o limite de cualquier modo el libre ejercicio del derecho de enajenar» (artículo 53, número 3).

2. Otros, en cambio, rechazan las cláusulas convencionales de no enajenar, estimándolas nulas; señalan, entre otras, las siguientes razones:

i) La libre circulación de la riqueza, la prescripción de trabas más bien propias de la época feudal, establecida en diferentes disposiciones del Código y en el Mensaje, es uno de los propósitos fundamentales perseguidos por el legislador civil. Ello se refleja en el Mensaje que acompañó al texto del Código Civil chileno, donde se alude a estos fines, dejando de manifiesto claramente cuál era la voluntad del legislador, como se consigna en los siguientes párrafos que a continuación se transcriben:

Pero admitido en toda su extensión este principio, pugnaría con el interés social, ya embarazando la circulación de los bienes, ya amortiguando aquella solicitud en conservarlos y mejorarlos, que tiene su más poderoso estímulo en la esperanza de un goce perpetuo, sin trabas, sin responsabilidades, y con la facultad de transferirlos libremente entre vivos y por causa de muerte [...].

Es una regla fundamental en este proyecto la que prohíbe dos o más usufructos o fideicomisos sucesivos, porque unos y otros embarazan la circulación y entibian el espíritu de conservación y mejora, que da vida y movimiento a la industria. Otra que tiende al mismo fin es la que limita la duración de las condiciones suspensivas y resolutorias, que en general se reputan fallidas si tardan más de treinta años en cumplirse.

ii) Si en determinados casos las cláusulas de no enajenar están expresamente permitidas, de ello cabe concluir que *a contrario sensu*, en los casos no reglamentados, se encuentran prohibidas.

iii) El artículo 1810, dando a entender también que solo la ley puede prohibir enajenar, dispone que pueden venderse todas las cosas cuya enajenación no esté prohibida por ley.

Artículo 1810. Pueden venderse todas las cosas corporales o incorporeales cuya enajenación no esté prohibida por ley.

iv) En cuanto a la disposición del artículo 53 del Reglamento del Conservador de Bienes Raíces, como se trata de una norma reglamentaria no puede dársele eficacia en lo que no se acomode a la ley, y rechazándose estas cláusulas por la ley (el Código), el Reglamento no podría establecerlas (debe, sin embargo, tenerse en cuenta que se ha sostenido

que, habiéndose dictado el Reglamento, como lo fue en virtud de una disposición del Código, artículo 695, tendría fuerza de ley).¹

Artículo 695. Un reglamento especial determinará en lo demás los deberes y funciones del Conservador, y la forma y solemnidad de las inscripciones.

Artículo 53 del Reglamento. Pueden inscribirse.

3.º Todo impedimento o prohibición referente a inmuebles, sea convencional, legal o judicial, que embarace o limite de cualquier modo el libre ejercicio del derecho de enajenar. Son de la segunda clase el embargo, cesión de bienes, secuestro, litigio, etcétera.

En esta posición, las cláusulas voluntarias de no enajenar adolecerían de nulidad absoluta por falta o ilicitud del objeto (arts. 10, 1461, 1466 y 1682 C.c.).

3. Finalmente, hay quienes aceptan la validez de estas cláusulas de no enajenar en términos relativos; si se establecen por un tiempo no prolongado, y existiendo alguna justificación.

i) Se señala como importante para ello la norma del artículo 1126, *a contrario sensu*, al que se le confiere una aplicación general.

ii) Parte de la doctrina afirma que esta última parece ser una posición razonable, pues se facilitan las relaciones contractuales y no tiene consecuencias desfavorables para el desarrollo económico. Así, con ella quedaría desvirtuado el argumento del atentado al principio de la libre circulación de los bienes que, por su naturaleza general y no meramente de un particularismo dispositivo, pareciera ser la razón más contundente para negar validez a estos pactos.

iii) La jurisprudencia parece aceptar la validez de la estipulación, por tiempo limitado y prudente, y con justificado motivo.

Conforme al contenido de la estipulación, se trata de una obligación de no hacer. Supuesta su validez, si el deudor la infringe, es decir, enajena el bien de que se trata, sería aplicable el artículo 1555 o, eventualmente (según el alcance que se le confiera a ese texto, punto cuyo análisis pertenece a la Teoría de las obligaciones), el artículo 1489.

Artículo 1555. Toda obligación de no hacer una cosa que resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho.

Pudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria

¹ Véase, a este respecto, *Gaceta de 1911, Tomo II*, páginas 912 y siguientes.

para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, será el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a efecto a expensas del deudor. Si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, en este caso será oído el deudor que se allane a prestarlo. El acreedor quedará de todos modos indemne.

Artículo 1489. En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.

Por esto último es que también ha podido decirse que la cláusula implica una verdadera condición resolutoria, que se cumple (opera) cuando el obligado a no enajenar, enajena. Entonces, respecto del tercero adquirente, le alcanzarán o no sus efectos, en conformidad a lo previsto en los artículos 1490 y 1491 (en lo que concierne a la inscripción de la prohibición cuando recae sobre inmuebles y los efectos de esa inscripción, no nos detendremos).

Artículo 1490. Si el que debe una cosa mueble a plazo, o bajo condición suspensiva o resolutoria, la enajena, no habrá derecho de reivindicarla contra terceros poseedores de buena fe.

Artículo 1491. Si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, o lo grava con hipoteca, censo o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen, sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública.

Capítulo 3

Razonamiento judicial

El razonamiento que tiene por objeto justificar la decisión judicial en un caso concreto es una actividad reglada, es decir, sujeta a reglas tanto del razonamiento práctico general (o razonamiento moral) como específicas del razonamiento jurídico.¹ La especificidad o especialidad de las reglas que rigen los procesos de fundamentación de decisiones jurídicas viene dada, en gran medida, por el carácter institucionalizado del derecho. Desde el punto de vista del ejercicio de la jurisdicción, aquella se ejerce dentro de procesos judiciales estructurados sobre la base de reglas acerca de la actividad de las partes y del juez, la forma de las actuaciones y la oportunidad para realizarlas, el efecto de las actuaciones u omisiones de las partes, las obligaciones del juez o jueza, entre otras.

Con relación al tipo de razones o argumentos que pueden emplearse para justificar una decisión judicial y, más específicamente, para justificar la interpretación de los textos normativos aplicables, cabe señalar que se entiende que deben ser aquellas usadas y aceptadas por la respectiva comunidad jurídica, como se verá más adelante.

Entenderemos, en lo que sigue, que el razonamiento judicial es la actividad que consiste en justificar o motivar decisiones judiciales, en cumplimiento de la obligación de motivación que tienen juezas y jueces. Este razonamiento versa tanto sobre «el derecho» como sobre «los hechos».

La justificación interna del razonamiento judicial

La justificación como control de racionalidad

A partir de la década de los setenta del siglo pasado, surge lo que se ha denominado «teoría estándar» de la argumentación jurídica (Atienza, 2005). Esta consiste en un conjunto de teorías analíticas del razonamiento jurídico, dirigidas a la construcción de criterios y métodos para

¹ Sobre la tesis del caso especial, véase Alexy (1989; 1999).

controlar la racionalidad, y así evitar la arbitrariedad, de las decisiones jurídicas (García Amado, 1986: 152). Su elaboración se debe principalmente a Jerzy Wróblewski, Robert Alexy, Neil MacCormick, Aleksander Peczenik y Aulis Aarnio (Chiassoni, 2011: 16).

En palabras de Juan Antonio García Amado (1986: 152), la teoría de la argumentación jurídica emerge en reacción a la «crisis de los postulados metodológicos del positivismo jurídico». Conforme a estos postulados, la aplicación del derecho consistiría en una actividad racional, autosuficiente e independiente de cualquier juicio de valor, en la cual el jurista debe identificar en el ordenamiento jurídico vigente (o derivar deductivamente a partir de él) la norma aplicable a los hechos del caso. Estos hechos, a su vez, serían perfectamente determinables por el método científico-natural, para luego ser subsumidos bajo la hipótesis de hecho de la norma, mediante un silogismo jurídico. Tras estos postulados metodológicos, existía una concepción de la racionalidad según la cual un razonamiento justifica una conclusión (en este caso, una conclusión que expresa una decisión jurídica), si y solo si, las premisas del razonamiento son verdaderas y la conclusión se sigue deductivamente de las premisas. Subyacía también a esta metodología una mirada escéptica respecto a la posibilidad de justificar racionalmente los juicios de valor.

No obstante, a comienzos del siglo XX, y a raíz de una serie de agitaciones en el discurso filosófico sobre la racionalidad, el lenguaje, y el conocimiento, la concepción mecanicista recién descrita del juez, será severamente cuestionada. Así, en el panorama jurídico de los Estados Unidos empieza a emerger lo que más tarde se llamaría «realismo jurídico norteamericano», con representantes como Jerome Frank, Oliver Wendell, y Karl Llewellyn. Estos autores rechazan la tesis de que los operadores jurídicos decidan sus casos mediante un proceso lógico-deductivo. En lugar de ello, sostienen, jueces y jurados son movidos por sus impulsos, sus intereses, y su ideología, lo que luego racionalizan en retrospectiva.

Simultáneamente, la progresiva conciencia de que los enunciados fácticos y evaluativos están —si no siempre, al menos muchas veces— entrelazados, permite visibilizar una serie de valoraciones en la aplicación de la ley, como las que tienen lugar al elegir las normas aplicables al caso, al optar entre posibles interpretaciones, al seleccionar los hechos, al calificarlos, etcétera (García Amado, 1986: 162). Para quienes no creen en la posibilidad de justificar racionalmente los juicios de valor, lo ante-

rior significa que la decisión del juez tampoco puede estar racionalmente fundamentada. Sus decisiones serían, en palabras de Franz Neumann (1986: 2), «puros actos de voluntad». De esta manera, los jueces no solo no decidirían racionalmente en la práctica, sino que tampoco podrían hacerlo.

Tal como relata García Amado (1986: 152), la teoría estándar proveerá una respuesta distinta a la crisis de los postulados metodológicos del positivismo jurídico. Al igual que el realismo jurídico, asumirá una posición escéptica frente a la figura del juez autómatas, pero a diferencia de esta corriente, hará un esfuerzo por rescatar la aplicación del derecho de la amenaza de la arbitrariedad. Richard Wasserstrom (1961) preparará el camino para ello, con la incorporación y adaptación al derecho de la distinción entre «contexto de descubrimiento» y «contexto de justificación», originada en el ámbito de la filosofía de la ciencia (Reichenbach, 1938: 6).

Según esta conocida distinción, el proceso de descubrimiento se referiría a aquel proceso psicológico mediante el cual se llega a establecer una conclusión, mientras que el proceso de justificación consistiría en el proceso lógico-discursivo de ofrecer razones públicamente para justificar una conclusión (Atienza, 2005: 4). Así, mientras las motivaciones psicológicas sirven para explicar una decisión, las razones justificatorias sirven para valorarlas (Nino, 1985: 126). Partiendo de esta distinción, Wasserstrom y otros no pondrán en cuestión la premisa elemental del argumento realista de que el proceso de toma de decisión puede estar influido por prejuicios y factores personales. Es más, concederán que es perfectamente posible que así sea, pero lo que les interesa a los teóricos de la argumentación es ejercer control racional sobre las sentencias, y para ello no es necesario estudiar cómo se llega a una decisión jurídica, sino si la decisión es públicamente justificable o no. Si es públicamente justificable, entonces no importa si las razones que se ofrecen en el discurso son la racionalización de una motivación ideológica o personal. Si la decisión es públicamente justificable, entonces, es razonable.

Una vez delimitado el interés de la teoría estándar en el ámbito de la justificación (y distanciándose de la explicación), el siguiente paso será reemplazar la teoría positivista de la racionalidad exclusivamente lógica y empírica, por otra concepción más amplia, que incorpore la noción de racionalidad práctica. El desafío será entonces construir criterios que proporcionen un fundamento intersubjetivamente válido

y plausible a las valoraciones presentes en la decisión jurídica (García Amado, 1986: 164).

Es en este contexto que un artículo de Wróblewski de 1971 introduce una célebre distinción entre «justificación interna» y «externa», la que luego es empleada por un amplio sector de las teorías de la argumentación jurídica.² Esencialmente, se trata de dos condiciones disyuntivamente necesarias y conjuntamente suficientes para una decisión jurídica racional (Chiassoni, 2011: 18).

La justificación interna alude, en palabras de Wróblewski (1974), a «la *validez* de una inferencia a partir de premisas dadas», es decir, se refiere a la *forma* de un razonamiento. La justificación externa, en cambio, es aquella que somete a prueba el *carácter fundamentado* de las premisas y es un criterio *sustantivo* de racionalidad. Se trata, por lo tanto, de criterios independientes, de tal manera que un mismo razonamiento puede cumplir con el criterio de justificación interna (porque es válido), pero no con el de justificación externa (porque al menos una de sus premisas es falsa). Y viceversa.³

Validez de un razonamiento jurídico

¿Qué significa que un razonamiento jurídico sea *válido*? La respuesta a esta pregunta es controvertida. Para la lógica proposicional, un razonamiento es válido si, y solo si, la *verdad* de la conclusión se sigue necesariamente de la *verdad* de sus premisas. No obstante, hay un número significativo de teóricos de la argumentación jurídica que sostiene que los razonamientos jurídicos se construyen no solo a partir de proposiciones, esto es, de enunciados susceptibles de ser verdaderos o falsos,

² Referencias a esta popular distinción se pueden encontrar en el propio Wróblewski (1974), Alexy (1989: 214 y ss.), y Atienza (2005: 26), entre otros.

³ Un ejemplo de un razonamiento válido con una premisa falsa es el siguiente: «Todos los planetas en el sistema solar tienen vida inteligente. Mercurio es un planeta que pertenece al sistema solar. Por lo tanto, Mercurio tiene vida inteligente». Es fácil advertir que este es un razonamiento construido a partir de una premisa mayor falsa: conforme al conocimiento científicamente afianzado, solo el planeta Tierra aloja vida inteligente en el sistema solar (aunque a veces haya buenas razones para dudar de su *inteligencia*). No obstante, se trata de un razonamiento válido: si fuese conceptualmente y empíricamente verdadero que todos los planetas en el sistema solar tienen vida inteligente, y fuese conceptualmente y empíricamente verdadero también que Mercurio es un planeta del sistema solar, entonces se sigue necesariamente la conclusión: Mercurio tiene vida inteligente.

sino también de decisiones, normas y valoraciones, las cuales no tendrían valor de verdad.⁴

Esto significaría que no es posible aplicar sin más el concepto de validez de la lógica formal proposicional al razonamiento jurídico. Entre las soluciones propuestas, quizás la más extendida sea la de desarrollar un concepto de validez *sensu largo*, que no presuponga la noción de verdad en su definición.⁵ En una formulación posible, Atienza propone la siguiente definición de validez, análoga —aunque no idéntica— a la definición de validez de la lógica proposicional: «Tenemos [...] una *argumentación válida* (deductivamente), cuando la conclusión necesariamente es verdadera (o bien, correcta, justa, válida, etcétera) si las premisas son verdaderas (o bien, correctas, justas, válidas, etcétera)» (2005: 16). Es decir, la solución consiste en considerar que el valor de verdad es un valor, pero no el único valor, que puede transferirse mediante una regla inferencial desde las premisas a la conclusión.⁶ Esta flexibilización del concepto de validez será fundamental para poder analizar razonamientos jurídicos compuestos de normas y decisiones, como es el silogismo jurídico.

En este punto, quizás convenga ilustrar el concepto de validez mediante un par de ejemplo y diagramas. Considérese primero el siguiente razonamiento:

Premisa mayor: El que mate a su padre conociendo la relación que los liga comete parricidio

Premisa menor: Martín mató a su padre conociendo la relación que los ligaba

Conclusión: Martín cometió parricidio

4 Entre otros, Jörgensen (1937), Wróblewski (1971), Wellman (1985), Bulygin y Alchuorrón (1995). MacCormick (1986; 1992) sería una notable excepción, quien sostiene que es posible atribuir el valor de verdad o falsedad a las normas, dada su condición de «hechos institucionales».

5 En su artículo de 1971, Wróblewski señala con toda claridad que el concepto de justificación lógica que le parece más adecuado para el análisis del razonamiento judicial es el de «justificación lógica *sensu largo*» en oposición al de «justificación lógica *sensu stricto*» (1971: 411). La justificación en sentido estricto estaría limitada al campo de la lógica proposicional y a la noción de verdad. La justificación en sentido amplio, en cambio, consiste en «dar razones apropiadas para las decisiones jurídicas». Estas razones serían *válidas* (en sentido amplio) si están basadas en reglas inferenciales aceptadas por la comunidad jurídica en la que tienen lugar.

6 Al respecto, véase también Ota Weinberger (1999).

Como es fácil advertir, se trata de un razonamiento válido, pues la aceptabilidad de la conclusión se sigue necesariamente de la aceptabilidad y verdad de las premisas. Podemos representar visualmente la *necesidad* de esa conclusión mediante la **figura 1**.

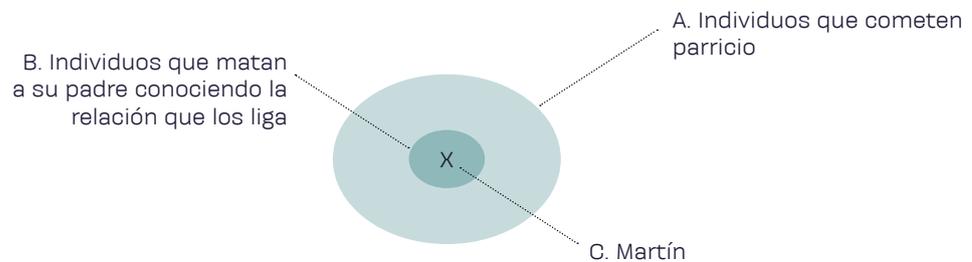


Figura 1. Diagramación de razonamiento deductivamente válido.

El significado de la premisa mayor está representado mediante la inclusión del conjunto de individuos B (que matan a su padre conociendo la relación que los liga) dentro del conjunto de individuos A (que comete parricidio). B es subconjunto de A (y no al revés), pues conforme a la norma del artículo 390 del Código Penal existen otros individuos que pertenecen al conjunto A que no pertenecen a B (por ejemplo, individuos que matan a su cónyuge). La premisa menor, por otra parte, afirma la existencia de un individuo, Martín, y su pertenencia al subconjunto de individuos B. Finalmente, y puesto que B es un subconjunto de A, entonces sabemos que aquello que se predica de B, también se aplica necesariamente a los individuos del conjunto A. Ergo, Martín es parricida. Considérese ahora, por contraste, el siguiente razonamiento:

Premisa mayor: Es frecuente que quien porta o guarda unos guantes manchados con la sangre de la víctima de un crimen sea el autor material del crimen.

Premisa menor: La policía encontró escondidos en el patio trasero de Martín un par de guantes manchados con sangre de la víctima.

Conclusión: Es probable que Martín sea el autor material del crimen.

Nuevamente, el significado de la premisa mayor del razonamiento está representado mediante la inclusión del conjunto de individuos B (que portan o guardan guantes manchados con sangre) dentro del conjunto de individuos A (que son autores materiales de un crimen). B es subconjunto de A, pero a diferencia del caso anterior, solo en su mayor parte, no completamente. En la premisa menor, se afirma la existencia

de un individuo, Martín, en el subconjunto de individuos B. Quien esboza el razonamiento concluye entonces, con razón, que es probable que Martín sea el autor material del crimen. Sin embargo, es evidente que la conclusión en este caso no es necesaria, sino solo probable. Tal como muestra la **figura 2**, es probable que Martín sea uno de aquellos individuos que pertenece al subconjunto B y A, pero nada nos asegura que no sea uno de aquellos individuos que pertenece al conjunto B que no es subconjunto de A. Se trata, por ende, de un razonamiento inválido (aunque no por eso poco razonable).

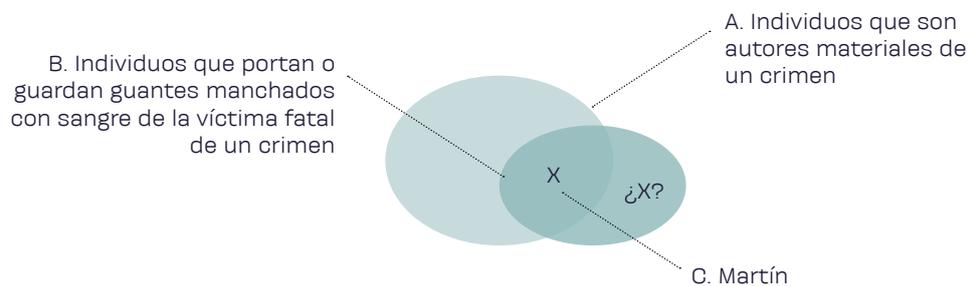


Figura 2. Diagramación de razonamiento deductivamente inválido.

Conviene aquí hacer brevemente referencia a la diferencia entre deducción, inducción y abducción, y se hará siguiendo a Daniel González Lagier. Este autor traza, en un primer momento, la distinción entre deducción e inducción de la siguiente manera: la deducción es «un tipo de razonamiento en el que la verdad de las premisas entraña la verdad de la conclusión, mientras que la inducción agrupa a los razonamientos en los cuales la verdad de las premisas no entraña la verdad de la conclusión, pero es una razón para aceptarla».⁷ A partir de allí, en un segundo momento, define deducción, inducción generalizadora y abducción. La *deducción* (silogismo subsuntivo)

es la forma de razonamiento apropiada cuando conocemos una regla (en el sentido de un enunciado general que correlaciona una clase de individuos con una clase de propiedades) y un caso subsumible en la regla, y queremos inferir un resultado. Los argumentos deductivos se caracterizan porque, dada su forma o estructura, no es posible —sin incurrir en una contradicción— afirmar las premisas y negar la conclu-

⁷ Esta definición y las que vienen a continuación, incluidos los ejemplos, son de González Lagier (2005: 64-70).

sión; dicho de otra manera, la verdad de las premisas garantiza la verdad de la conclusión.

Usando su mismo ejemplo:

Todos los cuervos son negros
X, Y y Z son cuervos
X, Y, y Z son negros

La *inducción generalizadora* (o en sentido estricto) es un patrón de razonamiento apropiado

cuando conocemos una serie de casos y resultados (de acuerdo con la posición que ocuparían en el silogismo subsuntivo) y queremos extraer la regla que correlaciona unos con otros. En los argumentos inductivos extraemos una premisa de carácter general a partir del examen de una serie limitada de supuestos particulares, de manera que la conclusión siempre va más allá de las premisas [...] La conclusión de una inducción bien construida podrá ser más o menos probable, pero nunca será infaliblemente verdadera.

Por ejemplo:

X, Y, y Z son cuervos
X, Y y Z son negros
Todos los cuervos son negros

La *abducción* se emplea para «inferir un hecho particular a partir de otro hecho que conocemos y de una regla (universal o probabilística) que suponemos correcta. Tampoco obtenemos de esta forma una conclusión necesariamente verdadera (ni siquiera cuando la regla es universal), sino solo una convicción que puede ser más o menos razonable». Por ejemplo:

X, Y y Z son negros
Todos los cuervos son negros
X, Y y Z son cuervos

El silogismo jurídico

Aunque en principio es posible utilizar el criterio de la justificación interna para analizar y evaluar cualquier tipo de razonamiento jurídico, lo cierto es que cuando los autores de la teoría estándar utilizan este concepto parecieran aplicarlo solo a los razonamientos orientados a justificar *directamente* una decisión jurídica, en circunstancias que hay varios razonamientos jurídicos que justifican directamente otro tipo de enunciados (por ejemplo, enunciados de hechos).⁸ En ese marco de aplicación, el requisito de justificación interna suele tratarse en términos de un silogismo jurídico.⁹

El silogismo jurídico es una regla inferencial válida, compuesto de a lo menos dos premisas —una fáctica¹⁰ y otra normativa— y una conclusión que expresa una decisión jurídica. La premisa normativa, que hace las veces de premisa mayor, enuncia una norma jurídica general y abstracta en la que un supuesto de hecho abstracto aparece como condición para una consecuencia jurídica. La premisa fáctica o menor representa la situación en que se ha producido un hecho concreto que cae bajo el supuesto de hecho de la norma. La conclusión, por último, imputa la consecuencia jurídica para el supuesto de hecho concreto (Chiassoni, 2011: 23; Atienza, 2005: 20).

Para representar formalmente el silogismo jurídico, y a falta de un sistema formal deóntico satisfactorio para tal efecto, el silogismo suele representarse mediante el lenguaje de la lógica proposicional y el de la lógica de predicados. En el primer caso, el silogismo se representa mediante un *modus ponens* (llamado a veces, «silogismo hipotético»); en el segundo, mediante un «silogismo categórico en modus Bárbara II» (Iturralde, 1991). La primera formulación se puede encontrar en las primeras publicaciones de MacCormick sobre el silogismo jurídico (2003); la segunda, en Alexy (1989), entre otros.

8 Compárese Alexy, MacCormick, Chiassoni, Atienza, etcétera.

9 Así lo señala explícitamente Alexy: «Los problemas ligados con la justificación interna han sido ampliamente discutidos bajo el rótulo de “silogismo jurídico”» (2009: 214).

10 Para ser más precisos, se trata de un razonamiento que está compuesto al menos de una premisa menor que refiere al caso particular y otra mayor que contiene la norma a aplicar. Concordamos con Chiassoni (2011), en cuanto a que la premisa menor muchas veces es, más que «fáctica», «calificativa o subsuntiva».

La estructura inferencial del silogismo jurídico, representada mediante un *modus ponens*, es la siguiente:

Premisa mayor:	$p \rightarrow q$	(Premisa normativa, «derecho»)
Premisa menor:	p	(Premisa fáctica, «hechos»)
Conclusión:	$\therefore q$	(Decisión jurídica)

En esencia, la regla inferencial del *modus ponens* indica que, si en la premisa mayor se afirma una implicación material ($p \rightarrow q$),¹¹ y en la premisa dato se afirma el antecedente de la implicación (p), entonces es válido concluir afirmando el consecuente de la implicación (q).

La estructura inferencial del silogismo jurídico representada mediante un *silogismo categórico* es como sigue:

Premisa mayor:	$(x) (Px \rightarrow Qx)$	(Premisa normativa, «derecho»)
Premisa menor:	Pa	(Premisa fáctica, «hechos»)
Conclusión:	$\therefore Qa$	(Decisión jurídica)

Esta fórmula se lee de la siguiente manera: «Para toda variable x , si x es un P , entonces se debe aplicar a x la consecuencia normativa Q ; El individuo “ a ” es un P ; por lo tanto, se debe aplicar al individuo “ a ” la consecuencia normativa Q ».

Si bien el *modus ponens* y *silogismo categórico* son lógicamente equivalentes, el segundo goza mayor aceptación entre los teóricos de la argumentación jurídica, pues permite dar cuenta de la subsunción de los hechos concretos de un caso bajo la hipótesis de hechos abstractos de la norma. Esto es posible gracias a que la lógica de predicados, a diferencia de la proposicional, incluye cuantificadores, variables de individuo, y predicados.¹²

¹¹ En lógica proposicional la implicación material se define conforme a sus valores de verdad. Según esta definición, una proposición compleja formada mediante una implicación material será falsa solo cuando el antecedente es falso y el consecuente es verdadero. En todas las demás configuraciones es verdadera. En palabras más sencillas: « p implica materialmente a q », quiere decir que «Toda vez que p es verdadera, q es verdadera» y «Toda vez que q es falsa, p es falsa».

¹² En publicaciones posteriores, el propio MacCormick (1992; 2005) reconocerá la superioridad de la fórmula desarrollada conforme al lenguaje de la lógica de predicados.

Función analítica del silogismo

La construcción de razonamientos jurídicos basados en el silogismo jurídico no es un estándar impuesto heterónomamente por los autores de la teoría estándar. Es, antes bien, el resultado de una reconstrucción racional (clara, precisa) de lo que se entiende por decisión justificada, conforme se desprende de las disposiciones jurídicas vigentes y la cultura jurídica occidental contemporánea (Chiassoni, 2011: 17; MacCormick, 2005: 29). Se trata, por lo tanto, de un concepto analítico, basado en la observación y sistematización de normas, reglas y principios tácitos que las y los participantes se exigen mutuamente en la práctica judicial.

El silogismo es un instrumento para *analizar* las sentencias u otros documentos jurídicos y reconstruir su contenido, con el objeto de poder apreciar con más claridad las premisas explícitas e implícitas, los razonamientos que se proveen para su justificación, y el nexo inferencial entre premisas y conclusión (Chiassoni, 2011: 20).

Veamos un ejemplo. La Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia del 1 de agosto de 2012, condenó a dos periodistas de CHV por uso de cámara oculta, para denunciar la venta fraudulenta de licencias médicas por parte de la demandante (rol Corte 1781-2011). En los fragmentos que se copian a continuación, se exponen algunos de los argumentos presentados por el tribunal para justificar la decisión de declarar a uno de los periodistas, de iniciales P. C., como autor del delito previsto en el inciso segundo del artículo 161 A del Código Penal:

1.º Que, se ha castigado a [...] P. C. como coautor del delito descrito en el artículo 161 A del Código Penal y, tal como se indica en el considerando sexto, del fallo que se revisa, los profesionales antes nombrados ingresaron al despacho de la doctora M. Luisa Cordero, ubicado en el Instituto Psiquiátrico José Horwitz Barak, de esta ciudad, el cual constituye un lugar que no es de libre acceso al público, y luego uno de ellos, simulando ser un paciente, solicitó una licencia médica, la que le fue concedida previo pago de una suma de dinero;

2.º Que, posteriormente, luego de haber sido grabada la entrevista antes señalada, sin autorización de la afectada, fue difundida en el programa periodístico denominado «En la mira» de Chilevisión, no obstante, tratarse de una conversación de carácter privado, sostenida entre una profesional médico y un supuesto enfermo; [...]

4.º [...] Por estas consideraciones, [...] se confirma, la sentencia de treinta de abril de dos mil once, [...], con declaración que P. C. [...] queda condenado [...], en su calidad de autor del delito previsto en el inciso segundo del artículo 161 A del Código Penal.

La función analítica del silogismo jurídico consiste, en primer lugar, en indicarnos cuál es el esqueleto estructural del texto. Primero, reconstruimos la conclusión,¹³ la norma individual que imputa una consecuencia jurídica a la acción de P. C., contenida en este caso en el considerando cuarto: «Corresponde (o se debe) condenar a P. C. como autor del delito previsto en el inciso segundo del artículo 161 A del Código Penal». Nótese que la norma individual que debe contener la conclusión no está explícita (de hecho, rara vez lo está). La expresión literal que usa el tribunal en el considerando cuarto es «con declaración que P. C. queda condenado», es decir, un acto de habla declarativo. Es solo mediante un proceso de análisis que podemos reconstruir una norma individual como la propuesta.

Luego buscamos la norma general aplicada al caso. Sabemos que la disposición normativa aplicada es el 161-A del Código Penal, pero la disposición normativa no es lo mismo que la norma. La norma que debe incluirse en la premisa normativa del silogismo es la disposición normativa ya interpretada (cuando existe tal disposición en el ordenamiento jurídico).¹⁴ Dicha interpretación podemos reconstruirla tomando en consideración, primero, el contenido explícito de la disposición normativa; segundo, los hechos abstractos a los que tácitamente alude el tribunal al referirse a hechos concretos; y, tercero, la estructura condicional que especifica el silogismo jurídico para la premisa normativa, a saber, «si los hechos del caso son del tipo abstracto H, entonces se debe aplicar la consecuencia normativa CN». De esta manera, podemos proponer como premisa normativa, la siguiente: «Si se difunde la grabación realizada de una conversación de carácter privado, en un recinto que no es de libre acceso al público, y sin autorización del afec-

¹³ Estrictamente, la conclusión final de esta sentencia consiste en que el acusado debe ser condenado y que es necesario imponerle una determinada pena. Sin embargo, aquí nos remitimos a analizar la conclusión jurídica que aparece en el fragmento.

¹⁴ Para una distinción entre norma jurídica y disposición jurídica, consultar capítulo 2.

tado, entonces se comete el delito previsto en el inciso segundo del 161-A del Código Penal».

Por último, para reconstruir la premisa fáctica debemos explicitar que los hechos concretos del caso se subsumen bajo los hechos abstractos de la norma. Una formulación posible es la siguiente: «P. C. difundió la grabación de una entrevista a la demandante, la grabación registró una conversación de carácter privado, la grabación se realizó en un lugar que no es de libre acceso al público y la grabación se realizó sin la autorización de la afectada». En consecuencia, el silogismo jurídico subyacente a este fragmento podría representarse de la siguiente manera:

Premisa mayor. Si se difunde la grabación realizada de una conversación de carácter privado, en un recinto que no es de libre acceso al público, y sin autorización del afectado, entonces se comete el delito previsto en el inciso segundo del 161-A del Código Penal.

Premisa menor. P. C. difundió la grabación de una entrevista a la demandante, la grabación registró una conversación de carácter privado, la grabación se realizó en un lugar que no es de libre acceso al público y la grabación se realizó sin la autorización de la afectada.

Conclusión. Por lo tanto, corresponde condenar a P. C. como autor del delito previsto en el inciso segundo del artículo 161 del Código Penal.¹⁵

En la práctica jurídica, no obstante, las reglas de inferencia mediante las cuales jueces y juezas justifican las decisiones jurídicas suelen ser mucho más complejas que un simple silogismo. Por ejemplo, es natural que un razonamiento jurídico se componga de varias premisas fácticas cuando la norma aplicada contiene en su antecedente varias condiciones copulativas para la aplicación de una consecuencia jurídica. Es lo que ocurre en el ejemplo analizado más arriba. Así, el silogismo podría representarse mediante cuatro premisas menores, en lugar de una sola:

Premisa mayor. Si se difunde la grabación realizada de una conversación de carácter privado, en un recinto que no es de libre acceso al público, y sin autorización del afectado, entonces se comete el delito previsto en el inciso segundo del 161-A del Código Penal.

¹⁵ Si bien hay información relevante que aparece en este fragmento que no se incluye en el silogismo (por ejemplo, que se trataba de una relación médico-paciente), esto se explica porque esos datos cumplen un rol distinto: el de justificar las premisas del silogismo.

Premisa menor 1. P. C. difundió la grabación de una entrevista a la demandante.

Premisa menor 2. La grabación registró una conversación de carácter privado.

Premisa menor 3. La grabación se realizó en un lugar que no es de libre acceso al público.

Premisa menor 4. La grabación se realizó sin la autorización de la afectada.

Conclusión. Por lo tanto, corresponde condenar a P. C. como autor del delito previsto en el inciso segundo del artículo 161 A del Código Penal.

También es usual que un silogismo jurídico se utilice para justificar la premisa de otro silogismo jurídico, formando cadenas silogísticas. Por ejemplo, la conclusión del silogismo recién analizado es, al mismo tiempo, una de las premisas fácticas que utilizó el tribunal para justificar, mediante otro silogismo jurídico, la conclusión de que P. C. debe ser condenado a cumplir una pena de 61 días de reclusión menor.

Asimismo, tampoco es inusual que una misma hipótesis de hecho este vinculada a un conjunto de consecuencias jurídicas alternativas y excluyentes entre las cuales el juez tiene que elegir, de tal manera que el primer silogismo deberá ser coordinado con otro que justifique la decisión de preferir una entre esas consecuencias jurídicas.

Conscientes de estos desafíos, Wróblewski (1974), Alexy (1989) y Chiassoni (2011), entre otros, han ensayado esquemas inferenciales más complejos para dar cuenta del razonamiento jurídico. A diferencia de estos autores, sin embargo, creemos que es posible dar cuenta de estas complejidades del razonamiento judicial de forma más eficiente mediante «las estructuras de la argumentación compleja», un instrumento desarrollado en la teoría pragma-dialéctica de la argumentación y que sirve para analizar la relación entre razonamientos orientados a justificar un mismo punto de vista (la decisión jurídica, en este caso) mediante diagramas arbóreos. Volveremos a ello en el capítulo 4.

El silogismo jurídico como modelo
ideal de motivación judicial

Alexy (1978), por su parte, ve en el silogismo jurídico no solo una herramienta de análisis,¹⁶ sino también una herramienta normativa o di-

¹⁶ Respecto a la función analítica del silogismo, señala Alexy (2009: 221) que «la

rectiva. Así, el silogismo no es solo un instrumento para reconstruir elementos del discurso relevantes para el control de la racionalidad judicial, sino que además es *un modelo ideal de motivación judicial* desde un punto de vista ético-normativo (Chiassoni, 2011: 21).

En efecto, las fórmulas silogísticas propuestas por Alexy están definidas por (es decir, reflejan) las reglas alexyanas de la justificación interna que considera necesarias para la racionalidad de la justificación de una decisión judicial (Chiassoni, 2011: 40). Por ejemplo, si tomamos como base la «forma más simple» del silogismo, podremos ver con claridad que su formulación es, en realidad, el resultado de la aplicación de las reglas 1 y 2 en el discurso:

- *Regla 1.* «Para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal» (Alexy, 2009: 215). Como sabemos, la premisa normativa del silogismo alexyano se funda precisamente en una norma universal: $(x) (Px \rightarrow Qx)$. La función de esta regla universal es exigir que las decisiones se funden sobre normas generales, excluyendo decisiones *ad hoc*, y rechazando el particularismo del caso concreto como doctrina plausible para la justificación jurídica. A este principio de universalidad subyace el principio de justicia formal conforme al cual se debe «tratar de la misma manera a todos los seres de una misma categoría» (Perelman, 1945; Perelman y Olbrechts-Tyteca, 2000).
- *Regla 2.* «La decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones» (Alexy, 2009: 215). La regla prescribe el respeto por las reglas de inferencia lógico-deductivas (Chiassoni, 2011: 41). Esto significa en la práctica que quien justifica una decisión jurídica debe —tal como aparece representado en el esquema silogístico— explicitar una o más premisas, además de la normativa, que subsuma los hechos concretos del caso bajo los hechos abstractos de la norma invocada.

Estas reglas alexyanas de la justificación interna estarían arraigadas, además, en «la naturaleza y la función del Estado de derecho constitucional-democrático», estado que a su vez Alexy entiende como «la

justificación interna es importante porque nos aclara qué premisas hay que justificar externamente. Presupuestos que de otra manera quedarían escondidos, deben ser formulados explícitamente. Esto aumenta la posibilidad de reconocer y criticar errores».

única forma de organización jurídico-política moralmente aceptable» (Chiassoni, 2011: 21).

La justificación externa del razonamiento judicial

Inventarios de esquemas argumentativos

Como hemos visto, los conceptos de justificación interna y externa son dos requisitos copulativos —uno formal y otro sustantivo—, para la justificación racional de una decisión jurídica. El requisito de justificación interna consiste, básicamente, en la aplicación de un silogismo jurídico, mientras que el de justificación externa, en aducir razones sólidas en favor de las premisas fácticas y normativas utilizadas en el silogismo.

Los modelos teóricos que han sido desarrollados para la justificación externa de la decisión judicial suelen asumir la forma de inventarios de esquemas argumentativos generalmente aceptados y utilizados en una comunidad jurídica dada, para justificar racionalmente la aceptabilidad de las premisas fácticas y normativas del silogismo.¹⁷ Estos inventarios a veces tienen una función meramente analítica (por ejemplo, en Wróblewski); y en ocasiones, también una prescriptiva (por ejemplo, en Alexy).

Si consideramos todos los inventarios como un conjunto, es posible distinguir al menos dos niveles de esquemas argumentativos. En un primer nivel, los esquemas se construyen a partir de los enunciados que un operador jurídico deberá justificar para que la premisa fáctica, por una parte, y la premisa normativa, por otra, estén racionalmente justificadas. La aceptabilidad de cada uno de estos enunciados es una condición necesaria para establecer la aceptabilidad de las premisas del silogismo, pero solo en conjunto van a constituir una condición suficiente.¹⁸ El de-

¹⁷ En Wróblewski (1969), Alexy (2009), MacCormick (2003; 2005; 2007), Tarello (2013), Ferrajoli (1995), Comanducci (1999), Chiassoni (2011), Guastini (2014), González Lagier (2003) y Atienza (2015).

¹⁸ Desde una perspectiva pragmática, podríamos decir que estos enunciados responden a los compromisos que un operador jurídico asume al formular la conclusión y las premisas fáctica y normativa. En efecto, cuando los operadores jurídicos formulan un silogismo, estos realizan ciertos actos de habla (una declaración, una calificación y una propuesta), los que a su vez generan un «espacio de desacuerdo» (Van Eemeren y otros, 1993: 95). La noción de «espacio de desacuerdo» refiere a un conjunto estructurado de compromisos que pueden ser potencialmente reconstruidos y cuestionados por el interlocutor y que, de ser desafiados, requerirán defensa

ber de explicitar y de justificar alguno de estos enunciados dependerá, en parte, de: i) si el enunciado ha sido efectivamente controvertido por el interlocutor; o ii) si existen normas en el ordenamiento jurídico que obliguen a explicitar y justificar el enunciado.¹⁹

MacCormick es uno de los autores que especifica, si bien no enunciados directamente, sí modos de desafiar a los enunciados que están implícitos en las premisas fácticas y normativas. Estas posibilidades de desafío son, a su juicio, solo cuatro. Así, en torno a la premisa fáctica pueden surgir problemas de prueba y de calificación, mientras que, en relación con la premisa normativa, pueden emerger problemas de relevancia e interpretación:

En resumen, si consideramos que el silogismo jurídico exhibe el marco de todo razonamiento jurídico que suponga la aplicación del derecho, hay un número limitado de maneras en que pueden surgir problemas [...]. Volviendo, por razones de simplicidad, a la fórmula esquemática «Si *OF* [*hechos operativos*], entonces *NC* [*consecuencia normativa*]», las cuatro maneras siguientes agotan las posibilidades de desafíos que pueden surgir en cualquier caso discutido (2007: 332).

En un segundo nivel, los inventarios incluyen listas de esquemas argumentativos (interpretativos, integrativos y probatorios) mediante los cuales es posible justificar racionalmente los enunciados del primer nivel. Por ejemplo, dijimos en el apartado anterior, de la justificación externa del razonamiento judicial, que la premisa normativa de un silogismo consiste en la norma jurídica aplicada al caso, y que una norma jurídica consiste, a su vez, en una disposición normativa ya interpretada. Pues bien, entre los enunciados presupuestos por esta premisa normativa, e identificados en el primer nivel del inventario, está el enunciado «la norma jurídica aplicada Ni es la mejor interpretación de la disposición normativa DN_i (entre las interpretaciones en disputa)». Ese

por parte de quien llevó a cabo el acto de habla. Esta mirada pragmática permite explicar por qué se produce una obligación o carga de la prueba en quien realiza el acto de habla, en este caso, quién propone el silogismo.

¹⁹ Por ejemplo, en Chile, el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil exige, en los números 4 y 5, que las sentencias, además de contener las «consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia», «la enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo». En definitiva, el artículo exige explicitar las fuentes de la premisa normativa, aunque no obligue a justificarlas.

enunciado —esencialmente, una tesis interpretativa— puede ser justificado mediante alguno de los denominados «esquemas o argumentos interpretativos». Estos esquemas interpretativos pertenecen al segundo nivel del inventario. En este caso, el operador jurídico no está obligado a utilizar un esquema en particular para justificar racionalmente su tesis interpretativa. Antes bien, qué esquema o esquemas corresponde utilizar para ello, dependerá del contexto de discusión.²⁰

Dejando de lado algunas diferencias de matices, todos los modelos de justificación externa revisados aquí parten de una concepción de la interpretación y del conocimiento relativamente común. En lo que concierne a la interpretación, esta se entiende como un acto de decisión, consistente en la atribución de significados a una disposición normativa. Es decir, ninguno de estos modelos presupone, como el modelo del juez autómatas, a un intérprete que solo debe *descubrir* los significados preconstituidos de una disposición. Al mismo tiempo, la decisión que se lleva a cabo en el acto de interpretar no se entiende, sin embargo, como una elección arbitraria, que depende totalmente de los caprichos del intérprete, sino como una decisión *vinculada* (Comanducci, 1999: 95; García Amado, 2006). Una «interpretación vinculada» es una interpretación que tiene lugar dentro de los márgenes de lo semánticamente posible de una lengua dada y de lo jurídicamente posible en un contexto jurídico determinado. Puesto que las interpretaciones jurídicamente posibles de un enunciado son típicamente más de una, el significado de las disposiciones no está preconstituido; simultáneamente, y en virtud de los márgenes de posibilidad de la lengua y el derecho, existe un acervo de creencias, reglas y principios intersubjetivos que hacen viable, en principio, la justificación racional de una interpretación. En un sentido similar, los modelos que revisaremos aquí presuponen una noción del conocimiento de carácter falibilista. Esto es, cuando se examina si el enunciado fáctico presupuesto por la premisa menor es verdadero o no, por verdadero se debe entender «más probable que cualquier hipótesis alternativa que explique los hechos» o «lo más probable en el estado de conocimiento actual» (Comanducci, 1999: 109-110).

20 Para un modelo prescriptivo de esquemas interpretativos, como el de Alexy, la lista de esquemas interpretativos es una lista cerrada que dibuja los márgenes de los esquemas interpretativos admisibles. En cambio, en los modelos analíticos, la lista de esquemas interpretativos está abierta, esto es, incluye los esquemas que se suelen usar en la práctica sin prohibir la utilización de otros esquemas no considerados.

Por último, los modelos teóricos de la justificación externa suelen incorporar no solo esquemas inferenciales deductivos en sus inventarios, sino también esquemas inferenciales no deductivos como medios razonables para la justificación de las premisas del silogismo, especialmente en el segundo nivel (véanse, entre otros, Wróblewski, 1974: 297; MacCormick, 2005: 43; y Comanducci, 1999: 97, 113). Es más, se considera que algunas actividades involucradas en la interpretación (en sentido amplio) y en la valoración de la prueba, no pueden sino ser justificadas mediante argumentos del segundo tipo. Así, por ejemplo, para colmar una laguna jurídica y para identificar la mejor explicación de un hecho se requieren argumentos basados en esquemas no deductivos como el esquema analógico y el abductivo, respectivamente.²¹ Como veremos en

²¹ Hay quienes sostienen que todo argumento puede ser reconstruido en términos de un razonamiento deductivamente válido si se añaden las premisas adecuadas (véanse, por ejemplo, Groarke, 1992 y 1995; y Atienza, 2005: 21). Esta es una cuestión disputada y en la que no podemos detenernos demasiado aquí. Baste señalar, por ahora, que desde nuestra perspectiva, convertir todos los argumentos en deductivamente válidos no es una buena estrategia de análisis ni tampoco de evaluación. En primer lugar, porque a menudo eso requiere atribuirle a quien formuló el argumento, una premisa a todas luces falsa, vulnerando el principio de reconstrucción caritativa, y cometiendo así la falacia del hombre de paja. En segundo lugar, porque al atribuirle una premisa falsa al argumento este pasa a ser automáticamente un mal argumento, en circunstancias que el mismo argumento, con una reconstrucción distinta de la premisa implícita, podría ser perfectamente razonable en determinados contextos. Veamos un ejemplo. En el relato *Estrella de plata*, Sherlock Holmes tiene que aclarar la desaparición de un caballo. Cuando llega al lugar de los hechos razona de la siguiente manera: «Sacaron el caballo del establo por la noche y el perro no ladró, por consiguiente, el ladrón era un conocido de la familia». Explícitamente, el argumento no es deductivo, pues a partir de la premisa «Sacaron el caballo del establo por la noche y el perro no ladró», no se sigue necesariamente la conclusión «El ladrón era un conocido de la familia». No obstante, es posible convertir este argumento no deductivo en uno deductivo si añadimos la premisa mayor faltante, a saber: «Toda vez que un perro no ladra, el visitante es un conocido». Ahora bien, así reconstruido, el argumento es efectivamente deductivo, pero la premisa mayor es falsa, pues es fácil imaginar situaciones en las que un perro no ladre frente a un desconocido. Para no cometer la falacia del hombre de paja, sería necesario atribuir a Sherlock una premisa consistente en una regla general, pero sujeta a excepciones, por ejemplo: «Generalmente, un perro no ladra cuando el visitante es un conocido». Claro está, dicha premisa no vuelve el argumento deductivo, pero sí genera una presunción a favor de la razonabilidad del punto de vista, presunción que puede ser cancelada si existen en el contexto de *Estrella de plata* circunstancias que representan excepciones a esa generalización (por ejemplo, que el ladrón era un desconocido, que sedó al perro antes de robar el caballo).

el capítulo 4, la presencia de estos argumentos no deductivos —también llamados «derrotables» (Pollock, 1987)— tendrá consecuencias importantes para el análisis de los argumentos aducidos en la justificación externa.

Modelo para la justificación racional de la premisa normativa

A continuación, se expone una síntesis de las propuestas elaboradas por varios modelos teóricos para analizar y evaluar los argumentos aducidos con el fin de justificar la premisa normativa (**figura 3**) de un silogismo. Esta síntesis no representa la visión de algún autor en particular, sino que integra varias perspectivas teóricas complementarias. Las tablas de síntesis se desarrollan sobre la base de la siguiente representación abstracta del silogismo jurídico:

Premisa normativa. Si los hechos concretos del caso son del tipo abstracto H, entonces se debe aplicar la consecuencia normativa CN.

Premisa fáctica. Los hechos concretos del caso son del tipo abstracto H.

Conclusión. Por lo tanto, corresponde aplicar la consecuencia normativa CN.

Comenzaremos por analizar la premisa normativa. Diremos que la premisa normativa de un silogismo está racionalmente justificada, si y solo si, utiliza cualquiera de los dos esquemas argumentativos especificados en el Nivel 1, A y B, en la tabla 1, dependiendo de si el operador jurídico sostiene que la norma jurídica aplicada se desprende de una (o más) disposición(es) normativa(s), o bien, se formula conforme a los principios de equidad.

Respecto al esquema A en la **figura 3**, cabe destacar que esta premisa no indica que la interpretación propuesta es objetivamente correcta, sino que, en línea con el concepto de «interpretación vinculada», únicamente señala que es la mejor interpretación disponible de las avanzadas por las partes de un proceso (incluido el operador jurídico). La premisa que afirma la validez de la norma, por su parte, refiere a que una determinada norma, en principio aplicable al caso, respeta los criterios establecidos en el sistema jurídico de referencia para que pueda considerarse válida. Su invalidez puede deberse a un vicio de procedimiento

Premisa: 'Si los hechos del caso son del tipo abstracto H, entonces se debe aplicar la consecuencia normativa CN'
Punto de vista a defender: 'Norma jurídica Ni es aceptable'

Nivel 1

Nivel 2

A. Norma con disposición(es) normativa(s)

Esquema argumentativo A del primer nivel:

P₁: La disposición normativa DN_i contiene el texto T_i.¹

P₂: La mejor interpretación disponible del texto T_i es la norma Ni.²

P₃: Norma Ni es válida en el ordenamiento jurídico.⁵

P₄: Ni es la norma que corresponde aplicar al caso.⁶

Esquemas interpretativos
(en sentido estricto).³

Ejemplo: esquema argumentativo semántico, esquema argumentativo basado en la intención de legislador, esquema por coherencia, etcétera.

Esquemas valorativos o de segundo orden.⁴

Ejemplo: 'Se debe optar por el esquema a contrario, pues la interpretación literal prevalece por sobre la interpretación intencionalista de una misma disposición'.

Esquemas para la resolución de antinomias.⁷

C: Norma jurídica Ni es aceptable.

B. Norma sin disposición(es) normativa(s)

Esquema argumentativo B del primer nivel:

P1: No existe una norma N, asociada a una disposición normativa DN, que sea aplicable al caso.

P2: La norma Ni, resuelve el caso conforme al principio de equidad E_i.

P3: Norma Ni es válida en el ordenamiento jurídico.

P4: Si no existe una norma jurídica aplicable al caso que se pueda desprender de una disposición normativa en el ordenamiento jurídico, entonces se debe aplicar una norma conforme a los principios de equidad que sea válida en el ordenamiento jurídico.

Esquemas integrativos (o interpretativos en sentido amplio).⁸

Ejemplo: esquema analógico en función integrativa, esquema a fortiori, etc.

C: Norma jurídica Ni es aceptable.

Notas:

1. Atienza (2013: 436) y Comanducci (1999: 81, 100).
2. MacCormick (2007: 333), Atienza (2013: 431) y Comanducci (1999: 81)
3. Atienza (2013: 436), Comanducci (1999: 100), Tarello (2013) y Guastini (2014).
4. Atienza (2013: 437) y Comanducci (1999: 100).
5. Wróblewski (1969), Atienza (2013: 436), Comanducci (1999: 81) y Tarello (2013).
6. MacCormick (2007: 333) y Atienza (2013: 413).
7. Comanducci (1999: 81).
8. Comanducci (1999: 81) y Tarello (1980).

Figura 3. Esquemas argumentativos para justificar la premisa normativa

en la generación de la norma, o bien a un problema de contenido, típicamente de constitucionalidad (Atienza, 2015: 436).

En cuanto al nivel 2, son dos las premisas para las cuales se han formulado esquemas argumentativos específicos: aquella que consiste en una tesis interpretativa (premisa 2) y aquella que afirma la aplicabilidad de la norma al caso particular (premisa 4). Para justificar la tesis interpretativa se pueden utilizar los «esquemas interpretativos», consistentes en directrices de interpretación generalmente aceptadas dentro de un sistema y comunidad jurídica dada (Comanducci, 1999: 100). Sin embargo, y puesto que puede ocurrir que en un caso determinado no exista un esquema interpretativo que permita determinar el sentido de una disposición, o bien, que exista un conflicto entre esquemas interpretativos, es necesario también contar con esquemas que permitan determinar un significado para la disposición. En el caso de que no exista esquema interpretativo aplicable o bien que exista un conflicto entre esquemas interpretativos, es posible utilizar un esquema argumentativo de segundo orden, basado en criterios valorativos de naturaleza jurídica, moral o política. Respecto al esquema B, Tarello (2013) distingue entre esquemas estrictamente «interpretativos» (por ejemplo, argumento psicológico, teleológico, autoritativo, económico, etcétera), de los esquemas «productivos» que sirven para producción intersticial entre normas (por ejemplo, analógico, *a fortiori*, de los principios generales del derecho, etcétera). Son precisamente los esquemas productivos los que juegan un rol en casos donde se aplica el esquema B de justificación.

Modelo para la justificación racional de la premisa fáctica

La premisa menor del silogismo, «Los hechos del caso son del tipo abstracto H», suele denominarse «premisa fáctica», pues refiere al caso particular al que se aplica la norma jurídica mencionada en la premisa normativa. No obstante, quizás sea más apropiado llamarle premisa «calificatoria» o «subsuntiva» (Chiassoni, 2011: 37), ya que en ella se incluye el hecho o conducta concreta como una instancia del hecho o conducta abstracta regulada por la norma. En otras palabras, en lugar de *afirmar* que determinados hechos están probados, la premisa *presupone* que determinados hechos han sido probados y los califica. Por ejemplo, en el siguiente silogismo jurídico, la premisa menor califica a Martín de pa-

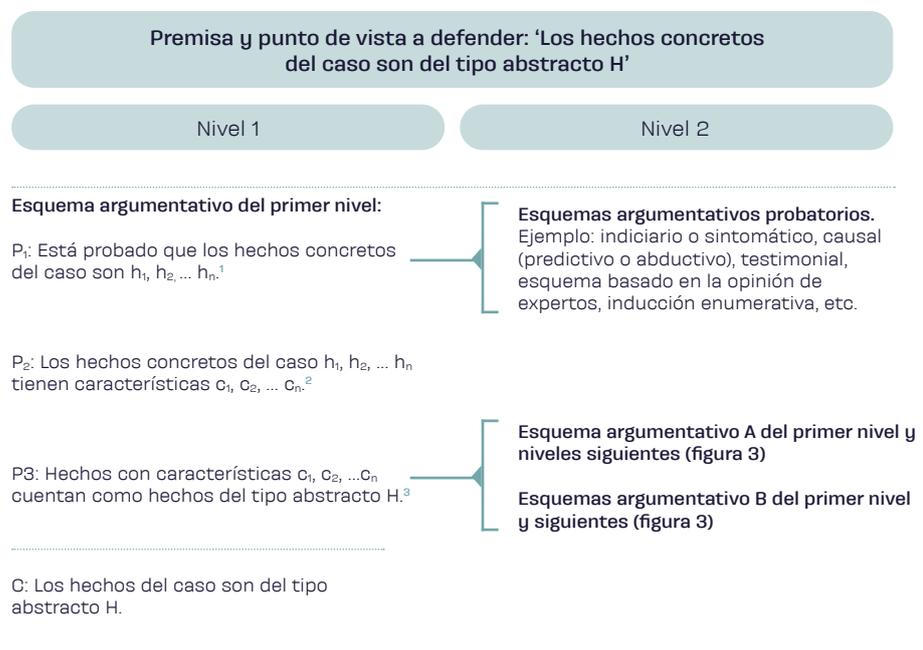
rricida, y presupone que Martín mató a su padre conociendo la relación que los ligaba:

Premisa mayor. Quien cometa parricidio será castigado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado.

Premisa menor. Martín cometió parricidio.

Conclusión. Martín debe ser castigado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado

Como señala Comanducci, la premisa fáctica es un enunciado complejo que resulta de una cadena de enunciados producto de varias actividades (1999: 81). Nuevamente, estos enunciados pueden ordenarse en (al menos) dos niveles como muestra la **figura 4**. En el Nivel 1 se representa un esquema argumentativo que contiene tres enunciados a los que se compromete un hablante al formular la premisa calificatoria de un silogismo jurídico. En el Nivel 2, se listan los tipos de esquemas argumentativos que pueden utilizarse para justificar algunas de las premisas utilizadas en el esquema argumentativo del primer nivel.



Notas:
1. González Lagier (2005) y Ferrer (2002).
2. Comanducci (1999).
3. Guastini (2014), Chiassoni (2011) y Comanducci (1999).

Figura 4. Esquemas argumentativos para justificar la premisa fáctica o calificatoria

Conforme a la **figura 4**, diremos entonces que la premisa de un silogismo está racionalmente justificada si y solo si las siguientes premisas resultan aceptables:

- Un enunciado empírico que afirma la verificación de determinados hechos. Por ejemplo, «Martín mató a su padre conociendo la relación que los ligaba» (premisa 1).
- Una premisa normativa que define las características abstractas que deberían observarse en los hechos concretos para ser subsumidos bajo la hipótesis de hecho abstracta que contiene la norma aplicada. Por ejemplo, si el padre de Martín hubiese quedado con muerte cerebral, y la calificación que se propone es que este cometió parricidio, habría que establecer en esta premisa que el término «muerte» del artículo 390 incluye la muerte cerebral, sin ser necesario que se dé conjuntamente la pérdida irreversible de la capacidad de respirar espontáneamente (premisa 3).
- Una premisa que afirme que aquellas características están presentes en el caso concreto (premisa 2). Por ejemplo, «Martín causó a su padre muerte cerebral».

Revisemos someramente en qué consiste la justificación en el Nivel 2. La premisa 1 afirma que una de las hipótesis de hecho en competencia en un proceso judicial ha sido probada.²² Para justificarla, será necesario utilizar un esquema argumentativo o «inferencia probatoria». Siguiendo a González Lagier (2003), una inferencia probatoria es un razonamiento que conecta la información disponible con la hipótesis fáctica o enunciado sobre hechos a probar, mediante un enlace. En sede judicial, la información disponible, denominada también «elementos de juicio», «pruebas» o «hechos probatorios», es aquella que se aporta en el proceso. El enlace es una regla o enunciado general que correlaciona la hipótesis a probar con la información disponible (empírico, normativo/regla de presunción o conceptual). Este enlace tiene las siguientes formas: *Si se da el hecho h_1 , entonces probablemente se dará el hecho h_2 (regla empírica o máximas de la experiencia); h_1 cuenta como H (regla conceptual); Si h_1 , entonces debemos dar por probado h_2 (regla de presunción).*

²² Tal como señala Ferrer (2002), esta premisa también puede afirmar que no se ha probado una hipótesis, o que se ha probado la falsedad de una hipótesis. Solo para facilitar la exposición, asumimos que la premisa afirma que una hipótesis fáctica *se ha probado*.

Esas inferencias probatorias pueden tomar a veces la forma de un argumento deductivo —por ejemplo, cuando la inferencia se construye a partir de una presunción que no admite prueba en contrario— o, las más de las veces, mediante un esquema argumentativo de carácter derrotable, como es el caso de las inferencias abductivas o inductivas, basadas en máximas de la experiencia. Para determinar si una hipótesis de hecho ha sido efectivamente corroborada por las pruebas y esquemas argumentativos, jueces y juezas realizan dos actividades fundamentales: i) valorar la prueba, que consiste en determinar el grado de corroboración que cada elemento de prueba (por ejemplo, un testigo, un documento, un informe pericial o de experto) proporciona a las hipótesis sobre los hechos que se debaten en el proceso judicial; ii) decidir acerca de si se encuentra o no probada alguna de las hipótesis debatidas en el proceso a partir de la prueba rendida. Esta decisión se adopta aplicando el estándar de prueba, es decir, la regla que fija el umbral de prueba necesaria para dar por probada una hipótesis dentro del proceso (por ejemplo, más allá de toda duda razonable en materia penal).²³

Por otra parte, la premisa 3 de la tabla 2 expone el resultado de lo que Guastini denomina «interpretación concreta, de carácter genérico» de una norma jurídica (2014: 33-43). Así, para el ejercicio de interpretación concreta o subsunción, Guastini distingue, por una parte, una de carácter individual, en la que una entidad individual se subsume bajo una clase (por ejemplo, la conducta de Martín se subsume bajo la clase de «parricidas») y, por otra, la «interpretación concreta, de carácter genérico», en la que una clase se incluye dentro de otra más amplia (por ejemplo, la clase de sucesos «muerte cerebral» se incluye dentro de la clase de sucesos que la norma denomina «muerte»). Puesto que, a fin de cuentas, la premisa 3 consiste en el resultado de la interpretación de una disposición normativa a la luz de las características del caso, entonces ella puede ser justificada mediante los esquemas argumentativos A y B del primer y segundo nivel de la tabla 1.

23 Véanse, más arriba, los estándares de prueba.

Ponderación y principio de proporcionalidad

Siguiendo la distinción de Dworkin entre reglas y principios, Alexy²⁴ concibe los principios como mandatos de optimización, es decir, como «normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales [materiales o fácticas] existentes». A partir de allí, propone un método, la ponderación, como el procedimiento racional de aplicación del derecho y es expresión de un principio más amplio, cual es el de proporcionalidad.

Los conflictos entre principios, sostiene Alexy, deben ser resueltos según una variable de peso y no una de validez (variable esta última que se presupone). Para este mismo autor, la ponderación es un método de resolución de conflictos entre principios, que consiste en analizar si se justifica, en el caso concreto, el sacrificio o desplazamiento de uno en beneficio de otro.

Este método estaría conformado por tres subprincipios: adecuación o idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto. Los dos primeros se refieren a las posibilidades materiales, y el último a las posibilidades jurídicas.

- El subprincipio de adecuación o idoneidad dispone que, en un caso concreto, debe verificarse que el sacrificio impuesto en el ejercicio de un derecho debe ser idóneo para alcanzar el fin que se persigue, es decir, para preservar otro derecho o un bien constitucionalmente protegido. En palabras de Alexy, «el principio de idoneidad no es otra cosa que una manifestación de la idea del óptimo de Pareto: una posición puede mejorarse sin originar desventajas a otra» (2009b: 8).
- El subprincipio de necesidad consiste en analizar si el sacrificio impuesto debe ser indispensable para alcanzar el fin y no debe existir otro medio menos lesivo. En otras palabras, entre dos o más medidas que produzcan una afectación o sacrificio a un principio, debe optarse por el que menos afecta al principio sacrificado.
- Proporcionalidad en sentido estricto, que establece que «cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de

24 Alexy (1993: 81-115) en el capítulo sobre estructura de las normas de derecho fundamental; (2002) en el epílogo a la teoría de los derechos fundamentales; y (2009a).

los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro» (ley de balance, ley de ponderación o fórmula del peso). La ley se descompone en tres pasos: en primer lugar, debe «constatarse el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio»; en segundo lugar, «debe comprobarse la importancia de la realización del principio contrario»; en tercer lugar, «debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento» (Alexy, 2009b: 8 y 9).

Este último subprincipio se traduce en una fórmula del peso, que cuantifica los grados de afectación y de satisfacción en leve, media y grave. Esta fórmula puede representarse de la siguiente manera:

$$G_{Pi,jC} = \frac{I_{PiC}}{W_{PjC}}$$

Lingüísticamente se puede interpretar como sigue: «El peso del principio afectado en las circunstancias del caso concreto relativo al peso del principio cuya satisfacción se persigue a la luz de las circunstancias del caso concreto, se obtiene de la relación entre la intervención del principio afectado y la importancia del principio cuya satisfacción se persigue en dicho caso concreto», siendo I_{PiC} la intensidad de la intervención del principio que se ve afectado en el caso concreto y W_{PjC} , la importancia del principio cuya satisfacción se persigue en el caso concreto. Además, la afectación o satisfacción de cada uno puede ser leve, media o grave, previendo la posibilidad de empate entre los principios.

La ponderación como método ha sido bastante criticada por algunos autores. Entre estas críticas, una muy aguda es la de García Amado, que el mismo autor sintetiza así:

1. La ponderación (*Abwägung*), como método, no tiene autonomía, pues su resultado depende de la interpretación de las normas constitucionales o legales que vengan al caso.
2. Cuando los Tribunales Constitucionales dicen que ponderan siguen aplicando el tradicional método interpretativo/subsuntivo, pero cambiando en parte la terminología y con menor rigor argumentativo, pues dejan de argumentar sobre lo que verdaderamente guía sus decisiones: las razones y valoraciones que determinan sus elecciones interpretativas.

3. Si lo anterior es cierto, implica que no hay diferencias cualitativas y metodológicamente relevantes entre:
 - a) Reglas y principios.
 - b) Decisiones de casos constitucionales y casos de legislación ordinaria (2009: 249).

La fundamentación de estas afirmaciones críticas consiste en demostrar que los tres subprincipios carecen de autonomía operativa, pues lo que se pesa o el peso resultante está condicionado por las interpretaciones previas que de los enunciados haya hecho el tribunal, y, por ende, por sus preferencias y valoraciones. Así, según García Amado, la mayoría de los casos que Alexy emplea como casos paradigmáticos de ponderación realizada por el tribunal constitucional alemán, no son verdaderos casos de ponderación, sino de atribución previa de significado a los textos de los que se extrae el principio. Resultado de esta atribución es que o bien se desplaza el otro principio supuestamente en competencia, o bien se armoniza con el otro principio. Un tal método, prosigue el argumento, confunde y oculta lo que realmente se hace, más que facilitar la labor del intérprete y del tercero que analiza el razonamiento, y solo tiene una apariencia de racionalidad.

Por ejemplo, si existe un aparente conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la honra, y un tribunal define la libertad de expresión como «toda expresión que no atente contra la honra de las personas», pareciese ser que el conflicto desaparece, toda vez que, calificada una expresión como atentatoria contra la honra, por ejemplo, por ser una expresión humillante y degradante proferida de manera intencionada (es decir, con la intención de insultar), no resulta aplicable al caso la libertad de expresión, o no es un caso de libertad de expresión, sino de afectación del derecho a la honra. Esto sucede, por ejemplo, en uno de los ejemplos que Alexy cita en varios de sus textos, como lo es el de la revista satírica *Titanic*.²⁵

²⁵ Véase la descripción y análisis de este caso en García Amado (2009).

Taller práctico de integración y aplicación de los contenidos de la unidad

Lea el caso que viene a continuación, que es un extracto de una sentencia dictada por un tribunal laboral. Puede complementar con la lectura *El juicio de ponderación y sus partes*, de Juan Antonio García Amado. Comente críticamente la manera en que esta decisión judicial interpreta el derecho y aplica la ponderación.

Problema jurídico. Doña María Natalia Madrid Obregón demanda a la Sociedad de Profesionales Kronos por despido que vulnera el derecho a la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada. El empleador puso término al contrato de trabajo por correo certificado, aplicando la causal señalada en el artículo 160 número 7 del Código del Trabajo, esto es, incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato, fundado en que la Sra. Madrid habría entregado información confidencial vía electrónica, sin autorización de sus jefes, a personal profesional de la empresa Salfa Construcciones, la cual era su fiscalizada.

Según la actora, los fundamentos entregados por el representante de la empresa para invocar la causal de despido demuestran que se ha vulnerado el derecho a la inviolabilidad de todo tipo de comunicación privada, entre los que debemos considerar el sistema denominado *Messenger*, que respalda en carpetas el contenido de las conversaciones sostenidas con otros contactos de una lista que cada usuario tiene, al cual solo se accede con una clave personal, la que nunca ha proporcionado a persona alguna, y menos a la empresa Sociedad de Profesionales Kronos Limitada.

Este derecho se encuentra protegido por lo dispuesto en el artículo 19 número 5 de la Constitución Política de la República, en concordancia con el artículo 485 del Código del Trabajo. Finalmente, la actora señala que no existe regulación alguna en el contrato de trabajo, ni en el reglamento interno que autorice a la empresa a conocer el contenido de los correos enviados y recibidos por los trabajadores.

Se transcriben a continuación dos extractos de considerandos de la sentencia.

Séptimo. Razonamiento respecto a la carga procesal probatoria de la demandante: la exigencia de indicios (artículo 493 Código del Trabajo).

Del análisis de la prueba anteriormente referida, este juzgador tiene

por establecido, que existen antecedentes suficientes, para al menos estimar *a priori*, que eventualmente, el despido de María Natalia Madrid Obregón pudiese estar fundado en la utilización de información de carácter privado, toda vez que queda en evidencia que esta información correspondía a una conversación entre la trabajadora afectada y un tercero, la cual circunstancialmente quedó respaldada en una carpeta del escritorio del computador, pero que en ningún caso, ello significa que por esa situación la información pasa a transformarse en pública, ya que para que ello pudiese estimarse, necesariamente se requeriría una manifestación de voluntad de la parte emisora y receptora, o al menos de una de ellas; por lo que a falta de dicha manifestación debe entenderse que la información sigue siendo privada, ya que en ella por las características que envuelve —comunicación electrónica escrita y directa de una persona determinada a otra, también determinada, por un medio cerrado— demuestra una voluntad tal de excluir del conocimiento de lo comunicado a terceros, que de haberse estimado que alguien podría haber interferido en dicha comunicación, conociéndola de cualquier modo, lo más probable es que no la hubiesen realizado. [...]

Octavo. Razonamiento respecto de la obligación de la demandada de explicar los fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

En cierto modo las reflexiones efectuadas en el acápite previo, nos permiten hacer una nueva constatación, que en todo caso ya ha sido efectuada por autores como Eduardo Caamaño Rojo, en el sentido de que los derechos fundamentales, sean específicos, inespecíficos, laboralizados o no, no son absolutos y por lo mismo reconocen como límite el ejercicio de otros bienes o garantías constitucionales; en razón de ello, en su ejercicio y siempre teniendo presente que nunca se puede afectar el núcleo irreductible de un derecho fundamental —lo conocido en doctrina como el límite a los límites—, en el ejercicio de uno de estos derechos puede producirse un conflicto con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos.

Con lo anterior se responde la interrogante de si los derechos fundamentales reconocen algún tipo de límite o morigeración en el particular ámbito de la empresa, por lo que corresponde cuestionarse ahora cuándo el ejercicio del poder empresarial puede concretamente llegar a producir la afectación referida.

Tal como lo ha señalado la Dirección del Trabajo en Dictamen 8237-1995, el sistema jurídico ha dotado al empleador de lo que la doctrina

llama el poder de dirección y de disciplina, esto es la facultad de dirigir y mantener el orden dentro de la empresa. Estos poderes reconocen su fundamento en el derecho constitucional de propiedad y en la libertad para desarrollar cualquier actividad económica; sus objetivos son dotar al empresario del poder de iniciativa económica con libertad para contratar trabajadores, adaptarse a las necesidades del mercado, controlar el cumplimiento y ejecución del trabajo convenido y sancionar en última instancia.

Es en virtud de los poderes empresariales antes referidos, que se pierde el equilibrio en la relación entre particulares, pasando a desarrollarse esta relación en un ámbito de subordinación y dependencia, propia del derecho público y de las relaciones entre el Estado y un particular — quizá por ello, en este ámbito, sea tan nítida la discusión de los derechos fundamentales, nacidos precisamente en un Estado de derecho como límite al poder estatal—, por lo que esta tensión es la que pasa a constituir el punto de partida para la colisión de los poderes empresariales y de los derechos fundamentales del trabajador.

Luego de lo razonado, es ineludible que el objeto de este juicio es determinar si fue justificado el accionar del empleador en el ejercicio de sus facultades legales —leer el respaldo de una conversación privada y luego utilizarla públicamente— o si esta vulneración al trabajador —inviolabilidad de toda comunicación privada— no es aceptable amparado en sus derechos fundamentales, esto es en aquellos derechos que por su trascendencia y jerarquía dentro del conjunto de los que son atribuidos a la persona, constituyen un núcleo central, esencial, que debe ser protegido de manera especial y enérgica frente al ataque de terceros.

Ante esta colisión de derechos, debe primero consultarse en la legislación nacional, si es que existe alguna norma que resuelva el conflicto, ya que de ser así el método de solución del mismo será por vía de la subsunción. La verdad es que no existe tal norma, solo podemos encontrar como referencia aquellas dispersas que van conformando los poderes de dirección y disciplina referidos —artículo 12, 24, 153, y otras— y el inciso segundo del artículo 5 del Código del Trabajo que señala que el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador tienen como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de estos.

A lo anterior debe sumarse el inciso final del artículo 154 del cuerpo legal citado a propósito de las menciones que obligatoriamente debe contener el reglamento interno de la empresa, que dispone que toda medida

de control solo podrá efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la imparcialidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador. En conclusión, si bien encontramos normas que aluden a esta tensión, no existe ninguna que en definitiva la resuelva para el caso concreto, con lo cual queda excluida la posibilidad de resolver subsumiendo el caso concreto en esa determinada norma general.

A partir de ello, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, incluido el nuestro, se ha impuesto el método de la ponderación guiado por el principio de proporcionalidad en sentido amplio, creado por la jurisprudencia alemana, principalmente a partir de los escritos de Robert Alexy, el cual consiste básicamente en pesar los derechos y bienes en juego, persiguiendo que cada derecho se sacrifique por el otro en la menor medida posible y solo en la medida que ese sacrificio sea racional y no afecte el ya mencionado núcleo esencial de los derechos fundamentales.

Esta ponderación a través del principio de proporcionalidad en sentido amplio, opera a través de tres subjuicios: i) el de la adecuación, ii) el de la necesidad y el de iii) la proporcionalidad en sentido estricto. Si hecho el examen aludido, la conducta del empleador supera esos tres estándares establecidos, se podrá decir que prima el derecho del empleador y que no ha existido afectación sancionable de los derechos fundamentales del trabajador. Por el contrario, si no resiste alguno de esos análisis, la conclusión inevitable es que el actuar del empleador es prohibido por nuestro ordenamiento jurídico por ser inaceptablemente vulneratorio de los derechos fundamentales que asisten al trabajador.

Juicio de adecuación. A través de esta valoración se busca establecer que la medida sea idónea, apta para el fin perseguido por el empleador, con lo cual la restricción al derecho fundamental del trabajador permite alcanzar un fin empresarial legítimo. En nuestro caso en estudio, la pregunta pertinente es si es legítimo que el empleador pretenda controlar los medios tecnológicos —equipos de computación— que, siendo de su dominio, pone a disposición de los trabajadores para el desarrollo del trabajo mismo; luego, más específico que ello, que además desee controlar las herramientas que proporciona el sistema computacional, pero que no son gratis, sino que tienen un costo para él, como son, por ejemplo, internet y otros; y, finalmente, la pregunta que nos interesa, acerca de si es legítimo que el empleador quiera evitar que información propia de su giro, y en casos confidencial, sea conocida por terceros.

Claramente, la respuesta a estas tres interrogantes es afirmativa, con lo cual podemos constatar que detrás de este reconocimiento está presente la protección al derecho de propiedad del empleador; luego, es requisito preguntarse si es apto o idóneo para lograr tal protección, la fiscalización y control que realice el empleador al uso de los equipos y a la información que se envíe desde ellos a terceros; en otras palabras, si con revisar los respaldos de las conversaciones que los trabajadores tienen a través del sistema *Messenger* con terceros, se puede evitar que no se traspase información privada y sensible para la empresa y, además, que no se haga un uso inadecuado a estas herramientas, por ejemplo, que no se cumplan las labores por pasar todo el día en un chat. La respuesta evidente es que a través de esa fiscalización y control, se llega, sin duda, a evitar que a través de estos medios electrónicos no se cumplan estas legítimas expectativas del empleador; en el caso concreto, la lectura efectuada por don Jorge Godoy Frías del respaldo de la conversación por *Messenger* entre doña María Natalia Madrid Obregón y un tercero, sin su consentimiento, y su posterior utilización contra ella, evidentemente le permiten proteger a la empresa de que esta no haya estado traspasando información confidencial de la Sociedad de Profesionales Kronos Limitada a cualquier tercero, incluida la Constructora Salfa. Incluso, esta revisión le permite saber cuánto estuvo conectada a *Messenger* y con ello, con quiénes se relacionó y cuánto tiempo no dedicó a su labor efectiva dentro de la empresa.

Juicio de necesidad. Por esta valoración se persigue establecer que la medida o restricción del derecho fundamental, sea indispensable para lograr el fin legítimo, no existiendo una alternativa menos costosa; así deben siempre preferirse las medidas no invasoras de derechos fundamentales. Acá debemos preguntarnos si es posible que la Sociedad de Profesionales Kronos Limitada llegara a conocer por otros medios que su trabajadora se comunicaba con una trabajadora de la empresa Salfa Construcciones vía *Messenger* si no hubiese leído los respaldos de dichas conversaciones. La respuesta rotunda es no, toda vez que las posibilidades en estos casos son muy limitadas, ya que se trata de conversaciones instantáneas, a través de un mecanismo electrónico, como muy bien lo reconoció el testigo Francisco Lagos Peralta, «es como un teléfono con escritura» donde las únicas opciones distintas serían más graves y vulneratorias como, por ejemplo, intervenir directamente el *Messenger* —si es que se pudiese— o derechamente tener un vigilante toda la jornada de trabajo, que estuviese constatando que no se hable con terceros. De

lo anterior, evidentemente la menos invasiva resulta ser la lectura y utilización de los respaldos de la conversación privada.

Juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Finalmente, a través de esta valoración se busca establecer que la limitación al derecho fundamental del trabajador sea racional, no desproporcionada, que se pueda justificar tanto el objetivo de la medida como sus efectos. Así, de partida queda inmediatamente excluida la posibilidad de limitar el derecho fundamental en su núcleo esencial, sometiéndolo a exigencias o restricciones que lo hagan irrealizable. En este caso, sería inaceptable bajo todo punto de vista que se hubiese producido el conocimiento de la información utilizada por el empleador, a través de la obtención dolosa de la contraseña o *password*, o introduciendo otro mecanismo en las mismas condiciones que violaran la privacidad.

En este examen, necesariamente debe recordarse el Dictamen 260-2002 de la Dirección del Trabajo, el cual señaló, ejemplificando, que lo habitual es que el empleador no pretenda enterarse del contenido de las llamadas telefónicas de sus dependientes, por mucho que la línea y el aparato mismo le pertenezcan; lo mismo es extensivo a otras dependencias físicas específicas, y por cierto a otros medios de comunicación, donde debe comprenderse sin duda el uso del correo electrónico y del sistema *Messenger*. Luego, la conclusión inevitable es que para que pueda pretender enterarse del contenido de las conversaciones de sus trabajadores debe tratarse de situaciones muy justificadas y por tanto excepcionales. Una de ellas podría ser, como ya se ha visto, la protección de información confidencial y de las estrategias y secretos de la empresa.

Este mismo dictamen señala tajantemente que en ningún caso el empleador puede tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por los trabajadores —límite a los límites—, para a continuación señalar que excepcionalmente el empleador podría conocer los correos enviados desde el servidor de la empresa, pero siempre que se cumpla como requisito previo que ello sea regulado en el reglamento interno en forma expresa. De esta manera, en el reglamento interno deben regularse las condiciones, frecuencia y oportunidad del uso de estos medios electrónicos; así como estatuirse que todos los correos —enviados del servidor— vayan con copia a la gerencia; finalmente, que se regule el uso extraproductivo de las mismas herramientas proporcionadas por estos sistemas.

A su vez, debemos recordar en esta parte del análisis, el inciso final del artículo 154 del Código del Trabajo, que dispone que toda medida de control, solo podrá efectuarse por medios idóneos y concordantes con

la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general, garantizándose la imparcialidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador.

Vayamos a nuestro caso concreto. La prueba documental rendida, como ya se analizó, en ninguna parte ilustró a este juzgador en el sentido de que se haya establecido en el reglamento interno, que las conversaciones electrónicas de los trabajadores, efectuadas desde equipos computacionales de la empresa, serían respaldadas en archivos que convertirían esta información en pública. Si se hubiese establecido tal advertencia, quizá ello pudiese haber llegado a justificar la utilización contra el emisor de su información, ya que este sabría desde antes que existe esa posibilidad y, por lo mismo, habría moldeado su actuar a tales exigencias.

Es dable preguntarse, entonces, si alguien podría pensar que la señorita Madrid Obregón, de haber sabido que existía tal advertencia en el reglamento interno ¿habría reproducido a su amiga ese mail de don Jorge León Navas, poniendo en riesgo su trabajo? Evidentemente, no. Y si emitió esa comunicación y tantas otras más, lo hizo, qué duda cabe, en la confianza de que dicha conversación se mantendría en el ámbito de lo estrictamente privado.

Ilustrador al respecto son los dichos de la misma afectada cuando afirma que en ese período ella vivía con Ema Pía —la receptora de la información— y que de haber querido hacer algo malo —traspasar información confidencial— sin que fuese conocido por sus jefes, podría perfectamente haber esperado que llegase el término de la jornada para luego, en el hogar, entregarle esa información. Por el contrario, si lo hizo a través de *Messenger* fue en la confianza de que nadie sabría de esta conversación porque entendía que era privada —de hecho, se lee en el respectivo respaldo de la conversación que pide que esto no lo comente a nadie, pues fue enviada exclusivamente a Matías y David R.—.

Conclusión de lo anterior es que la actividad de don Jorge Godoy Frías presenta un primer problema para autojustificarse, cual es el hecho de que, si es que se quería ejercer ese control, debía estar previsto en el reglamento interno y no lo estaba. Así no basta, en este punto, el compromiso y lealtad mostrado hacia la empresa por don Francisco Omar Lagos Peralta, cuando señaló que en todos los trabajos estaría prohibido almacenar información personal dentro de los equipos de la empresa y que, a su juicio, la información personal pasa a ser pública cuando se deja en el disco duro de un computador, ya que a ella puede acceder cualquiera.

Evidentemente, el razonamiento vertido por él, pierde sustento frente a la interpretación ya efectuada por la Dirección del Trabajo y, por lo demás, porque él no reconoce que un respaldo de una conversación por *Messenger* sigue dentro del ámbito de lo privado, toda vez que, como se refirió, no se ha manifestado consentimiento de hacerlo público, y porque de una simple ojeada él y don Jorge Godoy Frías, como ambos reconocieron, pudieron ver en el encabezado, antes de revisar el contenido, que era una comunicación dirigida por doña María Natalia a doña Ema Pía. Lo prudente habría sido cerrar dicha comunicación y haber dado cuenta a su compañera de trabajo de que se había producido accidentalmente ese respaldo; o, siendo desconfiados, ¿qué fines se perseguían leyendo sus conversaciones? Pareciera que más allá del morbo que ello pudiese representar, finalmente se produjo una inaceptable desviación de la inocente lectura, pasando a constituirse en el fundamento de la desconfianza y la consecuente pérdida de la fuente laboral.

Luego, la actividad del empleador, a través del señor Godoy Frías, no solo es cuestionable en la forma que se ha planteado, sino también en lo que sigue: luego de revisar el contenido de todas las conversaciones respaldadas de la señorita Madrid Obregón, sin su consentimiento, como se estableció no menos de 37 hojas, se determina utilizar estas en su contra, según ellos por la gravedad de los hechos que contenían y que significaron una pérdida de confianza intolerable, en palabras de don Jorge Godoy Frías, ya que ellos tenían estrategias importantes que no podía ser desviadas a canales no autorizados, ya que ello les podría significar perder el contrato con su mandante, etcétera. No obstante, y fundando supuestamente la causal invocada «entrega comprobada de *información confidencial* a personal profesional de Salfa por un conducto irregular», solo se incorporó, como se estableciera en el considerando sexto, el correo extensamente descrito en el referido considerando, el cual a todas luces por su texto se trataba de una información ya enviada a Salfa Construcciones. Así, por lo demás, quedó refrendado de la confesional de la señorita Madrid Obregón y del señor Godoy Frías.

Luego, la tal entrega de información confidencial a la fiscalizada no era tal, toda vez que Salfa ya contaba con dicha información, con lo cual es del todo irrelevante que se le envíe nuevamente. Con todo, para salvar esta situación, se esbozó por los testigos Godoy Frías y Lagos Peralta que lo cuestionable era que esta información iba dirigida a la gerencia de la empresa Salfa y no a un mando medio, con lo cual surge la pregunta de si la demandada en verdad velaba por sus intereses o los de Salfa, ya que a lo más a esta última pudiese serle desagradable tal filtración.

A mayor abundamiento, el texto de la comunicación utilizada para fundar el despido no refiere ninguna estrategia, ni ninguna información secreta y ni siquiera algo importante, solo se trata de un correo en el cual se reiteran excusas fundadas en la divergencia existente en los puntos de vista de ambas empresas, las cuales son propias de una relación de trabajo, pero en nada demuestran una determinada línea de acción o de posibles consecuencias. Por lo anterior, resulta desproporcionado que se haya decidido pasar por alto que dicha información estaba contenida en un respaldo accidental de una conversación electrónica privada, para luego leerla completamente e invocarla como causa del despido, toda vez que la gravedad invocada en el supuesto actuar de la trabajadora y la necesidad de protección de la empresa frente a ello, no se condice de ningún modo con la protección esperable hacia la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

No es un obstáculo al razonamiento anterior, la proyección que efectúa el empleador, relativa a que quizá cuánta más información habrá comentado la trabajadora, toda vez que ha quedado demostrado que pudiendo acceder al respaldo de al menos 37 hojas de conversaciones privadas, la demandada no ha encontrado nada más que le mereciera la opinión de presentarla al juicio, con lo cual, como se señaló, la entrega de información confidencial, no ha sido más que aquello que refirió la trabajadora afectada «una conversación privada donde a modo de chahuín», de chisme, se remitió dicho email, no alcanzando en caso alguno los ribetes que ha querido mostrar la empresa.

Por lo demás, esta pérdida de confianza alegada, por cierto, que jamás podría fundar por sí misma el despido, toda vez nadie refirió que doña María Natalia haya estado contratada a través de la modalidad de cargo de exclusiva confianza, de aquellos que refiere el inciso segundo del artículo 161 del Código del Trabajo. Tampoco constituye un obstáculo la obligación de abstención de transmitir o traspasar información, contemplada en el reglamento interno, ni la alusión extensiva a la confidencialidad de la información hecha por la sociedad demandada en el mismo reglamento, toda vez que, como ha quedado de manifiesto, es cuestionable que se pueda hablar de traspaso de información cuando ya estaba entregada y que se pueda hablar de confidencial, cuando por el desarrollo temporal de los hechos ya no lo era, pero por sobre todo, porque la importancia invocada no era tal que justificase desconocer la protección de un derecho fundamental como lo es el de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y luego de ella el derecho a la intimidad.

Con lo razonado, este juez, como lo expresará en lo resolutivo, estima que el demandado no ha dado suficientes *fundamentos de las medidas adoptadas y su proporcionalidad*, por lo que necesariamente deberá instarse por la protección del derecho fundamental del trabajador, materializando con ello lo tutela judicial efectiva del mandato contenido en el inciso primero del artículo 5 del Código del Trabajo, que ha dispuesto que el ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de estos. La norma citada viene a ser, sin duda, el correlato laboral, del principio de vinculación directa, contenido en el inciso segundo del artículo 6 de nuestra Constitución Política de la República, el cual dispone que sus preceptos —entre ellos, los derechos y garantías reconocidos— obligan tanto a titulares como integrantes de los órganos del Estado, como a toda persona, institución o grupo.

Capítulo 4

Argumentación jurídica

¿Qué es argumentar? Concepciones de la argumentación

En un sentido mínimo y coloquial, *argumentar* significa dar o aducir razones, mientras que por *argumentación* se entiende la acción de argumentar o el producto de esta actividad (*Diccionario de la lengua española*, 2021). En torno a esta noción común de argumentar y argumentación se han desarrollado distintas definiciones teóricas. Una definición teórica, a diferencia de una definición de diccionario, busca eliminar, dentro de lo posible, la vaguedad y la ambigüedad del término, al mismo tiempo que propone una *manera de mirar* el fenómeno que se estudia. En otras palabras, una definición teórica es una definición *intencionalmente selectiva y parcial*, que pone los acentos en aquellas dimensiones del fenómeno que son de especial interés para el teórico o analista (Van Eemeren y Grootendorst, 2011).

Así, es posible distinguir un grupo de teorías que estudian la argumentación como una secuencia ordenada de enunciados, donde el último enunciado es designado como la conclusión y los demás como las premisas. Al estudiar esta secuencia de enunciados, solo interesa su forma lógica o, lo que es lo mismo, la regla de inferencia formal que los subyace, prescindiendo de la verdad o corrección de las premisas o conclusión. Atienza denomina a este grupo teorías «formales» (2015: 110-113), y Vega Reñón, «lógicas» (Vega Reñón y Olmos, 2011: 66-74; Vega Reñón, 2007).

El principal interés de estas teorías es desarrollar herramientas para discernir entre formas lógicas deductivamente válidas y deductivamente inválidas (Copi y Cohen, 2013). Esto permite que, una vez interpretadas las premisas de una argumentación en términos de enunciados formales (por ejemplo, p , $\sim p$, $p \rightarrow q$, $p \wedge q$, etcétera), pueda determinarse si un argumento es deductivamente válido o no.

Otras teorías, que Vega Reñón denomina «retóricas» y que coinciden parcialmente con aquellas que Atienza denomina «materiales» y «pragmáticas», estudian la argumentación como un instrumento discursivo de persuasión, esto es, como un medio para lograr, o acrecentar, la adhesión de una audiencia a la tesis que se presenta. Desde esta perspectiva, la argumentación se define como una actividad discursiva y de naturaleza social. Entre los principales objetivos de estas teorías está el describir y sistematizar los diversos medios de persuasión disponibles (tópicos, esquemas inferenciales informales, etcétera), los tipos de contextos discursivos y las oportunidades y restricciones para persuadir en quien argumenta (contextos deliberativos, de adjudicación, negociación, etcétera), y los tipos de auditorios (homogéneos, heterogéneos, particulares, universales).

Por último, hay teorías que también ven la argumentación como una actividad sociolingüística que presupone un otro, pero cuyo énfasis no está en la función persuasiva de los argumentos, sino en su potencial para resolver conflictos, conforme a un procedimiento cuyo objetivo es garantizar, por una parte, la examinación crítica de los puntos de vista que originaron la diferencia de opinión y, por otra, la igual participación de las partes en el proceso. A esta mirada del fenómeno argumentativo Vega Reñón le denomina «dialéctica» y coincide, una vez más, parcialmente con lo que Atienza denomina concepciones «materiales» y «pragmáticas» de la argumentación.

Una de las perspectivas teóricas en las que se ha realizado un esfuerzo por incorporar, dentro de un marco dialéctico, tanto herramientas lógicas para determinar la validez de los argumentos que ocurren el contexto de una discusión, como la intención persuasiva y estrategias de quienes argumentan, es la teoría pragma-dialéctica de la argumentación (Van Eemeren y Grootendorst, 1984; 1992; 2011; Van Eemeren, 2010). En esta teoría, la argumentación es vista como «una acción verbal (o verbalizable), social y racional, orientada a convencer a un crítico razonable de la aceptabilidad de un punto de vista» (Van Eemeren y Grootendorst, 2011: 13).

La definición pragma-dialéctica de argumentación parece especialmente útil como punto de partida para analizar y evaluar la argumentación jurídica. En primer lugar, porque al definir la argumentación como una acción verbal, se refuerza la idea —ya planteada en el capítulo 3— de que al estudiar el razonamiento jurídico nos focalizamos en el con-

texto de justificación —es decir, las razones aducidas públicamente en un discurso para justificar una decisión— y no en el contexto de descubrimiento, esto es, los factores sicosociales que la explican. En segundo lugar, porque la definición pone de relieve que el estudio del discurso argumentativo jurídico —y, por lo tanto, del contexto de justificación de una decisión jurídica— incluye el análisis de todos aquellos compromisos implícitos que se le pueden atribuir al operador jurídico a partir de lo dicho explícitamente en sus argumentos y lo que se puede inferir del contexto de enunciación. Tercero, porque la definición pragma-dialéctica de argumentación refiere al concepto de «aceptabilidad» en lugar de «verdad», lo que permite incorporar, al menos conceptualmente, en el ámbito de lo racionalmente discutible y justificable no solo los enunciados fácticos, sino también los enunciados evaluativos y normativos.

Argumentos jurídicos

Como se ha venido sosteniendo, para justificar la premisa normativa de un silogismo es necesario dar razones o argumentos que respalden la interpretación que se ha realizado de uno o varios textos normativos. El presupuesto tras esta afirmación es que para «aplicar el derecho» se requiere interpretar, y al interpretar el derecho, se debe argumentar para justificar que se trata de una interpretación aceptable, buena o correcta.

Los argumentos o razones que justifican interpretaciones de textos normativos se denominan «argumentos interpretativos», «directivas interpretativas» o «esquemas interpretativos». Son razones que respaldan o justifican la (no) atribución de significado a un enunciado, texto o disposición normativa, y que provienen de reglas o de costumbres interpretativas seguidas en un determinado contexto sociocultural. Estas directivas interpretativas pueden tener al menos tres usos: *ex ante*, para identificar y atribuir significados a las disposiciones (*función heurística*); *ex post*, para justificar atribuciones de significados (*función justificativa*); *ex post*, pero esta vez para valorar la corrección de interpretaciones (*función crítica*) (Chiassoni, 2011: 159).

Siguiendo a Francisco Javier Ezquiaga (1994; 1999), los argumentos interpretativos (en sentido amplio) pueden clasificarse en tres tipos: i) argumentos que justifican la atribución de significado a un enunciado normativo; ii) argumentos que justifican el rechazo de posibles significados del enunciado normativo; y iii) argumentos que justifican la so-

lución de lagunas normativas. A continuación, se presenta una breve descripción de aquellos de uso más frecuente.

Argumentos para justificar la atribución de un posible significado de una disposición

Argumento semántico o del tenor literal (Ezquiaga, 1994; 1999). El argumento semántico o del tenor literal es el que atribuye a las disposiciones normativas el significado que proviene de las palabras empleadas por el legislador. El intérprete se enfrenta, en primer lugar, a un texto, debiendo comprenderlo de acuerdo con las reglas semánticas y sintácticas generales de su lengua. El significado de las palabras corresponde a su sentido ordinario o común, salvo en los casos de que se trate de una palabra definida por el legislador (es decir, con significado jurídico propio) o de una palabra técnica de alguna ciencia, en cuyo caso deben atribuirse dichos significados, prevaleciendo la definición legislativa por sobre la técnica, en caso de existir.

Argumento sistemático (Tarello, 2013). Este argumento, también llamado hipótesis del derecho ordenado, «es aquel por el cual a un enunciado normativo o a un conjunto de enunciados normativos se debe atribuir el significado prescrito, o no se debe atribuir el significado prohibido, por el sistema jurídico». El problema es, pues, qué se entiende por sistema jurídico, cuestión que ha recibido las más diversas respuestas (por ejemplo, hay quienes distinguen entre sistema intrínseco y sistema extrínseco, refiriéndose el primero a la teorización que realiza el jurista del material normativo, y el segundo al conjunto de preceptos dictados por el legislador).

El argumento sistemático en sentido amplio engloba tres especies: el argumento *a cohaerentia* («aquel por el cual dos enunciados legales no pueden expresar dos normas incompatibles entre ellas»), el argumento *sedes materiae* («aquel por el que la atribución de significado a un enunciado dudoso se realiza a partir del lugar que ocupa en el contexto normativo del que forma parte»), y el argumento sistemático en sentido estricto («aquel que tiene en cuenta el contenido de las normas o su contexto jurídico para la atribución de significado a una disposición») (Ezquiaga, 1994: 92-93).

En sentido muy amplio, puede decirse que el argumento sistemático es aquel que tiene en cuenta el sistema. El presupuesto, indiscutido,

es que las normas jurídicas no pueden comprenderse en forma aislada, sino como parte de un conjunto, de un sistema que proporciona el contexto para su adecuada comprensión, interpretación y aplicación. La discusión radica, más bien, en las características del sistema, en cuáles son sus elementos y en cómo se relacionan entre sí.

Podrían distinguirse, en líneas gruesas y simplificando bastante, dos concepciones en torno al sistema jurídico: una primera, que sigue la hipótesis de que las normas jurídicas forman un todo ordenado y coherente, lo que supone un legislador racional que no produce contradicciones ni antinomias en su labor de creación, modificación o expulsión de disposiciones normativas; una segunda, que asume que los sistemas jurídicos poseen cierto orden, pero que evidentemente se pueden dar contradicciones entre sus elementos. Dentro de esta concepción bien podrían encuadrarse tanto la tesis de que el intérprete o aplicador del derecho es el llamado a hacer coherente el sistema jurídico, como aquella de que esto no es obligatorio, necesario ni deseable.

Aquí entenderemos por argumento sistemático aquel que propugna que a una disposición normativa le sea atribuido un significado armónico o coherente con el de otras normas del sistema, ya sean estas jerárquicamente superiores (por ejemplo, coherente con la Constitución), ya sean pertenecientes a la misma área del derecho o a otra, de igual o mayor amplitud que aquella.

Argumento psicológico (Ezquiaga, 1994). Consiste en atribuir a un enunciado normativo el significado que corresponda con la voluntad del legislador (que se encuentra generalmente en los debates parlamentarios y en los trabajos preparatorios). En el Código Civil equivale a la «historia fidedigna del establecimiento de la ley».

Argumento histórico (Ezquiaga, 1994). Consiste en atribuir a un enunciado normativo el significado acorde con aquel que los distintos legisladores le han atribuido a la institución respectiva a lo largo de la historia (legislador racional).

Argumento teleológico. Según Ezquiaga, «consiste en interpretar un enunciado de acuerdo con su finalidad» (1999: 491); entendiendo que la norma es un medio para alcanzar un fin. Así definido, una primera dificultad aparece de inmediato: cuál es y cómo se determina la finalidad del enunciado. Otro enfoque es el que distingue entre argumento teleológico subjetivo y objetivo. De acuerdo con el primero «está justificado dar a los enunciados legales el significado que (en mayor grado) permita

alcanzar el fin (o los fines) que con ellos quiso su autor». Según el argumento teleológico-objetivo «está justificado dar a los enunciados legales el significado que (en mayor grado) permita alcanzar el fin (o los fines)» que una persona razonable o la mayoría de la sociedad querría lograr hoy en día (al momento de la interpretación) al formular tales enunciados (García Amado, 2004). Es un argumento admisible ya que se considera bueno o deseable que se respete, respectivamente, la voluntad del legislador y el sentir de la sociedad en un determinado momento (o «la racionalidad práctica de la institución jurídica»). El argumento teleológico-subjetivo equivale a lo que algunos denominan el argumento histórico, psicológico, genético u originalista: «Aquel por el que se atribuye a una regla el significado que se corresponda con la voluntad del emisor o autor del mismo, es decir, del concreto legislador que históricamente la redactó» (Ezquiaga, 1994: 94).

Argumento basado en principios. En palabras simples, puede definirse como aquel que justifica una decisión interpretativa recurriendo a un tipo de estándares denominados principios. El concepto de principio es objeto de controversia en la teoría,¹ dogmática y práctica del derecho. Sin pretensiones de resolverla, consideraré que los principios son un tipo de normas que, en comparación con otras, resulta más general o fundamental (Prieto, 1992). Una gran distinción es entre principios explícitos y principios implícitos (Guastini, 2011; Wróblewski, 1992). Los principios explícitos son aquellos que se encuentran expresamente contemplados en una disposición normativa; los principios implícitos son aquellos cuyo significado no puede imputarse a ninguna disposición o texto preciso, y que se extraen a través de i) la inducción de una norma general a partir de normas particulares —mediante abstracción, generalización, universalización—; ii) conjeturas sobre la ratio de una norma —intención del legislador, valores que protege la norma, fin de la norma—; iii) la elaboración de una norma implícita que sea necesaria para la realización de otro principio previamente reconocido, dándole a aquella el rango de principio.²

1 Sobre la ambigüedad del término «principio» y algunos debates contemporáneos al respecto, véase Carbonell y Letelier (2011), y más arriba el apartado Resolución de conflictos jurídicos utilizando principios.

2 Esta clasificación (normas con disposición o texto y normas sin disposición o texto) es de Guastini (2011: 155-161; 182-190).

El argumento a partir de principios puede cumplir tanto una función integradora de lagunas o vacíos normativos, como una función interpretativa de otras disposiciones o instituciones del respectivo sistema jurídico. Las principales dificultades en el uso de este argumento son: cómo se identifica, construye, dota de contenido y justifica la existencia de un principio implícito; y de qué manera se resuelve una colisión (aparente o real) entre dos o más principios del sistema jurídico supuestamente aplicables a la resolución de un mismo problema jurídico que arrojan soluciones diferentes. Más precisamente, es la falta de claridad sobre estas cuestiones, unida a la falta de una teoría más o menos compartida sobre qué son y cómo funcionan los principios, lo que genera déficit argumentativo o, directamente, confusión y malos argumentos escondidos bajo el manto intocable de la expresión «esto es un principio (indiscutido e indiscutible) de nuestro sistema».

Argumento consecuencialista o pragmático. Es aquel que toma en cuenta las consecuencias positivas o negativas que podría generar una determinada decisión jurídica como razón para apoyar o rechazar dicha decisión (Carbonell, 2016). Perelman y Olbrechts-Tyteca lo han definido como «aquel que permite apreciar un acto o un acontecimiento con arreglo a sus consecuencias favorables o desfavorables» (2000: 409). Puede usarse tanto para descartar como para apoyar atribuciones de significado a textos normativos.

Este argumento puede descomponerse en dos: argumento de las consecuencias jurídicas y argumento de las consecuencias extrajurídicas. El primero consiste en identificar los efectos que una decisión, en un sentido u otro, tendrá en el ordenamiento jurídico (por ejemplo, consecuencias negativas en la seguridad jurídica, consecuencias positivas de evitar desregulación en un determinado sector, etcétera). El segundo consiste en el impacto que se prevé tendrá una decisión fuera del ordenamiento jurídico, por ejemplo, consecuencias favorables o desfavorables de tipo social, económico o político.

Los problemas que plantea este tipo de argumentación son diversos, entre los cuales destacan: qué consecuencias deben considerarse o hasta dónde hay que llegar en la cadena de consecuencias; respaldo insuficiente en la argumentación de que las consecuencias se producirán en el sistema o en el mundo tras la decisión (meras menciones o «amenazas» sobre su ocurrencia; relación causal entre la decisión y las consecuen-

cias; cómo justificar el carácter valioso o conveniente de las consecuencias frente a otros valores, intereses o bienes en juego (particularmente, en relación con las consecuencias extrajurídicas); para qué o quiénes son favorables o desfavorables. Respecto de este argumento, podría pensarse en un uso que excluye una interpretación que produzca, como consecuencias jurídicas, la discriminación de la mujer.

Argumento del uso del precedente. El argumento del uso del precedente consiste en citar, en una sentencia judicial, decisiones judiciales pasadas que se refieran a idénticas circunstancias relevantes o a hechos similares como razón para adoptar una decisión interpretativa. El uso del precedente en tanto argumento es independiente a la discusión sobre el precedente vinculante, pues en ese caso, se requiere de la existencia de una regla que establezca la obligación de seguirlo. El argumento del uso del precedente constituye un tipo de argumento de autoridad, junto al argumento dogmático. El tribunal puede, bien citar decisiones anteriores propias sobre un mismo asunto, bien decisiones anteriores de otros tribunales sean estos de igual o superior jerarquía. En el primer caso, estamos frente a lo que se denomina «autoprecedente», mientras que, en el segundo caso, frente al «heteroprecedente», que puede ser horizontal o vertical.³

El autoprecedente se ha definido como la «adopción de soluciones uniformes por parte de un mismo aplicador del derecho», y constituye «una regla de racionalidad cuyo único fundamento reside en esa exigencia de la justicia formal que es el requisito de la universalización». Esta «exigencia de universalización [...] constituye una garantía última de racionalidad cuando el juez se ve llamado a elegir entre distintas opciones» (Gascón, 1993). El precedente es una expresión de la regla de justicia formal que, en palabras simples, obliga a tratar de manera igual a los iguales o de un mismo modo a todos los seres que pertenecen a determinada categoría, y se vincula también con su correlato, el principio de inercia, según el cual «una opinión o una praxis que haya sido aceptada una vez, no puede abandonarse sin un motivo para ello» (Perelman, 1964: 191).

3 El argumento basado en el uso de precedente suele tratarse en la literatura como un argumento de autoridad. No obstante, quizás sea más apropiado tratar el argumento basado en el «autoprecedente» como un argumento por coherencia (jurisprudencial), en lugar de un argumento de autoridad.

Dicho de otra manera, la noción de justicia formal requiere que la justificación de las decisiones en los casos individuales lo sea siempre en función de una proposición universal a la que el juez tiene que adherir como base para decidir otros casos semejantes futuros y decidirlos de la misma manera en el caso presente. Expresado como una regla general, «todo hablante solo puede afirmar aquellos juicios de valor y de deber que afirmaría asimismo en todas las situaciones en las que afirmare que son iguales en todos los aspectos relevantes» (Alexy, 1989: 283-287). Expresado como una regla jurídica, «Quien quiera apartarse de un precedente asume la carga de la argumentación» (1989: 265). Alexy hace hincapié en que, cualquiera que sea la técnica de divergencia que se emplee —por ejemplo, el *distinguishing* o el *overruling*— deben darse razones jurídicas que la fundamenten.

Así las cosas, aun tratándose de sistemas jurídicos en que no existe una regla consuetudinaria o positivizada de precedente vinculante, como es el caso chileno, puede no obstante considerarse que el seguimiento de decisiones anteriores, al menos de las del propio tribunal, es síntoma de racionalidad de aquella práctica judicial o de que ella goza de buena salud. En esa línea, recurrir como fundamento de una decisión presente a una decisión pasada que recae sobre idénticas circunstancias relevantes o sobre hechos similares puede ser útil para fortalecer la justificación de la decisión.

Argumentos para justificar la exclusión
de un posible significado de una disposición

Dentro de este grupo, Ezquiaga (1994) incluye los siguientes:

Argumento de la no redundancia. Este argumento justifica que, entre dos o más significados posibles de un enunciado, se rechace aquel que sea una mera repetición de lo establecido por otra disposición del ordenamiento.

Argumento de la reducción al absurdo. Consiste en «aquel que permite rechazar un significado de un enunciado normativo de entre las teóricamente (o *prima facie*) posibles, por las consecuencias absurdas a las que conduce» (Ezquiaga, 1994: 98; Tarello, 2013: 331). Existen diferentes concepciones de lo que debe entenderse por «absurdo»: así, se dice que es un absurdo toda interpretación que conduzca a poner en cuestión la imagen de racionalidad del legislador (Bobbio, 1980); o todo significado

que cuestione principios como la coherencia o su eficacia del sistema jurídico (Ezquiaga, 1994: 99).

Argumento pragmático o consecuencialista (ya visto).

Argumentos para justificar la solución
en casos de lagunas normativas

Dentro del grupo de argumentos que justifican la solución de lagunas, Ezquiaga (1994) incluye los siguientes:

Argumento analógico. El argumento analógico (también conocido como *a simili ad simile*) puede tener una función tanto productiva como interpretativa. En su función productiva, Tarello (2013: 317) lo define en los siguientes términos: se trata de un argumento por el cual, dada una norma que predica una consecuencia normativa (por ejemplo, un poder, una obligación, un *estatus*) de una hipótesis de hecho, se debe concluir que valga (que exista, que sea válida) *una norma diversa* que predique esa misma consecuencia normativa de otra hipótesis de hecho similar. Al momento de construir o criticar un argumento basado en un esquema analógico, es útil tener en consideración las siguientes preguntas: i) ¿cuál es la razón o ratio de la norma dada?; ii) ¿son efectivamente semejantes las hipótesis de hecho que se comparan, a la luz de la ratio de la norma dada?; iii) ¿existe efectivamente una laguna como presupone el uso de este esquema en función productiva?; iv) aun si fuesen similares las hipótesis de hecho que se comparan, ¿hay, no obstante, diferencias relevantes a la luz de la ratio de la norma dada?

Argumento a fortiori. También puede tener una función productiva o interpretativa. En su función productiva, Tarello (2013: 320) lo define de la siguiente manera: dada una norma jurídica que predica una consecuencia normativa de una hipótesis de hecho, se debe concluir que valga *una norma diversa* que predique la misma consecuencia normativa de otra hipótesis de hecho con propiedades tales que, con mayor razón, merece la consecuencia normativa que la norma dada establece para la primera hipótesis de hecho. No obstante las apariencias, no se trata de un subtipo de esquema analógico en función productiva. El argumento *a fortiori* no se funda en la semejanza, sino solo en la *razón* o *ratio* de la norma dada. Algunas preguntas relevantes para este esquema son las siguientes: i) ¿cuál es la razón o ratio de la norma dada?; ii) ¿es efectivo que las consecuencias normativas se aplican «con mayor razón» al caso

no regulado, a la luz de la ratio de la norma dada?; iii) ¿existe efectivamente una laguna como presupone el uso de este esquema en función productiva?

Argumento a partir de principios. Como ya se ha indicado, se trata de un argumento jurídico productivo e interpretativo. En función integrativa, se utiliza para generar una norma, a partir de uno o más principios, a falta de una regla que resuelva el caso. Siguiendo la clasificación de Wróblewski (1989), se distinguen, como se ha dicho, tres tipos principales de principios en el derecho, los que se pueden emplear para justificar la creación de una norma y su utilización como premisa normativa en un silogismo:

- Los principios positivos de derecho: normas explícitamente promulgadas en una disposición o enunciado, o normas construidas con elementos pertenecientes a varias disposiciones, pero que son consideradas más importantes que las demás.
- Los principios implícitos de derecho: las premisas o consecuencias de normas, a través de una inducción en el primer caso y de una deducción en el segundo.
- Los principios extrasistemáticos de derecho: principios externos al sistema jurídico, que provienen básicamente o del derecho comparado o de reglas sociales aceptadas por la práctica judicial.

Sin embargo, es importante notar que esta finalidad integradora (y también interpretativa) de los principios es problemática. Siguiendo a Ezquiaga (1994: 86), podemos formular las siguientes preguntas críticas, según el tipo de principio al que se hace referencia en el argumento:

- Si se hace referencia a principios positivos de derecho: i) ¿se trata efectivamente de un principio?; ii) ¿bajo qué criterio se determina qué normas del sistema son merecedoras de ser etiquetadas de «principios»?
- Si se trata de principios implícitos, obtenidos mediante una inducción: i) ¿son las normas explícitas utilizadas para obtener los principios una muestra representativa?; ii) ¿o bien, hay contraejemplos relevantes?
- Si se trata de principios extrasistémicos: i) ¿es aceptable, en primer lugar, utilizar principios extrasistémicos en la aplicación del derecho?; ii) de ser aceptable, ¿cómo determinamos qué principios extrasistémicos debieran jugar un rol en el caso particular?

Argumento a contrario. A diferencia de los esquemas de integración del derecho revisados hasta ahora, el *a contrario* no se utiliza para producir normas ulteriores de aquellas ya expresadas, sino, antes bien, para *excluir* la producción de normas mediante implicación, analogía, o *a fortiori*. Tarello (2013: 311) define el argumento *a contrario* como aquel por el cual, dada una norma que predica una consecuencia normativa cualquiera de una hipótesis de hecho, a falta de otra norma expresa, *se debe excluir que valga una norma ulterior* que predique esa misma consecuencia normativa para cualquier otra hipótesis de hecho. Como bien señala Ezquiaga (1994: 82 y 83), el *a contrario* se basa en la presunción de que, si el legislador ha regulado expresamente una hipótesis, entonces esa regulación se refiere a esa hipótesis y solo a ella, rechazándose su aplicación a cualquier otro caso distinto al expresamente contemplado por el legislador.

El argumento *a contrario* tiene una debilidad que comparte con los esquemas integrativos, pero de naturaleza extensiva, y es que, frente al silencio del legislador (en relación con unos determinados hechos), es posible apelar a la voluntad racional del legislador tanto por medio del argumento *a contrario* como por medio de un argumento extensivo, como el analógico. Es por esto que, entre las preguntas a ser formuladas a un argumento *a contrario* está la siguiente: ¿con base en qué criterios, valores o directrices, se ha optado por el uso de un *a contrario*, en lugar de un esquema extensivo, para hacer frente al silencio del legislador en relación con los hechos del caso?

¿Cómo analizar las argumentaciones judiciales?

Analizar una argumentación jurídica quiere decir reconstruir sistemáticamente todos (y solo) aquellos elementos de un discurso jurídico que resulten relevantes para su evaluación desde un modelo teórico determinado. Las herramientas de análisis que se presentan a continuación han sido desarrolladas a partir de la integración de dos perspectivas teóricas: la teoría pragma-dialéctica de la argumentación y la teoría estándar de la argumentación jurídica.

Argumentos simples y complejos

Cuando un abogado o abogada litigante, o un juez o jueza argumenta, es usual que plantee en sus alegatos o sentencia más de un argumento para

defender su pretensión o decisión jurídica. Pues bien, un primer paso para analizar la argumentación jurídica consiste en identificar las unidades argumentativas mínimas de un discurso. Esas unidades mínimas son denominadas en la pragma-dialéctica «argumentaciones simples», mientras que el conjunto de argumentaciones simples orientadas a justificar un mismo punto de vista se conoce como «argumentación compleja» (Van Eemeren y Grootendorst, 1992: 73). Por ejemplo, el siguiente fragmento de una demanda por negligencia médica debido a embarazo no deseado con Implanon (C-879-2008), consiste en una argumentación compleja, compuesta de, al menos, tres argumentos simples (han sido destacados) orientados a justificar la tesis de que no hubo negligencia médica al momento de realizar el implante del método anticonceptivo:

Indica que en primer lugar hubo negligencia al momento de realizar el implante del método anticonceptivo, ya que **1** este procedimiento no fue implantado mediante la técnica adecuada. La prueba de ello es, primero **2** el embarazo y, segundo, **3** la ecotomografía que mostró la ausencia del implante.

Estructura interna de los argumentos simples

Una vez identificados los argumentos simples que conforman un discurso jurídico, es importante explicitar los puntos de vista y premisas implícitas en cada uno de estos argumentos simples. Para reconstruir esos elementos se requiere de un modelo de argumentación simple, esto es, que represente la estructura interna o forma elemental de una argumentación simple. En línea con la tradición silogística aristotélica, y tomando también algunos elementos del influyente modelo de Toulmin, la pragma-dialéctica representa la estructura interna de una argumentación simple mediante una figura arbórea (**figura 5**).

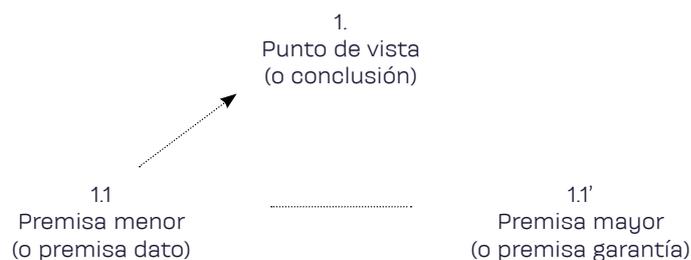


Figura 5. Estructura interna o forma elemental de una argumentación simple

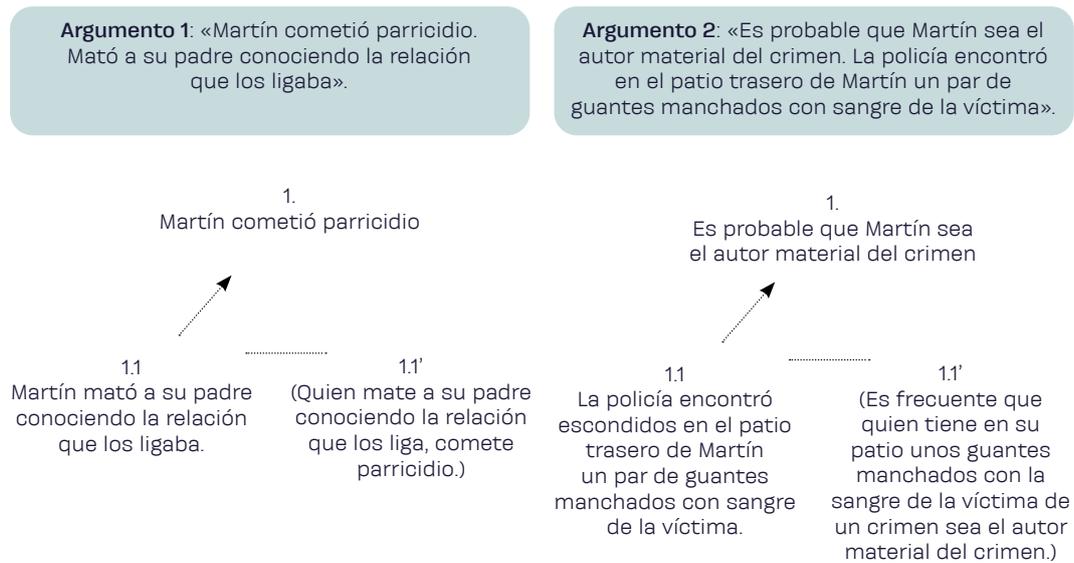


Figura 6. Dos argumentos simples con idéntica estructura elemental

Al igual que en el modelo de Toulmin, en la pragma-dialéctica la premisa menor o dato contiene la información que se aduce como razón para justificar el punto de vista. La premisa mayor o garantía, consiste en un enunciado general, de carácter hipotético, cuya función es autorizar el paso desde los datos a la conclusión (2003: 133-135).⁴ Es una premisa que suele ser dejada implícita. Esta estructura elemental se considera común a todos los argumentos simples: sean de naturaleza deductiva o no deductiva, se utilicen para justificar enunciados fácticos o normativos. Así, por ejemplo, la misma estructura sirve para analizar los argumentos 1 y 2 de la **figura 6**.

⁴ El modelo de Toulmin tiene la virtud de incorporar nuevos elementos al clásico esquema silogístico —modalizadores, excepciones, refutaciones y respaldo—, lo que a su vez permite analizar argumentos no deductivos y de mayor complejidad. No obstante, el modelo tiene importantes limitaciones. Primero, y si bien considera las refutaciones, no incorpora en el esquema de análisis la respuesta de quien argumenta a esas excepciones, en circunstancias que es precisamente la respuesta (más que la objeción) lo que interesa para evaluar una argumentación. En segundo término, multiplica entidades teóricas de forma innecesaria. Puede utilizarse el modelo recursivamente, de tal manera que la justificación de una garantía opere a través de un dato y una nueva garantía, en lugar de un «respaldo». Y, en tercer lugar, si bien el modelo permite analizar argumentos más complejos que un silogismo, no es suficiente para analizar argumentaciones complejas donde varios argumentos se relacionan entre sí para justificar un mismo punto de vista. La teoría pragma-dialéctica ofrece herramientas de análisis que permiten superar, a nuestro juicio, estas limitaciones.

Como se observa, el argumento 1 se usa para justificar una calificación jurídica (un punto de vista normativo), mediante un esquema argumentativo deductivo (en efecto, un silogismo jurídico). El argumento 2, por otra parte, se utiliza para justificar un punto de vista fáctico, mediante un esquema argumentativo de carácter no deductivo. Sin embargo, ambos argumentos tienen la misma estructura de base (un punto de vista, una premisa dato y una premisa garantía), con la única diferencia de que, mientras los argumentos deductivos contienen en la premisa garantía una regla de carácter universal, los no deductivos tienen por premisa garantía una regla general, pero sujeta a excepciones.

Premisas implícitas

Es tan natural como frecuente que abogados y abogadas, jueces y juezas dejen premisas implícitas en sus discursos y textos. Las más de las veces, las premisas quedan implícitas porque contienen información que se considera tan evidente que no parece hacer falta mencionar. Sin embargo, ocurre también a veces que las premisas se dejan implícitas para disimular la parte más débil de una argumentación. Es en virtud de ello que, para evaluar adecuadamente un argumento, conviene siempre reconstruirlas.

Reconstruir premisas implícitas es una actividad intuitiva, muchas veces inconsciente, y que realizamos todo el tiempo. En el contexto jurídico, no obstante, la atribución de una premisa implícita a la contraparte puede ser disputada y requerir justificación. Para esos casos es necesario contar con un método que permita justificar la propuesta de reconstrucción o explicitación de premisas. A continuación, exponemos sucintamente el método de reconstrucción de premisas implícitas desarrollado en la pragma-dialéctica, con algunas adaptaciones menores y complementos.⁵ El método está diseñado sobre dos premisas elementales de

⁵ Este apartado complementa la propuesta pragma-dialéctica en dos sentidos. En primer lugar, y tal como Van Eemeren y Grootendorst (1992: 60-72) señalan en una nota al pie, el método de reconstrucción pragma-dialéctica que proponen supone que todos los argumentos que se utilizan a diario son deductivos. Pero esto es solo un supuesto, no una afirmación de hecho. En la práctica, los argumentos más interesantes y útiles suelen ser los argumentos no deductivos o «derrotables». En el protocolo que exponemos a continuación añadimos un paso adicional para la reconstrucción de premisas implícitas en argumentos no deductivos. En segundo lugar, la propuesta pragma-dialéctica solo se concentra en la reconstrucción de pre-

la pragmática lingüística: i) al reconstruir contenidos implícitos de un discurso, sea lo más fiel posible a la intención del hablante, conforme se puede inferir de lo dicho y el contexto de enunciación, y ii) en caso de duda entre dos o más posibles contenidos implícitos, sea caritativo: atribuya al hablante aquel contenido que resulte más razonable esgrimir en el contexto de enunciación (salvo prueba en sentido contrario).⁶

Premisa garantía implícita

La mayoría de las veces es la premisa garantía la que está implícita. Para reconstruirla, se pueden seguir los siguientes pasos:

Paso 1. Formule el «mínimo lógico». Supongamos que alguien esgrime el argumento 1: «Martín cometió parricidio, porque mató a su padre conociendo la relación que los ligaba». Se explicita el punto de vista «Martín cometió parricidio» y la premisa dato «Martín mató a su padre conociendo la relación que los ligaba». La premisa garantía está implícita. El primer paso para reconstruirla es formular lo que Van Eemeren y Grootendorst denominan el «mínimo lógico».

Formular el mínimo lógico consiste en construir una premisa que permita transformar el argumento incompleto, y por ende deductivamente inválido, en un argumento deductivamente válido. Una forma muy sencilla de hacer esto es formulando una premisa que transforme el argumento incompleto en un *modus ponens*, una forma de argumentación deductiva.⁷ Para ello, simplemente tenemos que formular una premisa con el siguiente contenido: «Si + premisa dato + entonces + punto de vista».

Así, en nuestro ejemplo, la premisa para construir el mínimo lógico es: «Si + Martín mató a su padre conociendo la relación que los ligaba + entonces + Martín cometió parricidio». De esta manera, el argumento originalmente incompleto e inválido sería ahora un *modus ponens*, es decir, válido.

Paso 2. Generalice el mínimo lógico, universalizándolo. El enunciado añadido al argumento incompleto es solo una repetición literal de lo

misas garantías, por lo que en nuestra exposición hemos explicitado también los pasos necesarios para la reconstrucción de las premisas dato implícitas.

⁶ Para una exposición más detallada de estos principios véanse, entre otros, Searle (1969; 1979) y Grice (1969; 1975).

⁷ Sobre el *modus ponens*, véase el capítulo 3.

que ya está implícito en los otros dos enunciados. Lo único que hace es señalar, explícitamente, que está permitido inferir la conclusión dada a partir de la premisa dada. Pero ya está claro —precisamente a partir del hecho de que presenta esta argumentación particular en favor de su punto de vista—, que el hablante supone que esta conclusión se sigue de su premisa. Así, si bien la atribución del mínimo lógico es caritativa con el hablante pues vuelve válido un argumento inválido, por otro lado, es poco caritativa pues solo reitera información ya aportada por el hablante.

El «óptimo pragmático», según Van Eemeren y Grootendorst, es la premisa que vuelve válido el argumento, pero sin ser superflua. En la mayoría de los casos se trata de generalizar el mínimo lógico, haciéndolo tan informativo como sea posible sin adscribirle al hablante compromisos no garantizados. Para que el argumento sea deductivamente válido, debe tratarse de una universalización. Así, por ejemplo, en el argumento que refiere a Martín, el óptimo pragmático es el siguiente: «El que mate a su padre, conociendo la relación que los liga, comete parricidio».

Hasta aquí la propuesta pragma-dialéctica. Para poder esbozar un método de reconstrucción de premisas garantía en argumentos que no son deductivos, sin embargo, debemos añadir un tercer paso al procedimiento.

Paso 3. Pregúntese si es aceptable la premisa implícita reconstruida cuando se la universaliza. Si no es aceptable universalizada, matice la formulación del óptimo pragmático. Este paso consiste en preguntarse si el óptimo pragmático que hemos propuesto para completar el argumento y que universaliza la premisa implícita es aceptable, esto es, si constituye un punto de partida generalmente aceptado, en el contexto de discusión. Si la respuesta es afirmativa, se trata de un argumento deductivo y la premisa formulada con una generalización universal es la premisa garantía del argumento. Es lo que ocurre en el ejemplo de Martín.

En cambio, si la respuesta a la pregunta por la aceptabilidad de la premisa universal es negativa, será necesario matizar la generalización. Considérese una vez más el argumento 2: «Es probable que Martín sea el autor material del crimen. La policía encontró en el patio trasero de Martín un par de guantes manchados con sangre de la víctima». Según el método de reconstrucción revisado hasta ahora, debemos primero formular el mínimo lógico (paso 1) —«Si la policía encontró en el patio trasero de Martín un par de guantes manchados con sangre de la vícti-

ma, entonces Martín es el autor del crimen»—, y luego formular el óptimo pragmático, universalizándolo (paso 2) —«Quien tiene en su patio unos guantes manchados con la sangre de la víctima de un crimen es autor material del crimen»—. Sin embargo, esta reconstrucción es poco caritativa, pues es fácil pensar en excepciones a esta generalización: el verdadero autor del crimen puede haber arrojado los guantes en el patio de un desconocido, o bien puede haberlos dejados voluntariamente para inculparlo.

¿Cómo reconstruimos la premisa garantía en este caso? En primer lugar, asumimos que el argumento incompleto que estamos analizando es un argumento basado en un esquema argumentativo derrotable y, en segundo lugar, formulamos una premisa garantía consistente en una generalización sujeta a excepciones. Así, en lugar de atribuirle al hablante la premisa universal anterior le atribuimos una generalización matizada como la siguiente: «Es frecuente que quien tenga en su patio unos guantes manchados con la sangre de la víctima de un crimen sea el autor material del crimen».

Es importante tener en cuenta que este método de reconstrucción de los argumentos derrotables no significa en ningún caso flexibilizar o debilitar los estándares de evaluación de un argumento. Ello es así, porque un argumento derrotable puede estar construido en premisas perfectamente aceptables y aun así reprobado el examen de razonabilidad si las premisas son insuficientes para sostener el punto de vista.

Premisa dato implícita

Reconstruir la premisa dato es más sencillo, pues la premisa garantía que está explícita nos entregará la clave del contenido faltante. Por ejemplo, en el argumento «Martín cometió parricidio, porque el que mata a su padre, conociendo la relación que los liga, comete parricidio», la premisa garantía está explícita, mientras que la premisa dato está implícita. Para reconstruir la premisa dato debemos, una vez más, reconstruir el argumento como si fuera un *modus ponens*, donde la premisa garantía cumple la función del condicional que vincula premisa dato y punto de vista. Luego, identificamos en la premisa garantía aquella información que refiere a la conclusión —«comete parricidio»— y aquella que debiera aparecer en la premisa dato —«El que mata a su padre, conociendo la relación que los liga»—. Ahora, aplicamos el proceso inverso a la re-

construcción de la premisa garantía: en lugar de generalizar, concretizamos. ¿A quién o a qué se refiere en particular el argumento? A Martín. Por lo tanto, nuestra premisa dato debería ser: «Martín mató a su padre conociendo la relación que los ligaba».

Estructuras de la argumentación compleja

Las estructuras de la argumentación compleja refieren a los tipos de relaciones que es posible establecer entre argumentaciones simples orientadas a justificar un mismo punto de vista. En la pragma-dialéctica se distinguen tres tipos de estructuras (Van Eemeren y Grootendorst, 1992; Snoeck-Henkemans, 2003): múltiple, coordinada y subordinada.

Múltiple. En una estructura múltiple, cada argumento del conjunto constituye una defensa suficiente del punto de vista. Por ejemplo, considérese el siguiente argumento: «Juan no hurtó la tarjeta de crédito de María. Si bien es efectivo que este la tomó de su billetera, lo hizo con su voluntad y sin ánimo de lucrar». Puesto que, conforme al artículo 432 del Código Penal, tomar cosa mueble ajena «sin la voluntad de su dueño» y «con ánimo de lucro» son, cada una, condición necesaria para cometer delito de hurto, basta probar que no se cumple una de estas condiciones para demostrar que no hubo hurto. Así, cada uno de estos argumentos constituye una justificación suficiente del punto de vista. La argumentación múltiple se representa mediante flechas en la **figura 7**.

Las flechas indican que la argumentación se compone de dos argumentos simples independientes, y puesto que se trata de argumentos simples, cada uno se compone de una premisa dato (siempre a la izquierda) y una garantía (siempre a la derecha).

Coordinada. En una estructura coordinada, cada argumentación consiste en una condición necesaria o bien una condición contribuyente, pero solo en conjunto pueden justificar de forma (contextualmente) su-

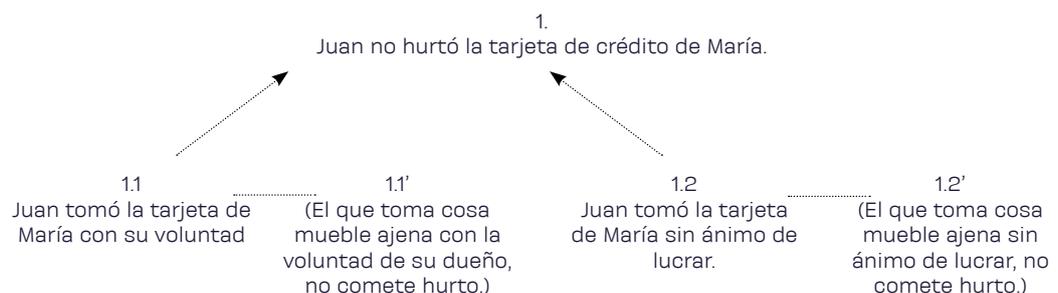


Figura 7. Ejemplo de estructura argumentativa múltiple.

ficiente el punto de vista. Por ejemplo, la siguiente argumentación tiene una estructura coordinada: «Mario hurtó la tarjeta de crédito de María. La tomó de la cartera de María sin su voluntad, con ánimo de lucro y sin violencia, intimidación o fuerza». Puesto que cada uno de estos argumentos constituye en este caso una condición necesaria, no hay duda de que deben ser considerados en conjunto. La estructura coordinada se representa mediante un signo de llave horizontal en la **figura 8**.

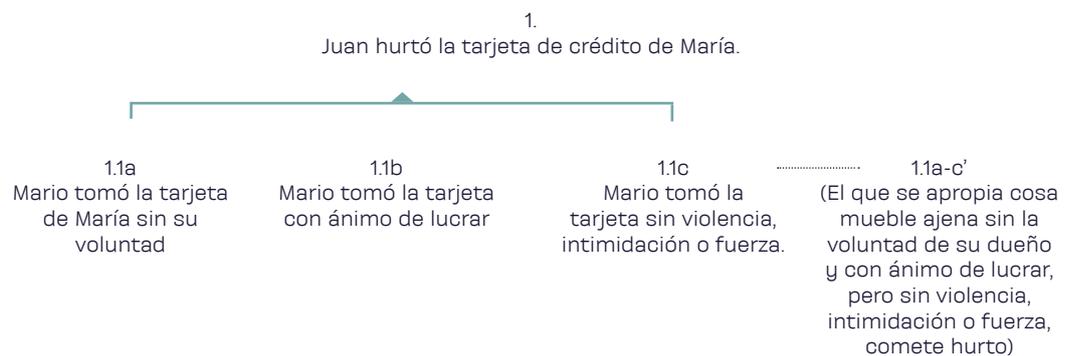


Figura 8. Ejemplo de estructura argumentativa coordinada.

Pero también es posible construir argumentos coordinados con argumentos que, si bien no son condiciones necesarias para la aceptabilidad del punto de vista, sí contribuyen cada uno a justificar su aceptabilidad. Considérese, por ejemplo, el siguiente argumento: «El joven acusado apuñaló a su padre; el cuerpo de la víctima tenía sus huellas digitales; el anciano del piso de abajo escuchó al acusado pelear con su padre tres horas antes de que la víctima fuese apuñalada; y el acusado no tiene coartada». Ninguno de los argumentos es una condición necesaria para poder establecer que el acusado es efectivamente culpable, pero tampoco ninguno de estos argumentos es suficiente. Puesto que se necesitan mutuamente, se consideran coordinados.

Subordinada. En una estructura subordinada, un argumento se utiliza para justificar la premisa dato o garantía de otro argumento. Por ejemplo, en el argumento «Juan no hurtó la tarjeta de crédito de María. La tomó de la cartera de María con su voluntad y sin ánimo de lucro. Sabemos que la tomó con su voluntad porque María lo autorizó expresamente en una conversación por WhatsApp», se utiliza una argumentación subordinada a la premisa «Juan tomó la tarjeta de la cartera de María con su voluntad», y luego otra argumentación subordinada a la premisa dato de ese argumento, como muestra la **figura 9**.

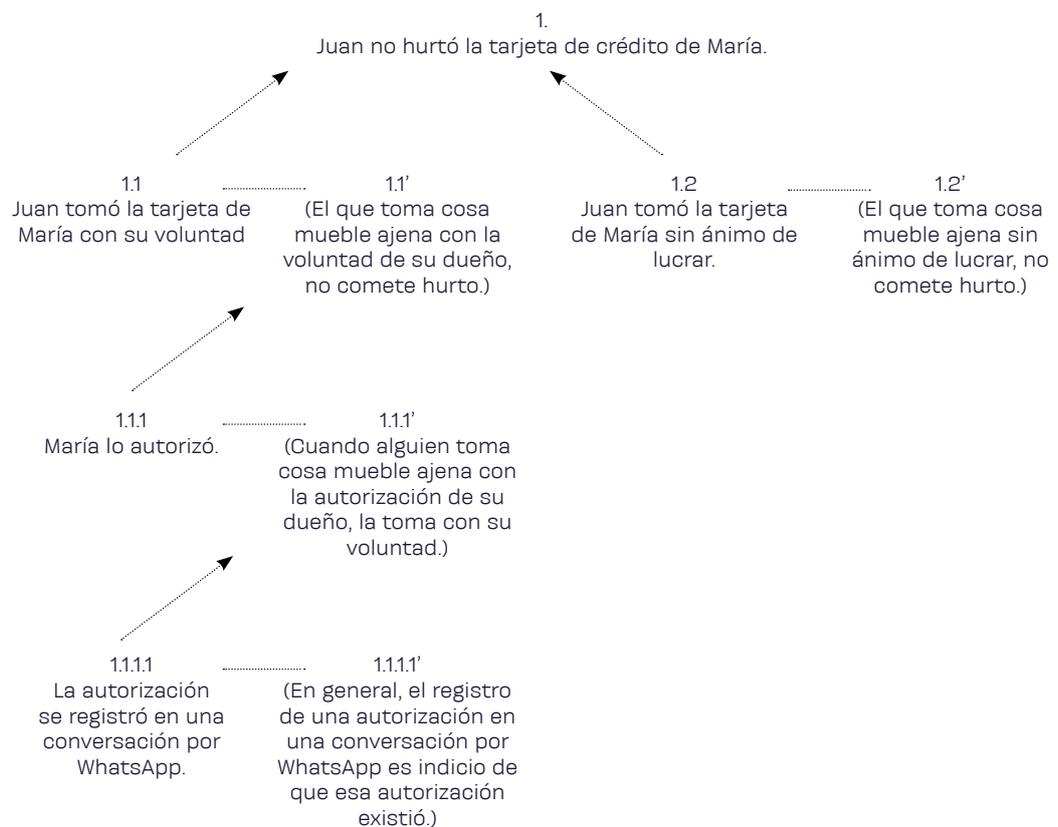


Figura 9. Ejemplo de estructura argumentativa subordinada.

Como da cuenta ese ejemplo, es perfectamente posible que un mismo discurso argumentativo utilice más de un tipo de estructura argumentativa.

Mapa analítico para el análisis de la argumentación judicial

El resultado de un análisis pragma-dialéctico de un discurso o texto argumentativo se sintetiza en un «mapa analítico». Un mapa analítico contiene todos aquellos elementos que *desde una perspectiva pragma-dialéctica* son relevantes para la evaluación de una argumentación, a saber:

- los puntos de vista en discusión,
- los argumentos simples utilizados para justificar el o los puntos de vista,
- los esquemas argumentativos que subyacen a los argumentos simples,
- las premisas dato y las premisas garantía implícitas, y
- las estructuras argumentativas.

Ahora bien, la argumentación judicial es un tipo de argumentación fuertemente institucionalizada, sujeta a reglas, valores y principios propios del derecho. Esas reglas, valores y principios que regulan la práctica argumentativa jurídica, definen el modo de producción de argumentos y de críticas de argumentos en un proceso judicial, tanto de las partes como de jueces y juezas. Un instrumento para analizar la argumentación judicial, por lo tanto, debiera tomar en consideración estos estándares contextuales para definir qué es relevante para su evaluación.

En tal sentido, creemos que los estándares de justificación interna y externa desarrollados en el marco de la teoría estándar de la argumentación jurídica pueden servir de base para desarrollar un modelo de mapa analítico que sirva como instrumento heurístico para el análisis de la argumentación jurídica en un proceso judicial. El modelo es el que muestra la **figura 10**.

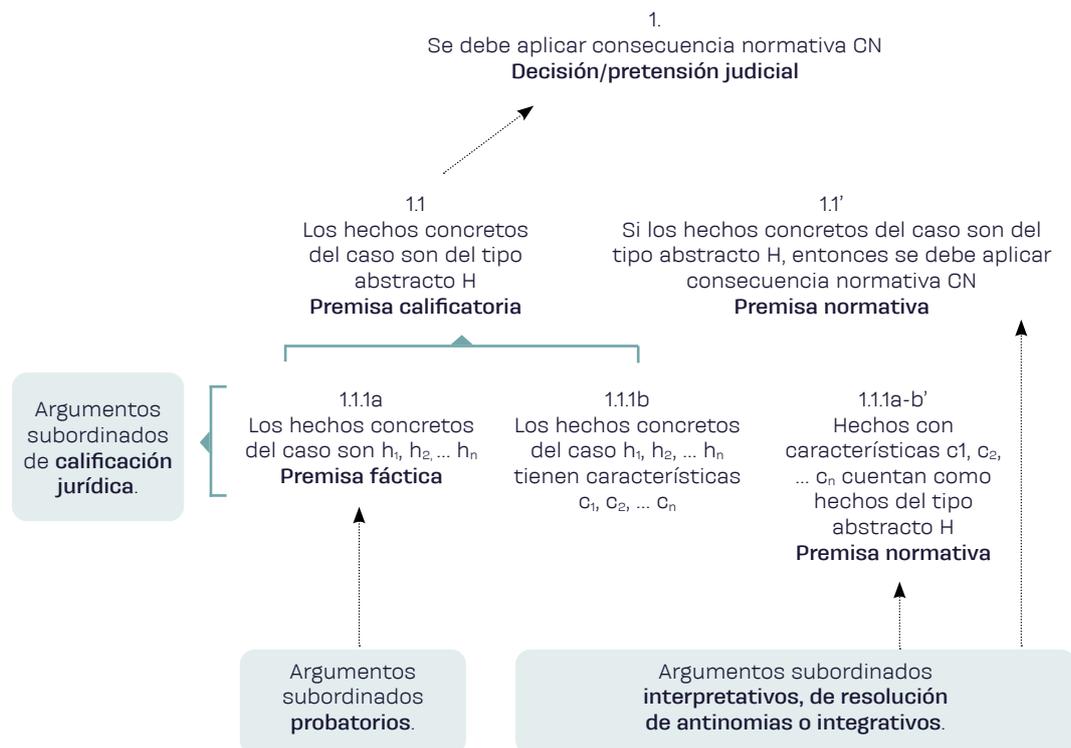


Figura 10. Mapa analítico de la argumentación judicial.

Consejos para argumentar mejor

1) Identifique con claridad el problema jurídico que va a resolver. Si fuese necesario, construya un mapa analítico con las posiciones jurídicas y argumentaciones de cada una de las partes. Describa con precisión el problema.

2) No intente desprenderse de su juicio moral, pero no funde su decisión en su juicio moral: «Salga a buscar normas» para presentar una solución conforme a derecho («piense dentro de la caja»). No eluda el resultado simplemente porque le parece injusto o inconveniente.

3) Diseñe el curso argumentativo que seguirá, para afirmar la solución del problema y luego escríbalo.

Si tiene un argumento fuerte, use solo ese argumento y desarróllelo con profundidad. Revise la suficiencia de las razones que esgrime para apoyar su conclusión.

Dé razones adicionales cuando tenga dudas de la aceptabilidad de su argumento, es decir, utilice argumentación coordinada.

Hágase cargo de los posibles contraargumentos.

Evite dejar implícitas premisas que son relevantes para la fuerza de su argumentación. En particular, evite dejar implícita una premisa para la cual desarrollará largamente argumentación subordinada.

Indique o deje claro que se trata de razones coordinadas (donde todas juntas apoyan el punto de vista) o múltiples (donde cada una apoya en forma independiente el punto de vista) según sea el caso.

4) Sea analítico: introduzca distinciones, matices y precisiones si son necesarias para el adecuado desarrollo de su cadena argumental o si ellas le aportan claridad.

5) Cuide la claridad del texto argumentativo: emplee adecuadamente el lenguaje ordinario y el lenguaje jurídico; construya frases cortas y comprensibles; evite redacción confusa y mal uso de comas o puntos; cuide uso de tildes; evite exageraciones insostenibles, hipérbolos o frases como «resulta obvio», «evidentemente», «es indiscutible», «como se sabe», «es clarísimo». Si afirma, por ejemplo, que «la doctrina mayoritaria sostiene [...]» debe respaldarlo con los autores y textos que den cuenta de ello. Finalmente, prescinda de calificativos tales como «verdadero» y «objetivo» cuando razone con normas.

6) Nunca pierda de vista que todo lo que escribe tiene que ser relevante para fundar su decisión. Solo incluya argumentos pertinentes. No intente escribir todo lo que sabe sobre el tema o problema, sino que haga uso también de la economía, concisión e inercia argumental (saberes previos del auditorio a quien se dirige, por ejemplo, de la comunidad jurídica o judicial). No justifique lo que sea evidente, o que constituya un hecho público y notorio.

7) No repita argumentos; no los deje inconclusos ni vuelva a ellos en varios párrafos separados entre sí (evite confusión y redundancias; «lo que abunda, daña»).

8) No incluya afirmaciones infundadas (si es necesario preguntar por qué y la respuesta a dicha pregunta no se contesta en su texto, ello es síntoma de que la afirmación carece de fundamento claro o evidente).

9) En el caso de que sea necesario emplear en su argumentación un concepto o institución jurídica que tenga en la dogmática o jurisprudencia varias interpretaciones, defínalo. Solo si estuviese estrechamente vinculado con la interpretación que va a defender y que apoya su decisión, hágase cargo del debate conceptual y justifique la definición propuesta.

10) Haga un ejercicio de subsunción final (último tramo de razonamiento) y exprese con claridad la premisa normativa, la premisa fáctica y la decisión o conclusión (justificación interna).

Talleres prácticos de integración y aplicación de los contenidos de la unidad

Taller núm. 1

Análisis de un fragmento de sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso

En Sentencia rol 2023-2013, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, conociendo de un caso de anticoncepción fallida con Implanón, rechazó la acción indemnizatoria por responsabilidad civil contractual planteada por la demandante, P. M. C., contra el médico E. E. S. A partir de los fragmentos de la sentencia que se copian a continuación, proponga un mapa analítico que represente la argumentación del tribunal para justificar el punto de vista: «Corresponde rechazar la demanda de indemnización de perjuicios deducida por doña P. M. en contra de don E. E. S.». Incluya premisas implícitas en el mapa analítico. Identifique, en el mapa analítico, aquella parte de la estructura argumentativa que corresponde a la justificación interna de la argumentación del tribunal. Fundamente su respuesta.

5.º Que existe completo acuerdo doctrinario y jurisprudencial en que para que se configure la responsabilidad civil contractual se requiere de la concurrencia de las siguientes condiciones: i) que exista una obliga-

ción derivada de un contrato; ii) que exista un incumplimiento de dicha obligación; [... etcétera] en virtud de lo dispuesto en los artículos 1547, 1556, 1557, 1558 y 1559 todos del Código Civil. Siendo indiscutido en esta causa que entre la demandante y don E. E. S. existía un contrato de prestación de servicios médicos, y que la eventual responsabilidad civil de los demandados sería de base contractual, para que ella pueda configurarse haciendo nacer la obligación de cumplirla por equivalencia, esto es, indemnizando los perjuicios, deben concurrir todos y cada uno de los requisitos antes referidos.

7.º Que, en este caso concreto, la obligación asumida por el demandado fue la de implantar en uno de los brazos de la demandante el dispositivo de anticoncepción subdérmico denominado comercialmente Implanón [...]. En consonancia con lo antes dicho, la mencionada obligación debiera considerarse incumplida si el anticonceptivo no fue instalado.

15.º Que, [...] consta en la ficha clínica computacional de la actora, que el demandado acompañó al proceso, que existió un procedimiento médico por medio del cual el demandado insertó en el brazo izquierdo de la demandante el dispositivo Implanon el día 22 de noviembre de 2005, y que el 20 de febrero de 2006 el médico tratante deja constancia en el examen de la paciente «con Implanon». Este documento, a juicio de esta Corte, es la prueba documental más directa que permite dar por establecido que el anticonceptivo fue implantado en su oportunidad en el brazo izquierdo de la demandante.

21.º Que la ficha médica [...] puede ser tenido como base de una presunción judicial que, por reunir los requisitos de gravedad y precisión suficientes que exige el inciso segundo del artículo 426 del Código de Procedimiento Civil, permite formar convencimiento en el tribunal [...].

33.º Que, para concluir con el análisis de los medios probatorios atinentes a este punto, de conformidad al artículo 426.2 del Código de Procedimiento Civil, una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar convencimiento, y que en el parecer de esta Corte existen antecedentes concretos que permiten presumir, con bases, que la obligación que asistía al demandado Escudero fue cumplida en su momento.

34.º Que, en consecuencia, [...] debe tenerse por establecido que el 22 de noviembre de 2005 el demandado don E. E. S., implantó el dispositivo anticonceptivo Implanon en el cuerpo de la demandante, por lo que cumplió con la prestación que fuera contratada con la actora.

Taller núm. 2

Construcción de argumentos

Lea el caso y las normas que vienen a continuación. Teniendo en consideración el problema y las normas transcritas, adopte una decisión para acoger o rechazar el recurso de queja deducido por el Consejo de Defensa del Estado (CDE) en contra de los miembros de la Corte de Apelaciones que dictaron la sentencia por la que rechazaron el Reclamo de Ilegalidad deducido por el CDE en contra de la Decisión de Amparo C-990-11, adoptada por el Consejo Directivo del Consejo para la Transparencia en sesión del 25 de octubre de 2001, que acoge parcialmente el amparo por denegación de información deducido por Catalina Queróz Pino (y ordena la entrega de las actas de CDE). Redacte, a lo menos, tres argumentos interpretativos que justifiquen su decisión, identificando de qué tipo de argumento se trata. Construya sus propios argumentos; no reproduzca argumentos empleados por esta u otra sentencia que haya resuelto un problema jurídico similar.

Catalina Queróz Pino solicita la entrega del acta de sesiones del Comité o Sección Penal del Consejo de Defensa del Estado (CDE), de fecha 12 de mayo de 2005, en lo relativo a la discusión que en esa instancia se realizó a propósito de las causas roles 5335-1 y 2986-4, ambas seguidas ante el 28.º Juzgado del Crimen de Santiago; y el acta de aquella sesión en que acordó intervenir en la Causa rol 1256-03, seguida ante el Juzgado de Letras de Tomé, en querrela interpuesta en contra del reclamante Sra. Queróz por la Superintendencia de Quiebras.

El CDE rechaza la petición de entrega de los referidos documentos. El particular recurre de Amparo ante el Consejo para la Transparencia.

El Consejo para la Transparencia (CpT) decide este asunto en la Decisión de Amparo C-990-11, adoptada por el Consejo Directivo este órgano en sesión del 25 de octubre de 2001, acogiendo el amparo solicitado y obligando al CDE a entregar los documentos.

El CDE interpone reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones en contra de la decisión del CpT. La Corte de Apelaciones confirma el criterio utilizado por el CpT. Contra esa decisión, el CDE interpone recurso de queja ante la Corte Suprema.

Normas

Ley 20.285, sobre Acceso a la Información Pública (2008)

Artículo 5. En virtud del principio de transparencia de la función pública, los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado.

Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.

Artículo 10. Toda persona tiene derecho a solicitar y recibir información de cualquier órgano de la Administración del Estado, en la forma y condiciones que establece esta ley.

El acceso a la información comprende el derecho de acceder a las informaciones contenidas en actos, resoluciones, actas, expedientes, contratos y acuerdos, así como a toda información elaborada con presupuesto público, cualquiera sea el formato o soporte en que se contenga, salvo las excepciones legales.

Artículo 20. Cuando la solicitud de acceso se refiera a documentos o antecedentes que contengan información que pueda afectar los derechos de terceros, la autoridad o jefatura o jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, requerido, dentro del plazo de dos días hábiles, contado desde la recepción de la solicitud que cumpla con los requisitos, deberá comunicar mediante carta certificada, a la o las personas a que se refiere o afecta la información correspondiente, la facultad que les asiste para oponerse a la entrega de los documentos solicitados, adjuntando copia del requerimiento respectivo.

Los terceros afectados podrán ejercer su derecho de oposición dentro del plazo de tres días hábiles contado desde la fecha de notificación. La oposición deberá presentarse por escrito y requerirá expresión de causa.

Deducida la oposición en tiempo y forma, el órgano requerido quedará impedido de proporcionar la documentación o antecedentes solicitados, salvo resolución en contrario del Consejo, dictada conforme al procedimiento que establece esta ley.

En caso de no deducirse la oposición, se entenderá que el tercero afectado accede a la publicidad de dicha información.

Artículo 21. Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:

1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:

- Si es en desmedro de la prevención, investigación y persecución de un crimen o simple delito o se trate de antecedentes necesarios a defensas jurídicas y judiciales.
- Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquellas sean públicos una vez que sean adoptados.
- Tratándose de requerimientos de carácter genérico, referidos a un elevado número de actos administrativos o sus antecedentes o cuya atención requiera distraer indebidamente a los funcionarios del cumplimiento regular de sus labores habituales.

2. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte los derechos de las personas, particularmente tratándose de su seguridad, su salud, la esfera de su vida privada o derechos de carácter comercial o económico.

3. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte la seguridad de la nación, particularmente si se refiere a la defensa nacional o la mantención del orden público o la seguridad pública.

4. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el interés nacional, en especial si se refieren a la salud pública o las relaciones internacionales y los intereses económicos o comerciales del país.

5. Cuando se trate de documentos, datos o informaciones que una ley de quórum calificado haya declarado reservados o secretos, de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 8 de la Constitución Política.

Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado (1993)

Artículo 61. Los profesionales y funcionarios que se desempeñen en el Consejo, cualquiera sea la naturaleza de su designación o contratación, estarán obligados a mantener reserva sobre los trámites, documentos,

diligencias e instrucciones relacionados con los procesos o asuntos en que intervenga el Servicio, siéndoles aplicables las disposiciones del artículo 247 del Código Penal.

Código Penal (1874)

Artículo 231. El abogado o procurador que, con abuso malicioso de su oficio, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos, será castigado según la gravedad del perjuicio que causare, con la pena de suspensión en su grado mínimo a inhabilitación especial perpetua para el cargo o profesión y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

Artículo 247. El empleado público que, sabiendo por razón de su cargo los secretos de un particular, los descubriere con perjuicio de este, incurrirá en las penas de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

Las mismas penas se aplicarán a los que ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título, revelen los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado.

Constitución Política de la República (1980)

Artículo 8 (reforma 2005). El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, solo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquellos o de estos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la nación o el interés nacional.

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

- 3.º. La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.
- Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida [...]
- 12.º. La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de

responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.

Código de Ética Profesional, Colegio de Abogados de Chile (2011)

Artículo 3. Lealtad con el cliente y respeto por su autonomía. El abogado debe obrar siempre en el mejor interés de su cliente y anteponer dicho interés al de cualquier otra persona, incluyendo al suyo propio. En el cumplimiento de este deber el abogado debe respetar la autonomía y dignidad de su cliente. El deber de lealtad del abogado no tiene otros límites que el respeto a la ley y a las reglas de este Código.

Artículo 7. El abogado debe estricta confidencialidad a su cliente. En cumplimiento de su obligación debe exigir que se le reconozca el derecho al secreto profesional con que la ley lo ampara. La confidencialidad se extiende a toda la información relativa a los asuntos del cliente que el abogado ha conocido en el ejercicio de su profesión.

Artículo 46. Deberes que comprende el deber de confidencialidad. El deber de confidencialidad comprende:

- Prohibición de revelación. El abogado debe abstenerse de revelar la información cubierta por su deber de confidencialidad, así como de entregar, exhibir o facilitar el acceso a los soportes materiales, electrónicos o de cualquier otro tipo que contengan dicha información y que se encuentran bajo su custodia.
- Deberes de cuidado. El abogado debe adoptar medidas razonables para que las condiciones en las que recibe, obtiene, mantiene o revela información sujeta a deber de confidencialidad sean tales que cautelen el carácter confidencial de esa información; y
- Deber de cuidado respecto de acciones de colaboradores. El abogado debe adoptar medidas razonables para que la confidencialidad debida al cliente sea mantenida por quienes colaboran con él.

Artículo 47. Duración indefinida. El deber de confidencialidad no se extingue por el término de la relación profesional, la muerte del cliente, ni el transcurso del tiempo.

Artículo 48. Deber de revelar información por abogado que desempeña una función pública. El abogado que en el ejercicio de una función pública está sujeto a un deber legal de revelar o entregar la información de

que dispone en razón de esa función no puede excusarse de cumplir ese deber a pretexto de su calidad profesional de abogado.

Artículo 63. Autorización ética para declarar. Citado a declarar como testigo, el abogado está facultado para revelar información sujeta a confidencialidad, sin cumplir con los resguardos referidos en el artículo 60, en los siguientes casos:

- si tiene razones fundadas para considerar que el servicio profesional por él prestado fue utilizado por el cliente para realizar un hecho que se le imputa a ese cliente como crimen o simple delito; o como otro hecho grave que la ley sanciona y ordena investigar; o
- si la información se refiere a un cliente fallecido y su revelación puede evitar que un imputado que haya sido formalizado sea erróneamente condenado por crimen o simple delito.

Artículo 64. Extensión del derecho al secreto profesional a los documentos y demás soportes que contengan información confidencial. Las reglas de este párrafo se extienden en iguales términos a la orden o requerimiento por la ley o la autoridad competente de incautar, registrar, entregar o exhibir documentos u otros soportes físicos, electrónicos o de cualquiera naturaleza que contengan información sujeta a confidencialidad. La regla se extiende a la información producida por el abogado con carácter confidencial, sea que se encuentre en su poder o en el de su cliente.

Código de Procedimiento Penal (1906)

Artículo 78. (99). Las actuaciones del sumario son secretas, salvo las excepciones establecidas por la ley [...].

Capítulo 5

Casos complejos y análisis interseccional

Varios autores han destacado que la noción de «casos difíciles» o *hard cases* es central en las teorías de la argumentación jurídica. A pesar de no existir una única definición de estos, la mayoría está de acuerdo en que en ellos existe la necesidad de justificar reforzadamente el contenido de las premisas del razonamiento, lo que se lleva a cabo a través del segundo nivel de justificación o justificación externa. A este segundo nivel de justificación se transita cuando las premisas que conforman el silogismo son cuestionadas, o existen varias interpretaciones posibles de las disposiciones o de los hechos que conformarán las premisas normativa y fáctica respectivamente, o existe una colisión entre las normas y principios aplicables al caso concreto. Para Dworkin, *grosso modo*, son casos difíciles aquellos en que no existe norma explícita que resuelva el caso (2002: 146 y ss.). Para MacCormick, en cambio, lo son aquellos que no se pueden resolver mediante el primer orden de justificación (silogismo deductivo), y que se clasifican en problemas de interpretación, relevancia, prueba y calificación, afectando los dos primeros a la premisa normativa y los dos restantes a la premisa fáctica (2018). Alexy, por su parte, señala cuatro situaciones que son consideradas casos difíciles: cuando una norma contiene diversas proposiciones alternativas en el supuesto de hecho; cuando su aplicación exige un complemento a través de normas jurídicas aclarativas, limitativas o extensivas; cuando son posibles distintas consecuencias jurídicas; y cuando en su formulación se emplean expresiones que poseen distintas interpretaciones (1989: 216).

Pese a estos intentos, sin embargo, no siempre es claro identificar cuándo estamos ante un caso difícil ni qué consecuencias trae aparejadas. Junto con criticar esta distinción, Atienza advierte que hay un tipo de casos, ignorados por la teoría, que no estaría siendo considerado, y que son los, por él llamados, «casos trágicos»: Aquellos supuestos en relación con los cuales «no cabe encontrar ninguna solución [jurídica] que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado

como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral». Propone, adicionalmente, distinguir entre dos tipos de casos trágicos: «a) una situación en que su ordenamiento jurídico le provee al menos de una solución correcta (de acuerdo con los valores de ese sistema) pero que choca con su moral; b) una situación en que el ordenamiento jurídico no le permite alcanzar una solución correcta» (1997: 15 y 19).

Estas nociones de casos difíciles y trágicos de las teorías de la argumentación no son equivalentes a la noción de «casos complejos». Casos complejos generalmente se usa para dar cuenta de problemas de relevancia jurídica que involucran distintas «categorías sospechosas» que pueden generar discriminaciones múltiples respecto de una misma persona. Estas categorías sospechosas son características, o situaciones en las que se encuentran las personas que pueden ser usadas como razones que generan discriminación y cuyo uso está proscrito por el derecho, tales como raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas, nacionalidad, origen social, posición económica, discapacidad, orientación sexual, identidad de género, situación de calle, etnia, migración, entre otras. La propia Convención Americana de Derechos Humanos las contempla al disponer, en su artículo 1.1, que «Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

Frente a la concurrencia de varios de estos elementos respecto de un mismo caso jurídico surge la idea de interseccionalidad:¹ «La interseccionalidad es aquella herramienta metodológica que permite entender cómo se cruzan y concurren en una persona o en un colectivo, diferentes categorías sospechosas de discriminación (por ejemplo: mujer, mapuche, adolescente, pobre, embarazada que reclama un servicio de salud), tornando más grave la experiencia de desventaja».² Para evitar

1 Sobre el origen de esta categoría de análisis y sobre la incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), véase Zota-Bernal (2015).

2 Secretaría Técnica de Igualdad de Género y no Discriminación de la Corte Suprema (2019: 36).

decisiones que produzcan discriminación, jueces y juezas deberán visibilizar y analizar cada una de estas categorías, y descartar tanto interpretaciones del derecho como valoraciones de la prueba que produzcan efectos perjudiciales para personas que pertenezcan a colectivos históricamente discriminados, o bien respecto de los cuales concurra más de una de las características o situaciones antes señaladas. Se ha sostenido en este sentido que

la interseccionalidad se erige como un mecanismo útil en la tarea de garantizar los derechos humanos y el acceso a la justicia, pues emerge frente a la necesidad de analizar de manera integral y multidimensional, la realidad que viven no solo las mujeres en el ejercicio de sus derechos, sino también distintos grupos y colectivos históricamente discriminados como los pueblos indígenas, afrodescendientes y personas con discapacidad, entre otros. Lo anterior, es de suma relevancia ya que muchos enfoques [...] no reconocen la «unicidad del fenómeno» que ocurre allí donde se cruzan los distintos tipos de discriminación. Cuando se pierde de vista el contexto y el carácter cualitativo de la discriminación en tanto experiencia, también se pierde el sentido veraz del reclamo.³

Un caso de discriminación estructural, múltiple e interseccional es uno que la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió en septiembre de 2015, en el caso *Gonzales Lluy y otros con Ecuador*.⁴ Los considerandos o parágrafos 285, 288 y 290 indican lo siguiente:

285. La Corte constata que la discriminación contra Talía ha estado asociada a factores como ser mujer, persona con VIH, persona con discapacidad, ser menor de edad, y su estatus socioeconómico. Estos aspectos la hicieron más vulnerable y agravaron los daños que sufrió.

288. La Corte nota que ciertos grupos de mujeres padecen discriminación a lo largo de su vida con base en más de un factor combinado con su sexo, lo que aumenta su riesgo de sufrir actos de violencia y otras violaciones de sus derechos humanos. En ese sentido, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias ha establecido que «la discriminación basada en la raza, el origen étnico, el origen nacional, la capacidad, la clase socioeconómica, la orientación

³ Secretaría Técnica de Igualdad... (2019: 37).

⁴ Está contenido, además, en el *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos número 14: Igualdad y no discriminación* (2019).

sexual, la identidad de género, la religión, la cultura, la tradición y otras realidades intensifica a menudo los actos de violencia contra las mujeres». En el caso de las mujeres con VIH/sida la perspectiva de género exige entender la convivencia con la enfermedad en el marco de los roles y las expectativas que afectan a la vida de las personas, sus opciones e interacciones (sobre todo en relación con su sexualidad, deseos y comportamientos).

290. La Corte nota que en el caso de Talía confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación asociados a su condición de niña, mujer, persona en situación de pobreza y persona con VIH. La discriminación que vivió Talía no solo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente. En efecto, la pobreza impactó en el acceso inicial a una atención en salud que no fue de calidad y que, por el contrario, generó el contagio con VIH. La situación de pobreza impactó también en las dificultades para encontrar un mejor acceso al sistema educativo y tener una vivienda digna. Posteriormente, siendo una niña con VIH, los obstáculos que sufrió Talía en el acceso a la educación tuvieron un impacto negativo para su desarrollo integral, que es también un impacto diferenciado teniendo en cuenta el rol de la educación para superar los estereotipos de género. Como niña con VIH necesitaba mayor apoyo del Estado para impulsar su proyecto vida (sic). Como mujer, Talía ha señalado los dilemas que siente en torno a la maternidad futura y su interacción en relaciones de pareja, y ha hecho visible que no ha contado con consejería adecuada. En suma, el caso de Talía ilustra que la estigmatización relacionada con el VIH no impacta en forma homogénea a todas las personas y que resultan más graves los impactos en los grupos que, de por sí, son marginados.

Perspectiva de género en el razonamiento judicial

La idea de «juzgar con perspectiva de género»⁵ está íntimamente vinculada con la noción de igual aplicación de la ley por parte de los tribunales de justicia. Sin embargo, y como queda de manifiesto a partir de una extensa literatura de las últimas décadas, es necesario erigir aquella como una categoría independiente, con el objeto de «reconocer, identificar, la situación de desigualdad y discriminación de hombres y mujeres en la sociedad, así como la de algunas mujeres en relación con otras, y asumir la necesidad de desarrollar acciones concretas para transformarla». En este sentido, la perspectiva de género es un «método o herramienta de análisis destinado al estudio de las construcciones culturales y las relaciones sociales que se tejen entre hombres y mujeres, identificando en su trasfondo, aquellas formas de interacción que marcan pautas de desigualdad y discriminación entre los géneros» y, desde el punto de vista de la función jurisdiccional, esta perspectiva contribuye a realizar el derecho a la igualdad.⁶

La perspectiva de género en el ejercicio de la función jurisdiccional consiste en identificar la desigualdad estructural en que se encuentran las mujeres en relación con los hombres, y en advertir los efectos discriminatorios negativos que aquella pueda producir en las mujeres, por el hecho de ser tales.⁷ Pese a que la expresión «juzgar con perspectiva de género» puede ser intuitivamente clara, puede tener contornos difusos, dependiendo de los conceptos y herramientas o métodos que le den contenido a aquella expresión. En cualquier caso, «interpretar

5 Este apartado reproduce algunas ideas de Carbonell (2021). Véase también el *Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias*, de la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación, Poder Judicial, Chile. En este informe, entenderemos por género «el conjunto de características y normas sociales, económicas, políticas, culturales, psicológicas, jurídicas, asignadas a cada sexo. La construcción del género, además, se ve permeada y transversalizada por otras condiciones objetivas y subjetivas de la vida de las personas, como, por ejemplo: su cultura, etnia, clase social, edad, religión, su planteamiento político, la historia de su comunidad, su historia familiar, el estrato socioeconómico y el escenario en el que vive» (2019: 61).

6 Las citas corresponden, respectivamente, al *Cuaderno de buenas prácticas...* (2019: 64, 60 y 89).

7 En este texto, el acento está puesto en las mujeres, aunque igualmente la perspectiva de género podría emplearse para evitar discriminaciones para personas pertenecientes a otras orientaciones sexuales e identidades de género (LGBTQ+).

y argumentar con perspectiva de género» es una dimensión de «juzgar con perspectiva de género», siendo la otra dimensión «razonar sobre la prueba con perspectiva de género».

Teniendo en consideración las teorías de la interpretación y argumentación jurídica tratadas en los apartados anteriores, se entenderá que interpretar con perspectiva de género consiste en evitar, en el ejercicio de atribuir significado a las disposiciones normativas aplicables, producir efectos discriminatorios hacia las mujeres, teniendo en cuenta las construcciones culturales y la estructura de las relaciones sociales entre hombres y mujeres, y eventuales contextos especialmente desfavorables y peligrosos para la mujer: violencia contra la mujer, relaciones asimétricas de poder y determinadas condiciones de vulnerabilidad de las mujeres (niñas y adolescentes, pobreza, migrantes, indígenas).

La perspectiva de género puede cumplir un rol en la selección y uso de argumentos interpretativos comúnmente usados y aceptados por nuestra cultura jurídica, en tanto algunos de ellos son aptos para un uso favorable a la perspectiva de género, como lo son el argumento sistemático, el teleológico y el argumento evolutivo, que es aquel que dota a las palabras de los textos legales del significado que aquellas tienen al momento de aplicarse la norma, de su «significado actual». Por ejemplo, el uso de expresiones vagas por parte del legislador, tales como moral o buenas costumbres, puede ser considerado como una técnica legislativa que, de manera consciente, deje en manos del juez la exacta determinación del contenido semántico de tales expresiones, actualizando el significado al contexto en el cual la norma tendrá aplicación.

Otro argumento que puede considerarse una herramienta para revertir ciertas desigualdades es el argumento de la equidad, al que puede recurrirse no solo a falta de ley que resuelva la contienda (artículo 170 número 5 Código de Procedimiento Civil), sino que también cuando, luego de aplicar las reglas de interpretación de los artículos 19 al 23 del Código Civil, subsisten pasajes oscuros o contradictorios en una ley (artículo 24 del Código Civil). Este argumento busca la solución adecuada a las particularidades del caso. En efecto, y como sostenían los medievales, y antes Cicerón, la equidad consiste en «la conveniencia entre las cosas que todo lo equipara y que en casos iguales pide igual derecho», que no sería sino la finalidad última del derecho (Guzmán Brito, 1981). Finalmente, a través del argumento dogmático o de autoridad, podría

introducirse teoría jurídica feminista y dogmática femenina en el razonamiento judicial.

Por otra parte, desde el punto de vista probatorio, la perspectiva de género es relevante en las etapas de inclusión probatoria, valoración y decisión probatorias. Valorar con perspectiva de género consiste en construir relatos e inferencias probatorias que tengan en cuenta los contextos históricamente desfavorables para las mujeres, evitando el uso de estereotipos⁸ de género, y tomando en cuenta los contextos y elementos propios de las conductas abusivas o delitos violentos, en su caso. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que «el estereotipo de género se refiere a una concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente». Otras autoras, por su parte, los definen como aquellos que «se refieren a la construcción social y cultural de hombres y mujeres, dadas sus diferencias en funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales», es decir, de sexo, sexuales, de roles sexuales y compuestos (Cook y Cusack, 2010).⁹

Análisis de sentencias de organismos internacionales

A continuación, se incorporan algunos considerandos de sentencias de la CIDH, que analizan casos complejos en que concurren una o más categorías sospechosas, incluyendo una breve relación de los hechos.

Sentencia CIDH, del 24 de febrero de 2012,
caso Atala Riffo y niñas con Chile

Hechos

Los hechos del caso se relacionan con el proceso de custodia o tuición que fue interpuesto ante los tribunales chilenos por el padre de las niñas M., V. y R. en contra de la señora Karen Atala Riffo por considerar que su orientación sexual y su convivencia con una pareja del mismo sexo producirían un daño a las tres niñas.

⁸ Sobre estereotipos, véase el subtítulo Sesgos y estereotipos en el acto de juzgar.

⁹ Sobre estereotipos de género, además de la sentencia del caso Atala que viene a continuación, véanse dos sentencias de la CIDH: Caso *Guzmán Albarracín y otras con Ecuador* (2020) y Caso *Manuela y Otros con El Salvador* (2021).

La Corte tuvo que resolver, entre otros elementos, la responsabilidad internacional del Estado por el alegado trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R. Para estos efectos, la Corte analizó, entre otros, los argumentos expuestos por la sentencia de la Corte Suprema y la decisión de tuición provisoria del Juzgado de Menores de Villarrica.

En el marco del proceso de tuición, el Juzgado de Menores de Villarrica adoptó, entre otras, dos decisiones. La primera de ellas se concentró en decidir sobre una tuición provisional solicitada por el padre. El 2 de mayo de 2003 dicho Juzgado concedió la tuición provisional al padre, aunque reconoció que no existían elementos que permitieran presumir causales de inhabilidad legal de la madre. En dicha decisión, el Juzgado esgrimió los siguientes argumentos: i) «que [...] la demandada haciendo explícita su opción sexual, convive en el mismo hogar que alberga a sus hijas, con su pareja, [...] alterando con ella la normalidad de la rutina familiar, privilegiando sus intereses y bienestar personal, por sobre el bienestar emocional y adecuado proceso de socialización de sus hijas», y ii) «que la demandada ha privilegiado su bienestar e interés personal por sobre el cumplimiento de su rol materno, en condiciones que pueden afectar el desarrollo posterior de las menores de autos, y de lo cual no cabe sino concluir, que el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos, que en el contexto de una sociedad heterosexuada, y tradicional, cobra[n] gran importancia».

El 29 de octubre de 2003 el Juzgado de Menores de Villarrica adoptó una segunda decisión en la que rechazó la demanda de tuición considerando que, con base en la prueba existente, había quedado establecido que la orientación sexual de la demandada no representaba un impedimento para desarrollar una maternidad responsable, que no presentaba ninguna patología psiquiátrica que le impidiera ejercer su «rol de madre» y que no existían indicadores que permitieran presumir la existencia de causales de inhabilidad materna para asumir el cuidado personal de las menores de edad. Dicha decisión fue apelada. El 30 de marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la Sentencia.

El padre de las niñas presentó un recurso de queja contra la Corte de Apelaciones de Temuco. El 31 de mayo de 2004 la Cuarta Sala de la Cor-

te Suprema de Justicia de Chile acogió el recurso de queja, concediendo la tuición definitiva al padre. En dicha sentencia, la Corte Suprema indicó que «en todas las medidas que le conciernan [a los niños y niñas], es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo de sus padres».

Además, la Corte Suprema fundamentó su decisión en los siguientes argumentos: i) «se ha prescindido de la prueba testimonial, [...] respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores [de edad], desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho»; ii) «el testimonio de las personas cercanas a las menores [de edad], como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja»; iii) la señora Atala «ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva[ba] a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de estas»; iv) «la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores [de edad] respecto de la cual deben ser protegidas», y v) «es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegio y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal».

Por tanto, la Corte Suprema consideró que las condiciones descritas constituían «causa calificada» de conformidad con el artículo 225 del Código Civil, para justificar la entrega de la tuición al padre, dado que la situación actual configuraba «un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores [de edad], cuya protección debe preferir a toda otra consideración».

Considerandos (párrafos)

109. Igualmente, la Corte constata que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales y probados, y no especulativos o imaginarios. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia.

110. En conclusión, la Corte Interamericana observa que, al ser en abstracto el «interés superior del niño» un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia.

111. Una determinación a partir de presunciones infundadas y estereotipadas sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para garantizar el fin legítimo de proteger el interés superior del niño. La Corte considera que no son admisibles las consideraciones basadas en estereotipos por la orientación sexual, es decir, preconcepciones de los atributos, conductas o características poseídas por las personas homosexuales o el impacto que estos presuntamente puedan tener en las niñas y los niños.

113. El Tribunal constata que la Corte Suprema de Justicia mencionó cuatro fundamentos directamente relacionados con la orientación sexual de la señora Atala: i) la presunta discriminación social que habrían sufrido las tres niñas por el ejercicio de la orientación sexual de la señora Atala; ii) la alegada confusión de roles que habrían presentado las tres niñas como consecuencia de la convivencia de su madre con una pareja del mismo sexo; iii) la supuesta prevalencia que la señora Atala le habría dado a su vida personal sobre los intereses de sus tres hijas, y iv) el derecho de las niñas a vivir en el seno de una familia con un padre y una madre. La Corte Suprema concluyó que los jueces recurridos fallaron

en «no haber apreciado estrictamente en conciencia los antecedentes probatorios del proceso» y que al «haber preterido el derecho preferente de las menores [de edad] a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio, ha[bían] incurrido en falta o abuso grave, que deb[ía] ser corregido por la vía de acoger el [...] recurso de queja». La decisión de tuición provisoria utilizó como fundamento principal la supuesta prevalencia de intereses y el alegado derecho de las niñas a vivir en una familia tradicional (*supra* párrafo 41), por lo que en estos puntos el examen se realizará de manera conjunta.

Sentencia CIDH, del 9 de marzo de 2018,
caso Ramírez Escobar y otros con Guatemala

Hechos

Osmín Tobar Ramírez, de siete años, y J. R., su hermano menor de año y medio, fueron separados de su familia e internados en una casa hogar de la Asociación Los Niños de Guatemala el 9 de enero de 1997, luego de que se recibiera una denuncia anónima de que los niños habrían sido abandonados por su madre, Flor de María Ramírez Escobar.¹⁰

Al día siguiente de ser retirados del hogar, la madre de los niños, Flor de María Ramírez Escobar compareció ante el juzgado respectivo, pero no se le permitió verlos ni se le informó sobre su paradero. Luego de esto se inició el proceso de declaratoria de abandono, para el cual se realizaron cuatro estudios socioeconómicos a distintos miembros de la familia Ramírez, dos realizados por la trabajadora social de la Asociación Los Niños de Guatemala donde estaban internados los niños, y dos por la Procuraduría General de la Nación. Además, se constató si la señora Ramírez Escobar y la abuela materna de los niños tenían antecedentes penales y se realizó un estudio psicológico a la señora Ramírez Escobar y a su madre.

El juzgado competente declaró a los hermanos Ramírez en situación de abandono el 6 de agosto de 1997, confirió su tutela legal a la Asociación Los Niños de Guatemala y ordenó que dicha institución los incluyera dentro de los programas de adopción que patrocinaba.

¹⁰ Estos son los hechos tal como se resumen por la propia Corte, disponible en <https://bit.ly/3PeTeU4>.

La señora Ramírez Escobar presentó un recurso de revisión contra esta decisión. Dicho recurso fue inicialmente declarado sin lugar el 6 de enero de 1998, a pesar de que la señora Ramírez Escobar insistió en que no habían sido resueltos adecuadamente sus reclamos en contra de la declaración de abandono de sus hijos. Los hermanos Ramírez fueron adoptados por dos familias estadounidenses distintas en junio de 1998. Ambos procedimientos de adopción se realizaron ante el mismo notario por el mismo abogado contratado por ambas familias. Si bien inicialmente la Procuraduría General de la Nación objetó dichos procedimientos, por considerar que permanecían recursos pendientes de resolver contra la declaratoria de abandono, el juzgado de familia respectivo rechazó dichos argumentos y ordenó que se otorgaran las escrituras de adopción de J. R. y de Osmín Tobar Ramírez. El notario concedió dichas adopciones el 2 de junio de 1998.

En diciembre de 1998, el padre de Osmín, Gustavo Tobar Fajardo presentó un recurso de revisión contra la declaratoria de abandono, entre otras cosas, porque aún quedaban pendientes de resolver varios de los argumentos de la señora Ramírez Escobar. Dicho recurso se unió al de la madre de los niños y se declaró con lugar en noviembre de 2000. En esa oportunidad se consideró que no se había brindado suficiente oportunidad a los padres para demostrar que constituían un recurso familiar, emocional y psicológico idóneo para sus hijos, por lo que se ordenó realizar una serie de diligencias con ese propósito. Sin embargo, el proceso de revisión se archivó de manera definitiva en septiembre de 2002, «por no poderse proceder», en tanto el señor Tobar Fajardo no había sufragado los gastos asociados a la citación de los padres adoptivos de los niños Ramírez en los Estados Unidos de América.

El señor Tobar Fajardo contactó a su hijo, Osmín Tobar Fajardo, por la red social Facebook en 2009. A partir de entonces mantuvieron comunicación de forma cotidiana, aunque con cierta dificultad por las diferencias de idioma. En mayo de 2011, Osmín viajó por un mes a Guatemala y se reencontró con su familia biológica y, en noviembre de 2015, decidió mudarse a Guatemala, donde vive actualmente con su padre. La señora Ramírez Escobar y el señor Tobar Fajardo no han tenido contacto con J. R. desde que fue separado de la familia.

Considerandos (párrafos)

275. En el presente caso, se alega discriminación por tres motivos: 1) la situación económica de la familia, 2) el rol de género asignado a la madre de los niños y al padre de Osmín Tobar Ramírez, y 3) la orientación sexual de la abuela materna de los hermanos Ramírez (*supra* párrafo 264), todo lo cual la Corte analizará a continuación en el mismo orden.

276. Sin perjuicio de lo anterior, este Tribunal advierte que, de verificarse los distintos motivos de discriminación alegados en este caso, particularmente en el supuesto de la señora Flor de María Ramírez Escobar habrían confluído en forma interseccional distintos factores de vulnerabilidad o fuentes de discriminación asociados a su condición de madre soltera en situación de pobreza, con una madre lesbiana, ya que la discriminación experimentada por la señora Ramírez Escobar sería el resultado del actuar entrecruzado de todas las razones por las que habría sido discriminada. Al respecto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha destacado que la interseccionalidad es un concepto básico para comprender el alcance de las obligaciones generales de los Estados partes en virtud del artículo 2. La discriminación de la mujer por motivos de sexo y género está unida de manera indivisible a otros factores que afectan a la mujer [...]. La discriminación por motivos de sexo o género puede afectar a las mujeres de algunos grupos en diferente medida o forma que a los hombres. Los Estados partes deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas [así como] aprobar y poner en práctica políticas y programas para eliminar estas situaciones.

Sentencia CIDH del 20 de octubre de 2016, caso
Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde con Brasil

Hechos

Los hechos del caso¹¹ se relacionan con la Hacienda Brasil Verde, ubicada en el estado de Pará. En particular, se constató que a partir de 1988 se presentaron una serie de denuncias ante la Policía Federal y el Consejo de Defensa de los Derechos de la Persona Humana (CDDPH), por la

¹¹ Estos son los hechos tal como se resumen por la propia Corte, disponible en <https://bit.ly/3PkoTRa>.

práctica de trabajo esclavo en dicha Hacienda, y por la desaparición de dos jóvenes.

En 1996, el Grupo Móvil de Fiscalización del Ministerio del Trabajo (MPT) fiscalizó la Hacienda y determinó la existencia de irregularidades como la falta de registro de los empleados y, condiciones contrarias a las disposiciones laborales. En 1997, dos trabajadores declararon ante la Policía Federal de Pará haber trabajado y escapado de la Hacienda. El primero manifestó que un «gato» lo había contratado y que, al llegar a la Hacienda, ya debía dinero por hospedaje y utensilios. Ambos declararon que los trabajadores eran amenazados de muerte en caso de denuncia o fuga, y que eran escondidos durante las fiscalizaciones. Con base en ello, el Grupo Móvil realizó una nueva fiscalización y concluyó que: i) los trabajadores se encontraban albergados en cobertizos cubiertos de plástico y paja con una «total falta de higiene»; ii) varios trabajadores eran portadores de enfermedades de la piel, no recibían atención médica y el agua no era apta para el consumo; iii) todos los trabajadores habían sufrido amenazas, inclusive con armas de fuego, y iv) los trabajadores declararon no poder salir de la Hacienda. Asimismo, comprobó la práctica de esconderlos. Se encontraron 81 personas.

Consecuentemente, el Ministerio Público Federal (MPF) presentó una denuncia contra el «gato» y el gerente de la Hacienda, por los delitos de trabajo esclavo, atentado contra la libertad del trabajo y tráfico de trabajadores; y contra el propietario del inmueble rural por frustrar derechos laborales.

En 2000, el «gato» conocido como «Meladinho» reclutó a trabajadores en el Municipio de Barras, Piauí, para trabajar en la Hacienda Brasil Verde, ofreciéndoles un buen salario e incluso un adelanto. Además, les ofreció transporte, alimentación y alojamiento durante su estadía en la hacienda. Para llegar a la Hacienda, los trabajadores tuvieron que viajar durante varios días en bus, tren y camión. Respecto del tren, describieron que compartieron el espacio con animales. Además, tuvieron que alojarse en un hotel, con el cual quedaron endeudados. Cuando llegaron a la Hacienda, los trabajadores se percataron de que lo ofrecido no era cierto, además les obligaron a entregar sus cédulas de trabajo (CTPS) y a firmar documentos en blanco, práctica conocida en virtud de anteriores inspecciones.

En la Hacienda dormían en ranchos sin electricidad, camas ni armarios. El techo era de lona, lo que generaba la entrada de agua. En los ran-

chos dormían decenas de trabajadores, en hamacas o redes. El sanitario y la ducha se encontraban en muy mal estado, afuera del rancho entre la vegetación, y no contaba con paredes ni techo. Además, producto de la suciedad de los baños, algunos preferían hacer sus necesidades corporales en la vegetación y bañarse en una quebrada, o no bañarse. La alimentación era insuficiente, repetitiva, de mala calidad y descontada de sus salarios. La rutina diaria de trabajo era de 12 horas o más, con un descanso de media hora para almorzar y solamente un día libre a la semana. En virtud de esas condiciones, los trabajadores se enfermaban con regularidad, sin embargo, no se les daba atención médica. Además, para recibir el salario debían cumplir con una meta de producción, la cual era difícil de alcanzar, por lo que algunos no recibían pago por sus servicios. Las labores las realizaban bajo órdenes, amenazas y vigilancia armada. Lo anterior, les generaba deseo de huir, sin embargo, la vigilancia, la carencia de salario, la ubicación aislada de la hacienda y su alrededor con la presencia de animales salvajes, lo impedía.

En marzo de 2000, luego de haber sido maltratados física y verbalmente, dos jóvenes lograron escapar y caminaron por días hasta llegar a la Policía Federal de Marabá. Allí el funcionario no les ofreció ayuda debido al asueto por carnaval. Días después fueron orientados a acudir a la Comisión Pastoral de la Tierra (CPT) de Marabá. El agente policial contactó al Ministerio del Trabajo, el cual organizó posteriormente una inspección a la Hacienda, en compañía de la Policía Federal.

Durante la inspección, entrevistaron a los trabajadores, quienes manifestaron su «decisión unánime de salir». Los inspectores del Ministerio del Trabajo obligaron a un encargado de la hacienda a pagar los montos indemnizatorios laborales para finiquitar los contratos laborales y a regresar las cédulas de trabajo. El informe de la fiscalización señaló que había 82 personas trabajadores en situación de esclavitud.

Tras dicha fiscalización se presentó una acción civil pública ante la Justicia del Trabajo, contra el propietario, destacándose que podía concluirse que: i) la Hacienda Brasil Verde mantenía a los trabajadores en un sistema de cárcel privada; ii) quedaba caracterizado el trabajo en régimen de esclavitud, y iii) la situación se agravaba al tratarse de trabajadores rurales, analfabetos y sin ninguna ilustración, quienes habían sido sometidos a condiciones de vida degradantes. En julio de 2000 se llevó a cabo la audiencia, durante la cual el acusado se comprometió a no emplear a trabajadores en régimen de esclavitud y a mejorar las cuatro

condiciones de estancia bajo pena de multa. En agosto del mismo año el procedimiento fue archivado.

Considerandos (párrafos)

334. Con respecto a la discriminación estructural, la Corte hace notar la inclusión de la alegada violación del artículo 24 de la Convención (Igualdad ante la Ley) en el escrito de alegatos finales de los representantes, sin que hayan presentado algún alegato o explicación para esa inclusión y cambio de postura. En ese sentido, la Corte recuerda que mientras que la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar «sin discriminación» los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a «igual protección de la ley». Es decir, el artículo 24 de la Convención Americana prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no solo en cuanto a los derechos contenidos en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana en relación con las categorías protegidas por el artículo 1.1 de la Convención.

335. Por otro lado, en relación con el artículo 1.1 de la Convención, la Corte ha establecido que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, y dispone la obligación de los Estados Parte de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidas «sin discriminación alguna». Es decir, cualquiera que sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Al respecto, la Corte destaca que, a diferencia de otros tratados de derechos humanos, la «posición

económica» de la persona es una de las causales de discriminación prohibidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana.

336. La Corte ha señalado que «los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto». Los Estados están obligados «a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto de actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias».

337. La Corte se ha pronunciado en el sentido de establecer que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la extrema pobreza o marginación.

338. La Corte estima que el Estado incurre en responsabilidad internacional en aquellos casos en que, habiendo discriminación estructural, no adopta medidas específicas respecto a la situación particular de victimización en que se concreta la vulnerabilidad sobre un círculo de personas individualizadas. La propia victimización de estas demuestra su particular vulnerabilidad, lo que demanda una acción de protección también particular, que en el caso de las personas reclutadas en la Hacienda Brasil Verde se ha omitido.

339. La Corte constata, en el presente caso, algunas características de particular victimización compartidas por los 85 trabajadores rescatados el 15 de marzo de 2000: se encontraban en una situación de pobreza; provenían de las regiones más pobres del país, con menor desarrollo humano y perspectivas de trabajo y empleo; eran analfabetas, y tenían poca o nula escolarización (*supra* párrafo 41). Lo anterior los colocaba en una situación que los hacía más susceptibles de ser reclutados mediante falsas promesas y engaños. Dicha situación de riesgo inmediato para un grupo determinado de personas con características idénticas y originarios de las mismas regiones del país, tiene orígenes históricos y era conocida desde, al menos 1995, cuando el Gobierno de Brasil reco-

noció expresamente la existencia de «trabajo esclavo» en el país (*supra* párrafo 111).

340. De la prueba aportada al expediente se advierte la existencia de una situación basada en la posición económica de las víctimas rescatadas el 15 de marzo de 2000 que caracterizó un trato discriminatorio. De acuerdo a varios informes de la OIT y del Ministerio de Trabajo de Brasil, «la situación de miseria del obrero es lo que le lleva espontáneamente a aceptar las condiciones de trabajo ofrecidas», toda vez que «cuanto peores las condiciones de vida, más dispuestos estarán los trabajadores a enfrentar riesgos del trabajo lejos de casa. La pobreza, en ese sentido, es el principal factor de la esclavitud contemporánea en Brasil, por aumentar la vulnerabilidad de significativa parte de la población, haciéndoles presa fácil de los reclutadores para trabajo esclavo».

341. Una vez constatada la situación anterior, la Corte estima que el Estado no consideró la vulnerabilidad de los 85 trabajadores rescatados el 15 de marzo de 2000, en virtud de la discriminación en razón de la posición económica a la que estaban sometidos. Lo anterior constituye una violación al artículo 6.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de ellos.

342. Por todo lo anterior, Brasil no demostró haber adoptado, respecto del presente caso y al momento de los hechos, las medidas específicas, conforme a las circunstancias ya conocidas de trabajadores en situación de esclavitud y de denuncias concretas contra la Hacienda Brasil Verde, para prevenir la ocurrencia de la violación al artículo 6.1 constatada en el presente caso. El Estado no actuó con prontitud dentro de las primeras horas y días luego de la denuncia de esclavitud y violencia realizada por José Francisco Furtado de Sousa y Antônio Francisco da Silva, con gran sacrificio y riesgo personal, dejando perder horas y días valiosos. En el período entre la denuncia y la inspección, el Estado no logró coordinar la participación de la Policía Federal activamente en la referida inspección, más allá de la función de protección del equipo del Ministerio del Trabajo. Todo esto demuestra que el Estado no actuó con la debida diligencia requerida para prevenir adecuadamente la forma contemporánea de esclavitud constatada en el presente caso y que no actuó como razonablemente era de esperarse de acuerdo a las circunstancias del caso para poner fin a ese tipo de violación. Este incumplimiento del deber de garantía es particularmente serio debido al contexto conocido por el Estado y a las obligaciones impuestas en virtud del artículo 6.1 de la Convención Americana y específicamente derivadas del carácter de *jus cogens* de esta prohibición.

343. En razón de todo lo expuesto, el Tribunal considera que el Estado violó el derecho a no ser sometido a esclavitud y trata de personas, en violación del artículo 6.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1, 3, 5, 7, 11 y 22 del mismo instrumento, en perjuicio de los 85 trabajadores rescatados el 15 de marzo de 2000 en la Hacienda Brasil Verde, listados en el párrafo 206 de la presente Sentencia. Adicionalmente, respecto del señor Antônio Francisco da Silva esa violación ocurrió también en relación con el artículo 19 de la Convención Americana, por ser niño al momento de los hechos. Finalmente, Brasil es responsable por la violación del artículo 6.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, producida en el marco de una situación de discriminación estructural histórica en razón de la posición económica de los 85 trabajadores identificados en el párrafo 206 de la presente Sentencia.

Referencias

- Abeliuk, René (1993). *Las obligaciones. Tomo 2*. 3.^a ed. Santiago: Jurídica.
- Accatino, Daniela (2003). «La fundamentación de las sentencias: ¿Un rasgo distintivo de la judicatura moderna?». *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), 15: 9-35.
- . (2011). «Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 37: 483-511.
- Alchourrón, Carlos y Eugenio Bulygin (2002). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea.
- Alessandri Rodríguez, Arturo (2020). *De los contratos*. Santiago: Jurídica.
- Alexy, Robert (1989). *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. desde la edición alemana de 1978 por Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- . (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de la edición alemana de 1986 por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- . (1996). «Discourse theory and human rights». *Ratio Juris*, 9 (3): 209-235.
- . (1999). «The special case thesis». *Ratio Juris*, 12 (4): 374-384.
- . (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. desde la edición alemana de 1986 por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- . (2009a). *Teoría de la argumentación jurídica: La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. por Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- . (2009b). «Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad». *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 11: 3-14.
- Anderson, Terrence, David Schum y William Twining (2015). *Análisis*

- de la prueba*. 2.^a ed. Trad. desde la edición en inglés de 2005 por F. Carbonell y C. Agüero. Madrid: Marcial Pons.
- Arena, Federico (2016). «Los estereotipos normativos en la decisión judicial: Una exploración conceptual». *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), 29 (4): 51-75.
- . (2019a). «Algunos criterios metodológicos para evaluar la relevancia jurídica de los estereotipos». En Valentina Risso y Sofía Pezzano (editoras), *Derecho y Control. Tomo 2*, (pp. 11-44). Buenos Aires: Ferreyra.
- . (2019b). «Estadísticas, estereotipos y grupos desfavorecidos: Algunos límites del apoyo estadístico a los estereotipos». *Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba*, 17: 553-579.
- Atienza, Manuel (2005). *Las razones del derecho: Teorías de la argumentación jurídica*. México: UNAM.
- . (2015). *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta.
- Atria, Fernando (2004). «Jurisdicción e independencia judicial: El poder judicial como poder nulo». *Revista de Estudios de la Justicia*, 5: 119-141.
- . (2007). «La improbabilidad de la jurisdicción». En Fernando Atria y Javier Couso (eds.), *La judicatura como organización* (pp. 33-54). Santiago: Expansiva/IEJ.
- . (2016). *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- Atria, Fernando, Eugenio Bulygin, Juan José Moreso, Pablo Navarro, Jorge Rodríguez y Juan Ruiz Mañero (2005). *Las lagunas en el derecho: Una controversia sobre el derecho y la función judicial*. Madrid: Marcial Pons.
- Barranco, María del Carmen (2004). *Derechos y decisiones interpretativas*. Madrid: Marcial Pons.
- Bobbio, Norberto (1961). «Il positivismo giuridico». *Rivista di Filosofia*, 52: 14-34.
- . (1980). «Sobre los criterios para resolver las antinomias». En A. Ruíz Miguel (editor), *Contribución a la teoría del derecho* (pp. 349-364). Valencia: Fernando Torres.
- Bordalí, Andrés (2008). «La doctrina de la separación de poderes y el poder judicial chileno». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 30: 185-219.
- . (2009). «Organización judicial en el derecho chileno: Un poder fragmentado», *Revista Chilena de Derecho*, 36 (2): 215-244.

- Bulygin, Eugenio (2003). «Los jueces ¿crean derecho?». *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 18: 7-26.
- Bulygin, Eugenio y Carlos E. Alchourrón (1995). «Limits of logic and legal reasoning». En Carlos Bernal, Carla Huerta, Tecla Mazaresse, Jose Juan Moreso, Pablo E. Navarro y Stanley L. Paulsen (editores), *Essays in legal philosophy* (pp. 252-271). Oxford: Oxford University Press.
- Caracciolo, Ricardo (2009). *El derecho desde la filosofía*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Carbonell, Flavia (2016). «La argumentación consecuencialista en la aplicación judicial del derecho». En A. Martínez (coord.), *La constitución como objeto de interpretación* (pp. 1-49). México: Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.
- . (2021). «La regla del estándar de prueba como engranaje de los sistemas procesales. “Sobre Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso”, de Jordi Ferrer Beltrán». *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 9 (1): 246-258.
- Carbonell, Flavia y Raúl Letelier (2011). «Principios jurídicos e interpretación democrática del derecho». En Flavia Carbonell, Raúl Letelier y Rodrigo Coloma (coordinadores), *Principios jurídicos: Análisis y crítica* (pp. 155-183). Santiago: Legal Publishing.
- . (2020). «Debido proceso y garantías jurisdiccionales». En Pablo Contreras y Constanza Salgado (editores), *Derechos fundamentales: Parte especial* (pp. 345-378). Santiago: Tirant lo Blanch.
- Carrió, Genaro (1970). *Principios jurídicos y positivismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Chiassoni, Pierluigi (2011). *Técnica de interpretación jurídica: Breviario para juristas*. Trad. desde la edición italiana por Pau Luque Sánchez y Maribel Narváez Mora. Madrid: Marcial Pons.
- Colin, Ambrosio y Henry Capitant (1951). *Curso elemental de Derecho Civil. Tomo 3*. 3.^a ed. Madrid: Instituto Editorial Reus.
- Colombo, Juan (2004). *La competencia*. Santiago: Jurídica.
- Comanducci, Paolo (1999). *Razonamiento jurídico: Elementos para un modelo*. Trad. desde la edición italiana por Pablo Larrañaga. México: Fontamara.
- Cook, Rebecca y Simone Cusack (2010). *Gender stereotyping: Transnational legal perspectives*. Filadelfia: University of Pennsylvania Press.

- Copi, Irving y Carl Cohen (2013). *Introducción a la lógica*. 2.^a ed. Trad. desde la edición en inglés por Jorge A. Rangel y Rodrigo Munguía. México: Limusa.
- Corral Talciani, Hernán (2013). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Jurídica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos número 14: Igualdad y no Discriminación*. Disponible en <https://bit.ly/3yAcfJU>.
- Ducci, Carlos (1997). *Interpretación jurídica en general y en la dogmática chilena*. Santiago: Jurídica.
- Ducci Claro, Carlos (2006). *Interpretación jurídica*. 3.^a ed. Santiago: Jurídica.
- Dworkin, Ronald (1963). «Judicial discretion». *The Journal of Philosophy*, 60 (21): 624-638.
- . (1967). «The model of rules». *University of Chicago Law Review*, 35: 14-46.
- . (1972). «Social rules and legal theory». *The Yale Law Journal*, 81: 855-889.
- . (2002). *Los derechos en serio*. Trad. desde la edición en inglés por Marta Guastavino. Barcelona: Ariel.
- Esteve Pardo, José (2020). *Hay jueces en Berlín: Un cuento sobre el control judicial del poder*. Madrid: Marcial Pons.
- Ezquiaga, Francisco J. (1994). «Argumentos interpretativos y el postulado del legislador racional». *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 1: 69-98.
- . (1999). *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Ferrajoli, Luigi (1966). «Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa». *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1: 290-304.
- . (1995). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Trad. desde la edición italiana por Perfecto A. Ibáñez, Alfonso Ruiz, Juan C. Bayón, Juan Terradillos y Rocío Cantarero. Madrid: Trotta.
- (1997). *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Ferrer, Jordi (2002). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- . (2021). *Prueba sin convicción: Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons.

- Ferrer Beltrán, Jordi (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- García Amado, Juan Antonio (1986). «Del método jurídico a las teorías de la argumentación». *Anuario de Filosofía del Derecho*, 3: 151-182.
- . (2004). «El argumento teleológico: Las consecuencias y los principios». En R. Zuluaga (editor), *Interpretar y argumentar: Nuevas perspectivas para el derecho*, (pp. 13-27). Medellín: Librería Jurídica Sánchez.
- García Amado, Juan Antonio (2006). «¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?». *Isegoría, Revista de Filosofía Moral y Política*, 35: 151-172.
- . (2009). «El juicio de ponderación y sus partes: Una crítica». En Ricardo García Manrique (coordinador), *Derechos sociales y ponderación* (pp. 249-332). México: Fontamara.
- Gascón, Marina (1993). *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid: Tecnos.
- . (2004). *Los hechos en el derecho: Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- González Lagier, Daniel (2003). «Hechos y argumentos II». *Jueces para la democracia*, 47: 35-50.
- . (2005). *Quaestio Facti: Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*. Lima y Bogotá: Palestra/Temis.
- Grice, H. Paul (1969). «Utterer's meaning and intentions». *The Philosophical Review*, 68: 147-177.
- . (1975). «Logic and conversation». En Peter Cole y Jerry L. Morgan (editores), *Syntax and semantics: Speech acts* (pp. 41-58). Nueva York: Academic Press.
- Groarke, Leo (1992). «In defense of deductivism: Replying to Govier». En F. H. van Eemeren, R. Grootendorst, J. A. Blair y C. W. Willard (editores), *Argumentation illuminated* (pp. 113-121). Ámsterdam: SicSat.
- . (1995). «What pragma-dialectics can learn from deductivism and what deductivism can learn from pragma-dialectics». En F. H. van Eemeren, R. Grootendorst, J. A. Blair y C. W. Willard (editores), *Proceedings of the third ISSA conference on argumentation. Vol. 2 Analysis and evaluation* (pp. 1.138-1.145). Ámsterdam: SicSat.
- Guastini, Riccardo (1997). «Enunciati interpretativi». *Ars Interpretandi*, 2: 34-40.

- . (1999a). «Antinomias y lagunas». Trad. por Miguel Carbonell. *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 29: 437-450.
- . (1999b). *¿Especificidad de la interpretación constitucional? Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho* (pp. 287-303). Barcelona: Gedisa.
- . (2001). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. 3.^a ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- . (2004). *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milán: Giuffrè.
- . (2006). *Il diritto come linguaggio: Lezioni*. 2.^a ed. Turín: Giappichelli.
- . (2011). *Interpretare e argomentare*. Milán: Giuffrè.
- . (2014). *Interpretar y argumentar*. Trad. de la edición italiana por Silvana Álvarez Medina. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- . (2015). «La interpretación de la constitución». En Jorge Luis Fabra Zamora y Álvaro Núñez Vaquero (coordinadores), *Enciclopedia y Teoría del Derecho. Vol. 3* (pp. 2.011-2.086). México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Guzmán Brito, Alejandro (1981). «El significado histórico de las expresiones “equidad natural” y “principios de equidad” en el derecho chileno». *Revista de Ciencias Sociales*, 18-19: 111-143.
- . (1992). «La historia dogmática de las normas sobre interpretación recibidas por el Código Civil de Chile». En *Interpretación, integración y razonamiento jurídicos* (pp. 41-87), Conferencias y ponencias presentadas en el Congreso realizado en Santiago y Viña del Mar entre el 23 y 25 de mayo de 1991. Santiago: Jurídica.
- . (2011). *Las reglas del «Código Civil» de Chile sobre interpretación de las leyes*. 2.^a ed. Santiago: Abeledo Perrot, Legal Publishing.
- Habermas, Jürgen (2007). *Verdad y justificación. Ensayos filosóficos*. Madrid: Trotta.
- Hart, Herbert L. A. (1977). «American jurisprudence through english eyes: The nightmare and the noble dream». *Georgia Law Review*, 11 (5): 969-989.
- Hoffmaster, Barry (1982). «Judicial discretion». *Law and Philosophy*, 1: 21-55.
- Iglesias, Marisa (1999). *El problema de la discrecionalidad judicial: Una aproximación al conocimiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Iturralde, Victoria (1991). «Sobre el silogismo judicial». *Anuario de Filosofía del Derecho*, 8: 239-272.
- Jørgensen, Jørgen (1937). «Imperatives and logic». *Erkenntnis*, 7: 288-296.
- Laporta, Francisco (2007). *El imperio de la ley: Una visión actual*. Madrid: Trotta.
- Larroucau, Jorge Andrés (2012). «Hacia un estándar de prueba civil». *Revista Chilena de Derecho*, 39 (3): 783-808.
- Leiter, Brian (2001). «Legal realism and legal positivism reconsidered». *Ethics*, 111: 278-301.
- . (2013). «Legal realisms, old and new». *Valparaiso University Law Review*, 47 (7): 949-963.
- Letelier, Raúl (2018). «El precio del *statu quo*: Sobre el estándar probatorio en las sanciones administrativas». *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), 31 (1): 209-229.
- López Santa María, Jorge (1998). *Los contratos. Parte General. Tomo 1. 2.^a ed.* Santiago: Jurídica.
- . (2010). *Los contratos: Parte General. 5.^a ed.* Santiago: Abeledo Perrot.
- MacCormick, Neil (1992). «Legal deduction, legal predicates and expert systems». *International Journal for the Semiotics of Law*, 5: 181-202.
- . (2003). *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon.
- . (2005). *Rhetoric and the rule of law: A theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University Press.
- . (2007). «La argumentación silogística: Una defensa matizada». *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30: 321-334.
- . (2018). *Razonamiento jurídico y teoría del derecho*. Lima: Palestra.
- MacCormick, Neil y Ota Weinberger (1986). *An institutional theory of law*. Dordrecht: D. Reidel.
- Meza Barros, Ramón (2018). *Manual de Derecho Civil: De las fuentes de las obligaciones. Tomo 1. 9.^a ed.* Santiago: Jurídica.
- Neumann, Franz L. (1986). *The rule of law: Political theory and the legal system in modern society*. Oxford: Berg Publishers.
- Nino, Carlos S. (1985). *La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Perelman, Chaïm (1945). *De la justice*. Bruselas: Université Libre de Bruxelles.
- . (1964). *De la justicia*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

- Perelman, Chaïm y Lucie Olbrechts-Tyteca (2000). *Tratado de la argumentación: La nueva retórica*. Madrid: Gredos.
- Pollock, John L. (1987). «Defeasible reasoning». *Cognitive Science*, 11: 481-518.
- Pothier, Robert J. (2019). *Tratado de los contratos*. Santiago: Ediciones Olejnik.
- Prieto Sanchís, Luis (1991). «Notas sobre la interpretación constitucional». *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 9: 175-198.
- . (1992). *Sobre principios y normas: Problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- . (1998). *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson.
- Putnam, Hilary (2002). *The collapse of the fact/value dichotomy and other essays*. Cambridge: Harvard University Press.
- Putman, Hilary y Jürgen Habermas (2008). *Normas y valores*. Madrid: Trotta.
- Real Academia Española (2021). *Diccionario de la Lengua Española*, 23.^a ed. Disponible en <https://dle.rae.es>.
- Reichenbach, Hans (1938). *Experience and prediction*. Chicago: University of Chicago Press.
- Rodríguez Grez, Pablo (1994). *Instituciones de derecho sucesorio: Pérdida, defensa y pago de las asignaciones. Ejecutores testamentarios. Partición. Vol. 1*. Santiago: Jurídica.
- Ross, Alf (2006). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba.
- Ruiz Manero, Juan y Ulises Schmill (2018). *El juez y las lagunas del derecho*. Colección: Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. México: Fontanamara.
- Savigny, Friedrich (2005). «Libro I, Capítulo IV». En *Sistema del derecho romano actual*. Granada: Comares.
- Schauer, Frederick (2003). *Profiles, probabilities and stereotypes*. Cambridge: Harvard University Press.
- Searle, John (1969). *Speech acts: An essay in the philosophy of language*. Cambridge: Cambridge University Press.
- . (1979). *Expression and meaning. Studies in the theory of speech acts*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación de la Corte Suprema (2019). *Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias*. Santiago: Poder Judicial.

- Shapiro, Scott (2011). *Legality*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Snoeck-Henkemans, A. Francisca (2003). «Complex argumentation in a critical discussion». *Argumentation*, 17: 405-419.
- Squella, Agustín (2002). *Introducción al derecho*. Santiago: Jurídica.
- . (2011). *Introducción al Derecho. Nueva versión actualizada y ampliada*. Santiago: Jurídica.
- Tarello, Giovanni (1980). *L'interpretazione della legge*. Milán: Giuffrè.
- . (2013). *La interpretación de la ley*. Trad. de la edición italiana por Diego Dei Vecchi. Lima: Palestra.
- Toulmin, Stephen (2003). *The uses of argument*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Van Eemeren, Frans H. (2010). *Strategic maneuvering in argumentative discourse: Extending the pragma-dialectical theory of argumentation*. Ámsterdam: John Benjamins.
- Van Eemeren, Frans H. y Rob Grootendorst (1984). *Speech acts in argumentative discussions: A theoretical model for the analysis of discussions directed towards solving conflicts of opinion*. Dordrecht y Berlín: De Gruyter.
- . (1992). *Argumentation, communication and fallacies. A pragma-dialectical perspective*. Londres: Routledge.
- . (2011). *Una teoría sistemática de la argumentación*. Trad. de la edición en inglés de 2004 por Celso López y Ana María Vicuña. Buenos Aires: Biblos.
- Van Eemeren, Frans H., Rob Grootendorst, Sally Jackson y Scott Jacobs (1993). *Reconstructing argumentative discourse*. Tuscaloosa: University of Alabama Press.
- Vega Reñón, Luis (2007). *Si de argumentar se trata*. 2.^a ed. Barcelona: Montesinos.
- Vega Reñón, Luis y Paula Olmos (2011). *Compendio de lógica, argumentación y retórica*. Madrid: Trotta.
- Vergengo, Roberto (1977). *La interpretación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Vial del Río, Víctor (2006). *Teoría general del acto jurídico*. 5.^a ed. Santiago: Jurídica.
- Wasserstrom, Richard A. (1961). *The judicial decision. Toward a theory of legal justification*. Stanford: Stanford University Press.

- Weinberger, Ota (1999). «Logical analysis in the realm of the law». En G. Meggle (editor), *Actions, norms, values. Discussions with Georg Henrik von Wright* (pp. 91-304). Berlín: De Gruyter.
- Wellman, Vincent A. (1985). «Practical reasoning and judicial justification: Toward an adequate theory». *University of Colorado Law Review*, 57: 45-115.
- Wróblewski, Jerzy (1969). «Legal reasoning in legal interpretation». *Logique et Analyse*, 12 (45): 3-31.
- . (1971). «Legal decision and its justification». *Logique et Analyse*, 14 (53 y 54): 409-419.
- . (1974). «Legal syllogism and rationality of judicial decision». *Rechtstheorie*, 14 (5): 33-46.
- . (1988). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas.
- . (1989). *Sentido y hecho en el derecho*. San Sebastián: Servicio Editorial País Vasco.
- . (1992). *The judicial application of the law*. Dordrecht: Kluwer.
- Zota-Bernal, Andrea C. (2015). «Incorporación del análisis interseccional en las sentencias de la Corte IDH sobre grupos vulnerables, su articulación con la interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos». *Eunomía, Revista En Cultura De La Legalidad*, 9: 67-85.

Interpretación, argumentación y razonamiento judicial
de Flavia Carbonell Bellolio, Constanza Ihnen Jory
y David Quintero Fuentes



Academia Judicial de Chile
Colección Materiales Docentes



Como parte del equipo de Tipografía,
trabajaron en este libro: Beatriz Burgos,
Constanza Valenzuela y Marco Antonio Coloma

