

## TEORÍA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Sesiones: 3 semanales  
Posición: A partir del segundo semestre

### DESCRIPCIÓN GENERAL DEL CURSO

El curso trata de la argumentación jurídica y su lugar principal de manifestación institucional, es decir, la función judicial. El programa descrito con detalle más abajo comienza considerando el fenómeno de la toma de decisiones en contextos institucionales, todavía no específicamente jurídicos. Luego se mueve a considerar los aspectos característicos del derecho como sistema institucionalizado, para considerar en tercer término la descripción de la posición del juez en el derecho contemporáneo. Habiendo caracterizado esa función, el curso gira hacia las formas argumentativas propiamente jurídicas, en especial las formas diversas de justificación interna y externa de las decisiones judiciales. Para eso se hace detallada referencia tanto a los modos de argumentación propios del derecho (precedente, dogmática jurídica, etc) como al modo en que las reglas jurídicamente válidas (legislación, costumbre, etc) aparecen en la justificación de las decisiones de aplicación. El curso termina considerando el fenómeno contemporáneo de la 'vulgarización' en el derecho chileno.

A lo largo del curso, se dará especial énfasis a la naturaleza institucional del derecho, y al problema de dar en ese contexto un lugar relevante a la forma que evite lo que peyorativamente se denomina 'formalismo'.

En general, la perspectiva que se adoptará en el curso está reflejada en el manuscrito *La Forma del Derecho*, que se pondrá a disposición de los estudiantes (este texto será discutido en partes específicas del curso, como se indica en el presente programa. Sin embargo, puede ser una buena idea hacer una lectura preliminar de él al inicio del mismo, con lo cual el estudiante podrá apreciar – y, en consecuencia, evaluar – las consecuencias de los problemas y las soluciones sugeridas discutidas en los capítulos iniciales del curso). Sobre este manuscrito, es importante hacer dos salvedades: la primera es que es un borrador, es decir, un material que todavía no se encuentra en su estado definitivo. No es, por supuesto, un primer borrador, sino un borrador que ya se encuentra en las etapas finales de elaboración. Por eso puede ser utilizado por los estudiantes. Sin embargo, por avanzado que sea, el hecho de que sea un borrador implica que no es todavía definitivo, y por eso se solicita especialmente a los estudiantes que no lo difundan entre personas que no participan del curso. La segunda observación es que ese borrador discute el problema del curso (y otros relacionados) sin ánimo de hacer una exposición completa de las visiones alternativas. Por eso, aunque el material ayudará a los estudiantes del curso, en ningún sentido debe entenderse que el contenido de ese material es requerido en el sentido de que el estudiante que no concuerde con él será evaluado negativamente.

## EVALUACIÓN

Las evaluaciones serán rendidas conforme a lo dispuesto por la dirección de escuela

## ASISTENCIA

El curso no contempla entre sus requisitos reglamentarios de aprobación la asistencia a clases.

## CONTENIDO DEL CURSO

### CAPÍTULO I: RAZONAMIENTO PRÁCTICO EN CONTEXTOS INSTITUCIONALIZADOS

#### A Descripción general

En esta primera parte del curso el objetivo es introducir al alumno al problema del discurso práctico en contextos institucionalizados. Para eso estudia contextos institucionales (el derecho, los juegos, etc) y compararlos con contextos no institucionales. Eso explica la introducción de los textos de Rawls y Searle, con el objeto de mostrar que (algunas de) las características interesantes de la función judicial no se derivan del hecho de que sea un órgano jurídico, sino institucional.

Dado que el centro del análisis en este capítulo es el aspecto institucional del derecho y el modo en que éste afecta el razonamiento jurídico, la superposición de temas y de lecturas entre este capítulo y las materias estudiadas en el curso de Sistema Jurídico es a veces considerable. Sin embargo, debe tenerse presente que esto no es simple repetición, porque ahora lo que nos interesará no es la correcta comprensión del derecho como sistema institucional, sino las consecuencias de esa comprensión (que ya puede darse por conocida) para el razonamiento jurídico.

Lo anterior lleva a la consideración de la forma y el razonamiento formal en el derecho, como una cuestión característicamente institucional. La cuestión de cuán conveniente es una razonamiento jurídico más o menos formal (tema sobre el cual se volverá hacia el final, al discutir el problema de la vulgarización del derecho) es una cuestión en la que los valores específicos que el derecho sirve son más relevantes.

#### B Contenido detallado

- 1 Instituciones y hechos institucionales
  - a Dos conceptos de regla.  
*Lectura obligatoria:* Rawls, 1955a, y la fe de erratas de la traducción. Si puede hacerlo, es preferible leer el texto de Rawls en su versión original en inglés Rawls, 1955b.
  - b Reglas constitutivas y regulativas.  
*Lectura obligatoria:* Searle, 1997: 55-68, 81-86.
- 2 Forma y sustancia  
*Lectura obligatoria:* Atiyah, 1984.
- 3 Instituciones jurídicas y formalismo
  - a Ventajas y desventajas de la forma jurídica.  
*Lectura obligatoria:* Ihering, 1852-1865: 640-664.
  - b La forma del derecho occidental.

*Lectura obligatoria:* Weber, 1964.

c Diversos tipos de forma.

*Lectura obligatoria:* Zimmermann, 1990: 79-80.

## C Clases

### Clase N°1: Instituciones y hechos institucionales

*Lecturas de Rawls y Searle*

CONTENIDO: La distinción rawlsiana entre dos conceptos de regla: diferencia entre justificar una práctica y justificar una acción bajo la práctica. Reemplazando las referencias de Rawls al “principio utilitarista” por “argumentación práctica general” y “reglas de la práctica” por “argumentación jurídica” puede apreciarse la forma en que el argumento puede ser utilizado para responder la pregunta central del curso.

Algunas conclusiones del argumento rawlsiano. ¿Por qué la distinción, según Rawls, es aplicable más naturalmente a contextos jurídicos y para-jurídicos que morales? Una manera de responder: porque la moral es un sistema estático y el derecho un sistema dinámico. Un sistema estático no puede romper la transitividad de la justificación, y no puede haber nada como una práctica rawlsiana si no se rompe la transitividad. La transitividad sólo puede ser quebrada cuando la existencia (validez) de una norma no se sigue inmediatamente del hecho de que, desde el punto de vista de la norma superior, hay razones para que exista.

### Clase N°2: Forma y substancia (1)

*Lectura de Atiyah*

CONTENIDO: Distinción entre forma y substancia, a propósito del caso de los contratos. La razón substantiva por la que el derecho reconoce la validez de ciertos acuerdos no es institucionalmente operativa, y por eso el derecho debe recurrir a criterios formales: todos los acuerdos que cumplan esos criterios formales son reconocidos como contratos válidos, los acuerdos que no cumplan esos requisitos son contratos nulos. La configuración de los requisitos formales hace posible, sin embargo (aunque, si la forma está bien diseñada, improbable) que los criterios formales arrojen resultados incorrectos, es decir, resultados en que concurren las razones de substancia para reconocer el contrato pero no las de forma (son falsos negativos) o que no concurren las razones de substancia pero concurren las de forma (falsos positivos). La formalidad del derecho supone que en estos casos ha de seguirse lo indicado por las razones formales.

### Clase N°3: Forma y substancia (2)

*Continuación*

CONTENIDO: Continúa la discusión de la distinción entre forma y substancia. La forma como “hermana gemela” de la libertad (Ihering): en el derecho la formalidad implica el desplazamiento de las cuestiones substantivas hacia la persona, el procedimiento o el momento adecuado para resolverlo: son las partes, por ejemplo, las que deciden si su intercambio es equitativo, y el derecho (=el juez en el juicio de validez o nulidad del contrato) respeta la decisión de las partes. La decisión de las partes aparece ante el juez, entonces, como una razón excluyente (Raz) para decidir que el intercambio entre ellas es equitativo. Esto supone, sin embargo, que las partes pudieron discutir las condiciones de su intercambio. Y es este supuesto el que cada vez es visto con más escepticismo: si el contrato no fue negociado, sino una de las partes se vio forzado a celebrarlo, entonces el argumento para excluir de la consideración del juez la equitatividad del intercambio es débil, porque ahora esa exclusión no es respeto por la autonomía de las partes, sino es opresión del débil. Éste es el argumento que lleva a la creación del derecho del trabajo, en el cual el contrato no puede contener ciertos términos a pesar de que las partes hayan estado de acuerdo. Explicándolo de modo más abstracto: un supuesto del razonamiento formal es que aquellas cuestiones que son excluidas por una razón formal fueron o serán discutidas por otras personas, en otro momento o a través de otro procedimiento. Si no es razonable entender que hubo o habrá una oportunidad para que esas cuestiones sean consideradas, entonces el razonamiento formal es irracional.

### Clase N°4: Morfología de la forma

*Lectura de Ihering.* Quienes deseen profundizar sobre el problema de la inconsistencia del *Informe Rettig*, discutido en esta clase, pueden ver Atria, “La hora del derecho”.

CONTENIDO: “Nada hay de pasmoso que el juicio del ignorante se muestre tan hostil al formalismo”. Esta clase discute esta idea: los defectos de la forma son evidentes en el caso en que se producen, pero sus virtudes son ocultas. Una de las razones que hace a los defectos de la forma más insoportables es el hecho de que fallen los supuestos de la forma: que las razones de sustancia excluidas hayan sido o vayan a ser consideradas por otra persona, en otro momento o en otro procedimiento. Ejemplo del derecho laboral (el trabajador no está en

condiciones de negociar el contenido de su contrato, por lo que reconocer el valor formal definitivo de la forma contractual en este caso no es proteger la libertad y autonomía de las partes, sino un caso de opresión del trabajador). Caso del informe Rettig y sus acusaciones contradictorias respecto del desempeño del poder judicial en general y de la Corte Suprema en particular durante el terror.

### Clase N°5: El valor de la forma

*Lecturas de Weber y Zimmermann. Sobre la "paradoja" de Nino, véase Nino, El Constructivismo Ético (Madrid: CEC, 1989) (no disponible en formato digital); adicionalmente, véanse las pp. 417ss de Roca, Derecho y Razonamiento Práctico en CS Nino (aunque la discusión de Roca no es particularmente útil a los efectos del curso).*

CONTENIDO: La denominada "paradoja de la superfluidad del derecho" (Nino). Un intento de respuesta: escepticismo moral; disolución de la paradoja: el derecho provee un fundamento autónomo de las razones substantivas para determinar qué es lo que nos debemos recíprocamente. El derecho como resultado de la deliberación: El derecho es creado mediante procedimientos que pretenden identificar del modo más certero posible lo que es correcto con independencia del derecho (es decir, lo que es justo), pero la identificación de una norma como jurídica no depende de su corrección. Analogía con el problema de la cosa juzgada y la cláusula alternativa tácita: el derecho impone al juez el deber de fallar de acuerdo a la ley, pero la sentencia es válida aun cuando sea dictada con infracción de esos deberes. Fin del Capítulo 1.

## CAPÍTULO II: DISCRECIÓN EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO

### A Descripción general

En este capítulo estudiaremos el problema de la discreción en la aplicación del derecho y el problema de la respuesta correcta. Esta es la discusión que se manifiesta luego en el escepticismo sobre la posibilidad de distinguir entre legislación y jurisdicción, que será el tema del capítulo 3. La distinción entre capítulo 2 y capítulo 3 es, entonces, bastante arbitraria, y dictada sólo por conveniencia de exposición. De acuerdo a una teoría como la de H L A Hart, es posible distinguir casos claros de casos difíciles. En los primeros la aplicación de las reglas relevantes al caso es mecánica en el sentido de que no requiere del funcionario que decide una decisión no previamente contenida en la regla. En los segundos, se trata de situaciones que no son definitivamente solucionadas por las reglas positivas y como consecuencia el juez, que por el principio de inexcusabilidad está obligado a decidirlo de todas maneras, tiene discreción. Dworkin objeta al uso del concepto "discreción" que hace Hart y alega que los jueces nunca (o casi nunca) tienen discreción porque siempre (o casi siempre) hay una respuesta correcta para el caso. Esta tesis dworkiniana ha sido intensamente debatida en las últimas décadas y será estudiada con cierto detalle en esta parte del curso.

La discusión sobre la discreción judicial es continuada el texto Lagunas en el Derecho, de Atria, Bulygin, Moreso, Navarro, Rodríguez y Ruiz-Manero. Este texto no es sólo un conjunto de artículos: surgió de una discusión entre Atria y Bulygin sobre las lagunas y la discreción judicial, controversia a la que luego otros autores fueron invitados a sumarse. Aunque el nivel de profundidad de la discusión hace a ese material inadecuado para un curso de primera año, una buena manera de apreciar las diversas cuestiones involucradas y desarrollar la comprensión del tema es leer al menos algunos de los capítulos de esta controversia. Por eso ellos se indican al final de este capítulo como lectura sugerida.

### B Contenido detallado

- 1 Formalismo y escepticismo.  
*Lecturas obligatorias: Hart, 1963: cap. 7.*

- 2 La vía media: textura abierta.  
*Lectura obligatoria:* Atria, 1999.
- 3 Sentidos de “discreción”.  
*Lectura obligatoria:* Dworkin, 1984.
- 4 La tesis de la respuesta correcta.  
*Lectura obligatoria:* Dworkin, 2004.
- 5 Lagunas en el derecho y función judicial.  
*Lecturas sugeridas:* Atria, 2005c, Bulygin, 2005a, Atria, 2005a y Bulygin, 2005b. Estos textos forman parte de un intercambio sobre el tema, y por eso deben leerse en el orden indicado.

## C Clases

### Clase N°6: Discreción en la aplicación del derecho: Hart y la idea de textura abierta

*Lectura de Hart* (cap. VII).

CONTENIDO: Inicio del capítulo 2. El problema de la discreción judicial. Por qué la discreción judicial es un problema para una teoría del derecho moderno. Una teoría de la discreción judicial debe evitar dos extremos: el formalismo (la idea de que la función judicial se reduce a la aplicación “mecánica” de reglas generales a casos particulares) y el escepticismo (la idea de que las reglas nunca obligan al juez a fallar en un sentido u otro). La solución positivista ha sido distinguir casos “claros” de casos “difíciles”. Mientras en los primeros las reglas serían suficientes para decidir el caso (y opio consiguiente la función del juez se reduciría a aplicar la regla al caso) en los segundos las reglas son insuficientes y el juez debe (dada la existencia del llamado “principio de inexcusabilidad”, conforme al cual el juez debe fallar el caso aun cuando no haya ley que lo solucione) crear la solución jurídicamente aplicable. Para poder evitar los extremos de formalismo y escepticismo, Hart requiere una distinción entre casos claros y difíciles que no sea evaluativo sino descriptiva. La solución haitiana es la idea de textura abierta: como las reglas jurídicas están expresadas en palabras, y las palabras tienen un significado que está dado por su uso, es posible concluir (a) que para que exista significado es necesario que haya un área de uso uniforme y no controvertido. Los casos que corresponden a este rango son casos “claros”; pero al mismo tiempo (b) como ese uso no es exactamente definido, hay cuestiones sobre las que usuarios competentes de un mismo concepto pueden estar en desacuerdo sobre la aplicabilidad de éste sin que ese desacuerdo muestre la incompetencia de uno de ellos. Estos casos están en lo que Hart denominaba la “penumbra” del significado de las palabras. Los casos que corresponden a la penumbra de los conceptos serían casos difíciles, en los que el juez debe elegir entre varias posibles interpretaciones. Para esta decisión el juez tiene discreción.

### Clase N°7: La tesis de la textura abierta: dos versiones

*Texto de Atria*

CONTENIDO: La versión estudiada de la idea de textura abierta cumple la exigencia de que el criterio que distingue casos claros de casos difíciles sea normativamente neutra, porque lo hace depender solamente del significado de las palabras. Hay tres problemas de esta idea, sin embargo: (a) presenta las controversias entre jueces, juristas y abogados como controversias puramente semánticas, lo que no parece particularmente acertado; (b) no da cuenta del problema de la derrotabilidad de las normas, y al negarlo se hace formalista, y (c) no explica el hecho de que otros sistemas normativos (como los juegos), cuyas reglas están igualmente formuladas en lenguajes naturales, no muestren la misma “indeterminación” de significado. Para apreciar estas objeciones puede compararse la versión estudiada de la idea de textura abierta con otra que aparece entre líneas en el capítulo 7 de El Concepto de Derecho: una en la cual la textura abierta designa una propiedad del derecho, en el que nuestra “relativa ignorancia de hecho” y muestra relativa indeterminación de propósitos” hacen que sea insensato pretender normas que operen a la manera formalista. Esta segunda versión da cuenta de las tras objeciones a la idea de textura abierta (porque de acuerdo a ella (a) las controversias entre juristas no son semánticas sino substantivas: sobre cómo han de balancearse en la práctica las necesidades sociales de predecibilidad y adecuación; (b) porque da cuenta del problema de la derrotabilidad, y (c) porque muestra la textura abierta como una propiedad de las reglas jurídicas por ser jurídicas, y por eso es posible que las reglas de otros sistemas, aun cuando sean expresadas en lenguajes naturales, no tengan las mismas características), pero no satisface nuestra exigencia inicial: que el criterio que distingue casos claros de difíciles sea normativamente neutro. Hart con esto parece inclinarse hacia el lado del escepticismo.

### Clase N°8: La tesis de la respuesta correcta

Texto de Dworkin; adicionalmente, Dworkin, Political and legal archimedians

CONTENIDO: El problema de la discreción y la respuesta correcta. Discusión del ejemplo propuesto por Dworkin: ¿es la situación de un sargento a quien se le ordena elegir los cinco hombres más experimentados diferente de la situación de un sargento a quien se le ordena elegir cinco hombres?

#### Clase N°9: La tesis de la respuesta correcta (2)

*Continuación*

CONTENIDO: Continúa la discusión del caso del sargento, ahora correlacionándola con lo que interesa para el curso: el primer sargento recibe una orden que, en cuanto a la decisión que debe tomar (quién es han de ser los cinco elegidos) no lo guía; la segunda orden pretende guiarlo, pero la guía tiene en principio sentido sólo si es posible decir que hay una interpretación de la orden que es correcta. Dworkin llama a la primera situación “discreción en sentido fuerte”: la del que tiene que decidir una cuestión sin tener el deber de decidirla mediante la aplicación de estándares que guíen su decisión. La segunda sería una situación de “discreción en sentido débil”: la situación del que debe decidir aplicando estándares que deben guiar su decisión pero que son estándares que no pueden ser mecánicamente aplicados, es decir, necesitan del discernimiento del que aplica (como por ejemplo: discernir qué es ser “experimentado”). La situación de los jueces, dice Dworkin, es del segundo tipo, pero una teoría como la haitiana no puede distinguir el primer caso del segundo, y por eso concluye que en todos los casos difíciles los jueces tienen discreción en sentido fuerte.

#### Clase N°10: La tesis de la respuesta correcta (3)

*Continuación*

CONTENIDO: Continúa la discusión de la tesis de la respuesta correcta. Fin del capítulo 2.

### CAPÍTULO III: LA JURISDICCIÓN Y SU CONFIGURACIÓN INSTITUCIONAL

#### A Descripción general

En este capítulo estudiaremos la jurisdicción como potestad estatal y su configuración institucional en el derecho chileno. En primer lugar, nos referiremos a la distinción entre potestad jurisdiccional y potestad legislativa, una distinción que puede parecer más obvia de lo que ha demostrado ser en el siglo XX. Pero veremos que sólo en la medida en que esta distinción es plausible, y hasta el punto en que lo sea, tiene sentido hablar en particular de la función judicial. Para esto, continuando desde la sección anterior, comenzaremos con la distinción tajante ofrecida por Montesquieu, para considerar luego la posición de Kelsen que la niega. Luego estudiaremos formas post-kelsenianas de distinguir, es decir, formas de distinguir entre estas potestades que se hacen cargo de las críticas de Kelsen a la versión ingenua (Atria, que se apoya en Habermas y Schmitt). El resto del curso sólo tiene sentido si esta distinción queda establecida en este punto. Una posición escéptica al respecto es incompatible con prácticamente todo lo que sigue en el curso. Habiendo establecido la distinción entre jurisdicción y legislación, continuaremos analizando la forma en que esa distinción se manifiesta en el derecho contemporáneo con especial referencia al derecho chileno. El centro del análisis ahora será la idea de *independencia judicial*. Para eso, estudiaremos las innovaciones orgánicas introducidas en Francia después de la revolución francesa (Gény) y su correlato chileno (Lastarria, Ballesteros, Atria). Aquí el foco estará puesto en la regulación del llamado “recurso de casación en el fondo”, en la que como veremos las ideas anteriores se aplican inmediatamente.

#### B Contenido detallado

- 1 La distinción entre legislación y jurisdicción
  - a La versión ingenua de la distinción: Montesquieu  
*Lectura obligatoria*: Montesquieu, 1748: cap. IX
  - b La negación de la distinción

*Lecturas obligatorias:* Kelsen, 1991, Kelsen, 1925.

c Una reconstrucción post-kelseniana de la distinción

*Lecturas obligatorias:* Atria, 2005b: cap. 2 y Von Savigny, 1878: cap. 4.

2 La configuración institucional de la jurisdicción en el derecho contemporáneo

a En el derecho post-revolucionario francés

*Lectura obligatoria:* Gény, 1925.

b En el derecho chileno I (obligación de fundar las sentencias)

*Materiales obligatorios:* decretos de 2 de febrero (sobre sentencias de los jueces) y de 11 de febrero de 1837; lei de 12 de septiembre de 1851; arts. 170 y 768 Código de Procedimiento Civil; Figueroa, 1982

c En el derecho chileno I (independencia judicial)

*Materiales obligatorios:* decretos de 27 de enero de 1837, 31 de enero de 1837, 2 de febrero de 1837 (sobre consejos de guerra), y de 1 de marzo de 1837, arts. 764-809 CPC, arts. 1-13 COT; Lastarria, 1857, Ballesteros, 1890, Atria, 2006.

## C Clases

### Clase N°11: Jurisdicción y legislación (1) La versión ingenua

*Texto de Montesquieu*

CONTENIDO: Inicio del capítulo 3. Explicación general de la estructura del capítulo: parte conceptual y parte institucional. La interpretación de la frase de Montesquieu: “el juez es la boca que pronuncia las palabras de la ley”. Relación con la idea de que el poder judicial es un poder nulo. La “ingenuidad” de esta forma de trazar la distinción entre legislación y jurisdicción es hacerla sobre la base de la distinción entre creación y aplicación del derecho.

### Clase N°12: Jurisdicción y legislación (2) La negación de la distinción (Kelsen)

Textos de Kelsen: Teoría Pura y Teoría del estado

CONTENIDO: Kelsen sostiene que, desde el punto de vista jurídico, la diferenciación entre jurisdicción y legislación es imposible sobre la base del criterio utilizado por la versión ingenua, es decir, sobre la base de la distinción entre creación y aplicación del derecho. Dinámicamente observadas las cosas, la comprensión del derecho como un sistema institucional implica que todo acto de producción de derecho es un acto de aplicación de normas (en la medida en que sólo cuando aplica normas puede una acción estar dotada del sentido objetivo de ser un acto creador de normas) y, correspondientemente, todo ejercicio de potestades jurídicas (que sólo son tales en la medida en que aplican reglas constitutivas) implica la creación de normas. Por consiguiente, no hay distinción cualitativa entre jurisdicción y legislación, sino una diferencia de grado, cuantitativa: mientras más concretizadora es la decisión, la determinación material de la norma inferior por la superior es más marcada.

### Clase N°13: Jurisdicción y legislación (3) Reconstrucción post-kelseniana

*Textos de Atria, La Forma del Derecho, capítulo 2, Savigny, Sistema del Derecho Romano Actual. Adicionalmente: Atria, “Independencia y Organización Judicial”*

CONTENIDO: Lo que Kelsen mostró fue que la distinción entre legislación y jurisdicción era insostenible si el criterio era la distinción entre creación y aplicación del derecho. Una reformulación post-kelseniana de la distinción debe, entonces, formular un criterio alternativo. Para comenzar a formular este criterio debe atenderse a lo dicho por Savigny en el Sistema de Derecho romano Actual sobre los “defectos” de la ley. Savigny distingue entre leyes de expresión impropia y leyes de expresión indeterminada. En las próximas clases será en particular sobre la noción de ley de expresión impropia que se construirá el criterio de distinción entre jurisdicción y legislación.

### Clase N°14: Jurisdicción y legislación (4)

*Continuación*

CONTENIDO: En esta clase se intenta formular un criterio alternativo mirando a la diversa lógica de la argumentación en sede legislativa y sede jurisdiccional: el legislador justifica normas generales y el juez las aplica a casos concretos. Aquí “justificar normas generales” significa decidir que una determinada norma general es aceptable desde el punto de vista del interés de todos los potencialmente involucrados; para hacer esto, el legislador no debe considerar caso particular alguno, porque su atención está fijada en los casos típicos. Es el juez el que debe después aplicar la norma general, y para hacerlo deberá preguntarse si el caso ante él es un caso de

esos “típicos” considerados por el legislador. La posibilidad de que haya casos a los cuales la regla general es aplicable de acuerdo a su expresión (tenor literal) pero que no sean típicos es la posibilidad de casos de impropiedad de expresión de la ley en términos de Savigny.

El problema de la idea de leyes de expresión impropia (o, de modo más preciso: casos particulares en que la expresión de la ley resulta impropia) es distinguir el caso del juez que (como supone el art. 19 del Código Civil) alega la impropiedad de la expresión legislativa como un “pretexto” para cambiar el “pensamiento” (o “sentido”) de la ley, es decir, que disfraza de corrección de la impropiedad de la expresión legislativa su intento de cambiar la decisión contenida en la ley. En otras palabras, el problema es la dificultad para distinguir el juez que modifica la ley (actúa como un revolucionario disfrazado de juez) de uno que adecua su aplicación (es decir, corrige la expresión impropia de la ley). Esta distinción es difícil porque es substantiva, y ya vimos (Ihering) que el derecho no tolera la ausencia de forma. Ésta es la tentación del formalismo: para evitar el riesgo de que el juez, “so pretexto” de adecuar la aplicación de la ley, en realidad la cambie, una posibilidad es negar al juez la potestad para adecuar la ley: el juez es entonces un autómatas antropomorfo.

### Clase N°15: Jurisdicción y legislación (5)

#### *Continuación*

CONTENIDO: El problema, entonces, parece ser el mismo al que se refiere Hart en *El Concepto de Derecho* (Cap. 7): la opción entre formalismo (autómatas) y escepticismo (activistas disfrazados) parece inevitable. El problema es que el formalista no ve al caso particular, sólo ve un conjunto de propiedades en abstracto relevantes, mientras el activista aplica sus propias normas al caso de las partes. El precio pagado por eliminar el riesgo del activista (transformar jueces en autómatas) es demasiado alto. Eso justifica reconocer al juez la potestad para adecuar la ley. Como la diferencia no tiene forma, sino es substantiva, la manera de institucionalizarla es definir la posición del juez de modo tal que no tenga fines para los cuales pueda usar los casos.

### Clase N°16: Configuración institucional de la jurisdicción (1).

#### *Texto de Geny, Métodos de Interpretación y Fuentes en el Derecho Privado Positivo*

CONTENIDO: En el derecho post-revolucionario francés. El intento hecho luego de la revolución francesa por dar expresión institucional a una comprensión moderna del derecho permite identificar los puntos cruciales y los problemas de la configuración institucional de la judicatura moderna. Los franceses introdujeron luego de la revolución dos instituciones novedosas: el referimiento legislativo y el Tribunal (y recurso) de casación. El primero era un intento por entregar al legislador la facultad de corregir la expresión impropia o indeterminada de la ley; el segundo era una expresión de la sujeción del juez a la ley en la medida en que debía ser concebido no como “cabeza” del poder judicial sino como un policía del legislador.

### Clase N°17: Configuración institucional de la jurisdicción (2)

#### *Continuación*

CONTENIDO: El referimiento legislativo fracasó, tanto por razones externas (es decir, porque afectaba otras cuestiones de importancia, como la oportunidad de las decisiones judiciales) e internas (porque no conseguía su objetivo de mantener la separación entre la potestad jurisdiccional y la legislativa). El segundo tuvo mayor éxito, pero para eso debió cambiar la comprensión de su función: de ser un policía legislativo pasó a ser un tribunal con la función de uniformar la interpretación y aplicación del derecho. Estas dos nuevas instituciones y su suerte nos darán una pista que utilizar después, al hablar de la independencia judicial y la figura del comisario, para entender la forma en que la configuración institucional de la judicatura puede encarnar la distinción entre jurisdicción y legislación como se ha presentado.

### Clase N°18: Configuración institucional de la jurisdicción (3)

#### *Anguita, Leyes promulgadas en Chile; Código de Procedimiento Civil; Figueroa, “Codificación civil chilena”; Atria, “Proceso civil”.*

CONTENIDO: En el derecho chileno. Las leyes marianas y los fundamentos del estado de derecho. Diferencia entre jueces y comisarios judiciales. El comisario tiene una función externa a la ley, y la ley se le aparece como un límite a los medios que puede elegir para llevar adelante su comisión de la manera más adecuada; el juez se define por su sujeción a la ley. El comisario no puede tener independencia del mandante, mientras que el juez si la tiene. Eso en la medida en que esté sujeto a la ley: es la sujeción a la ley como constitutiva de su oficio lo que distingue al juez. El juez no tiene fines externos a la ley: su única finalidad es adjudicar el caso particular que se le somete a consideración aplicando la ley. La organización del a judicatura en Chile, y en especial la discusión sobre la introducción del recurso de casación en el fondo (que duró toda la segunda mitad del siglo XIX) muestra la



importancia de evitar esta autocomprensión del juez como un comisario, y la equivalente autocomprensión de la Corte Suprema como mandante de los jueces.

#### Clase N°19: Configuración institucional de la jurisdicción (4)

##### *Continuación*

CONTENIDO: Sentido de la función judicial. Habiendo hecho la distinción entre jueces, activistas, comisarios y autómatas, la pregunta es qué es lo importante en la existencia de jueces. La discusión procederá específicamente por relación a la figura del comisario judicial (el examen de las leyes marianas parece implicar que la idea detrás de ellas era hacer de los jueces comisarios). Fin capítulo 3.

### CAPÍTULO IV: JUSTIFICACIÓN DE LA DECISIÓN JUDICIAL: INTERNA Y EXTERNA

#### A Descripción general

La distinción entre justificación interna y externa será introducida aquí como una manera de estructurar parte importante de lo que sigue en el curso. La justificación interna se estudiará al estudiar la idea de silogismo jurídico, que supone la corrección de las premisas. La justificación de las premisas es de lo que trata la justificación externa.

#### B Contenido detallado

- 1 La justificación de las decisiones judiciales. argumentación jurídica y aplicación del derecho  
*Lecturas obligatorias:* Moreso y Vilajosana, 2004 y a Atienza, 1993: 19-48.
- 2 Justificación interna  
*Lectura obligatoria:* Alexy, 1989.
  - a Silogismo teórico y silogismo práctico
  - b Silogismo jurídico
  - c Control institucional de la justificación interna (véase art. 768 CPC)
- 3 Justificación externa
  - a Distinción entre casos claros y casos difíciles (referencia a capítulo 2)
  - b Formas de justificación externa. Interpretación de la ley
  - c Formas especiales de justificación externa
  - d Uso del precedente y dogmática jurídica.  
*Lectura obligatoria:* Ihering, 1852-1865, Bascuñán, 1998: cap. 6.
  - e Antinomias y su solución.  
*Lectura obligatoria:* Bobbio, 1958.
  - f Lagunas e integración del derecho.  
*Lecturas obligatorias:* Alonso, 1995a y Alonso, 1995b.
  - g Interpretación de la ley  
*Lecturas obligatorias:* Código Civil, artículos 19 a 24; Wróblewski, 1985.

#### C Clases

##### Clase N°20: Justificación de la decisión judicial

Textos de Moreso y Vilajosana y de Atienza

CONTENIDO: Inicio del capítulo 4. Aplicación del derecho. La idea de silogismo jurídico y la distinción entre justificación interna y externa. Premisa mayor: problemas de clasificación e interpretación. Premisa menor: determinación de los hechos.

##### Clase N°21: Justificación interna. Contextos de justificación y de descubrimiento

*Textos a ser anunciados*

CONTENIDO: El contexto de justificación es el contexto en que lo relevante es preguntarse por las razones que justifican una decisión, mientras en el de descubrimiento lo relevante es la pregunta por las causas de una

decisión. La tesis tradicional es que en cuanto a la justificación de la decisión judicial lo relevante es lo primero, no lo segundo. Crítica de esta idea. Esta tesis va de la mano con la idea de que los jueces primero reaccionan ante un caso y deciden, para luego justificar. Esta comprensión de la decisión judicial supone que la comprensión de los problemas de acuerdo al derecho vigente tiene relevancia motivacional para el juez. Si este supuesto no se obtiene, la preocupación por la justificación desatendiendo cuestiones de descubrimiento es ingenua.

### Clase N°22: Justificación interna de la decisión judicial

Textos de Atienza y de Alexy

CONTENIDO: La justificación interna de la decisión judicial es la justificación de la decisión a partir de las premisas aceptadas por el juez. La pregunta aquí es si la decisión se sigue de esas premisas, o cuáles son las premisas necesarias para justificar completamente la decisión., La idea de justificación interna por sí sola no es suficiente, porque supone la adecuada justificación de las premisas. Ésta es la justificación externa. La finalidad de la distinción es distinguir problemas de justificación de premisas de problemas de derivación de la decisión a partir de las premisas aceptadas.

### Clase N°23: El uso del precedente

Precedente, texto de Bascañán

CONTENIDO: El uso del precedente noción y función de la regla de *stare decisis* como equivalente funcional de la codificación. Nociones relacionadas: *ratio decidendi*, *obiter dictum* y *distinguishing*.

### Clase N°24: Antinomias

Texto de Bobbio

CONTENIDO: Noción de antinomias: normas cuyo contenido proposicional es incompatible y que tienen iguales o yuxtapuestos dominios (o ámbitos) de validez. Dominios de validez: material, temporal, territorial y personal. Antinomias aparentes. Criterios de solución de antinomias: temporalidad, jerarquía, especialidad. Problemas de aplicación de estos criterios.

### Clase N°25: Lagunas en el derecho (1)

Textos: artículo y guía de Alonso

El problema de las lagunas, en general. Distinción entre el problema general de las lagunas (caracterización de la función judicial, discreción) del problema de la integración de las lagunas. Éste se plantea en todo caso. La pregunta es si la solución la que se llega al integrar es ejercicio de discreción o es respuesta jurídicamente correcta.

### Clase N°26: Lagunas en el derecho (2)

Continuación

CONTENIDO: El caso de las prestaciones mutuas en el Código Civil español. Explicación del problema y las reglas aplicables. Identificación de la laguna en el caso del poseedor de mala fe que ha realizado mejoras útiles. El argumento de Alonso: diagrama de coherencia. Los principios elegidos por Alonso para dar coherencia a la regulación del Código Civil. Objeción a Alonso: distinción entre dos versiones de los principios: una fuerte y una débil (la débil es preferida por Alonso). Evaluación de los argumentos para preferir la débil o la fuerte.

### Clase N°27: Lagunas en el derecho

Continuación

Todavía con los principios de Alonso. El argumento de Alonso es que a pesar de su esfuerzo hay una laguna, porque habiendo elegido la versión débil de los principios quedan todavía más de una solución coherente para el caso identificado originalmente como laguna. Nótese cómo cambia el argumento de la discreción judicial, sin embargo: Bulygin diría que ay discreción desde el momento en que se identificó la laguna original, y que los argumentos “coherentistas” de Alonso son maneras de identificar la mejor forma de ejercer la discreción. Si Alonso cree que recurriendo a la idea de coherencia puede avanzar en la delimitación de la laguna, ¿por qué no podría llegar hasta el final? Si al final Alonso alega que todavía queda discreción porque los principios no son suficientes para identificar una respuesta correcta, su conclusión queda sujeta a que no pueda encontrarse un argumento que permita avanzar todavía más. Bulygin diría de antemano que hay discreción cuando hay laguna en las normas en abstracto; Alonso debe conceder que la existencia de la laguna es la conclusión de un argumento que busca la mejor respuesta y que no la ha encontrado.

### Clase N°28: Interpretación de la ley

Texto de Wroblewsky

CONTENIDO: Interpretación de la ley. Sentido amplísimo, amplio y estricto de “interpretación”: ¿es necesario interpretar siempre? Situación de interpretación.

### Clase N°29: Directivas interpretativas

*Continuación*

Directivas interpretativas. Directivas de primera y de segundo nivel. Sentido de la construcción de Wroblewsky: no pretende ofrecer un algoritmo que lleve a la solución correcta, sino dar estructura al proceso de decidir. Fin del capítulo 4.

## CAPÍTULO V: LA CONSTITUCIÓN COMO PREMISA JURÍDICA. EL LLAMADO “NEOCONSTITUCIONALISMO”

### A Descripción general

¿Es la constitución derecho, en el mismo sentido en que es derecho la ley? Una de las evoluciones más importantes del derecho chileno en las últimas décadas ha sido una progresiva ‘juridificación’ de la constitución, en un proceso que se ha denominado “neoconstitucionalismo”. Las consecuencias de esta evolución no son claras todavía. Aquí discutiremos los problemas especiales que, desde el punto de vista de la distinción entre el razonamiento jurídico y el razonamiento práctico general, provoca la concepción de la constitución como una norma jurídica.

### B Contenido detallado

- 1 Principios constitucionales y su operatividad en la argumentación jurídica  
*Lectura obligatoria: Alexy, 2000.*
- 2 La constitución entre la política y el derecho  
*Lectura obligatoria: Atria, 2005b: cap. 3.*

### C Clases

#### Clase N°30: La constitución como premisa jurídica (1)

Texto de Alexy

CONTENIDO: Inicio del capítulo 5. La distinción entre reglas y principios. El sentido original de la distinción en la crítica de Dworkin a Hart. La superación de la distinción en la crítica posterior. Los principios de Alexy: mandatos de optimización.

#### Clase N°31: Principios constitucionales y ponderación

Texto de Alexy

El principio de proporcionalidad (o ponderación). Sus tres sub-principios: necesidad, adecuación, proporcionalidad en sentido estricto. Crítica al principio de la proporcionalidad.

#### Clase N°32: La constitución como premisa jurídica (2)

Texto de Atria, *La Forma del Derecho*, capítulo 3.

CONTENIDO: Sentido de las normas constitucionales. Normas constitucionales como normas que no pueden ser judicialmente aplicadas. Importancia de que las normas constitucionales sean de este tipo. Fin del capítulo 5.

## CAPÍTULO VI: CONCLUSIÓN: VULGARISMO Y FORMALISMO

En el último tiempo, particularmente desde que la constitución empezó a ser judicialmente aplicable, se ha estado extendiendo en Chile el diagnóstico de que el razonamiento jurídico,

particularmente judicial, en Chile era demasiado “formalista” o “legalista”, y que constituye un desarrollo a celebrar el hecho de que esto haya sido superado. A modo de conclusión del curso, y volviendo sobre los temas tratados al comienzo del mismo (i.e. positivismo jurídico y derecho moderno) se discutirá críticamente este desarrollo (Atria, *La Forma del Derecho*, cap. 1).

#### Clase final: Vulgarismo y formalismo

Clase final. Formalismo y la pregunta central del curso. Vulgarismo como mala respuesta a un problema real: el formalismo sin sentido del siglo XX. Recuperación de la distinción entre lo político y lo jurídico.

## REFERENCIAS

- Alexy, R: “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, en 13 *Ratio Juris* (2000).  
———: *Teoría de la Argumentación Jurídica* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989; edn orig 1978; traducido por Espejo, M A e I).
- Alonso, J P: “Un caso difícil en el Código Civil español”, en 17-18 *Doxa* (1995a).  
———: “Un caso difícil en el Código Civil español (Guía)”, en 17-18 *Doxa* (1995b).
- Atienza, M: *Las Razones del Derecho* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993).
- Atiyah, P S: “Forma y substancia en el derecho de contratos”, en *Essays on Contract* (Oxford: Clarendon Press, 1984).
- Atria, F: “Creación y aplicación del derecho: entre formalismo y escepticismo”, en *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial* (Madrid: Marcial Pons, 2005a), pp 45-72.  
———: “Del derecho y del razonamiento jurídico”, en 22 *Doxa* (1999), pp 79-119.  
———: *La Forma del Derecho* (Borrador, 2005b).  
———: “Proceso Civil”, en 2 *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez* (2006), pp 249-353.  
———: “Sobre las lagunas”, en *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial* (Madrid: Marcial Pons, 2005c), pp 15-27.
- Ballesteros, M E: *La Lei de Organización y Atribuciones de los Tribunales* (Santiago: Imprenta Nacional, 1890).
- Bascuñán, A: *Modos de Creación del Derecho* (Santiago: Facultad de derecho, Universidad de Chile, 1998).
- Bobbio, N: *Teoría General del Derecho* (Bogotá: Temis, 1958; edn orig 1992).
- Bulygin, E: “Creación y aplicación del derecho”, en *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial* (Madrid: Marcial Pons, 2005a).  
———: “En defensa de El Dorado”, en *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial* (Madrid: Marcial Pons, 2005b).
- Dworkin, R: “El modelo de las reglas (I)”, en *Los Derechos en Serio* (Barcelona: Ariel, 1984).  
———: “Hart’s postscript and the character of political philosophy”, en 24 *Oxford Journal of Legal Studies* (2004), pp 1-37.
- Figueroa, M A: “La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista”, en *Andrés Bello y el Derecho* (Santiago: Universidad de Chile, 1982), pp 777-104.
- Gény, F: *Métodos de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo* (Madrid: Reus, 1925; edn orig 1899).
- Hart, H L A: *El Concepto de Derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963; traducido por G Carrió).
- Ihering, R: *El Espíritu del Derecho Romano* (Granada: Comares, 1852-1865; edn orig 1998).
- Kelsen, H: *Teoría General del Estado* (México: Editora Nacional, 1925; edn orig 1934).  
———: *Teoría Pura del Derecho (1960)* (México: Porrúa, 1991; edn orig 1960; traducido por R J Vernengo).
- Lastarria, J V: *Proyectos de Lei i Discursos Parlamentarios* (Valparaíso: Imprenta El Mercurio, 1857).
- Moreso, J J y J M Vilajosana: *Introducción a la Teoría del Derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2004).
- Rawls, J: “Dos conceptos de regla”, en Foot, P (ed): *Teorías sobre la Ética* (México: Fondo de Cultura Económica, 1955a; traducido por M Arbolí), pp 210-247.  
———: “Dos conceptos de regla (erratas)”, en Foot, P (ed): *Teorías sobre la Ética* (México: Fondo de Cultura Económica, 1955b; traducido por M Arbolí), pp 210-247.

- : “Two Concepts of Rules”, en *Philosophical Review* (1955c), pp 3-32.
- Searle, J: *La Construcción Social de la Realidad* (México: Paidós, 1997; traducido por Domènech, A). Von Savigny, F: *Sistema del Derecho Romano Actual* (Madrid: F Góngora y Compañía editores, 1878; edn orig 1840).
- Weber, M: *Economía y Sociedad* (México: Fondo de Cultura Económica, 1964; edn orig 1922).
- Wróblewski, J: *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica* (Madrid: Civitas, 1985).
- Zimmermann, R: *Law of Obligations. Roman foundations of the civilian tradition* (Cape Town: Juta, 1990).

**CERTIFICO** el presente programa estuvo vigente en el Departamento de Ciencias del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en el segundo semestre año 2010.



**ÁLVARO ANRÍQUEZ NOVOA**  
Director  
Departamento de Ciencias del Derecho

Santiago, 24 de octubre de 2023