



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE



Método y praxis jurídica N°1
diciembre, 2016



Profesores Corvalán, Balbin, Cassagne, Letelier, Hernández y Vergara

CRÓNICA DE LAS III JORNADAS DE TEORÍA DEL DERECHO

La Teoría del Derecho es un área que en general se encuentra relegada por los operadores del derecho. Se suele argüir que su generalidad y abstracción resulta útil para la discusión académica, donde el campo de batalla se encuentra en asuntos de carácter conceptual y especulativo, pero que su utilidad en el día a día de la práctica jurídica es nula. En efecto, en las discusiones de las disciplinas especializadas del derecho (civil, penal, administrativo) las disputas se centran en lo que son sus propias problemáticas y no toman en consideración los aportes de lo que son las meta-disciplinas jurídicas. Ahora, en principio esta actitud no tiene nada de reprochable. Cada una de las ramas del Derecho legítimamente puede (y debe) delimitar lo que es su propio campo del saber; absurdo sería el pretender, por ejemplo, el solucionar un asunto de carácter penal únicamente con principios propios del Derecho Laboral. La distinción de las estructuras, funciones y aplicaciones de las materias de lo que son las distintas áreas del derecho, entonces, es necesaria y útil.

En el Derecho, sin embargo, no todo es tan sencillo. Es decir, las controversias de relevancia jurídica no cuentan con la simplicidad necesaria como para que los distintas disciplinas especializadas provean a los operadores del derecho de reglas previas que le permitan solucionar todas y cada una de ellas mediante una simple operación de subsunción de casos bajo pautas o normas entregadas previamente. De hecho, si esto fuese así, tanto la labor de los abogados como la de los jueces serían realizadas por máquinas programadas para tales efectos. En cambio, la realidad del derecho, es decir, la facticidad del escenario que quienes intervienen en el sistema jurídico deben de hacerse cargo, muchas veces (sino la mayoría de ellas) está a años luz de ajustarse a lo previsto por la regulación legal. En pocas palabras, lo dado en el mundo del derecho no es posible encasillarlo en categorías conceptuales dadas a priori y la labor de los jueces no se encuentra exenta de subjetividad.

Método y praxis jurídica N°1,
diciembre 2016.

Av. Libertador Bernardo
O'Higgins 340, Santiago, Chile.
Fono: +56 22354 2169.
Correo electrónico: pdae@uc.cl.

Edición general: Equipo del
Programa de Derecho
Administrativo Económico UC
(PDAE).

Colaboradores: Diego Pérez y
Gerty Oyarce.

Es lo anterior lo que ha motivado a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile a incorporar dentro de sus líneas de investigación y difusión académica a la Teoría del Derecho. En efecto, desde el año 2014 se vienen realizando en dicha casa de estudios las “Jornadas de Teoría del Derecho”, las cuales convocan a ponentes nacionales y extranjeros, en un espacio interdisciplinario de reflexión sobre el método jurídico. Es en este contexto es que el pasado 21 de noviembre se realizaron las III Jornadas de Teoría del Derecho, donde participaron profesores y profesionales nacionales y extranjeros especialistas en esta materia. Estas jornadas permitieron generar una instancia para escuchar, considerar y reflexionar respecto a distintas visiones que existen, en torno a una misma problemática, a saber, la importancia de la Teoría del Derecho en la praxis jurídica.

Los especialistas que participaron fueron: Alejandro Vergara Blanco (UC), Carlos Balbín (UBA), Juan Gustavo Corvalan (UBA), Raúl Letelier Wartenberg (U. Chile), Domingo Hernández Emparanza (TC), Adolfo Wegmann Stockebrand (UC), Jaime Alcalde Silva (PUC), Fernando Atria Lemaitre (U.Chile), Pablo Navarro López (UNS), Cristián Villalonga Torrijo (UC), Flavia Carbonell Bellolio (U. Chile), Álvaro Núñez Vaquero (UACH), Benoît Delooz Brochet (U. Autónoma), Diego Pardow Lorenzo (U.Chile) y José Julio León (UDP).

Estas jornadas de a poco se han ido convirtiendo en una instancia de encuentro académico plural en la que se produce una viva confluencia de experiencias de juristas, jueces, abogados y especialistas de las diversas disciplinas que observan el fenómeno jurídico.

En esta oportunidad, las jornadas se dividieron en tres paneles temáticos distintos en los que se trataron diversos temas relacionados a la Teoría del Derecho:

En el primero de ellos se discutió acerca de “Los principios en las disciplinas jurídicas: el caso del Derecho Administrativo”. En el segundo se analizó la “Interpretación y jurisdicción”. En el tercer y último panel, en cambio, los ponentes hablaron sobre las “Perspectivas prácticas de la jurisprudencia”.

A continuación se ofrece una síntesis de las exposiciones de cada uno de los expositores.



Ponencia Inaugural

Cuatro dimensiones y fuentes del derecho democrático



Alejandro Vergara Blanco
Profesor Titular de Teoría
del Derecho y Derecho
Administrativo
Pontificia Universidad
Católica de Chile

El profesor Alejandro Vergara, en sus palabras inaugurales, realizó una ponencia sobre los “*Principios jurídicos y Derecho Administrativo*”. En ella recalcó que el derecho está lejos de ser un sistema cuya positividad (normas escritas) agota la totalidad del fenómeno jurídico, sino que se trata más bien de un complejo entramado de fuentes íntimamente interconectadas entre sí. Así, basado en la *facticidad* jurídica, es decir, en los fenómenos jurídicos observables en la *praxis* jurídica, señaló que es posible distinguir entre cuatro dimensiones o fuentes del derecho democrático, a saber, las leyes, los hechos jurídicos (esto es, la costumbre, la conciencia jurídica popular, el espíritu o sentimiento popular), la jurisprudencia y la doctrina. Para concluir, hizo una reflexión acerca de la importancia de los principios jurídicos en la labor judicial; en ella dio cuenta de que, ante casos complejos en que las normas escritas no proveen los insumos necesarios para su solución, pero en el que los jueces de igual manera se ven obligados a fallar en virtud del principio de inexcusabilidad, los principios aparecen como herramientas útiles y necesarias para los magistrados.



Panel I: Los principios en las disciplinas jurídicas: el caso del Derecho Administrativo



Juan Carlos Cassagne
Profesor de Derecho
Administrativo
Universidad de Buenos
Aires

Nuevo constitucionalismo y Derecho Administrativo

Luego fue el turno de la conferencia del Dr. Juan Carlos Cassagne, un paradigma de jurista, tal como se le describió en dichas jornadas, quien se refirió a la “Dogmática jurídica: nuevo constitucionalismo y Derecho Administrativo”. El maestro argentino señaló que el nuevo constitucionalismo ha producido un cambio fundamental en las fuentes del Derecho Administrativo que reafirma su autonomía científica. Destacó que ese cambio se radica fundamentalmente en la pérdida de la centralidad de la ley como eje del sistema jurídico administrativo y en la prevalencia de los principios generales del derecho sobre las leyes. La proyección de los principios generales del derecho, los cuales tienen su origen en el reconocimiento de la dignidad de la persona como principio básico, entonces, adquieren especial relevancia en este nuevo panorama jurídico. Por lo tanto, el papel de los jueces, concluyó el jurista argentino, resulta potenciado en el campo de la interpretación jurídica.



Carlos Balbin

Profesor de Derecho
Administrativo
Universidad de Buenos
Aires

El juez legislador: modificación de la legislación administrativa

El Dr. Carlos Balbin, actual Procurador del Tesoro de la Nación de Argentina, por su parte, expuso sobre “*Los jueces y la interpretación. Activismo judicial*”, donde dio cuenta que el activismo judicial, esto es, la practica judicial en que a través de la exacerbación de la subjetividad de los jueces en su labor interpretativa se va más allá de lo establecido en un texto legal, es algo que ocurre constantemente en la práctica judicial. El académico argentino dio como ejemplo de una interpretación excesivamente amplia un caso de Contratación Administrativa en el que un Juez argentino amplió un plazo expreso de 30 días a 31 días a la hora de determinar el sentido y alcance de la norma.

Jueces, Derecho Administrativo y cautela del “mínimo existencial”

El Dr. Juan Gustavo Corvalán, en cambio, expuso sobre “*Políticas públicas, principios y mínimo existencial*”. El objetivo de su ponencia analizar bajo qué presupuestos las políticas públicas resultan justiciables, dando cuenta de que la Teoría del Derecho le presenta la dificultad al Derecho Administrativo (y a los jueces en general) de cautelar lo que es el *mínimo existencial*, es decir, las condiciones tanto técnicas como económicas para asegurar una existencia digna. En definitiva, el profesor Corvalán arguyó, apoyándose en jurisprudencia emanada de los tribunales argentinos, que la ponderación resulta un medio idóneo para controlar la racionalidad de las decisiones sobre la implementación de políticas públicas y no se diferencia –en su racionalidad– de otros métodos de aplicación del derecho.



Juan Gustavo Corvalán

Profesor de Derecho
Administrativo
Universidad de Buenos
Aires



Raúl Letelier
 Profesor asistente
 Facultad de Derecho de la
 Universidad de Chile.

Derecho Administrativo y eficiencia real

Raúl Letelier, en cambio, habló sobre “*El giro funcional del Derecho Administrativo*”. El académico de la Universidad de Chile comenzó haciendo un breve recorrido por la historia de la doctrina y la jurisprudencia del Derecho Administrativo nacional, dando énfasis al necesario cambio que se produjo a partir de la doctrina impulsada por el profesor Eduardo Soto Kloss, para pasar luego a postular que es necesario que esta rama del derecho modifique el tradicional enfoque basado en principios jurídicos por uno que se centre en la eficacia real; es decir enfocado a los procesos sociales generadores de bienestar, objetivo que ha de ser el eje central de todo el derecho administrativo.

Derecho Constitucional y Derecho Administrativo

Domingo Hernández, ministro del Tribunal Constitucional, expuso sobre la “*Caracterización de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Derecho Administrativo*”. Inició su exposición señalando que son pocas las sentencias del TC en que se utiliza el término “Derecho Administrativo”, pero que, sin embargo, si uno hace una búsqueda más exhaustiva utilizando términos propios de esta rama del derecho, el número aumenta en gran medida. A partir de esto el magistrado del Tribunal Constitucional dio cuenta de que tanto las instituciones como los principios del Derecho Administrativo resultan necesarios para la judicatura constitucional, ya que dicha rama le proporciona insumos esenciales para los conflictos de relevancia jurídica que se generan a nivel constitucional.



Domingo Hernández
 Ministro del Tribunal
 Constitucional



Profesores Navarro, Atria, Villalonga, Alcalde, y Wegmann

Panel II: Interpretación y jurisdicción



Adolfo Wegmann
 Profesor asistente
 Pontificia Universidad
 Católica de Chile

Contexto originario y actual: Savigny y la interpretación histórica

Adolfo Wegmann, académico de la Pontificia Universidad Católica de Chile, por su parte, hizo una ponencia titulada “*En torno a la interpretación histórica de la ley en Savigny*”, en la que realizó un recorrido por la influencia y las conexiones de la obra de Savigny, para luego señalar que, según el pensamiento de este autor, toda norma debe interpretarse en su contexto originario y actual. Es decir, la interpretación de una norma ha de estar dirigida a la “verdad” contenida en la ley, pero también ha de adecuarse a la situación en concreto que requiere de la aplicación de dicha norma. En definitiva, el profesor Wegmann centró su reflexión en lo que debería ser la labora del juez según el pensamiento de Savigny, concluyendo que éste jurista se inclina por la “objetividad” de la ley, debiendo, por lo tanto, el juez colocarse en el papel de las leyes y no del legislador.

Legalismo y Derecho Civil

Jaime Alcalde, profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, realizó una ponencia sobre “*La función creadora de la jurisprudencia en Derecho privado*”. En ella revisó la función de la jurisprudencia en el Derecho privado, concluyendo que el legalismo no es connatural al Código Civil; en efecto, el profesor de Derecho Civil y Teoría del Derecho dio cuenta de que se trata de una introducción tardía en el entendimiento judicial. Así, en el Derecho Civil chileno, sostuvo Alcalde, a pesar de ser un derecho denso, la jurisprudencia ha tenido una función creadora en él, como da cuenta el caso de las tercerías de posesión, en donde la jurisprudencia motivó (o más bien forzó) cambios



Jaime Alcalde
 Profesor asistente
 Pontificia Universidad
 Católica de Chile



Teoría del Derecho como “física institucional”



Fernando Atria Lemaitre
 Profesor Titular
 Facultad de Derecho
 Universidad de Chile

Fernando Atria, por su parte, expuso sobre “*Legislación, jurisdicción y Administración en la Teoría del Derecho*”. Señaló que hoy la teoría del Derecho se centra en discusiones de carácter conceptual, siendo que debería centrarse en lo que hay, es decir, en los supuestos existentes, para luego elevarse a la discusión especulativa. Así, el académico de la Universidad de Chile propuso que la Teoría del Derecho debiera ser una especie de “física institucional” cuyo objeto de estudio han de ser los fenómenos jurídicos fácticamente reales. A partir de esto, Atria dio cuenta de que la Teoría del Derecho ha estado obstinada en la figura de la jurisdicción, olvidando a la legislación y a la administración. Continúa señalando que, si bien la forma característica de la potestad administrativa es “comisarial” (hacia arriba corre responsable y hacia abajo las instrucciones), mientras que la potestad jurisdiccional se rige por el “principio de independencia”, ambas son responsables de una misma pregunta: ¿Cómo se legitiman las potestades democráticas? Por último, el profesor Atria concluyó señalando que quizás sería positivo, para evitar la arbitrariedad y fortalecer el principio de control, que la Jurisdicción comenzase a organizarse de manera similar a la Administración.

Moral y derecho

Pablo Navarro, catedrático argentino de la Universidad Nacional del Sur, habló sobre “*Principios, positivismo jurídico y la incorporación de la moral*”, donde se preguntó por el rol de una moral objetiva en el Derecho. Su cuestionamiento apuntaba a responder si acaso el denominado 'positivismo excluyente' es capaz de dar cuenta de la incorporación de la moral mediante principios jurídicos. Afirmó que el derecho es vinculante porque la moral reconoce en el Derecho una forma de estructura que tiene por finalidad ordenar ciertas conductas y señaló que la introducción de la Teoría del Derecho vino a restringir la discrecionalidad administrativa, debiendo el Derecho Administrativo y otras disciplinas, mirar y observar cuidadosamente que se está haciendo en Teoría del Derecho.



Pablo Navarro
 Profesor visitante
 Universidad Nacional del
 Sur



El modelo del juez racional



Cristián Villalonga
Profesor asistente
Pontificia Universidad
Católica de Chile

El profesor Cristián Villalonga, en cambio, hizo una ponencia sobre “*El modelo de juez racional y la rearticulación de las relaciones entre Derecho y Política*”. En ella dio cuenta de que hoy ha emergido, junto a un nuevo paradigma fundado en la aplicación extensiva de los principios jurídicos y el neo-constitucionalismo, la hipótesis del juez racional. En este contexto, revisó la lógica institucional que le dio origen y sus límites normativos. Se refirió a la importancia que tiene hoy la figura del juez en la vida pública y señaló que se debe ser precavido con respecto a los principios, ya que ellos muchas veces son contradictorios y no son capaces de solucionar conflictos de relevancia jurídica por sí solos.

Panel III: Perspectivas prácticas de la jurisprudencia

Realismo y discrecionalidad judicial

Flavia Carbonell, académica de la Universidad de Chile, habló sobre la “*Ideología y razonamiento judicial en la Corte Suprema*”. Su exposición versó sobre la problemática que genera la indeterminación del derecho y los espacios de discrecionalidad judicial que ello genera. Señaló que a mayor indeterminación de los textos normativos, mayor es el espacio para la determinación del contenido o significado de los textos por parte del juez. Presentado este esquema, Flavia puso sobre la mesa el rol que juega la ideología de los jueces en el razonamiento jurídico; en efecto, señaló que si se es realista, es decir, si se toma una perspectiva de análisis empírico, es innegable la influencia que tienen las valoraciones políticas y morales de los jueces a la hora de resolver un conflicto de relevancia jurídica.



Flavia Carbonell
Profesora asistente
Facultad de Derecho
Universidad de Chile



Profesores Delooz, Pardow, León, Gómez, Carbonell y

El valor de los precedentes

El catedrático de la Universidad Autónoma de Chile Álvaro Núñez, expuso sobre las “Reglas del stare decisis: algunas aclaraciones”, donde analizó el valor que ha de tener “el precedente” en las decisiones judiciales. El profesor de nacionalidad española comenzó definiéndose como moderado y optimista, para luego pasar a distinguir el valor del precedente en los dos grandes sistemas de derecho occidentales, a saber, el “Common Law” y el “Jurisprudence Law”. Señaló que el valor del precedente en este segundo sistema ha de definirse binariamente, es decir, vincula o no vincula, ya que no sería posible afirmar que en el Jursiprudence Law el precedente “es un poquito menos obligatorio”. Concluyó indicando que en nuestro sistema, si bien no se puede afirmar que el precedente es vinculante, parece más sensato decir que de igual manera le otorga un especial halo de protección a las sentencias.



Álvaro Núñez
Profesor
Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de
Chile



Benoît Delooz
Profesor asistente
Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de
Chile

Jurislador: el caso del juez francés

Benoît Delooz, profesor de la Universidad Autónoma de Chile, por su parte, hizo una ponencia sobre *El poder normativo del juez francés*. Comenzó su exposición señalando que en Francia el juez tiene la obligación de juzgar aun en ausencia de ley que regule el caso que se le presente, para luego pasar a explicar que gracias al principio de igualdad ante la ley los particulares cuentan ya con un pre-juicio acerca del sentido en el cual la ley se ha de aplicar. Posteriormente hizo un esquema del sistema de justicia Francés, para luego pasar a explicar que, debido al valor de los principios en la jurisprudencia administrativa y la obligatoriedad de ellos para los jueces inferiores, esto magistrados se constituyen como verdaderos jueces legisladores, es decir, como *jurisladores*.



Jurisprudencia y gráficos: cambios en la composición del Tribunal Constitucional

El catedrático de la Universidad de Chile Diego Pardow, en cambio, hizo una propuesta bastante novedosa sobre la *Deferencia del Tribunal Constitucional respecto del gobierno incumbente entre 1990 y 2010. Un enfoque cuantitativo*. A partir de gráficos y tablas, este joven académico intentó dar explicación a la mayor actividad observada en el Tribunal Constitucional luego de la reforma del año 2005. Luego de dar cuenta de ellos cuantitativamente, el profesor Pardow señaló que tal cambio encuentra su explicación en el enroque que sufrió la composición del Tribunal Constitucional, donde un grupo de jueces provenientes del mundo académico reemplazó a un conjunto de jueces ligados a la carrera judicial. Así, concluyó el expositor, los cambios en el comportamiento del Tribunal parecen estar más vinculados a cambios en la cultura jurídica subyacente, que a diferencias en la orientación política de los ministros.



Diego Pardow
Profesor asistente
Facultad de Derecho
Universidad de Chile

Incoherencia con el principio democrático: formalismo y deferencia de los jueces



José Julio León
Profesor asociado
Facultad de Derecho
Universidad Diego Portales

Para finalizar las Jornadas, José Julio León expuso sobre el “*Formalismo y activismo judicial en la justicia constitucional*”. El profesor de la Universidad Diego Portales puso sobre la mesa el rol que tienen los jueces en la resolución de conflictos de carácter constitucional. Sobre el particular señaló que, si bien se suele decir que los jueces constitucionales deben operar con estricto apego a los textos normativos y con “auto-restricción” y deferencia al legislativo o autoridades normativas, esgrimiendo como justificación el “principio democrático”, esto no es realmente así. En efecto, si se analiza una serie de casos constitucionales ellos muestran que la “auto-restricción judicial” y/o la “deferencia a la autoridad legislativa (o administrativa)”, cuando van unidas a una concepción formalista de la argumentación, puede limitar la “expansión” de los derechos fundamentales y conducir a resultados incoherentes con el principio de la democracia. Por último, y con la finalidad de apoyar su tesis, analizó una serie de sentencias que dan cuenta del fenómeno.