

/ N°22

/ Julio • 2023

# IV Jornadas de Teoría del Derecho

## Fuentes del Derecho y praxis jurisprudencial

31 de julio de 2023



**FACULTAD DE DERECHO**  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DE CHILE

# **IV Jornadas de Teoría del Derecho**

**Fuentes del Derecho y praxis jurisprudencial**

*Crónica*

**31 de julio de 2023**

## I. PRESENTACIÓN

El pasado lunes 31 de julio se llevaron a cabo las IV Jornadas de Teoría del Derecho, organizadas por el Programa de Derecho Administrativo Económico UC (PDAE UC).

Desde el año 1998, el PDAE ha tenido una incesante actividad especializada organizando Jornadas, Seminarios, Diplomados, la publicación año a año de la Revista de Derecho Administrativo Económico (ReDAE) -hoy indexada en Scopus- y convocando el desarrollo de publicaciones académicas enfocadas en las distintas áreas del Derecho Administrativo Económico.

Como en cada una de las Jornadas de Teoría del Derecho que hemos organizado, la motivación principal es la difusión académica, fomentando la discusión y el debate sobre temas específicos, contingentes y problemáticos de esta disciplina jurídica.

Este año las jornadas trataron sobre las fuentes del derecho y la praxis jurisprudencial, por lo cual el estudio y análisis de la situación actual de la jurisprudencia fue su principal foco de desarrollo.

A continuación, se ofrece una crónica de dicho encuentro, en la que se resaltan los principales asuntos abordados por los expositores.

## II. PRIMER PANEL: LA TEORÍA DEL DERECHO COMO DISCIPLINA AUTÓNOMA



**Alejandro Vergara Blanco**

*Profesor Titular de Derecho Administrativo y de Teoría y fuentes del Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, y Director del Programa de Derecho Administrativo Económico UC*

El Profesor Vergara inició estas IV Jornadas de Teoría del Derecho hablando sobre su origen y finalidad, indicando que esta instancia nació por el entusiasmo de mostrar un campo temático esencial para comprender la práctica de la aplicación del derecho vigente.

Señaló que el campo de estudio que se intenta recuperar a través de las jornadas no solo ha sido parcialmente olvidado, sino que también ha sido invadido. Lo anterior, debido a que la enseñanza de la teoría del derecho parece estar ausente en la generalidad de las propuestas educativas de pregrado, postgrado y doctorados en Derecho.

El expositor propone la incorporación de la enseñanza de la teoría del derecho en primer año de pregrado, pero evitando dos confusiones usuales: no confundirla con el curso de “Introducción al

### **Finalidad y campo temático de las jornadas de Teoría del Derecho**

Derecho”, y tampoco confundirla con la filosofía del derecho.

¿Cómo debe ser, según el expositor, la enseñanza jurídica? A fin de lograr una conexión entre el saber práctico y el teórico, ésta debe fundarse en los siguientes pilares: la metaciencia llamada “Teoría del Derecho”; la formación de disciplinas especializadas; y demás disciplinas auxiliares del derecho.

A continuación, el profesor Vergara se refirió sobre la relevancia de Friedrich Carl von Savigny en la formulación de los elementos básicos del fenómeno jurídico, a saber: la ley vigente; las costumbres y los principios generales del derecho; las decisiones de los tribunales; y la doctrina erudita. Tomando en cuenta lo anterior, agrega que la teoría del derecho, nacida como ciencia a principios del siglo XIX, es una disciplina que observa el fenómeno jurídico en la positividad de sus fuentes.

Ello, agrega, ha generado una serie de tradiciones teóricas y filosóficas. A modo de ejemplo, en la literatura continental se ha desarrollado una teoría general del derecho de la mano de Savigny, Kelsen, etc. En la literatura anglosajona, se ha desarrollado la “jurisprudence” siguiendo a Bentham, Austin, etc. Pero, a juicio del expositor, existe otra tradición -a la cual adscribe- que es la tradición hermenéutica del derecho, cuyos expositores son Savigny, Betti y Dworkin. Esta tradición postula el estudio del fenómeno jurídico desde la positividad de sus cuatro fuentes.

Es por lo expuesto que la propuesta de estas Jornadas de Teoría del Derecho es el análisis de la estructura y funciones de esas cuatro fuentes en donde habita el derecho. Dentro de ellas, el expositor hace la siguiente distinción: fuentes escritas (Ley vigente, Constitución, Tratados) y no escritas (factum/costumbres y principios generales

del derecho); y las sedes de adjudicación y análisis de esas fuentes primarias.

El profesor agrega que Andrés Bello fue un adelantado a su época, pues él también distinguió este campo del saber, y, tildándolo de “preliminares”, lo distinguió del contenido dogmático del derecho.

Finalmente, el profesor Vergara señala que lo que él formula sobre teoría del derecho es una propuesta bastante minimalista, la cual debe ser materia de discusión, pues sobre la base de estas cuatro fuentes del derecho es que se han configurado las IV Jornadas de Teoría del Derecho.



**Antonio Pedrals**

*Profesor de Teoría General Del Derecho, Universidad de Valparaíso.*

El Profesor Pedrals comenzó su ponencia refiriéndose al jurista Jean Carbonnier, quien señala que el derecho no es una entidad coherente, sino que es una creación demasiado humana, y por lo mismo caprichosa o absurda. Décadas antes, algo similar pronunció Couture, el cual hablaba de la necesidad de pensar en el derecho con “d” minúscula.

Continúa diciendo que todos sabemos que el ordenamiento jurídico es una maraña frondosa de normas carentes de sistema y, muchas veces, incoherentes. Si pasamos a las normas, nos encontraremos con el problema de su sentido, de su irracionalidad, de la aplicación equitativa, etc.

En un segundo nivel de análisis, el expositor habla sobre el factor humano. No es indiferente, quiénes son las personas que generan, comunican, interpretan o aplican el derecho. Un profesor español señala que el hombre más la norma más el hecho es lo que se entiende por derecho.

Continúa señalando el Profesor que al derecho le interesa que los actores jurídicos cuenten con las condiciones psíquicas, culturales, etc., que les demanda la función. Un ejemplo de ello es la Ley de Adopción, por sus grandes exigencias, pero un ejemplo de lo contrario son las normas sobre el acceso a cargos públicos, que son bastante laxas.

## ***"Desnudar al Derecho" Una función de la Teoría del Derecho según Carnelutti, Couture y Carbonnier***

El expositor indica, como tercer factor de análisis, el azar. Cita a Cicerón, diciendo que el azar, y no la prudencia, es lo que gobierna nuestras vidas. Este elemento también se encuentra presente en los procesos judiciales.

En un cuarto nivel de análisis, el profesor menciona a la orientación general del derecho. En los estados autocráticos, esta orientación depende del gobernante. En los estados democráticos, va a depender de la voluntad general de la sociedad. Señala algunos problemas concretos.

Un primer problema, según el expositor, es el del analfabetismo funcional; 50% de la población en Chile. Otros, son los de tipo psíquico, pues un porcentaje importante de la población padece de algún trastorno de la personalidad. Esto gravita en la toma de decisiones. Otro, sería aquel derivado de la complejidad de los conflictos sociales.

El expositor concluye indicando que los planteamientos de Carnelutti, Couture y Carbonnier, sobre desnudar al derecho, siguen teniendo vigencia. Cree, además, que debemos trabajar para seguir pensando en el derecho con realismo.



**Javier Valle Silva**

*Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Tarapacá.*

El profesor Valle, en su ponencia, pretende justificar una determinada comprensión de la teoría del derecho en tanto disciplina autónoma. Su punto de partida es la concepción del derecho como una práctica social, definida por las creencias de sus participantes y situada en un contexto temporal y geográfico, rasgos de los que se deriva que (parte de) su intelección debe ser local.

El expositor se pregunta ¿cómo debiese proceder la teoría del derecho? Su foco debería ser indagar unas creencias, principios y horizontes de sentido que poseemos, por lo general, no de una forma electiva.

Estos componentes, señala, configuran una normatividad implícita, que se proyecta en cánones hermenéuticos, ideales regulativos o tradiciones que van modelando la normatividad explícita. Esto supone, entre otras cosas, describir creencias erróneas, hibridaciones y lecturas descontextualizadas, sin dirigir el esfuerzo

## ***Hacia una teoría (local) del derecho***

intelectual a corregirlas, sino identificar cómo se explican las singularidades de cada práctica jurídica.

Continúa señalando que estos elementos son, en general, descuidados tanto por la filosofía jurídica como por la dogmática. La filosofía del derecho suele concentrarse en buscar propiedades esenciales o necesarias del derecho a través del análisis conceptual, o en evaluar moralmente su contenido. Algo similar ocurre con la dogmática jurídica, que reconstruye y sistematiza el material normativo disponible; recurriendo muchas veces a una malla de conceptos transnacional, agrega el expositor.

Cierra su ponencia el profesor Valle señalando que la teoría del derecho, así delineada, realizará una contribución a dibujar una imagen más densa y afinada del fenómeno jurídico al inspeccionar su dimensión cultural y situada, cultivando un conocimiento atento a las particularidades de cada sistema jurídico.



**Rafael Villavicencio Piña**

*Ex Profesor de Pre y postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello y Universidad Central de Venezuela.*

En su ponencia, el profesor Villavicencio analiza las visiones que buscan determinar la estructura del Derecho, es decir, qué clase de normas lo componen; para ello, considera las corrientes positivistas y no positivistas que han debatido sobre su naturaleza.

Toma autores destacados del siglo XX, los que permiten demostrar las diferencias entre ambas corrientes en relación con la estructura del Derecho, y sustentan la tesis de que el Derecho se encuentra compuesto por reglas y principios.

En cuanto a la visión positivista, el expositor cita a Herbert Lionel Adolphus Hart, con su obra *El Concepto de Derecho*, por la reivindicación que éste hizo del positivismo luego de la crisis que presentó con lo ocurrido en la Alemania nazi, sosteniendo lo que se ha denominado el positivismo incluyente o metodológico. De igual forma, dentro de esta corriente, analiza la visión de Joseph Raz, en el

## ***La estructura del derecho***

Concepto de Sistema Legal, con su positivismo excluyente.

Mientras que para el no positivismo, cita las obras de Ronald Dworkin, adversario doctrinal de Hart y su sucesor en la cátedra de Oxford, con su libro *Los Derechos en Serio*, muy particularmente con la crítica al Derecho como sistema de reglas. También a Robert Alexy, primordialmente con su *Teoría de los Derechos Fundamentales* y la complementación que de esta obra hizo en artículos posteriores.

El expositor señala que la relevancia práctica de su investigación estriba en el hecho de que, en la resolución de casos, y muy especialmente en los denominados “difíciles”, los juristas se enfrentan con regulaciones normativas amplias, denominadas principios, y su resolución no es simple, o con métodos evidentemente claros. Por ende, para lograr una decisión legítima, deben argumentar y demostrar sus fundamentos, para lo que es esencial tener clara la estructura del Derecho.



### III. SEGUNDO PANEL: LEY, COSTUMBRE Y PRINCIPIOS



**Erika Isler Soto**

*Académica Investigadora Instituto de Investigación en Derecho, Universidad Autónoma de Chile.*

La profesora Isler inició su ponencia indicando que los principios se han incorporado en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores en una segunda etapa, mediante la Ley N° 21.081 (2018). Pero estos principios apuntaron solo a ciertas materias específicas, en concreto dos: los procedimientos voluntarios colectivos y las cobranzas extrajudiciales.

Luego de ello, en una tercera etapa, la Ley N° 21.398 (2021) incorpora en la parte general, finalmente, el principio pro consumidor. Lo incorpora, primero, en su función interpretativa, y en segundo lugar en los contratos por adhesión.

Se pregunta: ¿Qué dudas surgen a partir del artículo 2 ter? Primero, si el 2 ter consagra una función interpretativa, ¿significa que todas las otras funciones están excluidas? ¿o es posible que podamos extraer de la racionalidad de esta ley el resto de los principios, como podría ser la carga de la prueba, la integración, etc.? La segunda pregunta planteada tiene que ver con las disyuntivas del artículo 2 ter.

#### ***Función Interpretativa del Principio Pro Consumidor***

La expositora señala que, antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.398, la literatura ya venía pregonando la existencia de un principio pro consumidor, el cual se extraía de otras normativas.

La profesora se pregunta ¿qué desafíos presenta este artículo? Primero, el ámbito de aplicación del 2 ter, pues éste señala “las normas contenidas en esta ley”, la pregunta es ¿solamente las normas de esta ley pueden ser leídas en tono pro consumidor? Porque el artículo 3 establece que son derechos de los consumidores, además, los contenidos en otras leyes y normativas afines.

Otra duda, según la expositora, es la vinculación entre el 2 ter y el Código Civil, pues se entiende que se aplican complementariamente. Pero ¿cuál primero y cuál después? Además, ¿se puede aplicar este principio a Contratos entre privados?

A modo de cierre, Isler expuso ejemplos de relevancia en la materia, como el caso de la indeterminación del texto (textos incompletos o ambiguos), o de la impropiedad del texto, así como ciertos casos relevantes en jurisprudencia.



**Rodrigo Cortés Muñoz**

*L.L.M. Heidelberg Universität; L.L.M, Universidad de Chile; Abogado Pontificia Universidad Católica de Chile.*

El profesor Cortés analiza en su ponencia qué es lo que signa Friedrich Karl von Savigny cuando afirma que el derecho es expresión del espíritu de un pueblo, y cómo es que esa referencia se engarza en el concepto de fuente del derecho.

Busca entender, entonces, cómo ese gesto resulta definitorio en el concepto de fuente. Señala que por sentido operativo nos referimos al uso en el que se inserta el signo -el espíritu de un pueblo-, y a cómo esa referencia se erige en condición de validez.

En atención a ello, el expositor intenta acreditar las siguientes hipótesis: Primero, Savigny genera un modelo que hace las veces de función. De modo tal, que cada comunidad debe encontrar el contenido que permita la operatoria de ese gesto, y por esa vía, fundar la validez del sistema jurídico: en tal sentido, la operación jurídica sería variable y estaría, ella misma, estructurada sobre variables.

Segundo, agrega, la propuesta de Savigny es una condición de su tiempo, en el que la noción de “Sonderweg” alemana resultaba determinante. Es decir, el “camino especial” germano en la construcción de un sentido cohesivo nacional, además de resultar tardío frente a su contexto francés, español e inglés, incide de manera

***Savigny, sobre el concepto de fuente, espíritu del pueblo y función. Una propuesta de análisis desde la teoría de sistemas de Niklas Luhmann***

determinante en la validez de las reglas jurídicas llamadas a regular la comunidad que le subyace. En tal sentido, no es posible distanciar las consecuencias jurídicas que se siguen del concepto de fuente que Savigny acuña de la pretensión política que le anima.

Tercero, así descrito el concepto de fuente, define la actividad de adjudicación. Si el concepto de fuente, construido sobre un ideal identitario -la “Gelehrtenrepublik”-, legitima y otorga validez a la ley, el juez es “la boca que pronuncia las palabras de la ley”. Sin embargo, señala, si por el concepto de fuente se hace necesario, empíricamente, reconocer que existen diferentes estratos sociales que conviven al interior de una comunidad, con usos y sentidos normativos no sólo diferentes, sino incluso, contradictorios, ello no sólo erosiona la unicidad del sistema jurídico, sino que vuelve esencialmente variable la operación legal y, por derivación, el proceso de adjudicación.

Concluye el profesor señala que, con Savigny, debemos reconocer que el juez es la boca de ese sentido legitimador que, en algunos casos, será la ley, sin más, pero en otros, será forzoso desentrañar ese sentido original, muchas veces fracturado, correspondiéndole esa tarea al adjudicado.



**Jaime Phillips Letelier**

*Profesor Asistente en la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae.*

El profesor Phillips comienza señalando que un sistema jurídico unitario y coherente, con la ley en el centro como fuente formal directa, no es una realidad estática. Las sucesivas reformas que el sistema experimenta dan lugar al problema de los efectos de la legislación en el tiempo, cuestión que es abordada por los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad. Decía Savigny que las leyes rigen solo los hechos jurídicos ulteriores y no los hechos jurídicos pasados que ya consumaron sus efectos, o los pendientes de ejecución.

Continúa diciendo que, desde la teoría del derecho, también se ha afirmado que la legislación retroactiva no permite que las personas puedan confiar en la legislación vigente. Agrega que, en nuestro país, también se ha puesto énfasis en esta necesidad de previsibilidad que satisface la prohibición de retroactividad. Indica que, en todos los sistemas, la retroactividad es considerada injusta por distintas razones: porque perjudica la confianza de los ciudadanos, por afectar la previsibilidad o los derechos adquiridos.

Con todo, continúa, estas distintas fundamentaciones pueden tener importantes consecuencias. Por ejemplo, a propósito de la ley penal, un autor norteamericano señala que la

## ***La ley en el tiempo: una propuesta metodológica***

retroactividad penal in peius es injusta, porque obliga a una persona a haber evitado un hecho que ya ocurrió en el pasado. Esto permite sostener también que una ley tributaria que grava rentas obtenidas con anterioridad a su vigencia no sería retroactiva porque solo obliga a pagar desde su vigencia. No obstante, esta legislación tributaria retroactiva sería injusta para quienes ponen en la previsibilidad el fundamento de la prohibición de retroactividad.

Cierra su exposición señalando que su ponencia se propone elaborar una metodología de la irretroactividad, la cual tiene tres pasos. Primero, la distinción entre tres planos de análisis en materia de seguridad jurídica: i) el empírico, ii) del derecho objetivo y iii) el de las posiciones subjetivas. Esta herramienta de análisis permitirá mostrar dos cosas: i) que, a diferencia de lo que sostiene Fuller, no existe una diferencia sustancial entre ordenar haber hecho algo en el pasado e imponer en el presente una consecuencia jurídica revalorando el significado jurídico de un hecho pasado, y ii) que, siendo ambas retroactivas, es distinta una ley que finge haber estado vigente en el pasado de aquellas que interceptan derechos, expectativas o actos jurídicos del pasado.

Segundo, continúa, esto permitirá determinar con mayor lucidez qué alcance tiene la prohibición de retroactividad contenida en un ordenamiento jurídico. Si solo prohíbe gobernar el pasado (y el alcance de este concepto) mediante una ficción, o si

exige algo más: la protección de derechos adquiridos, contratos o actos jurídicos pasados. Tercero, y finalmente, permitirá establecer los deberes de la autoridad llamada a aplicar el derecho en conflictos relacionados con leyes sobrevinientes.



**Jaime Tijmes**

*Profesor, Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de La Frontera, Temuco.*

El profesor Tijmes comienza señalando que los ordenamientos jurídicos pueden reconocer a la costumbre jurídica contra ley como fuente formal del Derecho. En este sentido, agrega que la costumbre contra ley puede tener una jerarquía normativa igual o superior a la ley.

Señala que es problemático que una fuente formal (la ley) otorgue a otra fuente formal (la costumbre jurídica) una jerarquía normativa superior a la misma fuente que otorga esa jerarquía. Por ejemplo, si una futura ley derogare la ley que reconoció una costumbre contra ley, ¿esta costumbre contra ley perdería su jerarquía supralegal? Por un lado, dice que sí, porque la ley da esa jerarquía supralegal a la costumbre. Por otro lado, no, porque la costumbre contra ley tiene jerarquía supralegal, es decir, jerarquía superior a cualquier ley (inclusive la ley derogatoria).

## ***La costumbre contra ley en el ordenamiento jurídico chileno***

En definitiva, el expositor dice que constituye una técnica legislativa deficiente que la ley reconozca la validez de una costumbre de jerarquía supralegal. La solución es obvia: una fuente formal de jerarquía superior a la ley y superior a la costumbre (p.ej. la Constitución) debe regular la jerarquía supralegal de la costumbre jurídica contra ley.

Señala que, desde un punto de vista teórico, no hay ningún problema con que existan normas jurídicas de jerarquía supralegal. El problema radica en que el legislador no tiene la competencia para dictar normas supralecales y, por tanto, tampoco tiene la competencia para delegar o crear esa competencia.

Termina el profesor su ponencia diciendo que, en otras palabras: en nuestro ordenamiento jurídico, sólo la Constitución (o los tratados internacionales, si su jerarquía fuere supralegal) puede otorgar la competencia para crear normas supralecales. La ley definitivamente no puede hacerlo.

## IV. TERCER PANEL: DOCTRINA Y APLICACIÓN DE LAS FUENTES DEL DERECHO



**Jaime Alcalde Silva**

Profesor de la *Pontificia Universidad Católica de Chile*

Como punto de partida, el profesor Alcalde inicia con una reseña de 2006, que surgió en un curso de Alejandro Vergara. En este curso se reseñaba el libro “La Doctrina”, de Philippe Jestaz y Christophe Jamin. A propósito de este libro la autora se preguntaba si era posible tener una reflexión sobre la metodología del derecho en Chile, y si era posible tener una metodología local. Esto, según el expositor, puede servir para determinar si hay una metodología en el Derecho Civil y cómo ha evolucionado.

Según el expositor, quizás el trabajo más relevante en la materia sea el de Guzmán Brito, que publica la *Revista Chilena de Derecho* a fines del siglo XX. En este trabajo distingue tres etapas: primero, la reexposición literal; segundo, el comentario; tercero, el tratado.

Continúa diciendo que, a partir del siglo XX, hay varios elementos a considerar. Primero, aparece el manual, que está destinado a cumplir una función didáctica.

### ***La doctrina civil como fuente del derecho en Chile***

Pero, agrega, a las tres etapas de Guzmán se puede agregar una cuarta, que es la Escuela Moderna. Tiene varias características, por ejemplo, comienzan a surgir Doctores con gran dedicación a la materia; también aparece un nuevo esquema de las Obligaciones; entre otras.

Según el expositor, queda la pregunta por el método. ¿Tenemos un método propio? A su parecer no, y parece que ahí está el deber, pues hay influencias de otras disciplinas, pero carecemos de un método jurídico propio en Derecho Civil.

Para cerrar, el profesor Alcalde expone la última pregunta: ¿Cómo influye la doctrina civil como fuente de derecho? La jurisprudencia, por ejemplo, comienza tener una labor más relevante, pero no ocurre lo mismo con la doctrina. Las sentencias citan los mismos manuales de siempre, pero las nuevas ideas han influido de cierta manera.



**Jasmina Yercic Barrientos**

*Académica en Departamento de Ciencias jurídicas,  
Universidad de Magallanes.*

La profesora Yercic comienza por referirse al concepto de post positivismo, indicando que seguirá en su ponencia al autor Josep Aguiló. Este autor, de manera muy esclarecedora, realiza una comparación entre los paradigmas positivistas y post positivistas.

El primer punto de la ponencia refiere a lo que es el modelo de las reglas y el modelo de los principios y reglas. Se identifica un tránsito entre estos dos paradigmas, desde normas generales y cerradas hacia normas abiertas.

La expositora se pregunta, ¿cómo es la conexión entre reglas y principios? Los principios permiten ver a las reglas como instrumentos, pues sirven para proteger ciertos valores, y son el balance entre estos principios.

Luego continúa con el segundo punto. Bajo el paradigma positivista se da un realce a lo que es la relación lógica de deducibilidad entre las normas. Ahora, bajo el paradigma post positivista, no es que se deje de lado la consistencia entre normas, pero se realiza la idea de la coherencia valorativa, que es una cuestión de grados.

Como tercer punto, señala que el arquetipo de razonamiento bajo la mirada positivista es de tipo subsuntivo, mientras que en el post positivista se

## **Post positivismo, lagunas y argumentación**

enfatisa la ponderación. Esta distinción es relevante no solo para reflexionar cómo en este último tiempo ha habido un incremento de la ponderación, sino también nos hace reflexionar que debemos ser fieles a reglas y sus razones subyacentes. Siguiendo con el cuarto punto, distingue entre casos regulados y no regulados bajo un paradigma positivista y la distinción de casos fáciles y difíciles del post positivismo.

Para cerrar, la profesora pasa a otro punto, relativo a las lagunas y sus tipos: normativas, axiológicas y de reconocimiento. En el caso de las normativas, el ordenamiento jurídico no tiene una regla que correlacione el caso con una solución normativa. En el caso de las axiológicas, son aquellas en donde las reglas del sistema jurídico solucionan el caso, pero no se considera una propiedad relevante que se debió considerar.

Continúa señalando que lo que sucede con la identificación de lagunas puede dar lugar a ciertos cuestionamientos en la práctica judicial. Posteriormente, expone ciertos casos atinentes de la jurisprudencia chilena.



**Valentina Silva Berríos**

*Doctoranda en Derecho por la Universidad Alberto Hurtado.*

En su ponencia, la profesora Silva defiende una metodología para razonar en sede judicial con el ‘interés superior del niño’ en su versión de derecho sustantivo. Explica que el marco teórico usado combina teoría del derecho analítica sobre el razonamiento judicial y teoría de la argumentación. Señala, además, que los problemas asociados al razonamiento judicial sobre el interés superior del niño no han sido tratados en la literatura nacional especializada.

Continúa diciendo que la fundamentación de la tesis defendida tiene tres pasos. El primero consiste en proponer una estructura decisional para trabajar con el interés superior del niño. Esta estructura es un conjunto de preguntas que el juez debería responder para conseguir dos objetivos metodológicos: reducir la indeterminación de la norma del interés superior del niño; y fundar su decisión usando una norma que es el resultado de la especificación de la noción general del interés superior del niño.

El segundo paso analiza en profundidad dos casos resueltos por los tribunales chilenos, donde los jueces razonan con el interés superior del niño (rol 3149-2018 Corte de Apelaciones de Antofagasta y

## ***Siete problemas metodológicos al dar contenido a la cláusula general “Interés Superior del Niño”***

rol 81.983-2022 Corte de Apelaciones de Santiago). Señala que, usando las nociones de movida retórica y pasos retóricos de Swales, se identifican los movimientos retóricos que realizan los jueces efectivamente cuando razonan usando el interés superior del niño.

Continúa explicando que el tercer paso presenta los cinco problemas metodológicos que los razonamientos judiciales analizados exhiben. Estos problemas son: i) Carecer de una pregunta a resolver bien estructurada; ii) Ausencia de vínculos explícitos entre la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*; iii) Defectos en la secuencia de la toma de decisiones; iii) Invisibilizar la interpretación e integración del derecho; iii) Ausencia de explicitación de criterios sustantivos (materiales o axiológicos) de toma de decisión; iv) Ausencia de criterios epistémicos de toma de decisión y v) Insuficientes pautas para escritura de la decisión.

En sus conclusiones, la profesora propone un método de razonamiento judicial que los jueces deberían usar al fundar sus decisiones en la norma del interés superior del niño.





**David Quintero Fuentes**

*Profesor en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y en la Academia Judicial de Chile*

El profesor Quintero señala que la propuesta de ponencia tiene por objeto aplicar los instrumentos proporcionados por la teoría del derecho, y en particular por el método jurídico, para analizar el problema del concurso o concurrencia de normas.

Se pregunta ¿qué ocurre si, frente a un mismo caso, el derecho ofrece más de una respuesta? Esto es, dos o más normas jurídicas regulan un mismo supuesto de hecho, atribuyéndole consecuencias jurídicas idénticas, incompatibles o complementarias, dando así origen a algunos problemas lógicos de interpretación, como inconsistencias o antinomias, y la aplicación total o parcial de más de un régimen jurídico a un mismo caso.

El expositor pretende abordar los diversos criterios aplicados por la dogmática y la jurisprudencia para identificar y resolver los concursos de normas, y formular algunas propuestas, recurriendo a los instrumentos que proporciona la teoría del derecho, especialmente Norberto Bobbio y el método jurídico de Alf Ross.

Expresa que, todavía en la actualidad, la teoría del derecho y la dogmática jurídica se miran con un

## **Los problemas de concurrencia de normas en la jurisprudencia chilena: una mirada desde la teoría del derecho**

relativo desprecio e indiferencia recíprocos. De este modo, hemos asistido durante las últimas décadas, salvo excepciones, al divorcio entre ambas disciplinas. Algunos de los representantes de esa otrora fructífera relación los encontramos en Karl Larenz y Emilio Betti.

Las culpas, señala, son compartidas: por una parte, la dogmática jurídica se desentiende de ciertas herramientas teóricas elaboradas por la teoría del derecho, y que pueden facilitar su tarea; por el otro lado, la teoría del derecho se ocupa de elaborar sofisticadas herramientas, no deteniéndose suficientemente a explicar su utilidad práctica.

El profesor cierra su exposición señalando que se requiere, sin duda, un diálogo más fluido entre ambas disciplinas, ya que la teoría del derecho debiera prestar servicio de las disciplinas dogmáticas. El diálogo es posible, sólo hace falta escoger el nivel adecuado de abstracción de la teoría para su respectivo usuario y para cada problema. Señala que la presente propuesta de ponencia aspira a contribuir a ese propósito, centrándose en los aportes del método jurídico para la solución de problemas de concurrencia de normas.



**Miguel Ángel Reyes Poblete**

*Profesor en la Universidad San Sebastián sede Concepción.*

Reyes comienza señalando que la jurisprudencia es una institución de derecho que provoca una serie de debates contingentes que van desde su denominación, alcance, su carácter vinculante, cómo y quién puede emitirla, reemplazar o modificar, además de la forma en que se aplica.

Continúa diciendo que la jurisprudencia ha sido una fuente del derecho que, particularmente en derecho administrativo, ha ido cambiando diametralmente la forma en que se interpreta la normativa, en algunos casos incorporando instituciones no reguladas expresamente (por ejemplo: la confianza legítima o la pérdida de chance) y en otros sembrando incertidumbre ante diversas respuestas en casos similares (por ejemplo: fallos diversos en materia de responsabilidad del estado, plazos de reclamo en materia administrativa, entre muchos otros).

Al revisar el derecho comparado, se aprecia una tendencia creciente en el mundo del *civil law* de avanzar hacia la implementación de jurisprudencia judicial vinculante. En su ponencia aborda los casos de Brasil, Colombia, España y México, con algunas referencias a Estados Unidos y Francia.

Continúa diciendo el expositor que en Chile se han presentado algunos proyectos para avanzar en este punto, además de los experimentos del recurso de unificación de jurisprudencia en materia laboral, así

## ***Jurisprudencia judicial vinculante: análisis comparado y perspectivas para Chile***

como las sentencias de pleno de la Corte Suprema en recursos de casación en el fondo.

Señala que es interesante aprender de los países con tradiciones jurídicas similares o cercanas a la chilena, del área del *civil law*, que han tenido una evolución constante de la importancia de la jurisprudencia, estableciendo mecanismos de creación y revisión de los precedentes, permitiendo, por una parte, dar seguridad a la comunidad respecto de cuál es la interpretación de las normas, así como optimizar tiempos de respuesta de la resolución de conflictos.

Dice que dentro de los elementos que se consideran está la necesidad de la adecuada, permanente y ordenada publicidad de los criterios interpretativo, y hace referencia a los ejemplos de Brasil y Francia.

Luego señala el profesor Reyes que, en cuanto a la eficiencia en el uso del tiempo y en la resolución de conflictos, aparece indispensable la referencia al incidente de extensión de jurisprudencia de la normativa contencioso-administrativa de Colombia, que permite esgrimir un criterio establecido, requiriendo su aplicación a un caso diverso posterior.

Concluye con propuestas concretas de implementación de jurisprudencia vinculante en Chile.



**Cristian Román Cordero**

*Profesor Derecho Administrativo U. Chile.*

En esta ponencia, el profesor Román parte reconociendo, por una parte, la inexistencia en Chile de un orden jurisdiccional contencioso administrativo, y, por otra, que la jurisprudencia en materia de Derecho Administrativo tiene tres orígenes, a saber, constitucional, judicial y administrativo.

En su ponencia analiza: La necesidad de la permanencia de la jurisprudencia en el Derecho Administrativo (en atención a la igualdad y la seguridad jurídica) –teoría del precedente judicial en lo contencioso administrativo-; y de su permanente revisión y, si es del caso, cambio (siempre que éste sea especialmente fundado). También analiza la práctica seguida en relación a esta materia por el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema y la Contraloría General de la República.

En síntesis, señala que el Tribunal Constitucional tiene un respeto de su precedente jurisprudencial, y el cambio jurisprudencial es especialmente fundado. La Corte Suprema no tiene respeto de su precedente jurisprudencial, y el cambio jurisprudencial no es especialmente fundado, salvo excepciones. Cabe destacar que tal proceder es contradictorio con la tendencia jurisprudencial de exigir a la Administración respeto por su precedente bajo el

## **Cambios jurisprudenciales en Derecho Administrativo**

concepto de “coherencia” (precedente administrativo). Finalmente, en el caso de Contraloría, hay un respeto de su precedente jurisprudencial, pero el cambio jurisprudencial no es especialmente fundado. E incluso, en algunos casos, la única fundamentación es la jurisprudencia judicial, surgida precisamente de un cambio jurisprudencial en esa sede.

Para cerrar, analiza la importancia de la fundamentación del cambio jurisprudencial. El cambio jurisprudencial debe ser especialmente fundado, vale decir, que, reconociendo el cambio, se refiera a por qué (i) abandona la jurisprudencia anterior, y (ii) establece la nueva.

Destaca, además, que el creciente uso de inteligencia artificial permitirá a todos, incluido el “decisor” (juez o contralor), reconocer a priori la “decisión coherente”, elaborada por algoritmos en base a pronunciamientos anteriores, misma que incluso puede tener la calidad de “borrador de la decisión”, razón por la cual el innovar, desatendiéndola, cambiando de criterio jurisprudencial, no podría sino que ser especialmente fundado en los términos antes señalados.



**Gabriela Flores Calvo**

*Profesora en Universidad de Santiago de Chile y Gabriela Mistral*

La profesora Flores comienza su exposición señalando que, en la última década, en el mundo se han dado muchos cambios sociales. Entre ellos la mayor demanda por justicia social, equidad, género y sustentabilidad.

Estas demandas no solamente se han tomado las calles y los espacios públicos de discusión, sino también se han hecho partícipes de las Cortes. Un ejemplo de ello es el accionar de la Corte Suprema en Chile con el caso Castilla, producto de la presión de los movimientos medioambientales.

Señala Flores que en esta presentación explorará cómo los movimientos sociales y sus demandas han influenciado “en casos difíciles” las decisiones de la Corte Suprema. Poniendo así en la palestra la discusión sobre la conducta judicial y el cuestionamiento a cuál es el límite de la independencia judicial.

Sobre todo, señala, considerando que los jueces pueden llegar a ser tan independientes que, ante la presión social, se alejan de la Ley.

## ***El impacto de los cambios sociales sobre las decisiones judiciales: Corte Suprema***

Para ilustrar lo anterior, la expositora muestra resultados preliminares del análisis de caso a través de dos métodos de las ciencias sociales: la Teoría Fundamentada y el análisis de contenido.

A través de ellos, hace un análisis crítico, sistemático, creativo y abierto a múltiples posibilidades, de una sentencia.

Termina su presentación la autora señalando que, como resultado, se obtienen códigos que muestran que la Corte Suprema en una decisión se puede alejar de la norma, arrogándose Funciones Estatales, teniendo un comportamiento alejado de lo que se espera de un juez.



**Alejandro Vergara Blanco**

*Profesor Titular de Derecho Administrativo y de Teoría y Fuentes del Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Chile.*

El profesor Vergara comienza su exposición con una pregunta, ¿seguimos enseñando a los alumnos que las fuentes del derecho son cuatro? Ley, costumbre, jurisprudencia y doctrina. Hace falta profundizar si efectivamente ese enunciado es real, sobre todo respecto a la jurisprudencia. En segundo lugar, señala que existen respuestas jurisprudenciales que son armónicas con las anteriores, sobre todo en algunas materias, pero hay otras en que eso no se da. Quizás la más famosa en el último tiempo es la de derecho administrativo, en la única sala de la Corte Suprema.

Continúa dando algunos datos. El tema de vacilaciones jurisprudenciales es muy antiguo, ya Francis Bacon criticaba este fenómeno, lo mismo con Jeremy Bentham. Andrés Bello se empapó de eso, y en el Araucano se refirió a los cambios jurisprudenciales como el oprobio del sistema judicial. Él redactó el artículo 3 del Código Civil, que puede parecer ambiguo, pero el Profesor cree que este artículo no quería decir lo que se dice de él hoy, pues más bien viene a ser la excusa para que los jueces zigzagueen y se desvinculen de los criterios anteriores, sin sanción alguna.

## ***Sin precedentes vinculantes, ¿sigue siendo la jurisprudencia una fuente del derecho?***

Si esa es la realidad, ¿podemos seguir diciendo que la jurisprudencia es una fuente de derecho en nuestro país? En donde los ciudadanos ya no tienen una guía para acomodar las conductas, pues la adjudicación de las leyes está en manos de los jueces.

Hoy en día, continúa, se discute el capitalismo en Chile. ¿Qué tiene de relación esto? Una de las características de las sociedades capitalistas es que originó el derecho racional, que indica la previsibilidad. Esto va más allá de la economía, tiene que ver con las reglas y la previsibilidad de nuestras conductas.

Luego, sigue, hay que incorporar dos ideas más. El Estado de Derecho en el que vivimos tiene ciertas características: el pre aviso de las conductas, una cierta seguridad; y una necesidad de observar una igualdad de trato.

Termina señalando la conducta anti democrática de los jueces de zigzaguear. Indica además que, a partir de los procesos constitucionales, el año pasado la Convención Constitucional propuso una disposición constitucional: que uniformar la interpretación del derecho es una función esencial de la Corte Suprema. Era una respuesta a lo que estábamos criticando.

BOLETÍN  
**Mirada Administrativa N° 22**  
Julio 2023

Av. Libertador Bernardo O'Higgins 340,  
Santiago, Chile.

EDICIÓN GENERAL  
**Programa de Derecho**  
**Administrativo Económico UC**  
Sabrina Feher Szanto  
Beatriz Isidora Parra