



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
INSTITUTO DE ARGUMENTACIÓN

EL ROL DE LA NARRACIÓN EN LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

AUTORA: Mariana Ugarte Raddatz
PROFESOR GUÍA: Rodrigo Valenzuela Cori

Santiago, Chile

2018

A mi profesor, Rodrigo Valenzuela.

A mi familia.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	4
INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PRINCIPIO DE MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS.....	6
1.1. Historia de la motivación de las sentencias	6
1.2. La recepción del principio de motivación de las sentencias en Chile	11
CAPÍTULO 2. TRATAMIENTO LEGAL Y DOCTRINAL DEL PRINCIPIO DE MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS	15
2.1. Reglamentación legal de la motivación de las sentencias en Chile	15
2.2. Concepto y función de la motivación de las sentencias según la doctrina	18
CAPÍTULO 3. UN INSTRUMENTO DE ANÁLISIS	23
3.1. La necesidad de un instrumento de análisis aplicable al discurso narrativo y argumentativo	23
3.2. Un recurso de amparo a favor de un individuo de nacionalidad peruana.....	24
3.3. La motivación de las sentencias a partir de los tópicos que conforman el problema.....	28
3.4. El pensamiento tópico	31
CAPÍTULO 4. EL RELATO DE LOS HECHOS EN LA SENTENCIA	37
4.1. Análisis de sentencias.....	37
4.1.1. Mérida Carmona y el Instituto de Normalización Previsional.....	37
4.1.2. Vedettísima.....	44
4.1.2.1. Las narraciones del caso Vedettísima	50
4.2. El valor de la narrativa para comprender la realidad.....	53
4.3. El juez y la narración	58

4.4. La narración en la motivación de las sentencias.....	60
CONCLUSIONES.....	66
BIBLIOGRAFÍA.....	71

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es demostrar que la narración, además de la argumentación legal, tiene efecto sobre la motivación de las sentencias y por eso no debe ser obviada como componente del discurso jurídico. Para probar la afirmación anterior se utiliza la tópica como instrumento de análisis, ya que esta permite analizar los diferentes ángulos que están en juego en un problema específico.

Palabras clave: Narración – Tópica – Argumentación - Sentencia

INTRODUCCIÓN

En un estado democrático, la motivación de las sentencias cumple con el propósito de brindar una respuesta no solo a las partes, sino también al conjunto de la sociedad. El juez debe comunicar lo justo y atendible del juicio que emite a través del relato de los hechos y las razones que justifican su decisión.

La doctrina centra el concepto de motivación de las sentencias en las razones justificatorias del juez, es decir, en la argumentación legal por él esgrimida. De esta manera, la doctrina entiende a la motivación como un discurso de tipo justificativo donde lo que importan son el vigor de las razones suministradas, y su validez lógica y jurídica.

Pero si lo que se persigue con la motivación de las sentencias es que las decisiones sean comprendidas por la sociedad, que tanto las partes como el público en general comprendan lo atendible de la decisión, cabe preguntarse si solo sobre la base de razones justificatorias las personas se persuaden acerca de lo atendible y justo de lo fallado. ¿Se agota la motivación de las sentencias en las buenas razones conforme a derecho en que se fundan los fallos? ¿Es posible que la narración de los hechos en las sentencias cumpla –además de la argumentación legal– algún rol en su motivación?

En este ensayo se plantea que la narración, además de la argumentación legal, tiene efecto sobre la motivación de las sentencias y por eso no debe obviarse como componente del discurso jurídico, a efectos de su motivación. Para demostrarlo se revisan el origen del principio de motivación de las sentencias, su recepción y reglamentación legal en Chile, y el concepto y sus funciones según la doctrina. Enseguida se determina el instrumento de análisis que permite revisar tanto la narración como la argumentación de las sentencias, y luego se aplica a la revisión de casos específicos para entender cómo estas han sido motivadas y si la narración puede haber tenido algún efecto en su motivación.

CAPÍTULO 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL PRINCIPIO DE MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS

1.1. Historia de la motivación de las sentencias

La garantía procesal de fundamentación de las sentencias tal como se concibe hoy fue un triunfo de la Revolución Francesa. La ley revolucionaria de 16-24 de agosto estableció, de modo general, la obligación de fundamentar los fallos civiles y penales de todos los tribunales.¹

No obstante, tanto la práctica de justificar las sentencias como su imposición legal son anteriores a este período, y sus fundamentos resultan muy distintos a aquellos que dieron origen a este principio en el marco de la Revolución Francesa.²

A partir del siglo XII, y específicamente en los siglos XIII y XIV, la escena judicial europea sufrió un proceso de transformación progresivo: se sustituyeron los mecanismos altomedievales de decisión (duelos, juramentos y ordalías) por un sistema de prueba racional³ y el acto de juzgar se fue centralizando en quienes detentaban el poder político, lo que condujo a la profesionalización del oficio de juez y al surgimiento, en las universidades,

¹ Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa* (Madrid: Real Academia Española, 1994), 194.

² Daniela Accatino Scagliotti, “La fundamentación de las sentencias: ¿un rasgo distintivo de la judicatura moderna?” *Revista de Derecho (Valdivia)*, 15 (2003): 9-35.

³ Daniela Accatino Scagliotti, “La motivación de las sentencias: genealogía y teoría” (tesis doctoral, Universidad de Granada, 2005), 22-23. En relación con las sentencias de los magistrados romanos, no existe claridad acerca de si debían motivarse. Lo que sí se sabe es que el sistema de prueba romano era de tipo racional y tenía por finalidad la reconstitución de los hechos objeto del juicio a través de testimonios y otros medios probatorios proveídos por las partes. Esta forma racional de indagación judicial tuvo sus orígenes en Atenas, específicamente en el siglo V a.C., momento en el cual se abandonaron las pruebas mágicas y los rituales por un sistema racional de prueba. No obstante, la caída del Imperio Romano marcó el fin de este sistema. El proceso judicial, antes racional, fue modelado por tradiciones germánicas y nuevamente se produjo un retorno a mecanismos de prueba irracionales constituidos por experimentos probatorios que se basaban en la revelación de un signo divino, como eran los casos de los duelos, los juramentos y las ordalías.

del estudio de las ciencias jurídicas junto con el desarrollo de la doctrina del proceso romano canónico.⁴

La existencia de un proceso basado en pruebas racionales, cuyo objeto era la reconstitución de los hechos del proceso, y que concluía efectivamente en una sentencia, es decir, en una decisión deliberada del juez, pareció abrir la posibilidad de sentencias fundadas. Este problema jurídico fue abordado en el siglo XII por algunas decretales papales y comentarios de decretalistas.⁵

No obstante, esta posibilidad se vio prontamente restringida por dos razones. En primer lugar, porque se sustituyó el sistema de libre valoración de la prueba –afirmado en los primeros tratados procesales de la época– por un sistema de prueba legal tasada que impedía la deliberación del juez con respecto a la prueba. Y en segundo término, porque la opinión mayoritaria de los juristas de la época recomendaba no explicitar razones en los fallos, debido al riesgo de que fueran impugnados por fundarse en causa falsa o errónea.⁶

Esto último no obedecía solo a razones de prudencia, sino también al fundamento sobre el que descansaba la autoridad judicial: el juez, como representante del monarca, no tenía la obligación de justificar ante los súbditos los motivos de sus decisiones.⁷ De hecho, hacia el final del Antiguo Régimen, la razón principal de la falta de fundamentación de las sentencias era el carácter soberano de los tribunales como delegados del monarca.⁸

Con todo, y aunque en principio la motivación de las sentencias estuviera excluida, tanto en la Baja Edad Media como en la Edad Moderna existieron casos específicos de tribunales cuya costumbre era motivar las sentencias, como sucedía –por ejemplo– con las sentencias

⁴ Daniela Accatino Scagliotti, “La fundamentación de las sentencias: ¿un rasgo distintivo de la judicatura moderna?”, 10.

⁵ Daniela Accatino Scagliotti, “La fundamentación de las sentencias: ¿un rasgo distintivo de la judicatura moderna?”, 10-11.

⁶ Daniela Accatino Scagliotti, “La fundamentación de las sentencias: ¿un rasgo distintivo de la judicatura moderna?”, 11-13; Carlos Garriga y Marta Lorente, “El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489 - España, 1855)”, *Anuario Facultad de Derecho U. Autónoma de Madrid*, 1, (1997), 103-104. El *Corpus iuris* no contenía orientación alguna sobre la necesidad de fundamentar las sentencias, pero una decretal del Papa Inocencio III establecía la legitimidad de las decisiones inmotivadas. Sobre esta base, los juristas de la época sentaron una doctrina que le aconsejaba al juez excluir los motivos de la sentencia. Pero, tal y como señalan los autores Garriga y Lorente, la razón de fondo que hacía percibir como un peligro a la causa falsa era el desconocimiento con respecto a la causa verdadera, dada la incerteza jurídica de la época.

⁷ Daniela Accatino Scagliotti, “La fundamentación de las sentencias: ¿un rasgo distintivo de la judicatura moderna?”, 14.

⁸ Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, 193.

pisanas del siglo XII y la práctica de los Grandes Tribunales italianos.⁹ Por otra parte, y ya entrado el siglo XVI, algunos soberanos les impusieron a sus tribunales reales la obligación de motivar sus sentencias, lo que ocurrió en ciertos estados italianos y algunos reinos de la península ibérica, como Aragón y Cataluña. Finalmente, en la segunda mitad del siglo XVIII se impuso esta obligación en algunos estados absolutistas, como Prusia y Austria, aunque nunca con carácter general, sino solo para determinadas resoluciones o tribunales.¹⁰

Ahora bien, las intervenciones legislativas de los soberanos en relación con la motivación de las sentencias de esta época fueron siempre, como señala la autora Daniela Accatino, “instrumentales a las finalidades de conservación, concentración y centralización del poder estatal”.¹¹ Era la razón de Estado la que aconsejaba establecer o excluir explícitamente la motivación de las sentencias. Así, en algunos casos se instauró la obligación de motivar los fallos como concesión a los estamentos poderosos (oligarquías terratenientes y mercantiles), mientras que en otros, como sucedía en los estados absolutistas, se impuso la obligación a partir del siglo XVIII con el fin de mantener el control estatal y la organización jerárquica de la judicatura o establecer políticas de centralización de las fuentes de producción jurídica.¹²

De esta manera, tanto durante la Baja Edad Media como en el Antiguo Régimen se excluyó en principio la motivación de las sentencias por razones de prudencia, incerteza jurídica y una concepción específica sobre el fundamento de la autoridad judicial. Pero no faltaron tribunales con la costumbre de motivar sus fallos, así como políticas legislativas de los

⁹ Michele Taruffo, *La motivación de la sentencia civil* (México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006), 302.

¹⁰ Daniela Accatino Scagliotti, “La fundamentación de las sentencias: ¿un rasgo distintivo de la judicatura moderna?”, 20-21; Michele Taruffo, *La motivación de la sentencia civil*, 303.

¹¹ Daniela Accatino Scagliotti, “La fundamentación de las sentencias: ¿un rasgo distintivo de la judicatura moderna?”, 22.

¹² Daniela Accatino Scagliotti, “La fundamentación de las sentencias: ¿un rasgo distintivo de la judicatura moderna?”, 21-24. La obligación de motivar los fallos como política para mantener el control estatal y la organización jerárquica de la judicatura se relaciona con la facultad de apelar, controlar lo resuelto y evitar una parálisis en los niveles superiores de la judicatura. Mientras que la misma obligación establecida por el soberano con la finalidad de establecer políticas de centralización de las fuentes de producción jurídica tiene por objetivo el fortalecimiento de la legislación central y aconseja, según cual fuere el comportamiento de los tribunales, establecer o bien prohibir explícitamente la motivación de las sentencias. Así, por ejemplo, en los casos en que los tribunales fallaban de forma independiente y sin someterse a la legislación central era conveniente prohibir expresamente la exposición de motivos en la sentencia, mientras que si los tribunales se ceñían a la legislación central, era conveniente establecer la obligatoriedad de motivar los fallos con el fin de fortalecer a través de estos la legislación central.

soberanos que –obedeciendo siempre a una razón de Estado– establecieron la obligatoriedad o exclusión de la fundamentación de las sentencias.¹³

Sin embargo, el proceso revolucionario francés produjo un cambio radical en la concepción y el fundamento del poder político. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 –texto fundacional del nuevo régimen– estableció que la soberanía residía esencialmente en la Nación y que ninguna corporación, estamento o individuo podía ejercer una autoridad que no emanara expresamente de ella. Junto con esto sentó que la ley es la expresión de la voluntad general y que todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir a su formación, sea personalmente o a través de sus representantes.¹⁴

Así, ya no será el monarca en su calidad de representante de Dios en la Tierra el que detente el poder político, sino la sociedad. Los hombres ya no serán súbditos que obedezcan al arbitrio del soberano, sino ciudadanos con derechos y deberes, que deberán ajustar su comportamiento a la ley.

La ley, según el concepto elaborado por Rousseau en *El contrato social*, “es la decisión del pueblo entero, decidiendo sobre el pueblo entero, por medio de normas generales y comunes”¹⁵, lo que la hace infalible, incapaz de error, porque la voluntad general (su fuente) decide pensando en el bien común y no en intereses particulares.¹⁶

El nuevo fundamento del poder político y la importancia que se le asigna a la ley impactarán profundamente en el sistema judicial, pues la autoridad del juez ya no provendrá de su calidad de delegado del monarca, sino del pueblo, y, como tal, deberá ceñir su actuación a lo

¹³ Los autores Garriga y Lorente señalan que “allí donde se motivaba muy a menudo esta operación constituía un acto propio y separado de la sentencia o decisión, que el tribunal dictaba *a posteriori*, siguiendo un esquema no por casualidad muy similar al de la *quaestio*, y en ocasiones era de carácter secreto o se hacía pública tan sólo a petición de parte; de suerte que la motivación cumplía casi siempre una función meramente *endoprocesal*”. Carlos Garriga y Marta Lorente, “El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489 - España, 1855)”, 104-105.

¹⁴ La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 establece en su artículo tercero que la soberanía reside esencialmente en la Nación, y en su artículo sexto, que la ley es expresión de la voluntad general.

¹⁵ Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, 132.

¹⁶ Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, 133.

que las leyes –expresión de la voluntad general– manden. “En lugar de los hombres, en adelante van a mandar las leyes”.¹⁷

La ley de 16-24 de agosto de 1790 sobre Organización Judicial estableció, entre otras cosas, el principio de separación de poderes y el principio procesal de motivación de las sentencias. En noviembre de ese mismo año se creó el Tribunal de Casación, perteneciente al Poder Legislativo y no al Judicial, lo que demuestra la importancia que tiene el principio de legalidad en este nuevo sistema. El Tribunal de Casación es el garante de la legalidad de las decisiones judiciales y el recurso de casación, el instrumento mediante el cual se somete a su consideración la sujeción del juez a la ley.¹⁸

De esta forma, la exigencia de motivación, además de una reacción contra el ejercicio arbitrario de la autoridad judicial que se percibía en la ausencia de fundamentos de la sentencia, es también garantía del principio de legalidad.¹⁹

Tiempo después, el artículo 208 de la Constitución francesa de 1795 consagró la obligación de motivar las sentencias. La misma obligación fue recogida por los códigos napoleónicos y transmitida después al resto de los códigos decimonónicos europeos²⁰, pues –si bien la derrota del ejército de Napoleón en la batalla de Waterloo puso fin a las guerras napoleónicas y al proceso iniciado por la Revolución Francesa, y restableció el imperio de las monarquías absolutas– las ideas revolucionarias ya habían penetrado en la sociedad. De hecho, en la misma Francia, los nuevos poderes mantuvieron gran parte del legado revolucionario, como la igualdad y la técnica de la legalidad. Los demás estados absolutistas iniciaron también un proceso de recepción de ese sistema jurídico, que culmina enteramente a fines del siglo XIX.²¹ De esta manera, “a finales del siglo XIX, el Derecho Público del *règne de la loi* ha triunfado en toda Europa continental, también en Iberoamérica, fiel seguidora del sistema francés, y comienza su extensión en otros continentes”.²²

¹⁷ Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, 141.

¹⁸ Michele Taruffo, *La motivación de la sentencia civil*, 305.

¹⁹ Michele Taruffo, *La motivación de la sentencia civil*, 305.

²⁰ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid: Editorial Trotta, 1995), 622.

²¹ Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, 223.

²² Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, 226.

1.2. La recepción del principio de motivación de las sentencias en Chile

En los reinos de España, hasta antes de 1768 coexistían dos soluciones jurídicas diferentes en relación con la motivación de las sentencias: la práctica de no fundamentar los fallos en la Corona de Castilla, y la práctica de motivación de las sentencias en la Corona de Aragón, la que se impuso progresivamente a jueces y tribunales a partir del siglo XVI.²³

Pero, a comienzos del siglo XVIII, el rey Felipe V –luego de vencer a la Corona de Aragón y para reemplazar la organización política existente en esos territorios por la organización castellana– emitió una serie de disposiciones llamadas Decretos de Nueva Planta, cuyo objeto era una nueva organización (nueva planta) para los organismos y tribunales.²⁴

En 1768, continuando con el proceso de unificación iniciado por Felipe V, Carlos III ordena mediante la Real Cédula del 23 de junio de 1768 el cese de la fundamentación de las sentencias²⁵ y culmina así “la uniformización del aparato judicial de los reinos de las Españas”.²⁶

De este modo, hasta antes de la declaración de la independencia, esta era la normativa que regía en Chile, por lo que las sentencias se dictaban en castellano y sin expresión de motivos.

²³ Los autores Carlos Garriga y Marta Lorente señalan que la diferencia entre ambos regímenes se debe a que “frente a la Castilla absolutista imperasen en la Corona de Aragón regímenes políticos contractualistas, que por esto mismo se asentaban sobre la base del respeto al Derecho regnícola o tradicional (integrado en el marco del Derecho común) y, en consecuencia, situaban el argumento político prevalente no en el secreto sino en una publicidad capaz de mostrar el cumplimiento de los órdenes de prelación que así lo fijaban”. Carlos Garriga y Marta Lorente, “El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489 - España, 1855)”, 101-104.

²⁴ Alfonso Murillo Villar, “Antecedentes históricos de la obligación de motivar las decisiones judiciales en el derecho español”, *Rivista internazionale online – Peere Reviewed Journal* (2012), 44.

²⁵ El texto de la Real Cédula dispone: “Para evitar los perjuicios que resultan en la práctica que observa la Audiencia de Mallorca, de motivar sus sentencias, dando lugar a cavilaciones de los litigantes, consumiendo mucho tiempo en la extensión de las sentencias, que vienen a ser un resumen del proceso y las cosas que a las partes siguen; mando, cese en dicha práctica de motivar sus sentencias, como se observa en el mi Consejo y en la mayor parte de los tribunales del Reino: y que a ejemplo de lo que va prevenido a la Audiencia de Mallorca, los tribunales ordinarios, incluso los privilegiados, excusen de motivar las sentencias, como hasta aquí, con los vistos y atentas en que se refería el hecho de los autos y los fundamentos alegados por las partes; derogando como en esta parte derogo el auto acordado 22, título 2, libro 3, duda 1 R. u otra cualquiera resolución o estilo que haya en contrario”. “Novísima Recopilación de las leyes de España”, L. 8, Tít. 16, Libro XI, citado por Hugo Hanisch Espíndola, “Contribución al estudio del principio de la práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX”, en *Revista de Estudios Histórico-jurídicos*, Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso (1982), 131-139-173.

²⁶ Carlos Garriga y Marta Lorente, “El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489 - España, 1855)”, 101.

La primera disposición relativa a la obligatoriedad de fundamentar las sentencias en Chile se encuentra en la Constitución Política del Estado de Chile de 1822, dictada bajo el gobierno de Bernardo O'Higgins, cuyo artículo 219 señalaba: "Toda sentencia civil y criminal deberá ser motivada".²⁷ Esta disposición tuvo un corto período de vigencia, pues el 28 de enero de 1823 se produjo la abdicación de O'Higgins, y hacia fines de año, el texto había sido derogado y sustituido por la Constitución de 1823.²⁸

Consecuentemente, en los primeros años de Chile como república independiente se mantuvo la regla de no motivar los fallos, salvo la disposición anterior que no llegó a aplicarse.²⁹

Tres décadas después, y producto de una sostenida campaña de los pensadores ilustrados de la época en la que Andrés Bello tuvo un rol fundamental³⁰, durante el gobierno de José Joaquín Prieto se dictó la ley del 2 de febrero de 1837 sobre la fundamentación de las sentencias³¹, mediante la cual se decretó que "toda sentencia se fundará breve y sencillamente. El fundamento se reducirá sólo a establecer la cuestión de derecho o de

²⁷ Hugo Hanisch Espíndola, "Contribución al estudio del principio de la práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX", *Revista de Estudios Histórico-jurídicos*, Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso (1982), 140.

²⁸ Hugo Hanisch Espíndola, "Contribución al estudio del principio de la práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX", 140.

²⁹ Hugo Hanisch Espíndola, "Contribución al estudio del principio de la práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX", 140.

³⁰ Andrés Bello, a propósito de la motivación de las sentencias, señala: "A la verdad, si la sentencia no es otra cosa que la decisión de una contienda sostenida con razones por una y otra parte, esa decisión debe ser también racional, y no puede serlo sin tener fundamentos en qué apoyarse; si los tiene, ellos deben aparecer, así como aparecen los que las partes han aducido en el juicio, que, siendo público, nada debe tener reservado (...) Si el juez no puede proceder por su arbitrio, si en el ejercicio de sus funciones debe estar ligado a la decisión de las leyes, si estas son las que conceden o niegan lo que se pretende en el juicio y si el juez sólo tiene en este acto el destino de aplicarlas, si su aplicación puede ser conforme a los hechos; si todo esto es cierto, decimos, nada es tan natural como que el juez, al tiempo de pronunciar su fallo, designe la ley que aplica, manifestando el hecho tal cual resulta de autos y cual lo exige la aplicación o decisiones legales. (...) Admitir sentencias no fundadas equivale en nuestro concepto a privar a los litigantes de la más preciosa garantía que pueden tener para sujetarse a las decisiones judiciales". Andrés Bello, "Administración de Justicia" (Santiago de Chile: El Araucano, 1885), citado por Hugo Hanisch Espíndola, "Contribución al estudio del principio de la práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX", en *Revista de Estudios Histórico-jurídicos*, Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso (1982), 131-173, 140-141.

³¹ Hugo Hanisch Espíndola, "Contribución al estudio del principio de la práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX", 143. El fundamento de este decreto es el artículo 16 de la Constitución de 1822 y la ley de facultades extraordinarias de 31 de enero de 1837 que autorizaba al presidente a utilizar todo el poder público que su prudencia hallare necesario para regir el Estado mientras durara el estado de guerra con Perú.

hecho sobre que recae la sentencia, y a hacer referencia de las leyes que les sean aplicables, sin comentarios ni otras explicaciones”.³²

Establecida la obligación, la Corte Suprema le emitió un oficio al ministro del Interior, Diego Portales, en el que le planteó una serie de inquietudes no vinculadas a la forma de las sentencias, sino a las leyes particulares aplicables al caso.³³ El Ministro del Interior le remitió el oficio al fiscal general de la Corte Suprema, Mariano Egaña, quien se encargó de responder una por una las dudas planteadas por la Corte Suprema, además de reiterar que la sentencia no debía contener comentarios o explicaciones, pues estos eran más propios de una disertación académica que de una sentencia³⁴, de forma tal que los criterios interpretativos se restringieron al mínimo.³⁵

Lo anterior implicó que, durante muchos años, los jueces se limitaran a incorporar el texto de la ley a la sentencia sin impulsar ningún desarrollo o valor jurídico a sus fallos, sino solo limitándolos a su valor resolutivo judicial.³⁶

Este sistema estuvo vigente hasta la dictación de la ley del 12 de septiembre de 1851 sobre acuerdos y fundamentación de las sentencias, promulgada por el presidente Manuel Montt, que –entre otros aspectos– separó la resolución de las cuestiones de hecho de las de derecho y estableció el procedimiento para tomar los acuerdos de mayoría en los tribunales colegiados. Y que a juicio de Hugo Hanisch “abrió un nuevo horizonte que permitió a la jurisprudencia servir como intérprete de las leyes en los casos concretos sometidos a su conocimiento”.³⁷

³² Hugo Hanisch Espíndola, “Contribución al estudio del principio de la práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX”, 143.

³³ Hugo Hanisch Espíndola, “Contribución al estudio del principio de la práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX”, 145. Cabe recordar que el sistema legislativo de la época no era un código sistemático sino una recopilación de leyes de épocas muy diversas. No existía una estructura general de interpretación de las leyes, sino normas desperdigadas en distintas leyes, por lo que no era tarea fácil saber cuál era la ley aplicable al caso.

³⁴ Hugo Hanisch Espíndola, “Contribución al estudio del principio de la práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX”, 147.

³⁵ Hugo Hanisch Espíndola, “Contribución al estudio del principio de la práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX”, 143.

³⁶ Hugo Hanisch Espíndola, “Contribución al estudio del principio de la práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX”, 146.

³⁷ Hugo Hanisch Espíndola, “Contribución al estudio del principio de la práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX”, 172.

Finalmente, el 28 de agosto de 1902 se dictó el Código de Procedimiento Civil³⁸, y el 12 de junio de 1906, el Código de Procedimiento Penal³⁹, que regularon la fundamentación de las sentencias en sus artículos 193 y 528 respectivamente.

³⁸ Entró en vigencia el 1 de marzo de 1903.

³⁹ Entró en vigencia el 1 de marzo de 1907.

CAPÍTULO 2. TRATAMIENTO LEGAL Y DOCTRINAL DEL PRINCIPIO DE MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS

2.1. Reglamentación legal de la motivación de las sentencias en Chile

El artículo 76 de la Constitución Política de la República de Chile establece que “la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”, y que, “reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión”.

La labor de los jueces consiste así en componer jurídicamente los conflictos sometidos a su decisión para mantener en vigencia el Estado de Derecho, lo que se realiza a través del proceso.

Una vez iniciado el proceso, entre las partes y el tribunal se crea una relación de carácter jurídico procesal que, en palabras del autor Mario Casarino Viterbo, consiste en “aquel vínculo jurídico que une a las partes entre sí y a ellas con el tribunal, y cuyos efectos principales son obligar al tribunal a dictar sentencia, y a las partes, a pasar por lo que este resuelva en definitiva”.⁴⁰

La forma normal en la cual esa relación procesal termina se produce a través de la dictación de la sentencia definitiva por parte del tribunal, la que pone fin al juicio y en la que se decide sobre la cuestión controvertida.⁴¹ El artículo 158 del Código de Procedimiento Civil (CPC), a propósito de las resoluciones judiciales, define a la sentencia definitiva como la que pone fin a la instancia y resuelve la cuestión o asunto que ha sido objeto de juicio.

⁴⁰ Mario Casarino Viterbo, *Manual de Derecho Procesal, Tomo III* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, actualización 2011), 68.

⁴¹ Mario Casarino Viterbo, *Manual de Derecho Procesal, Tomo III*, 70.

A propósito del juicio y la sentencia, el juez Juan Guzmán, en su libro *La sentencia*, señala que “el juicio surge a raíz de un conflicto, de una desavenencia grave o de una crisis, y mediante la sentencia por la cual concluye el juicio se recupera la armonía quebrantada, se recobra el equilibrio y se cumple con el fin primordial de la jurisdicción: el restablecimiento de la paz individual y, en general, el afianzamiento de la paz social”.⁴²

En el ordenamiento jurídico chileno, a diferencia de otros, el deber de fundamentar las sentencias no se encuentra explicitado a nivel constitucional.⁴³ No obstante, los autores coinciden en que la obligación de motivar las sentencias constituye un imperativo constitucional que se desprende de los artículos 19 N°3, inciso 5°, y 76, inciso 1°, de la Constitución Política de la República⁴⁴. El primero consagra el debido proceso, y el segundo, la prohibición de revisar los fundamentos o contenidos de las resoluciones judiciales por parte de cualquier otro poder que no sea el Judicial.⁴⁵

A lo anterior cabe agregar también el artículo 8°, inciso 2°, de la Constitución, que establece la publicidad de los actos y las resoluciones de los órganos del Estado, así como de sus fundamentos y los procedimientos que utilicen.

Si bien el principio de fundamentación de las sentencias no se encuentra explícito a nivel constitucional, sí lo está a nivel legal. En sede civil, el artículo 170 CPC⁴⁶ establece en su

⁴² Juan Guzmán Tapia, *La sentencia* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1996), 81.

⁴³ Las Constituciones española y peruana establecen explícitamente el deber de motivar los fallos. La Constitución española establece en su artículo 120 N°3 que: “Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”. Por su parte, la Constitución Política del Perú establece en su artículo 139, relativo a los principios de la administración de justicia, que: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”.

⁴⁴ El artículo 19 N°3, inciso 5°, de la Constitución Política de la República de Chile establece que: “La Constitución asegura a todas las personas: (...) 3°.- La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos. (...) Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos (...)”. El artículo 76 del mismo cuerpo legal establece que: “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos (...)”.

⁴⁵ Juan Guzmán Tapia, *La sentencia*, 93-94; José Luis Cea Egaña, *Tratado de la Constitución de 1980* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1988), 309.

⁴⁶ El artículo 170 del Código de Procedimiento Civil establece que “las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, contendrán:

1°. La designación precisa de las partes litigantes, su domicilio y profesión u oficio;

numeral 4º que la sentencia definitiva debe contener las consideraciones de hecho o de derecho que sirvan de fundamento a la sentencia. A su vez, el artículo 768 N°5 CPC, que establece las causales del recurso de casación en la forma, determina como causal de nulidad de la sentencia el haber sido pronunciada con omisión de cualquiera de los requisitos enumerados en el artículo 170, siempre y cuando de los antecedentes aparezca de manifiesto que el recurrente haya sufrido un perjuicio reparable solo con la invalidación del fallo o cuando el vicio haya influido en lo dispositivo de este, pues, en caso contrario, el tribunal podrá desestimar el recurso interpuesto (inciso penúltimo del artículo 768 CPC). Junto con esto, el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre la forma de las sentencias, del 30 de septiembre de 1920, complementa y precisa lo dispuesto en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil.

En sede penal, el artículo 36 del Código Procesal Penal (CPP) consagra el principio general de que toda resolución judicial ha de ser fundada, excepto aquellas que se pronuncien sobre cuestiones de mero trámite, y señala que la fundamentación expresará de forma sucinta, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basaren las decisiones.

Por su parte, el artículo 342 CPP⁴⁷ explicita el contenido y fundamento de la sentencia definitiva en el proceso penal. Además, y en relación con el artículo 342 CPP, el artículo 297

2º. La enunciación breve de las peticiones o acciones deducidas por el demandante y de sus fundamentos;

3º. Igual enunciación de las excepciones o defensas alegadas por el demandado;

4º. Las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia;

5º. La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo; y

6º. La decisión del asunto controvertido. Esta decisión deberá comprender todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio, pero podrá omitirse la resolución de aquellas que sean incompatibles con las aceptadas.

En igual forma deberán dictarse las sentencias definitivas de segunda instancia que confirmen sin modificación las de primera cuando estas no reúnan todos o algunos de los requisitos indicados en la enunciación precedente.

Si la sentencia de primera instancia reúne estos requisitos, la de segunda que modifique o revoque no necesita consignar la exposición de las circunstancias mencionadas en los números 1º, 2º y 3º del presente artículo y bastará referirse a ella”.

⁴⁷ El artículo 342 del Código Procesal Penal, a propósito del contenido de la sentencia, establece que “la sentencia definitiva contendrá:

a) La mención del tribunal y la fecha de su dictación; la identificación del acusado y la de el o los acusadores;

b) La enunciación breve de los hechos y circunstancias que hubieren sido objeto de la acusación; en su caso, los daños cuya reparación reclamare en la demanda civil y su pretensión reparatoria, y las defensas del acusado;

CPP, referido a la valoración de la prueba, especifica que el tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere sido desestimada.

Por último, el artículo 374 CPP en lo relativo a los motivos absolutos de nulidad, tanto del juicio como de la sentencia, señala en su letra e) que el juicio y la sentencia serán siempre anulados en caso de que se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e), correspondientes a los requisitos de fundamentación de las sentencias penales.

2.2. Concepto y función de la motivación de las sentencias según la doctrina

El concepto de motivación de las sentencias ha sido entendido y significado por la cultura jurídica de modo diferente. Una primera acepción, conocida como concepción psicologista de la motivación, entiende a esta como la exteriorización del proceso mental a través del cual el juez llega a la solución. Mientras, la segunda, identificada como concepción lógica o racionalista de la motivación, entiende que esta consiste en la justificación de la decisión mediante argumentos jurídica y racionalmente válidos.⁴⁸

La concepción psicologista de la motivación ha sido abandonada por la doctrina jurídica por razones obvias: por una parte, porque es imposible cerciorarse de que el juez ha expresado los verdaderos motivos que lo condujeron a su decisión y, por otra, porque una concepción

c) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297;

d) Las razones legales o doctrinales que sirvieren para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo;

e) La resolución que condenare o absolviere a cada uno de los acusados por cada uno de los delitos que la acusación les hubiere atribuido; la que se pronunciare sobre la responsabilidad civil de los mismos y fijare el monto de las indemnizaciones a que hubiere lugar;

f) El pronunciamiento sobre las costas de la causa, y

g) La firma de los jueces que la hubieren dictado.

La sentencia será siempre redactada por uno de los miembros del tribunal colegiado, designado por este, en tanto la disidencia o prevención será redactada por su autor. La sentencia señalará el nombre de su redactor y el del que lo sea de la disidencia o prevención”.

⁴⁸ Juan Igartua Salaverría, *El razonamiento en las resoluciones judiciales* (Lima: Palestra Editores, 2009), 19; Jordi Ferrer Beltrán, “Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales”. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, 34 (abril 2011), 89.

de este tipo no obliga al juez a razonar correctamente, sino solo a señalar los motivos que lo llevaron a fallar, los que incluso podrían carecer de lógica.⁴⁹

Por todo esto, los autores adhieren actualmente a una concepción racionalista de la motivación, donde lo que verdaderamente importa es la justificación expresada por el juez en la sentencia, independientemente de si esta refleja los verdaderos motivos psicológicos o las razones que lo indujeron a decidir de tal o cual forma. Como señala el autor Alejandro Nieto, “el juez ni debe ni puede ‘explicar’ los motivos psicológicos de su decisión (de los que con frecuencia ni él mismo es consciente), la ley no se lo exige ni tendría utilidad alguna para las partes. Lo que importa –y lo que es legalmente exigible– es la motivación en el contexto de justificación, es decir, el razonamiento que justifica que la decisión es admisible dentro de los conocimientos y reglas del Derecho”.⁵⁰

En la misma línea, el autor Michele Taruffo ha señalado que la exigencia de motivación implica que “el juez tiene que racionalizar el fundamento de su decisión estructurando los argumentos (las ‘buenas razones’) en función de los cuales la misma pueda resultar justificada: la motivación es, por lo tanto, un discurso justificativo constituido por argumentos racionales”.⁵¹

De la misma forma se han expresado los autores Jordi Ferrer y Gunnar Bergholtz. Para el primero, “decir que una sentencia está motivada significará que está debidamente justificada”⁵², e indica, a su vez, que “la motivación de la sentencia sería la expresión lingüística de las razones que justifican la decisión adoptada”⁵³. Para el segundo, la justificación de las sentencias significa “dar razones apropiadas para las decisiones jurídicas”⁵⁴.

Como es posible observar, la doctrina entiende a la motivación como un discurso de tipo justificativo, esto es, como un discurso que debe proporcionar razones adecuadas como fundamento de la decisión o fallo. Así, para los autores, la debida motivación de las

⁴⁹ Jordi Ferrer Beltrán, “Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales”, 93.

⁵⁰ Alejandro Nieto García, *El arbitrio judicial* (Barcelona: Ariel, 2000), 157.

⁵¹ Michele Taruffo, Perfecto Andrés Ibáñez y Alfonso Candau Pérez, *Consideraciones sobre la prueba judicial* (Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009), 37.

⁵² Jordi Ferrer Beltrán, “Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales”, 93.

⁵³ Jordi Ferrer Beltrán, “Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales”, 94.

⁵⁴ Gunnar Bergholtz, “Ratio et auctoritas: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas”, *Doxa*, 8, (1990), 80.

sentencias está dada por “el vigor o la endeblez de las razones que esgrime un juez”⁵⁵ o por el hecho de “si las razones dadas suministran o no una justificación bien fundada y jurídicamente válida de la decisión”.⁵⁶

En cuanto a los hechos o las premisas fácticas que sustentan el fallo, los autores se centran en la veracidad y correcta determinación de estos para la posterior aplicación del derecho. Así, por ejemplo, para el autor Michele Taruffo, la justificación de las premisas de hecho de la decisión hace referencia a “las razones por las que el juez ha reconstruido y fijado de un cierto modo los hechos de la causa: estas razones se refieren, básicamente, a las pruebas que el juez utilizó para decidir acerca de la verdad o la falsedad de los hechos”.⁵⁷

Para el autor Jordi Ferrer, lo importante en cuanto a las premisas fácticas está en determinar la ocurrencia de los hechos a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas, y siendo así “resulta claro que, *prima facie*, son las descripciones de aquellos hechos las que se deben incorporar al razonamiento judicial a los efectos de la aplicación de las normas. Y, por tanto, son esas descripciones y esas normas las que deben constituir las premisas del razonamiento, a partir de las que se obtenga la resolución o fallo de la sentencia”⁵⁸, a lo cual agrega que “las premisas fácticas del razonamiento serán aquellas referidas a los hechos que se declaren probados en el proceso”.⁵⁹

De este modo, lo que a juicio de los autores importa en cuanto a los hechos es probar su veracidad. Una vez realizada esta comprobación, el tribunal deberá aplicar a dichas premisas fácticas las consecuencias jurídicas que correspondan.

Como señala el autor Luigi Ferrajoli en relación con la motivación de las sentencias: “Se entiende, después de todo lo dicho, el valor fundamental de este principio, que expresa, y al mismo tiempo garantiza, la naturaleza cognoscitiva y no potestativa del juicio, vinculándolo en derecho a la *estricta legalidad* y de hecho a la *prueba* de la hipótesis acusatoria (...) Precisamente, la motivación permite la fundamentación y el control de las decisiones tanto en derecho, por violación de ley o defectos de interpretación o subsunción, como en hecho,

⁵⁵ Juan Igartua Salaverría, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, 22.

⁵⁶ Gunnar Bergholtz, “Ratio et auctoritas: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas”, 84.

⁵⁷ Michele Taruffo, Perfecto Andrés Ibáñez y Alfonso Candau Pérez, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, 39-40.

⁵⁸ Jordi Ferrer Beltrán, “Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales”, 101.

⁵⁹ Jordi Ferrer Beltrán, “Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales”, 103.

por defecto o insuficiencia de pruebas o bien por inadecuada explicación del nexo entre convicción y pruebas”.⁶⁰

Ahora bien, en cuanto a la función de la motivación de las sentencias, doctrinariamente se reconocen dos. La primera función, denominada endoprocesal, por encontrarse dentro del contexto del proceso, dice relación con las partes y el tribunal. En cuanto a las primeras, la función de la motivación radica en permitirles a las partes conocer el contenido de la decisión y, eventualmente, impugnarla. Pero también, como señala el autor Juan Igartúa, en “convencer a las partes sobre la justicia de la decisión, enseñarles el alcance de la sentencia”⁶¹. En cuanto al tribunal, la motivación tiene como función el permitir el control de la sentencia por parte de los tribunales superiores.⁶²

La función extraprocesal de la motivación, por el contrario, trasciende la relación procesal y se vincula con una concepción democrática del poder⁶³, ya que dice relación con el control de la motivación de la sentencia por parte de la opinión pública en general, en el entendido de que los destinatarios del juicio emitido por el tribunal no son solo las partes y sus abogados, sino toda la sociedad.⁶⁴

Si se sintetizan ambas funciones, es posible concluir que el principio de motivación de las sentencias contribuye a dos propósitos, interrelacionados pero diferentes entre sí. En primer lugar, y vinculado con la legalidad del fallo, asegurar coherencia lógica con el sistema jurídico, esto es, que la decisión a la cual llega el juez se infiere de las leyes, conclusión que se extrae del derecho a impugnar la decisión y de la posibilidad de que tribunales superiores revisen la correcta aplicación de la ley. En segundo término, propender a la paz social, ya que el juez, como agente de justicia, debe dar con una solución que tenga sentido y sea atendible tanto para las partes como para la sociedad.

⁶⁰ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 623.

⁶¹ Juan Igartua Salaverría, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, 14-15.

⁶² Juan Igartua Salaverría, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, 14-15.

⁶³ En relación con la concepción democrática del proceso judicial, el autor Jordi Ferrer aclara que la referencia está hecha a “una acepción particular del término ‘democracia’, no necesariamente vinculada con el principio de la mayoría. Se trataría, más bien, de acercar la administración de justicia a la ciudadanía. Y, en ese sentido, resultaría importante explicar y/o convencer a la sociedad de las decisiones adoptadas”. Jordi Ferrer Beltrán, “Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales”, 97.

⁶⁴ Juan Igartua Salaverría, *El razonamiento en las resoluciones judiciales*, 15; Michele Taruffo, Perfecto Andrés Ibáñez y Alfonso Candau Pérez, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, 38. Como señala el autor Gunnar Bergholtz: “Las razones y el razonamiento en la toma de decisión judicial son tanto de utilidad social como de significación para las partes en disputa”. Gunnar Bergholtz, “Ratio et auctoritas: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas”, 80-81.

Sobre esta última idea, el autor Aulis Aarnio ha señalado que “parece correcto afirmar que la decisión puede ser totalmente comprensible solo sobre la base de razones justificatorias y – lo que es más importante– también la parte perdedora aceptará el resultado si la decisión está basada en razones adecuadas”.⁶⁵

¿Pero solo sobre la base de razones justificatorias la comunidad comprende lo atendible y justo de lo fallado? ¿Se agota la motivación de las sentencias en las buenas razones conforme a derecho en que se fundan los fallos? ¿Es posible que la narración de los hechos en las sentencias cumpla, además de la argumentación legal, algún rol en su motivación?

A continuación se analizará un conjunto de fallos con el fin de dilucidar si la motivación de las sentencias está dada en su totalidad por un discurso de tipo argumentativo, tal y como señala la doctrina, o si la vía narrativa, además de las razones justificatorias, puede ser útil a efectos de motivar los fallos judiciales.

⁶⁵ Aulis Aarnio, *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), 29.

CAPÍTULO 3. UN INSTRUMENTO DE ANÁLISIS

3.1. La necesidad de un instrumento de análisis aplicable al discurso narrativo y argumentativo

Este ensayo, como se ha señalado, tiene por objeto dilucidar si la narración, además de la argumentación legal, puede ser útil a la motivación de las sentencias. Pero para esto es necesario encontrar un instrumento que permita analizar, desde el punto de vista de la motivación, los discursos tanto justificativo (argumentativo) como narrativo presentes en las sentencias. Este instrumento será la tópica, que consiste en analizar los diferentes ángulos que están en juego en un problema específico.

Es un hecho indiscutido que los jueces deben solucionar los conflictos jurídicos conforme a derecho. No obstante, los resultados de este proceso no siempre son exactos, ya que las alternativas de solución –para casos que en general revisten las mismas características o constituyen un mismo supuesto de hecho– pueden ser diferentes. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el voto disidente de los tribunales colegiados, que refleja la diferencia de opiniones con respecto a la valoración de un asunto determinado y la interpretación de la ley para el caso concreto. O lo que sucede cuando los jueces de instancias superiores emiten una decisión distinta a la del tribunal inferior cuya sentencia revisan. En estos casos es posible ver una disparidad de opiniones sobre el problema y la solución aplicable al respecto.

¿Por qué ocurre lo anterior, si el ordenamiento jurídico al que acuden los jueces para dar con la solución del problema es el mismo? ¿Por qué existe esta disparidad de opiniones? Parece ser que lo que hay detrás son maneras diferentes de concebir los casos particulares y la solución conforme a derecho que a estos corresponde.

Como es sabido, en el conflicto, cada parte defenderá la justicia de su propia causa, pero en definitiva es el juez quien determinará la solución para el caso particular sometido a su consideración. No obstante, si cada parte puede defender lo que es justo, es porque en cada causa hay –por decirlo de alguna manera– ideas sobre la justicia del caso particular que

merecen ser tomadas en cuenta. Es posible que aquí resida la causa de que los jueces fallen de manera distinta teniendo a la vista los mismos preceptos legales.

Para retratar lo anterior se analizará una sentencia específica. Se trata de un fallo que denegó un recurso de amparo deducido a favor de un ciudadano peruano y de cómo fue apelado, determinando la Corte Suprema revocarlo y acoger el recurso de amparo interpuesto, con el voto disidente de uno de sus ministros.

El análisis de fallos contradictorios puede ser útil para esclarecer cómo motivan los jueces sus decisiones, pues al confrontar dos motivaciones judiciales distintas sobre un mismo hecho es posible que se aclare, al menos en parte, el fondo de esta cuestión.

3.2. Un recurso de amparo a favor de un individuo de nacionalidad peruana

En 2008 se condenó a un individuo de nacionalidad peruana, de iniciales E.F.H.H., a las penas de 61 días de presidio menor en su grado mínimo, como autor del delito de porte ilegal de arma de fuego, y de tres años y un día, por el delito de uso malicioso de instrumento mercantil falso, con el beneficio de la libertad vigilada, pena que cumplió entre 2012 y 2015.

En 2009, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, en uso de las facultades que le conceden los artículos 17 y 15 N°2 del Decreto Ley N°1.094, emitió un decreto de expulsión del país en contra de este individuo por la comisión de los delitos señalados. Este decreto se sometió al trámite de toma de razón por parte de la Contraloría General de la República, no siendo objetado por esta institución.

El artículo 17 de la Ley de Extranjería (D.L. N°1.094) señala que los extranjeros que durante su residencia incurran en alguno de los actos u omisiones señalados en los números 1, 2 y 4 del artículo 15 podrán ser expulsados del territorio nacional. El artículo 15 N°2 hace referencia a extranjeros que se dediquen al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas, y, en general, a los que ejecuten actos contrarios a la moral o las buenas costumbres.

E.F.H.H., quien obtuvo permiso de residencia definitiva en Chile en 2000, vive actualmente con su pareja, con quien realiza una actividad laboral informal compartida y tiene una hija nacida en 2004, a la que no ha reconocido legalmente. Su otro hijo es fruto de una relación anterior y nació en 1999.

E.F.H.H. decidió solicitar una reconsideración administrativa de la orden de expulsión, la que fue rechazada por el Ministerio del Interior con fecha 5 de enero de 2018 por considerar que se trata de un delito grave, que afecta tanto la seguridad como la fe pública, y por no acreditarse arraigo legal en Chile.

El afectado solicitó la representación en juicio a M.F.U.N., quien dedujo a su favor –y en contra del Ministerio del Interior y Seguridad Pública– la acción constitucional de amparo establecida en el artículo 21 de la Constitución Política de la República (CPR) para que se declare la ilegalidad, arbitrariedad e inconstitucionalidad de los decretos emitidos por aquella institución (el decreto de expulsión y el decreto que no accedió a la reconsideración administrativa de este).

La Corte de Apelaciones de Santiago consideró que el decreto de expulsión emitido por el Ministerio del Interior se ajusta a derecho y no puede ser calificado de ilegal ni arbitrario, por lo que rechazó el recurso de amparo deducido por M.F.U.N. en favor de E.F.H.H., resolución que fue emitida el 27 de enero de 2018 y contra la cual se interpuso el recurso de apelación.⁶⁶

La Corte Suprema, con fecha 13 de febrero de 2018, revocó la sentencia apelada con el voto en contra de uno de sus ministros, declarando que se acogía el recurso de amparo interpuesto a favor del ciudadano peruano E.F.H.H. y dejando sin efecto los decretos emitidos por el Ministerio del Interior.⁶⁷

La Corte de Apelaciones emitió su fallo con base en las siguientes consideraciones:

- Que la acción constitucional de amparo (art. 21 CPR) es una acción de naturaleza cautelar cuyo objeto es amparar la libertad personal y seguridad individual de las personas, a través de la adopción de medidas de resguardo que se deben tomar ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o moleste ese ejercicio, y que es requisito indispensable de esta acción la existencia de un acto u omisión ilegal, esto es, contrario a la ley o arbitrario, que provoque algunas de las situaciones o efectos antes descritos, afectando la garantía en cuestión.
- Que el Ministerio del Interior, en el ámbito de sus atribuciones, emitió el decreto que ordena la expulsión del territorio nacional del recurrente por la comisión de

⁶⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, rol 120-2018, sentencia del 27 de enero de 2018.

⁶⁷ Corte Suprema, rol 2.540-2018, sentencia del 13 de febrero de 2018.

actividades delictivas por las que fue declarado culpable y sancionado, en virtud de lo señalado en los artículos 17 y 15 N°2 del D.L. 1.094.

- Que no es dable aceptar que extranjeros cometan en nuestro territorio conductas penadas por la ley, que acarreen como sanción la expulsión, y que se amparen en la existencia de arraigo familiar y laboral para eludir el actuar lícito de la autoridad, cuando este no se encuentra acreditado, pues el recurrente manifiesta que mantiene un trabajo informal y que, si bien tiene una hija menor de edad, de nacionalidad chilena, esta ni siquiera ha sido reconocida legalmente.
- Que la orden de expulsión emanó de autoridad competente, en uso de sus facultades legales, que fue visada por la Contraloría General de la República y sometida al trámite de toma de razón, que fue impugnada en la oportunidad procesal correspondiente, todas razones que conducen a concluir que se encuentra ajustada a derecho, por lo que no puede ser calificada de ilegal ni arbitraria.

De esta manera, la Corte de Apelaciones de Santiago, en razón de las consideraciones expresadas, declaró el rechazo del recurso de casación deducido por M.F.U.N. a favor de E.F.H.H.

Por el contrario, la Corte Suprema en fallo dividido, tuvo en vista las siguientes consideraciones para emitir su fallo:

- Que el sustento jurídico del acto impugnado, que consiste en dedicarse al comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, al contrabando, al tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, la ejecución de actos contrarios a la moral o las buenas costumbres, no parece aplicarse en la especie, porque las definiciones que explicita la norma son conceptos jurídicos indeterminados a los que la autoridad debe otorgar contenido, sobre todo cuando se utilizan como fundamento de una medida de tal tipo. Por lo demás, esta exigencia se desvanece si, como ocurre en el caso concreto, los ilícitos acaecieron hace más de una década y la sanción penal ha sido íntegramente cumplida.
- Que de los antecedentes acompañados al recurso se desprende que existe arraigo bastante de parte del amparado: ha permanecido más de 20 años en el país, se encuentra vinculado afectivamente con una persona determinada, con quien tiene una hija menor nacida en 2004 y una actividad laboral compartida, además de un hijo de una relación anterior nacido en 1999.

- Que de ejecutarse la medida se transgrede no solo la unidad familiar, sino también el interés superior de la menor, pues se perturbará su identidad familiar y nacional, infringiendo los deberes impuestos para los Estados en los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la Convención de los Derechos del Niño⁶⁸ y en el artículo 1º CPR, el cual establece que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, siendo deber del Estado dar protección a la población y a la familia, así como propender al fortalecimiento de esta.
- Por otra parte, la inejecución de la medida de expulsión, que data de mayo de 2009, supone la aceptación por parte de la autoridad administrativa de la permanencia del recurrente en el país.

Por lo anterior, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 21 CPR, 15 N^o2 y 84⁶⁹ del D.L. N^o1.094, la Corte Suprema revocó la sentencia apelada declarando acogido el recurso de amparo interpuesto, dejando sin efecto así los decretos emitidos por el Ministerio del Interior.

La decisión anterior fue acordada con el voto en contra de uno de los ministros de la Corte Suprema, cuyo parecer era confirmar la resolución apelada por considerar que la autoridad administrativa había obrado en el límite de sus atribuciones y con estricto apego a las normas contenidas en la Carta Fundamental y en la legislación especial establecida en los artículos 2, 3⁷⁰, 15, 17 y 84 del Decreto Ley N^o1.094 de Extranjería y su reglamento,

⁶⁸ La Convención de los Derechos del Niño establece en el artículo 3.1 que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”; en el artículo 7.1, que “el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”; en el artículo 8.1, que “los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”, y en el artículo 9.1, que “los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

⁶⁹ El artículo 84 del D.L. N^o1.094 dispone que: “La medida de expulsión de los extranjeros será dispuesta por decreto supremo fundado, suscrito por el Ministro del Interior bajo la fórmula “Por orden del Presidente de la República”, en el que se reservarán al afectado los recursos administrativos y judiciales legalmente procedentes (...)”.

⁷⁰ El artículo 2 del D.L. N^o1.094 establece en su inciso primero que, “para ingresar al territorio nacional, los extranjeros deberán cumplir los requisitos que señala el presente decreto ley, y para residir en él deberán observar sus exigencias, condiciones y prohibiciones”, y en su inciso segundo que “Por decreto supremo podrá prohibirse el ingreso al país de determinados extranjeros por razones de interés o seguridad nacionales”. El mismo decreto ley establece en el artículo 3º que “el ingreso y el egreso de los extranjeros deberá hacerse por lugares habilitados del territorio nacional, los cuales serán determinados por el Presidente de la República mediante decreto supremo, con las firmas de los Ministros del Interior y de Defensa Nacional. Los lugares

fundando de forma adecuada su acto, y no afectando a dichas facultades las circunstancias ocurridas con posterioridad al acto impugnado, las que deben ser planteadas como motivo de la solicitud de regularización de su situación migratoria mediante el procedimiento administrativo previsto en la ley.

3.3. La motivación de las sentencias a partir de los tópicos que conforman el problema

La solución del caso anterior se puede entender, tanto desde el punto de vista de la Corte de Apelaciones y el voto disidente de uno de los ministros de la Corte Suprema como desde el enfoque del voto de mayoría de la Corte Suprema, como una diferente interpretación de la manera en que –según las leyes– el caso debe ser resuelto. Pero, más allá de esto, es posible observar que cada juez analizó y ponderó la situación particular desde diversos ángulos, para motivar a través de estos su decisión.

Así, la Corte de Apelaciones valoró la situación particular y motivó su fallo desde las siguientes perspectivas:

- El Ministerio del Interior actuó en el ámbito de sus atribuciones y con estricto apego a la ley.
- El procedimiento de impugnación se ajustó a la ley y existió el derecho a reclamar la decisión de la autoridad.
- No es aceptable que un extranjero que haya cometido delitos en el territorio nacional se ampare en la existencia de arraigo familiar y laboral, cuando este no se encuentra acreditado, para eludir el actuar lícito de la autoridad.
- Un trabajo informal y una hija menor de edad no reconocida no permiten acreditar la existencia de arraigo legal y familiar.

El voto de minoría de la Corte Suprema, desde una perspectiva similar a la anterior, agregó:

- La existencia de otra vía para resolver el asunto, que consiste en la regularización de la situación migratoria del reclamante a través del procedimiento administrativo previsto en la ley.

habilitados podrán ser cerrados al tránsito de personas en forma temporal o indefinidamente, cuando concurran circunstancias que aconsejen estas medidas, por decreto supremo dictado en la forma establecida en el inciso anterior”.

En síntesis, las perspectivas que aquí aparecen son: el reconocimiento del ámbito de atribuciones de la actuación administrativa y su actuar conforme a la ley, la legalidad del proceso administrativo y el derecho a reclamo frente a un acto administrativo, que un trabajo informal no acredita arraigo laboral, que una hija no reconocida no demuestra arraigo familiar y, por último, que existe una vía administrativa para la regularización de la situación migratoria del extranjero.

La Corte Suprema, en cambio, valoró la situación y motivó su decisión desde los siguientes ángulos:

- La indeterminación de las definiciones explicitadas en el artículo 15 N°2 (comercio o tráfico ilícito de drogas o armas, contrabando, tráfico ilegal de migrantes y trata de personas y, en general, la ejecución de actos contrarios a la moral o las buenas costumbres), a los que la autoridad debe dar contenido, más cuando se utilizan como fundamento de una medida de expulsión.
- El hecho de que los ilícitos cometidos por el extranjero hayan acaecido hace más de una década y se haya cumplido íntegramente la sanción penal establecida por la comisión de ellos.
- Que el extranjero ha permanecido más de 20 años en el país, tiene una relación afectiva y una hija menor de edad nacida de esa relación, además de una actividad laboral compartida, a lo que se agrega un hijo mayor de edad nacido de otra relación anterior.
- La unidad familiar y la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad.
- El interés superior de la menor, reconocido en un tratado internacional como la Convención de los Derechos del Niño.
- La tardanza en la ejecución de la medida de expulsión, que supone la aceptación por parte de la autoridad de la permanencia del recurrente en el país.

En síntesis, los ángulos desde los cuales la Corte Suprema valoró el caso concreto son: que el actuar delictual por el cual se fundamenta una medida tan grave como la expulsión debe estar determinado, que el comportamiento ocurrió hace mucho tiempo y ya ha sido castigado, cumpliéndose en su totalidad la pena; que una relación afectiva, dos hijos de nacionalidad chilena y una actividad laboral compartida demuestran arraigo familiar; la

protección y unidad de la familia, el interés superior del niño, y la ineficiencia en el cumplimiento de la medida de expulsión y el tiempo transcurrido.

Como se puede ver, ambas decisiones están motivadas sobre consideraciones distintas que tienen reconocimiento social y legal. De esta manera, mientras la Corte de Apelaciones y el voto disidente de la Corte Suprema fijaron su decisión en el respeto del ámbito de atribuciones de la autoridad administrativa y la legalidad del proceso, la Corte Suprema ponderó, sobre todo, la protección de la familia y el interés superior de la menor, además del hecho de que el extranjero cumplió su condena.

En relación con lo anterior, puede parecer que la Corte de Apelaciones no tuvo en cuenta las consideraciones relativas a la protección de la familia y el interés superior de la menor, pero esto no es así, ya que la Corte lo que tuvo en consideración era que esa hija no había sido reconocida legalmente. Por otra parte, el ministro de la Corte Suprema que emitió el voto disidente tomó su decisión conociendo la solución dada por los otros ministros del tribunal en relación con la protección de la familia y el interés superior de la menor.

Existe, por tanto, una discrepancia de opiniones que está dada por la diferente valoración del caso particular, que se materializa en la motivación de la sentencia. Estos valores o ángulos –a los que se puede llamar incluso motivos, ya que al tener reconocimiento social y legal mueven a la voluntad a considerarlos, a lo menos, atendibles– se conocen en la literatura jurídica como tópicos.

Los tópicos son los distintos ángulos desde los cuales se puede abordar y analizar un problema específico. Se tratan de todas aquellas cuestiones que importan en la situación concreta: la existencia de una familia, el cumplimiento efectivo de una condena y el ámbito de atribuciones de la autoridad, entre otras.

Como es posible observar en el caso anterior, los jueces motivan su decisión sobre los diferentes ángulos que tuvieron en vista a la hora de analizar el conflicto sometido a su decisión. Los tópicos son los motores que hacen que una decisión aparezca como justa y, por eso, pueden ser una herramienta útil para analizar la motivación de las sentencias.

Los fallos anteriores, y el voto de minoría de uno de ellos, están basados en estas diferentes consideraciones o tópicos. En ambos casos, los jueces encontraron sustento en el ordenamiento jurídico para fundamentar su decisión, por lo que no parece –en principio– que una respuesta sea más correcta que otra desde el punto de vista legal. Esto ocurre porque el

ordenamiento jurídico es un producto social que, como tal, reconoce aquello que a una sociedad determinada le importa.

Pero los tópicos trascienden a la ley, aunque la mayor parte de las veces tengan reconocimiento legal. Así, por ejemplo, el tópico relativo al interés superior de los menores está explicitado en un tratado internacional suscrito por Chile, la Convención de los Derechos del Niño, pero el tópico de que una hija no reconocida no da cuenta de arraigo familiar no se establece en parte alguna, lo que no es óbice para que los jueces lo puedan incorporar como cuestión para tener en cuenta al momento de decidir sobre el caso particular.

Algunas veces, los jueces encontrarán un sustento legal explícito que reconozca lo que ellos valoran en la situación concreta; otras, en cambio, no habrá norma explícita, pero el tópico – como se ha visto– de todos modos podrá ser insertado a efectos de motivar la sentencia.

Ya que la diferencia de las decisiones resulta de la disparidad de tópicos a través de cuyo prisma se comprende la situación, estos se pueden considerar una herramienta útil a la hora de analizar no solo la argumentación en derecho, sino también la narración de los hechos en las sentencias. Esto, porque los tópicos parecen ser lo que explica los distintos entendimientos tanto del derecho como de los hechos.

3.4. El pensamiento tópico

La tópica (o pensamiento tópico) fue tratada por primera vez de modo teórico por Aristóteles en su *Topica* y, alrededor de 300 años después, por Cicerón en sus libros *De inventione* y *Topica*. Aristóteles pretendía establecer con su obra una teoría de la dialéctica; en cambio, Cicerón entendía a la tópica como una práctica de la argumentación.⁷¹ Así, mientras Aristóteles realizó una ordenación teórica de los tópicos, Cicerón reunió en su obra un repertorio de tópicos con miras a su aprovechamiento práctico.⁷²

La tópica constituye un eje central de la retórica –disciplina cuyo objeto es el arte de la persuasión– y se fue perdiendo con la llegada del racionalismo, al ser sustituida paulatinamente por el método crítico o cartesiano.

En 1708, Vico escribió *De nostri temporis studiorum ratione*, en el que distingue entre ambos métodos y explica sus diferencias. La tópica, a diferencia del método cartesiano, parte de

⁷¹ Theodore Viehweg, *Tópica y jurisprudencia* (Madrid: Civitas, 2007), 52.

⁷² Theodore Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, 49.

analizar una situación o problema desde diversos ángulos, tomando como punto de partida el sentido común o lo que es verosímil, y trabajando con tejidos de silogismos y no con largas deducciones en cadena como lo hace el método crítico.⁷³

Se trata de dos métodos del pensamiento o razonamiento: uno, el método crítico, que parte de primeras verdades y luego forma largas cadenas de deducciones para llegar a determinadas conclusiones, aplicando la lógica matemática a la resolución de cualquier tipo de problema; y otro, el retórico, que parte de la base de analizar una determinada situación desde los múltiples ángulos que la componen, para desde allí dar con las premisas que permitirán fundamentar una conclusión por medio de silogismos que materialicen esos ángulos o tópicos. Vico estimó, en todo caso, que se deben intercalar ambos métodos, ya que el primero tiene de bueno agudeza y precisión, mientras que el segundo “proporciona penetración, despierta la fantasía (...) y enseña a examinar un estado de cosas desde ángulos muy diferentes y, por tanto, a encontrar una trama de puntos de vista”.⁷⁴

La tónica, por lo tanto, consiste en el arte de analizar una situación o problema desde diversos ángulos para desde allí encontrar premisas que contribuyan a dar con una solución adecuada y a solventar una determinada línea argumentativa frente a un caso concreto. De esta forma, el pensamiento tónico no consiste en la aplicación de reglas para la solución de problemas, sino en descubrir, a través y desde el problema, todo lo que en él se conjuga y que lo constituye.

En 1953, Theodor Viehweg escribió *Tónica y jurisprudencia*, ensayo cuya finalidad era rescatar el pensamiento tónico para la teoría del derecho y la jurisprudencia. En esta obra, sobre la base de los autores antes mencionados, la revisión de jurisprudencia desde el antiguo derecho romano hasta la Edad Media (en que a juicio del autor predominaba un modo de pensar tónico) y el pensamiento de algunos civilistas modernos, Viehweg destacó la importancia del modo de pensar tónico para la resolución de los conflictos jurídicos.

Viehweg escribió este texto como reacción contra la aplicación mecánica del derecho, intentando revivir el pensamiento tónico, ya que la estrecha vinculación que había existido entre retórica (tónica) y jurisprudencia se había ido perdiendo con la llegada del racionalismo, para la conciencia de los juristas modernos.⁷⁵

⁷³ Theodore Viehweg, *Tónica y jurisprudencia*, 34.

⁷⁴ Theodore Viehweg, *Tónica y jurisprudencia*, 34 y 35.

⁷⁵ Theodore Viehweg, *Tónica y jurisprudencia*, 103.

El racionalismo, como es sabido, permeó a las disciplinas sociales, y el derecho pasó a ser concebido como ciencia, como un sistema de tipo axiomático-deductivo en el que la resolución de los casos se hacía a través de métodos lógico-jurídicos. Lo anterior, si bien otorgaba certeza al sistema en pos de la seguridad jurídica y el principio de legalidad, negaba, de alguna manera, su verdadera esencia. Viehweg, como destaca un autor, “fue en contra de esta ilusión de certeza y aplicabilidad mecánica”.⁷⁶ Pues, “mientras unas disciplinas pueden encontrar unos principios objetivos seguros y efectivamente fecundos en su campo, y por eso pueden ser sistematizadas, hay otras en cambio que son insistematizables porque no puede encontrarse en su campo ningún principio que sea al mismo tiempo seguro y objetivamente fecundo. Cuando este caso se presenta, solo es posible la discusión de problemas. El problema fundamental previamente dado se hace permanente, lo que en el ámbito del actuar humano no es cosa inusitada. En esta situación se encuentra, evidentemente, la jurisprudencia”.⁷⁷

Por lo tanto, para Viehweg, la jurisprudencia es una permanente discusión de problemas, por lo que su estructura debe determinarse desde el problema, buscando desde allí puntos de vista para su solución.⁷⁸ Todo problema reviste un juego de suscitaciones que se denomina tópica o arte de la invención y que consiste en “el arte de tener presentes en cada situación vital las razones que recomiendan y las que desaconsejan dar un determinado paso –bien entendido–, en ambos sentidos, es decir, tanto las razones a favor como las razones en contra”.⁷⁹

El pensamiento tópico pone entonces el acento en el problema, no en el sistema, por lo que se trata de un pensamiento de tipo problemático, contrario a un pensamiento de tipo sistemático.⁸⁰ Viehweg critica un sistema puramente deductivo porque “una trama de conceptos y de proposiciones que impida la postura aporética no es utilizable”.⁸¹ Los tópicos permiten iluminar el problema, comprenderlo en toda su extensión a través de los ángulos o perspectivas que están en juego en este. Los tópicos, como señala el autor, deben ser

⁷⁶ Pablo Sans Bayón, “Sobre la tópica jurídica en Viehweg”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 16 (2013), 82-83.

⁷⁷ Theodore Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, 152.

⁷⁸ Theodore Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, 158.

⁷⁹ Theodore Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, 56.

⁸⁰ Theodore Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, 57-58.

⁸¹ Theodore Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, 171

entendidos de un modo funcional, como posibilidades de orientación y como hilos conductores del pensamiento.⁸² Lo que hace Viehweg es poner el acento en descubrir qué es lo justo aquí y ahora para la solución de un caso concreto, cuestión que para la jurisprudencia es ineludible.⁸³

Ahora bien, el pensamiento problemático no prescinde –en el caso de la jurisprudencia– del sistema, pero “opera como contrapeso ante la aplicación rígida e inflexible del derecho”.⁸⁴ La lógica para Viehweg es tan indispensable como el pensamiento tópico, pero opera después de este: “La tónica es una meditación prelógica, pues, como tarea, la *inventio* es primaria y la *conclusio* secundaria. La tónica señala cómo se encuentran las premisas; la lógica las recibe y trabaja con ellas”.⁸⁵

Cicerón, uno de los autores sobre el que Viehweg fundamentó su obra, distinguía entre la fase inventiva o *ars inveniendi* y la fase dialéctica o *ars iudicandi*. La fase inventiva, constituida por la tónica, consistía en la búsqueda de todos los ángulos o perspectivas que están en juego en una situación concreta, mientras que la fase dialéctica se fundaba en el desarrollo de un razonamiento formalmente correcto. Cicerón distinguió así entre la invención y la formación del juicio.⁸⁶ La tónica se encuentra en el ámbito de la invención, mientras que la formación del juicio, en el de la fundamentación de la conclusión. Ambas fases son necesarias y no excluyentes una de la otra.

La tónica, así entendida, es solo el punto de partida para la solución de casos concretos. Se trata de aquella etapa que permite ver todo lo que está en juego en una situación particular. Pero una vez que esto queda a la vista es necesario que exista una solución razonable y normativamente fundada.

El pensamiento de Viehweg ha sido criticado por varias razones. Entre ellas, que al señalar que la tónica consiste en tener en cuenta en un caso concreto todo aquello que a una determinada comunidad le importa, pasa a formar parte de un contexto cultural y podría, por

⁸² Theodore Viehweg, *Tónica y jurisprudencia*, 65.

⁸³ Theodore Viehweg, *Tónica y jurisprudencia*, 151.

⁸⁴ Pablo Sans Bayón, “Sobre la tónica jurídica en Viehweg”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 16 (2013), 107.

⁸⁵ Theodore Viehweg, *Tónica y jurisprudencia*, 68.

⁸⁶ Marco Tulio Cicerón, *Tópicos* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006), 2; Alejandro Guzmán Brito, “Dialéctica y retórica en los ‘Topica’ de Cicerón”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (Valparaíso)*, XXXII (2010), 164.

tanto, llegarse a través de esta a sostener decisiones judiciales de tipo ideológico⁸⁷. Asimismo se critica la falta de precisión con respecto a qué constituye un tópico, ya que este autor utiliza el concepto como equivalente de argumentos y como punto de partida para la obtención de argumentos⁸⁸. La primera crítica parece no reconocer que el derecho es un sistema cultural en sí y que la solución de casos concretos no puede prescindir del contexto cultural en el cual se encuentran insertos; por esta misma razón, el texto de la ley es muchas veces interpretado de modo diverso con el pasar de los años. Por otra parte, y como contrapeso al temor expresado en esa crítica, en el sistema jurídico existen instancias que permiten velar por la legalidad y racionalidad del juicio, como la obligación de motivar las sentencias, el derecho a la impugnación, y la existencia de tribunales superiores y colegiados. En cuanto a la segunda crítica, fue aclarada por el mismo Viehweg en su obra al señalar que los tópicos pueden presentarse como conceptos o proposiciones y que todo es una simple cuestión de cómo se elija formularlos.⁸⁹

De cualquier modo, no se puede desconocer que la tesis de Viehweg se pronuncia sobre una determinada forma de entender la naturaleza del razonamiento jurídico. Según esta, el juicio se inicia en el análisis del caso concreto y sus diversos tópicos, para realizar luego la búsqueda en el ordenamiento jurídico de las diversas normas que permitirán fundamentar una decisión que parece ya tomada. Visto así, el derecho sería un instrumento al servicio de una causa, ya que la justicia del caso concreto estaría decidida de antemano y el derecho serviría como herramienta para motivar esta decisión.⁹⁰ Una tesis contraria diría que, si bien el juez inicia su análisis con el caso particular, no decide sobre la justicia de la causa sino hasta encontrar en el sistema la respuesta al caso concreto. Bajo esta lógica, no es el juez el que decide sobre lo que es justo para el caso concreto, sino el sistema, con lo que se prescinde del pensamiento tópico.

Sin embargo, y como señala un autor con respecto a la obra jurídica de Viehweg:

⁸⁷ Pablo Sans Bayón, "Sobre la tónica jurídica en Viehweg", 97.

⁸⁸ Manuel Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005), 38.

⁸⁹ Theodore Viehweg, *Tópica y jurisprudencia*, 65.

⁹⁰ Un entendimiento de lo que constituye *juzgar*, coincidente con esta visión, es el del autor Rodrigo Valenzuela Cori, para quien "el abogado piensa con intención. Esto es, desde su decisión de lograr un desenlace en lugar de otro, cualquiera sea el origen consciente o inconsciente de esa decisión y sin perjuicio de colocar después sus capacidades de justificación al servicio de lo decidido". Rodrigo Valenzuela Cori, *Decidir, juzgar, persuadir. Un ensayo sobre la formación del abogado* (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2017), 21.

Si se prescinde de la tónica, se nublaría la ‘aporía fundamental’ de la jurisprudencia y por ende se terminaría por abstraer el derecho de la realidad humana y social, alejándolo de los problemas concretos. Por esta sola razón, la orientación de Viehweg es muy oportuna para el derecho, porque lo devuelve a su verdadera función. Rescatar al derecho y reconducirlo a su fin exige de una tónica que enriquezca y flexibilice la cultura jurídica actual, dominada por una concepción del Estado como ‘creador del derecho’, que ha terminado por invertir la teoría de las fuentes del derecho. En este sentido, suscribimos enteramente la opinión de Villey, quien hace notar que con la instauración del Estado moderno ‘el derecho ya no será la solución justa sino el conjunto de las leyes’.⁹¹

Ahora bien, no es el propósito de este ensayo pronunciarse acerca de lo que el razonamiento jurídico es. Así, la referencia al pensamiento tónico ha tenido como única finalidad dar cuenta de la herramienta que se utilizará para revisar la motivación de las sentencias. Especialmente, porque lo que se pretende hacer en este ensayo es revisar si la narración de los hechos en las sentencias tiene, o puede tener, un efecto motivador sobre estas. Para eso es útil el pensamiento tónico, porque permite revisar bajo un mismo parámetro la argumentación y la narración en las sentencias. Esto, porque –como es lógico– no es posible aplicar criterios de racionalidad argumentativa a aquello que no constituye argumentación, como es el caso de la narración.

⁹¹ Pablo Sans Bayón, “Sobre la tónica jurídica en Viehweg”, 104.

CAPÍTULO 4. EL RELATO DE LOS HECHOS EN LA SENTENCIA

4.1. Análisis de sentencias

Una vez determinado que la tónica o pensamiento tónico es un instrumento que permite analizar la motivación de las sentencias desde el punto de vista tanto argumentativo como narrativo, es momento de abocarse al análisis de algunas de estas, cuyas particularidades residen en el discurso narrativo que contienen.

La sentencia que se analizará a continuación está fundamentada en consideraciones argumentativamente débiles en términos legales. No obstante, aun así, la decisión aparece motivada. ¿Cómo es posible que esto ocurra? La respuesta es que los jueces encontraron un cauce distinto al de una justificación legalmente sólida para motivar su fallo.

4.1.1. Mérida Carmona y el Instituto de Normalización Previsional

Luis Salas Cortez era beneficiario de una pensión por invalidez absoluta desde 1982.

El 5 de septiembre de 1988 contrajo matrimonio con Mérida Carmona Tapia, con quien tenía seis hijos mayores de edad. Cuatro meses después falleció como consecuencia de una insuficiencia respiratoria pulmonar de tipo infeccioso, habiéndosele diagnosticado el día antes cirrosis hepática y bronconeumonía terminal.

Luego de la muerte de Luis Salas, Mérida Carmona le exigió al Instituto de Normalización Previsional (INP) el derecho a la pensión vitalicia consagrada en el artículo 41 de la Ley N°10.383, que señala: “La viuda del asegurado fallecido tendrá derecho a recibir, durante un año, una pensión equivalente al 50% de la que percibía el causante o de la que este habría tenido derecho a percibir si hubiere sido inválido absoluto. La pensión será vitalicia si, al fallecer el marido, la viuda hubiera cumplido 65 años de edad o fuere inválida (...)”.

El INP le denegó la pensión a la viuda por la aplicación del artículo 42 letra a) de la misma ley, cuyo texto indica: “La viuda no tendrá derecho a pensión: a) Si el causante falleció antes de cumplir seis meses de matrimonio o tres años si el matrimonio se verificó siendo

pensionado de vejez o de invalidez absoluta; estas limitaciones no se aplicarán si el fallecimiento se debió a accidente o la viuda quedó encinta o hay hijos menores (...).”

Producto de la negativa de la institución, Mérida Carmona recurrió a los tribunales. El tribunal de primera instancia, aplicando la misma lógica que el INP, falló denegándole la pensión por la aplicación del artículo 42 letra a) antes referido, por estimar que el causante, siendo asignatario de pensión de invalidez absoluta, falleció antes de cumplir los tres años de matrimonio exigidos por la ley.⁹²

La sentencia fue apelada por Mérida Carmona y la Corte de Apelaciones falló concediéndole el derecho a la pensión consagrada en el artículo 41 de la Ley N°10.383, por estimar que no son aplicables los plazos establecidos en el artículo 42 de la misma, pues la enfermedad de Luis Salas, para efectos del ámbito de protección de la seguridad social, se asimila a un accidente, lo que hace aplicable al caso la segunda parte del art. 42, letra a), que señala: “Estas limitaciones no se aplicarán si el fallecimiento se debió a accidente (...).”⁹³

Contra este fallo, el INP interpuso un recurso de casación en el fondo por estimar que el tribunal incurrió en una infracción de ley que influyó sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia. El asunto llegó a la Corte Suprema, que con el voto disidente de dos de sus ministros confirmó la decisión e interpretación legal hecha por la Corte de Apelaciones.⁹⁴

El voto de minoría, por el contrario, fue enfático en señalar que la muerte de Luis Salas no fue un accidente, sino que “aparece como resultado de un proceso de deterioro propio de la enfermedad que lo aquejaba que provocó la insuficiencia respiratoria (...)” y que, “según las fichas clínicas agregadas a los autos, don Luis Salas Cortez, paciente de 67 años de edad, fue hospitalizado el día 21 de enero de 1989, después de varias consultas, por un cuadro que tuvo una evolución de 6 días, constatándose sus malas condiciones generales de salud (...)”.⁹⁵

¿Bajo qué argumento, entonces, establecieron ambas cortes que a la hipótesis de hecho le era aplicable la excepción contenida en la segunda parte del artículo 42 letra a) de la Ley

⁹² 27º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, causa rol 1805-1996, sentencia del 30 de noviembre de 1998.

⁹³ Corte de Apelaciones, rol 626-1999, sentencia del 23 de junio de 2003.

⁹⁴ Corte Suprema, rol 3114-2003, sentencia del 11 de julio de 2005. Esta sentencia se analiza en el libro *Decidir, juzgar, persuadir. Un ensayo sobre la formación del abogado* de Rodrigo Valenzuela Cori. Véase Rodrigo Valenzuela Cori, *Decidir, juzgar, persuadir. Un ensayo sobre la formación del abogado*, 99-106.

⁹⁵ Corte Suprema, rol 3114-2003, sentencia del 11 de julio de 2005.

N°10.383? La respuesta se encuentra en el considerando tercero de la sentencia de la Corte Suprema, que hace referencia a la interpretación legal hecha por la Corte de Apelaciones y señala:

(...) los sentenciadores concluyeron, aplicando las reglas de interpretación de la ley que indican en el fallo, que la lesión propia del accidente y que implica un daño o detrimento corporal ocasionado por una herida o golpe o enfermedad y la alteración de la salud, propia de la enfermedad, son expresiones que se entrelazan y que implican ambas un estado de necesidad, contingencia que debe cumplir la seguridad social. Así, determinaron que en la especie existió un accidente en la muerte del asegurado y por tal razón la actora ha reunido los requisitos legales para que se le reconozca el derecho que prevé el artículo 41 de la Ley N°10.383 (...).⁹⁶

De esta forma, tanto la Corte de Apelaciones como la Corte Suprema asimilaron en su interpretación los conceptos de enfermedad y accidente tan solo por ser ambas contingencias de las que debe hacerse cargo la seguridad social. La cuestión es que al hacer esto quedó sin efecto en la práctica la letra a) del artículo 42, pues, tal y como señaló el voto de minoría:

(...) al margen del elemento sistemático en la interpretación de la letra a) del artículo 42 de la Ley N°10.383, cabe considerar, asimismo, en la materia el principio de hermenéutica legal que obliga a preferir todo criterio que conduzca a la aplicación eficiente de la ley y a desechar los que le resten eficacia, porque si se confunden los términos 'accidente' y 'enfermedad' como causa del deceso del causante pensionado de vejez o invalidez absoluta para evitar la exclusión de la cónyuge del goce de pensión de viudez, resultaría que nunca tendría aplicación la norma que priva del beneficio a la viuda si el fallecimiento del causante se produce dentro de los plazos que fija ese precepto, lo que llevaría a admitir que el legislador sancionó una disposición que carece de eficacia alguna (...).⁹⁷

En otras palabras, una muerte corresponde a un hecho accidental o a una enfermedad (o deterioro de la salud, en términos amplios). Así, si los conceptos accidente y enfermedad son exactamente lo mismo para los sentenciadores, resulta que si una persona fallece “antes de cumplir seis meses de matrimonio o tres años si el matrimonio se verificó siendo pensionado de vejez o de invalidez absoluta”, como señala la ley, su viuda tendrá siempre derecho a recibir la pensión, ya que el deceso de su cónyuge se deberá a un accidente o a una enfermedad, conceptos equivalentes para la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema.

⁹⁶ Corte Suprema, rol 3114-2003, sentencia del 11 de julio de 2005.

⁹⁷ Corte Suprema, rol 3114-2003, sentencia del 11 de julio de 2005.

Por otra parte, los jueces del voto de minoría, aplicando las reglas de interpretación legal consagradas en el Código Civil, estimaron que si el tenor literal de la ley no reflejaba claramente su sentido, era dable ilustrarlo por “medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”.⁹⁸

Así, y dentro del ámbito de la seguridad social a la que pertenece la Ley N°10.383, hicieron alusión a la normativa sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales que se contenía en el Título II del Libro II del Código del Trabajo vigente a la dictación de la Ley N°10.383, y a la que la letra b) del mismo artículo 42 de la Ley N°10.383 hacía referencia al señalar: “La viuda no tendrá derecho a pensión: (...) b) Si es mayor de 65 años y además tiene derecho a pensión de acuerdo con las disposiciones legales sobre accidentes del trabajo”. Además de las reglas de los artículos 5° y 7° de la Ley N°16.744, del 1 de febrero de 1968, sobre Seguro Social de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, que derogó y reemplazó el aludido Título II del Libro II del Código Laboral, todas normas que distinguían claramente entre “accidente” y “enfermedad” laborales. A lo que agregaron que “la misma distinción entre accidentes y enfermedades comunes se consigna en el artículo 18 de la Ley N°18.469, de 23 de noviembre de 1985, que reguló el ejercicio del Derecho Constitucional a la Protección de la Salud (...)”.⁹⁹

En síntesis, el voto de minoría señaló que al asimilar los conceptos enfermedad y accidente se dejaba sin aplicación práctica una norma legal, esto es, la limitación contenida en la letra a) del artículo 42 de la Ley N°10.383, y que la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico daba cuenta de que en diversos textos legales referidos al ámbito de la seguridad social, a la que la Ley N°10.383 pertenecía, se contenía la distinción entre “enfermedad” y “accidente”.

El voto de minoría, por lo tanto, ciñó su fundamentación a las reglas de interpretación legal contenidas en los artículos 19 a 24 del Código Civil (CC), al no desatender el tenor literal de la norma (art. 19 CC) y al interpretar sistemáticamente el ordenamiento jurídico (art. 22 CC). El voto de mayoría de la Corte Suprema, en cambio, optó por equiparar los conceptos accidente y enfermedad, que incluso el sentido común –sin necesidad de recurrir a ley alguna– es capaz de distinguir, decisión con la que en la práctica dejan carente de aplicación eficiente un precepto legal.

⁹⁸ Corte Suprema, rol 3114-2003, sentencia del 11 de julio de 2005.

⁹⁹ Corte Suprema, rol 3114-2003, sentencia del 11 de julio de 2005.

No obstante lo anterior, la sentencia de la Corte Suprema aparece motivada. Pero ¿cómo motivaron los ministros de la Corte Suprema su decisión? ¿Cómo dieron fuerza al fallo, si el tenor literal de la norma no se prestaba a mayores interpretaciones, si una revisión sistemática de las leyes del trabajo arrojaba una distinción entre ambos conceptos, y si incluso el sentido común diferenciaba los términos enfermedad y accidente?

La respuesta se encuentra en el considerando noveno del fallo de la Corte Suprema, el que contiene una narración de los hechos que motiva la sentencia y en el que los jueces relatan que “(...) en la especie, las relaciones afectivas que unieron a la demandante con el afiliado permanecieron en el tiempo por más de 40 años, constituyeron una familia formada por seis hijos comunes, todos mayores de edad a la fecha del fallecimiento del cónyuge, antecedentes que, lejos de advertir el engaño al sistema previsional, importan una situación de hecho que el ordenamiento jurídico debe respetar y amparar”.¹⁰⁰

El breve extracto narrativo anterior, que ha sido subrayado, dio cuenta de una convivencia que perduró en el tiempo, de una pareja que a pesar de no estar casada conformaba una familia. De una viuda que, si bien se casó pocos meses antes de que su cónyuge falleciera producto de su mal estado de salud, estuvo a su lado por más de 40 años y tuvo con él seis hijos en común. Con estos antecedentes, la mujer no podía ser menos que merecedora de la pensión de viudez consagrada en la Ley N°10.383.

Esta narración tuvo tanto impacto en la sentencia que incluso fue capaz de hacer entendible por qué los jueces optaron por una argumentación legal que equiparaba los términos enfermedad y accidente. Es más, sin esta narración, la justificación dada por la Corte Suprema carecería de sentido.

De esta forma, la decisión de asimilar los conceptos antedichos como contingencias de las que debe hacerse cargo la seguridad social se tornó aceptable solo en la medida en que el relato hizo patentes la existencia de una verdadera familia y el hecho de que no se trató de un matrimonio por conveniencia, no obstante haberse contraído el matrimonio meses antes de la muerte de Luis Salas.

Junto con esto, y en el mismo considerando donde se encuentra el extracto narrativo anterior, los jueces insertaron otro argumento legal para apoyar su decisión, que surgió de la narración de los hechos y que dijo relación con la finalidad de la ley. Así, los ministros de la Corte Suprema señalaron:

¹⁰⁰ Corte Suprema, rol 3114-2003, sentencia del 11 de julio de 2005.

(...) que la norma legal no es una simple enunciación descriptiva o normativa, por ello, entendiendo que la ley otorga una determinada calificación o tratamiento jurídico a hechos o situaciones previstas, es lícito al intérprete, en busca del sentido de justicia y equidad, como meta de toda interpretación judicial, recurrir al motivo de la ley, su finalidad y a los intereses tutelados por esta. En este contexto, considerando la naturaleza de las limitaciones que el artículo 42 de la Ley N°10.383 establece, no puede sino inferirse que la finalidad no es otra que evitar el fraude previsional, situación ajena a la realidad que se advierte de los antecedentes.

En efecto, el legislador pretende evitar los matrimonios celebrados con el único fin de obtener una pensión de viudez, en perjuicio de los valores que la institución del matrimonio, en esta sociedad y a dicha época, representaba y la seguridad social pretendía proteger (...).¹⁰¹

Este argumento legal sienta la idea de que la finalidad de la ley es evitar el fraude previsional, pero es la historia misma, la particular narración de los hechos, la que deja ver que Mérida Carmona y Luis Salas no se casaron para defraudar al sistema y que ellos ya conformaban una familia. No se trata, en consecuencia, del matrimonio de una mujer que se casó con un hombre enfermo y a punto de morir para obtener su pensión.

Si bien el argumento relacionado con la finalidad de la ley parece tener más fuerza en términos legales que la asimilación de los conceptos enfermedad y accidente, no contiene la regla interpretativa aplicada por los jueces para decidir el caso. Esta idea, por lo tanto, se utiliza solo para dar mayor soporte a la decisión. La razón de esto parece ser el hecho de que los ministros de la Corte Suprema, al encontrarse decidiendo sobre una casación, no podían pronunciarse nuevamente sobre los hechos, sino solo sobre el derecho.

Como se puede ver, el argumento decisorio esgrimido por los jueces tiene una serie de debilidades que el voto disidente hace patentes. Puede decirse, entonces, que la sentencia no está correctamente fundamentada conforme a derecho, pero ¿acaso es posible señalar que no está motivada? ¿No dieron los jueces motivos suficientes para hacer merecedora de la pensión a la viuda, para hacer aceptable, al menos, el resultado al que conduce su decisión?

La forma particular de narrar los hechos en esta sentencia no es casual. Todos los componentes de la narración, no obstante ser esta muy breve, están ahí con un propósito determinado. Los jueces insertan datos que la ley no exige para su aplicación. Por ejemplo, que Mérida Carmona y Luis Salas convivieron por más de 40 años y que tuvieron seis hijos

¹⁰¹ Corte Suprema, rol 3114-2003, sentencia del 11 de julio de 2005.

en común, todos mayores de edad a la fecha; mientras que la ley solo exige como datos una cierta duración del matrimonio, y en caso de que este tiempo no se cumpla y con respecto a los hijos, que sean menores de edad.

Estos datos no están ahí por azar, sino para resaltar ciertas cuestiones, para darle sentido a una realidad determinada, para levantar una serie de valores que a la comunidad le importan: el valor de la convivencia y la protección de la familia, junto con la inexistencia de mala fe tras el matrimonio.

De esta forma, los ministros de la Corte Suprema resaltaron por medio de su decisión los tópicos de la *convivencia*, al reconocer los 40 años de vida en común entre Mérida Carmona y Luis Salas; la *familia*, al señalar que tuvieron seis hijos en común; la *buena fe*, al considerar que el matrimonio entre ambos no constituyó fraude previsional, y la *finalidad de la ley*, al estimar que su propósito era precaver dicho fraude. Todo esto, por sobre los tópicos de *eficacia de la norma e interpretación sistemática del ordenamiento jurídico*, reconocidos en el voto de minoría.

La pregunta que surge entonces es: ¿conduce la forma en que se narraron los hechos a querer denegarle u otorgarle la pensión a la viuda? Todo indica que, al menos en esta sentencia, el efecto que produjo la historia de la viuda –o más bien el cómo decidieron narrarla los jueces- tuvo un rol motivador de la sentencia que hizo incluso aceptables razones legales que sin ella carecerían de sentido. Así, la narración les permitió a los jueces insertar una serie de tópicos que valía tomar en cuenta en la situación particular, ya que eran parte constitutiva del problema.

¿Pero qué ocurriría si la narración fuera otra? ¿Si en ella se recalcará el oportunismo de casarse con un hombre enfermo para recibir una pensión habiendo tenido 40 años para legalizar una relación afectiva? ¿Y si no mencionara a los hijos mayores de edad porque la ley no exige este dato para su aplicación? Si la narración fuera la siguiente: *Mérida Carmona se casó con Luis Salas cuatro meses antes de que este falleciera de cirrosis hepática y bronconeumonía terminal. Entre ambos no existían hijos menores de edad. Hoy, ella reclama la pensión de viudez establecida en la Ley Nº10.383.* ¿Se estaría, en virtud de esta narración, frente a una convivencia de años que se legitimó o frente a un matrimonio oportunista? Parece ser que todo depende de cómo se construyan narrativamente los hechos, cuestión de la que los jueces fueron plenamente conscientes al motivar su fallo.

La narración, vista así, parece ser constitutiva de realidad. Esto, porque una opción narrativa como la utilizada por los jueces del voto de mayoría refleja la historia de una viuda a la que

podría no reconocérsele el derecho a pensión de viudez por no haber cumplido con los plazos legales establecidos, pese a haber convivido por más de 40 años y haber tenido seis hijos en común con su cónyuge fallecido. Mientras que otra, la del párrafo anterior, cuenta la historia de una mujer que se casó con un hombre enfermo y a punto de morir con el objeto de obtener una pensión de viudez.

A continuación, y en línea con la idea de que la narración puede ser constitutiva de realidad, se analizará otra sentencia. En esta, la norma legal aplicable al caso obligó a los jueces a decidir si una determinada situación constituyó un atentado contra la moral y las buenas costumbres. Lo que los jueces decidieran implicaba, o no, la expulsión de un grupo de personas del país.

4.1.2. Vedettísima

En 1980, siete actores argentinos viajaron al país a presentar el espectáculo Vedettísima. El show consistía en la representación de artistas famosas, interpretadas por actores hombres mediante mímica, disfraz y doblaje de voz.

El espectáculo causó revuelo y fue considerado como inmoral por la autoridad, que usando sus facultades legales revocó los permisos de los extranjeros y les ordenó salir del país por haber ejecutado actos contrarios a la moral y a las buenas costumbres en virtud del Decreto Ley N°1.094.

Los actores reclamaron por esta decisión ante la Corte Suprema, tribunal encargado de dirimir la procedencia de la orden de expulsión emitida por el Ministerio del Interior o –en otros términos– si los extranjeros habían ofendido con su actuar la moral y las buenas costumbres.

La sentencia de la Corte Suprema que falló esta reclamación contiene tres narraciones distintas acerca de exactamente el mismo suceso: la presentación del show Vedettísima en el país.¹⁰²

Se trata de tres propuestas narrativas diferentes que, entremezcladas con argumentos y opiniones, constituyen cada cual una versión distinta acerca de lo que ocurrió.

Para distinguir lo que es narración de lo que es argumento u opinión, en los extractos de la sentencia que se transcriben a continuación se subrayan aquellos párrafos en los cuales los jueces utilizaron la narración como herramienta discursiva.

¹⁰² Corte Suprema, sentencia del 6 de junio de 1980, López Sánchez, José María y otros.

Voto de mayoría de la sentencia

Que de los propios documentos agregados por los reclamantes se deduce que el fundamento en que se basa el decreto que se impugna, son efectivos. Basta leer en el de fojas 5 “Sarita. La picardía en el espectáculo corre por cuenta de Luis Sarai, quien baja a la platea y sostiene chispeantes diálogos con el público vestido como Sarita Montiel. Y que lo hace bien lo certifica la propia Sarita, quien se presentó junto a él en un Café Concert, muy feliz de ‘actuar con la que podía ser su hermana’”. Además, en estrados se expresó por el abogado del Ministerio del Interior, sin ser desmentido, que el espectáculo mismo, esto es las canciones de las artistas que se imitan, que dan como propios los actores vestidos de mujer y aparentando ser ellas las que cantan, no duran más allá de 45 minutos y el resto lo constituyen gestos, actitudes, insinuaciones con el público, sentarse en la falda de los varones, y demás reñidas con la moral y las buenas costumbres. Si en un espectáculo público, un varón, vistiendo como tal, o como mujer, no siéndolo, ejecuta las acciones reseñadas, que son impropias de su sexo, con ellas atenta contra la moral y las buenas costumbres. Ahí está el fundamento del Decreto de expulsión (...).

Por estas consideraciones y disposiciones legales y reglamentarias citadas, se resuelve que se niega lugar al recurso de reclamación (...) y que, por lo mismo, se mantiene la orden de expulsión dispuesta por Decreto Supremo Exento del Ministerio del Interior N°174, de 26 de mayo de 1980”.¹⁰³

El extracto anterior es el que utilizó el voto de mayoría para decidir la procedencia de la medida de expulsión de los extranjeros por ejecutar actos reñidos con la moral y las buenas costumbres.

Mediante la narración contenida en este extracto, los jueces responden a la pregunta de qué pasó. ¿Y qué es lo que ocurrió, según la mayoría de los jueces? Básicamente, que, en un espectáculo supuestamente musical, hombres que aparentaban ser mujeres se dedicaron la mayor parte del tiempo a hacerle gestos e insinuaciones al público como parte de la representación, llegando incluso a sentarse en la falda de los espectadores varones. En otras palabras, que en un espectáculo en el que se prometía entretenimiento en base a música e imitación lo que predominó fueron actos y gestos con un fuerte contenido sexual.

La representación de la realidad que los jueces hacen parece ser coincidente con la decisión de declarar procedente la medida de expulsión contra los extranjeros por haber incurrido en actos contrarios a la moral y a las buenas costumbres, pero no habría igual coincidencia si la decisión fuera otra. Así, no parece tener sentido que los jueces –después de declarar que las

¹⁰³ Corte Suprema, sentencia del 6 de junio de 1980, López Sánchez, José María y otros.

canciones “no duran más allá de 45 minutos y el resto lo constituyen gestos, actitudes, insinuaciones con el público, sentarse en la falda de los varones”– resolvieran que el decreto de expulsión carece de fundamento por no atender el espectáculo contra la moral pública y las buenas costumbres.

¿Por qué ocurre esto? ¿Qué tiene de especial dicha narración, que solo coincide con la decisión de declarar procedente la medida de expulsión?

Pues que esa narración resalta determinados tópicos que convierten a la presentación del show Vedettísima en un espectáculo que sí pudo haber atentado contra la moral y las buenas costumbres: primero, la corta duración de las canciones y el hecho de que los actores dedicaran la mayor parte del tiempo a insinuarse al público despoja de todo mérito artístico a la representación; y segundo, que actores hombres se sentaran en la falda de los espectadores varones y se dedicaran a hacerles gestos e insinuaciones a los asistentes hace ver que, por lo menos, la actuación pudo haber incomodado al público.

Así, los jueces construyen una versión de la realidad en la que el show Vedettísima no constituye un espectáculo de entretenimiento o artístico, sino una presentación con fuerte connotación sexual; en otras palabras, un atentado contra la moral y las buenas costumbres.

Voto disidente del ministro Osvaldo Erbetta

En relación con lo anterior, cabe aún consignar que fluye de estos antecedentes –copias de visaciones, fotocopias de los contratos de trabajo y publicaciones de prensa– que la naturaleza de las representaciones teatrales que debían realizar tales artistas, obviamente conocida por la autoridad en el momento de conceder las visaciones, consistía en imitaciones hechas por ellos de algunas artistas de relieve internacional, imitando, incluso, sus vestimentas, maquillajes y gestos y aparentando simular sus voces femeninas mediante el aprovechamiento de grabaciones auténticas de aquellas (fonomímica). Se trata, pues, de actuaciones de un género correspondiente al teatro frívolo, que debían realizarse en un recinto teatral, en que se acostumbra desarrollar actividades de ese género y cuyo público no ha podido concurrir engañado respecto de la naturaleza del espectáculo.

Aunque la compañía formada por los reclamantes se anunciaba en otros países como de travestistas, en Chile se ha denominado Vedettísima, con la finalidad, según publicaciones, de alejar cualquier idea de que se trata de un grupo de afeminados que se proponían desarrollar actuaciones con caracteres sexuales, y si bien el público asistente ha podido ser de naturaleza muy variada, es lo cierto que a los artistas reclamantes no se les atribuye ni se les ha comprobado, concretamente, hechos graves reñidos con la moral pública, sino ciertos excesos, más bien atribuibles a uno que otro espectador.

Por ello, a la luz de la respectiva legislación y de su espíritu, no parece al autor de este voto que sea justa la medida de expulsión aplicada, máxime que han podido entender son extranjeros que desconocen nuestras costumbres, que su modo de actuar era aceptado al concedérseles visación de residentes, sujetos a contrato y ya que tal medida les ocasionará perjuicios que en lo posible debieron ser evitados. Todo pudo subsanarse con algunas disposiciones de la autoridad que evitara la repetición de esos excesos. Ni le parece ecuánime la medida, ya que no ha existido igual reacción respecto de otros espectáculos que se han presentado en esta ciudad.¹⁰⁴

La versión del ministro Erbetta sobre lo que ocurrió, a diferencia del voto de mayoría, da cuenta de una realidad completamente diferente: la de un espectáculo artístico, una representación de teatro frívolo hecha por actores extranjeros que desconocían las costumbres del país, quienes encarnaron mujeres famosas en el escenario usando como recurso la fonomímica.

Si bien la narración como instrumento discursivo ocupa, a primera vista, un espacio menor en la redacción de este voto de minoría, ciertos datos incorporados en otros párrafos que no constituyen propiamente narración –como, por ejemplo, el hecho de que los actores extranjeros desconocieran las costumbres del país– contribuyen a generar una propuesta narrativa o, en otros términos, a responder a la pregunta de qué pasó en el caso concreto.

Como se puede ver, en una misma sentencia –a veces explícitamente, como sucede en esta y se verá al revisar el voto de minoría de un tercer juez integrante de este tribunal– es posible encontrar diferentes formas de abordar o representar(se) los mismos hechos, lo que significa distintas formas de concebir un mismo acontecimiento, o sea, de mostrar qué fue lo que ocurrió en la realidad, a la que el juez, como sabemos, no se acerca directamente sino por la presentación de las partes y la prueba, ya que no fue partícipe ni apreció directamente los hechos sobre los que versará su decisión.

Ahora bien, ningún relato es menos verídico que el otro, ya que no mienten los jueces del voto de mayoría cuando señalan que las canciones duraban menos de 45 minutos y que los actores disfrazados de mujer se sentaron en la falda de los espectadores varones, ni miente el ministro Erbetta cuando refiere que los actores simulaban voces femeninas de artistas famosas mediante la fonomímica. Lo que sí hacen ambas narraciones es escoger datos distintos y usar un vocabulario diferente para referirse a las mismas cuestiones. Así, por ejemplo, la narración del voto de mayoría agrega como datos los dichos de Sarita Montiel y

¹⁰⁴ Corte Suprema, sentencia del 6 de junio de 1980, López Sánchez, José María y otros.

la duración de las canciones, mientras que el voto de minoría se exploya en la fotocopia de los contratos de trabajo y el hecho de tratarse de actores extranjeros. En cuanto al vocabulario, la primera narración se refiere a los extranjeros como “actores vestidos de mujer” y hace mención de “canciones de las artistas que se imitan, que dan como propios los actores vestidos de mujer y aparentando ser ellas las que cantan”, mientras que la narración del voto de minoría se refiere a los actores como “artistas” que simulan “voces femeninas mediante el aprovechamiento de grabaciones auténticas”.¹⁰⁵

Asimismo, parece que ningún relato tergiversa la realidad, sino que tan solo la presentan de manera distinta. Dicho de otro modo, los jueces se representan los mismos hechos de modo diferente. Así, donde unos ven falta de profesionalismo, gestos, insinuaciones obscenas y la posible incomodidad del público, otro ve una representación de tipo artístico, el valor del trabajo, la actuación respetuosa y consistente que se espera de la autoridad para con los particulares a fin de evitar perjuicios innecesarios, que se trata de extranjeros con costumbres distintas y que no ha existido la misma reacción hacia espectáculos similares.

El sentido que imprime a los hechos el ministro Erbetta contribuye a motivar una decisión totalmente diferente: estimar como improcedente la medida de expulsión contra los extranjeros por no haber incurrido estos en actos contrarios a la moral y a las buenas costumbres. Porque simplemente se trató de un espectáculo artístico, de una representación de teatro frívolo en la que actores disfrazados de artistas famosas emularon mediante la fonomímica las voces de estas.

Ahora queda por analizar el segundo voto de minoría de esta sentencia, el del ministro Abraham Meersohn, quien –no obstante estimar improcedente la medida de expulsión al igual que el ministro Erbetta– aborda los hechos desde un punto de vista completamente diferente.

Voto de minoría del ministro Abraham Meersohn

Que no se han señalado cuáles serían propiamente los actos que ofenden y contrarían la moral y las buenas costumbres; pero a estarse a las publicaciones acompañadas al reclamo ciertamente no podrían estimarse como tales el simple hecho de que varones, no importa cuáles sean sus íntimas inclinaciones, se travistan y maquillen para semejarse a conocidas artistas internacionales de la canción y luego actúen ante el público aparentando, mediante el doblaje de canciones, que son las estrellas que encarnan, para finalmente, siempre de cara al

¹⁰⁵ Corte Suprema, sentencia del 6 de junio de 1980, López Sánchez, José María y otros.

público, quitarse parte del maquillaje para evidenciar que no son mujeres, sino varones, como en la propaganda se dejó advertido.

Que un espectáculo así podrá no gustar a muchos; podrá tildárseles de carente de mérito artístico o negársele toda condición edificante; algunos podrán reprocharle un sesgo equívoco, otros podrán estimarlo una simple sosera; pero habrá otros, en cambio, que podrán juzgarlo como representación meritoria, entretenida, evocativa de actuaciones de las propias estrellas que con mayor o menor fortuna se procura interpretar.

En todo caso no se advierte en qué puede estribar lo pecaminoso, pornográfico o lúbrico del espectáculo en cuestión, que pudiera entrañar en alguna medida una transgresión a la moral o a las buenas costumbres, entendidos estos conceptos en los términos que son apreciados por la generalidad de la gente, actualmente, dentro de este país.

Que no habiéndose aportado, pues, ningún antecedente que lleve a estimar que los extranjeros afectados por la orden de expulsión han desarrollado en nuestro territorio alguna actividad verdaderamente reñida con la moral o las buenas costumbres, no es dable convenir que sean pasibles de expulsión del país en base a esa causal.¹⁰⁶

Esta forma de contar los acontecimientos inserta tópicos que las narraciones anteriores no desarrollan o consideran de forma distinta. Por ejemplo, que no importa la orientación sexual de los actores que personificaron a estrellas famosas en el escenario para considerar un acto como inmoral, que los actores se quitaron el maquillaje de cara al público para mostrar que no eran realmente mujeres, tal como en la propaganda se dejó advertido, de forma que nadie concurrió engañado al espectáculo, y, por último, que el evento no tenía nada de pecaminoso o pornográfico a la luz de la moral imperante en la época.

El ministro Meersohn, si bien no enfoca los hechos desde un punto de vista artístico como lo hace el ministro Erbeta, pues reconoce que el espectáculo puede no ser edificante y hasta constituir una simple sosera, normaliza el suceso acorde a la moral de la época y le quita toda connotación de inmoral. Es más, se podría aventurar que implícitamente está diciendo que la inmoralidad del show Vedettísima reside en la propia percepción del espectador y no en el espectáculo mismo.

Si bien nuevamente se observa en la fundamentación de este voto disidente que tanto la narración como la argumentación permiten insertar perspectivas desde las cuales apreciar una determinada situación, es la narración, por excelencia, la herramienta que permite responder a la pregunta de qué pasó, respuesta mediante la cual los jueces muestran una

¹⁰⁶ Corte Suprema, sentencia del 6 de junio de 1980, López Sánchez, José María y otros.

realidad específica que conduce, o hace más plausible, una determinada decisión: en este caso, la de expulsar (o no) a los extranjeros del país.

Pero no se trata de un qué pasó a secas. Pues si así fuera se podría responder a la pregunta señalando que, ese día, el vendedor de boletos llegó tarde, que uno de los actores sufrió un esguince durante el espectáculo, que la capacidad del teatro estaba al 60% y tantos otros datos que nada sumarían al entendimiento de la situación. La pregunta que los jueces intentan responder, por lo tanto, es qué pasó *que importa* en la situación concreta o –más específicamente– qué pasó que hace que sea o no procedente la medida de expulsión. Así, los jueces analizan la situación desde el punto de vista tópico para dar cuenta de todos aquellos ángulos que importan en la situación particular y que, por lo tanto, la conforman.

4.1.2.1. Las narraciones del caso Vedettísima

Como se vio, el caso anterior se trata de determinar si los hechos –el espectáculo presentado– atentaron contra la moral pública y las buenas costumbres. Pero esa calificación no está en los hechos, sino que es puesta por quien analiza y se representa la situación; en otras palabras, quien está llamado a juzgar sobre ella.

Determinar si la actuación fue inmoral no es una cuestión lógica. Si lo fuera, todos los jueces habrían llegado a la misma conclusión. Es una cuestión valórica en el sentido amplio de la palabra: una ponderación individual y sobre todo cultural –y, en ese sentido, colectiva– de aquellas cuestiones que están en juego en el caso concreto y que a la sociedad le importan, y que se levantan, de una u otra forma, mediante las herramientas discursivas de la narración y la argumentación. Porque cuando el juez juzga una situación lo hace como un miembro más de la comunidad a la que pertenece, y como tal comparte con esta (o parte de esta) una serie de valores o perspectivas comunes. Estas cuestiones, perspectivas o valores que importan son los tópicos a los que Cicerón y Viehweg aludían en sus obras.

De esta manera, el voto de mayoría levanta como tópicos la inmoralidad, la obscenidad y la lascivia que hay tras el hecho de que hombres vestidos de mujer se insinúen ante los espectadores varones, junto con la decadencia y falta de mérito artístico del espectáculo. Para lograr esto, los jueces del voto de mayoría no necesitan emitir directamente su opinión –y si la emiten, lo hacen solo hacia el final del relato–, sino que lo que hacen es responder a la pregunta qué pasó que como sociedad nos importa. Y lo que ocurrió es que “las canciones de las artistas que se imitan, que dan como propias los actores vestidos de mujer y aparentando ser ellas las que cantan, no duran más allá de 45 minutos y el resto lo constituyen gestos, actitudes, insinuaciones con el público, sentarse en la falda de los

varones (...).¹⁰⁷ Así, los jueces no están diciendo directamente que el espectáculo careció de mérito artístico, sino tan solo están contando que las canciones duraban pocos minutos y que la mayor parte del tiempo los artistas se dedicaron a insinuarse al público. De esta forma, mediante la narración se logra que sea el lector (el auditorio) el que se represente los hechos como inmorales y de nulo valor artístico, lo que da motivos para encontrar plausible la medida de expulsión contra los extranjeros.

Enseguida, el ministro Erbetta representa exactamente la misma situación desde una perspectiva totalmente distinta a la de los jueces del voto de mayoría, pues los tópicos o valores que levanta son: la libertad de trabajo, el actuar inconsistente de la autoridad, la causación de perjuicios, el mérito artístico de la representación, que el público no fue engañado y que se trata de personas con costumbres distintas. Pero nuevamente, y tal como ocurre con el voto de mayoría, el ministro Erbetta no necesita decir que a su juicio se trataba de una representación artística, sino tan solo que el espectáculo consistía en “imitaciones hechas por ellos de algunas artistas de relieve internacional, imitando, incluso, sus vestimentas, maquillajes y gestos y aparentando simular sus voces femeninas mediante el aprovechamiento de grabaciones auténticas de aquéllas (fonomímica)”. O que a su juicio se debe reconocer y respetar el valor del trabajo, sino que “fluye de estos antecedentes, copias de visaciones, fotocopias de los contratos de trabajo (...)” y “que su modo de actuar era aceptado al concedérseles visación de residentes, sujetos a contrato (...)”.¹⁰⁸

Por último, el voto de minoría del ministro Meersohn aborda la situación desde la perspectiva de la libertad sexual, de que nada hay de inmoral en las íntimas inclinaciones de cada cual ni en el travestismo; de que no se engañó a nadie mediante el espectáculo y que lo pecaminoso del acto estriba en la mente de las personas y no en el evento mismo. Y para lograrlo cuenta que ‘varones, no importa cuáles sean sus íntimas inclinaciones, se travistan y maquillen para semejarse a conocidas artistas internacionales de la canción y luego actúen ante el público aparentando, mediante el doblaje de canciones, que son las estrellas que encarnan, para finalmente, siempre de cara al público, quitarse parte del maquillaje para evidenciar que no son mujeres, sino varones, como en la propaganda se dejó advertido’.

La narración, así vista, es un elemento o una herramienta capaz de construir realidad que permite responder a la pregunta qué pasó que importa en el caso particular. La realidad que

¹⁰⁷ Corte Suprema, sentencia del 6 de junio de 1980, López Sánchez, José María y otros.

¹⁰⁸ Corte Suprema, sentencia del 6 de junio de 1980, López Sánchez, José María y otros.

los jueces plasman a través de ella levanta tópicos que contribuyen a apreciar la situación de modo distinto, según cuál sea la perspectiva sobre la situación particular que se quiera resaltar. Lo interesante de todo esto es que la narración contribuye a apreciar la realidad de modo muy diverso y que esto, a su vez, genera motivos para optar por un desenlace u otro, dependiendo de la realidad que se está imprimiendo a través de la narración.

Así, en este caso en particular, si la narración da cuenta de la inmoralidad de la presentación llevada a cabo por los extranjeros, resaltando los gestos obscenos de los actores durante el espectáculo, el desenlace de la situación no podría ser otro que el de la expulsión de los extranjeros por haber incurrido en actos contrarios a la moral y a las buenas costumbres; mientras que, si la narración contextualiza los hechos en el espacio de una presentación de teatro frívolo o de un espectáculo perfectamente aceptable para la moralidad de la época, el desenlace esperado sería otro.

Esto significa que la narración en sí motiva un determinado desenlace y que es factor de motivación, en términos del discurso (sentencia), de la decisión final que esgrimirán los jueces sobre el particular. Se puede concluir entonces que la narración tiene un efecto motivador sobre la sentencia. No fundante, ya que nada establece como fundamento de la decisión, pero sí motivante, en términos de generar –a través de la construcción de una determinada realidad– motivos que induzcan a querer (o esperar) un determinado desenlace, el que estará constituido por la decisión final de los jueces con respecto al conflicto sometido a su consideración.

Reconocer que la narración construye realidad y que los jueces, a través de ella, pueden constituirla es un hecho que impacta sobre la necesidad de objetividad que se espera de aquellos que deberán decidir sobre la justicia en una situación particular. Pero ¿puede realmente el ser humano ser objetivo frente a una situación social particular? ¿Pueden los datos hablar por sí mismos, sin necesidad de que otro hable por ellos? ¿Puede observarse asépticamente la realidad y entenderla al mismo tiempo?

Para responder a las preguntas anteriores se revisarán a continuación las ideas de un historiador, Hayden White, quien escribiendo sobre el desarrollo de la historia como disciplina llegó a la conclusión de que la única forma de comprender la realidad es narrándola y que es el ser humano el que demanda el sentido del acontecer, pues de otra manera no sería capaz de aprehender la realidad en toda su extensión.

4.2. El valor de la narrativa para comprender la realidad

En el libro *El contenido de la forma*, White trata, entre otras cosas, el valor de la narrativa para la representación de la realidad histórica. En un capítulo dedicado a ello, el autor señala que la historiografía moderna distingue tres tipos de representaciones históricas: los anales, la crónica y la historia propiamente tal. Los anales consisten en un listado de acontecimientos ordenados cronológicamente que se estructuran en torno a dos columnas: la columna del lado izquierdo contiene una serie de años a los que se asocian determinados sucesos, y la del derecho, una referencia sumamente sintética a dichos sucesos. Por ejemplo: “Año 709. Duro invierno. Murió el Duque Godofredo”.¹⁰⁹ La crónica, que se considera un tipo de representación histórica superior al anal, registra los acontecimientos cronológicamente a medida que son conocidos por el autor, en un texto que, si bien tiene cierta coherencia narrativa, no dota a los acontecimientos de sentido alguno.

Tanto los anales como la crónica se consideran representaciones históricas imperfectas. Los primeros, porque no contienen un tema central, no presentan una conexión necesaria entre los sucesos que ocurren año a año y no exhiben un comienzo, una mitad o un final bien diferenciados. La segunda, porque, si bien tiene un tema central, un comienzo y una mitad, no contiene cierre narrativo ni la significación de los acontecimientos que relata. El relato en la crónica simplemente termina una vez que se registra el último acontecimiento que la compone. En la crónica “no hay discusión, no hay una historia que contar”,¹¹⁰ solo es preciso que los hechos se registren a medida que son conocidos por el autor.

Los anales, desde la perspectiva de un lector que demanda información, resultan frustrantes y desconcertantes, pues no existe una trama que los organice y dejan muchos elementos inconexos. Algo similar ocurre con la crónica, porque no dota de significación alguna a los acontecimientos de que trata. El lector de la crónica espera algo que ella no le puede brindar, busca comprender la situación: saber qué significan los acontecimientos que relata, qué consecuencias tuvieron, qué transformaciones produjeron o qué efectos generaron dentro de un determinado orden político y social. Pero como la crónica no “concluye”, sino que simplemente “termina” o se corta, carece por completo de un cierre narrativo que les dé sentido a los sucesos a los que se refiere.

¹⁰⁹ Hayden White, *El contenido de la forma. Narrativa, discurso y representación histórica*. (Barcelona: Paidós, 1992), 22.

¹¹⁰ Hayden White, *El contenido de la forma. Narrativa, discurso y representación histórica*, 34.

La distinción entre representaciones históricas imperfectas y perfectas se ha hecho, como postula White, sobre la base del “logro de plenitud narrativa o la ausencia de este logro”¹¹¹. Solo cuando “la historiografía se transformó en una disciplina ‘objetiva’, se celebró la narratividad del discurso histórico como uno de los signos de su madurez como disciplina plenamente ‘objetiva’ –como ciencia de carácter especial pero ciencia al fin y al cabo”¹¹². Así, como señala este autor, el discurso histórico se convierte en “objetivo”, “serio” y “realista” precisamente cuando la narratividad hace su aparición.

Pero ¿cuánto de objetivo tiene el discurso histórico plenamente realizado? ¿Son los hechos (el objeto) capaces por sí solos de entregar un mensaje con sentido al lector, bastándole al historiador simplemente relatarlos cronológicamente? ¿O más bien es el historiador, el sujeto, el único capaz de dotarlos –mediante la narración– del significado que el lector espera encontrar? ¿Por qué ni los anales ni la crónica satisfacen la demanda de comprensión que se espera de un texto histórico? ¿Y en qué consiste esa demanda de comprensión?

A juicio de White, el fracaso de ambas formas de representación histórica da cuenta de la artificialidad que existe tras la idea de que los hechos reales pueden hablar por sí mismos y sin necesidad de que el sujeto imprima su propia valoración sobre ellos. El mundo, como señala este autor, parece presentarse a la conciencia humana más en la forma que sugieren los anales y la crónica, como una “mera secuencia sin comienzo o fin”¹¹³, como hechos que se suceden unos a otros sin significación alguna, si es que el sujeto no los analiza conforme a algún principio de valoración. Por ejemplo, en los Anales de Saint Gall citados por este autor, que contienen acontecimientos que ocurrieron en la Galia durante los siglos VII, IX y X, se refiere que: [en el] año 720, Carlos luchó contra los sajones; año 721, Theudo expulsó de Aquitania a los sarracenos; año 722, gran cosecha; los años 723 y 724 no contienen registro alguno de datos (parece que nada importante ocurrió a juicio del analista); año 725, llegaron por vez primera los sarracenos.¹¹⁴ ¿Significan algo estos sucesos cuando se cuentan de esta forma, como mero listado de datos? ¿Le entregan al lector alguna comprensión de la situación? Porque la forma en que se expresan parece ser la que más se

¹¹¹ Hayden White, *El contenido de la forma. Narrativa, discurso y representación histórica*, 38.

¹¹² Hayden White, *El contenido de la forma. Narrativa, discurso y representación histórica*, 38.

¹¹³ Hayden White, *El contenido de la forma. Narrativa, discurso y representación histórica*, 38.

¹¹⁴ Hayden White, *El contenido de la forma. Narrativa, discurso y representación histórica*, 23.

asemeja a cómo se presentan en la práctica los hechos al entendimiento humano, como un sinfín de datos que requieren ser procesados para su cabal comprensión.

La realidad, como es evidente, no se presenta a la conciencia humana en la forma de un relato acabado y coherentemente organizado, con comienzo, intermedio y final. Sin embargo, parece que para entenderla es preciso convertirla en relato (relatárnosla), *narrativizarla*, estructurarla gramaticalmente mediante una composición que dé sentido y significado a los hechos. Por eso dice White que “son los propios historiadores los que han transformado la narratividad, de una forma de hablar a un paradigma de la forma en que la realidad se presenta a una conciencia ‘realista’”¹¹⁵. Por esta razón, ni la crónica ni los anales son considerados productos históricos perfectos, porque no logran satisfacer la necesidad humana de comprensión de los acontecimientos sociales, necesidad que solo la historia propiamente tal, con su *narratividad*, logra satisfacer.

Para White, “toda narración plenamente realizada (...) es una especie de alegoría, apunta a una moraleja o dota a los acontecimientos, reales o imaginarios, de una significación que no poseen como mera secuencia”.¹¹⁶ Esto lo lleva a concluir que toda narrativa histórica tiene como finalidad el deseo de moralizar sobre los sucesos que trata. “Y esto sugiere que la narrativa, seguramente en la narración fáctica y probablemente en la narración ficticia también, está íntimamente relacionada con, si no está en función de, el impulso de moralizar la realidad, es decir, a identificarla con el sistema social que está en la base de cualquier moralidad imaginable”¹¹⁷. En otros términos, los acontecimientos solo se explican en relación con el significado que ellos tienen para una determinada cultura.

La historia tiene la coherencia formal a la que naturalmente aspira el ser humano, por eso satisface la necesidad de comprensión de lo acontecido. Porque para entender lo que ocurrió no bastan los datos referidos asépticamente. Se necesita que la información esté procesada, que los hechos estén articulados conforme a una trama, una estructura que los dote de significado, y esta estructura es la narrativa. Sin embargo, no basta la apariencia, que los hechos parezcan organizados narrativamente y no como un listado de datos. La crónica, por ejemplo, tiene dicha apariencia porque organiza los sucesos no como un listado, sino dentro de un texto único, una composición gramatical con comienzo, intermedio, mas no final. Y es

¹¹⁵ Hayden White, *El contenido de la forma. Narrativa, discurso y representación histórica*, 38.

¹¹⁶ Hayden White, *El contenido de la forma. Narrativa, discurso y representación histórica*, 38.

¹¹⁷ Hayden White, *El contenido de la forma. Narrativa, discurso y representación histórica*, 29.

precisamente allí donde fracasa, en conseguir el cierre narrativo, porque –como ya se dijo– la crónica simplemente se corta una vez que se relata el último acontecimiento que la compone e incluso con la muerte del autor, como ocurre en el caso de la crónica *Historia de Francia*, de Richerus de Reims, citada como ejemplo por White. “La crónica promete normalmente el cierre pero no lo proporciona –siendo esta una de las razones por las que los editores decimonónicos de las crónicas medievales negaron a estas la condición de verdaderas ‘historias’”¹¹⁸. Por lo tanto, si bien la crónica parece una narración, no lo es, porque no es capaz de dotar de significado a los acontecimientos; estos solo se relatan cronológicamente a medida que son conocidos por el autor y se cortan una vez que se refiere el último hecho que la compone. Para White, la exigencia de cierre en el relato histórico “es una demanda de significación moral, una demanda de valorar las secuencias de acontecimientos reales en cuanto a su significación como elementos de un drama moral”¹¹⁹.

Para este autor, “cuanto más históricamente consciente de sí mismo es el escritor de cualquier forma de historiografía, más le incumben la cuestión del sistema social y la ley que lo sostiene, la autoridad de esta ley y su justificación, y las amenazas a la ley”¹²⁰. O sea, la valoración del acontecer conforme al significado que tiene para la sociedad en la que está inserto. Y es precisamente esto lo que exige el entendimiento humano: la significación de los datos, el sentido del acontecer. En otros términos, la respuesta a la pregunta ¿qué pasó que como sociedad (nos) importe?

Pero tras la subjetividad que demanda el entendimiento humano para comprender la situación hay también objetividad. Pues la subjetividad de la que se habla no es mero capricho, sino que requiere tratar juiciosamente el objeto: los datos, los hechos. La seriedad y objetividad de la historia como disciplina está dada, entre otras cosas, por el “adecuado interés por el tratamiento juicioso de las pruebas” y el respeto por “el orden cronológico de la sucesión original de los acontecimientos de que trata como línea base intransgredible en la clasificación de cualquier acontecimiento dado en calidad de causa efecto”.¹²¹

¹¹⁸ Hayden White, *El contenido de la forma. Narrativa, discurso y representación histórica*, 31.

¹¹⁹ Hayden White, *El contenido de la forma. Narrativa, discurso y representación histórica*, 35.

¹²⁰ Hayden White, *El contenido de la forma. Narrativa, discurso y representación histórica*, 28.

¹²¹ Hayden White, *El contenido de la forma. Narrativa, discurso y representación histórica*, 21.

Ahora bien, donde “en una descripción de la realidad está presente la narrativa, podemos estar seguros de que también está presente la moralidad o el impulso moralizante”¹²², pues no hay otra forma de dotar a la realidad del significado a que el ser humano aspira. Esto no hace a la historia menos objetiva, pues los hechos (el objeto) nada significan si no se narran, si no se revelan “como sucesos dotados de una estructura, un orden de significación que no poseen como mera secuencia”¹²³. Y esto, como ya se dijo, porque es la propia conciencia -el entendimiento humano- la que demanda un significado de la historia y de cualquier relato sobre acontecimientos del pasado.

Se puede así preguntar, tal como lo hace White al inicio de su libro, “¿qué tipo de comprensión da la narrativa de la naturaleza de los acontecimientos reales? ¿Qué tipo de ceguera con respecto a la realidad se desvanece mediante la narratividad?”¹²⁴. Y parece ser que la respuesta es la necesidad de significación moral de los acontecimientos, lo que estos representan dentro de un determinado orden social.

La función del historiador y de cualquier narrador que quiera hablar sobre hechos del pasado, de todo aquel que intente responder a la pregunta ¿qué pasó que (nos) importa? de la forma más objetiva posible, es ser juicioso en el tratamiento de los hechos: no falsear datos ni omitir hechos relevantes, velar por la veracidad de los antecedentes, contrastar datos y versiones, y verificar el orden en que ocurrieron los sucesos, entre otras cosas. Pero una vez hecho este análisis se encontrará frente a un sinnúmero de antecedentes que por sí solos nada significan y a los que tendrá que dar forma para hacerlos comprensibles.

De esta manera, la verdad fáctica está dada por la veracidad de los antecedentes y la no omisión de aquellos hechos que puedan tener un significado importante conforme a los patrones valorativos (culturales) con que se comprende la situación. Pero la verdad propositiva, o más bien narrativa, está dada por el sentido del que dota a los acontecimientos el autor, por el significado que imprime a los hechos mediante su relato. Así, mientras la verdad fáctica se investiga, la verdad narrativa se crea. En la verdad fáctica habla el objeto; en la narrativa, el sujeto. Y si el sujeto tiene la capacidad de *narrativizar* los hechos, de lograr una narración plenamente realizada, de dotarlos de significado mediante su relato, logrará hacerlos parecer hablar por sí mismos.

¹²² Hayden White, *El contenido de la forma. Narrativa, discurso y representación histórica*, 38.

¹²³ Hayden White, *El contenido de la forma. Narrativa, discurso y representación histórica*, 21.

¹²⁴ Hayden White, *El contenido de la forma. Narrativa, discurso y representación histórica*, 21.

4.3. El juez y la narración

Los casos sobre los cuales el juez debe fallar, así como los hechos sobre los cuales el historiador escribe, se presentan a la conciencia como un conjunto de datos. En el caso del juez, estos datos están compuestos por la versión de las partes, la prueba documental, la prueba testimonial y los informes periciales, entre otros. El juez, con todo ese material, debe dilucidar qué es lo que ocurrió, tarea que requiere una revisión juiciosa y exhaustiva de todo lo presentado. La función del juez es, por lo tanto, reconstruir la realidad de la manera más fielmente posible.

Si bien el análisis de los criterios con respecto a los cuales el juez debe apreciar la prueba excede este ensayo, no está de más aclarar que –una vez analizada y ponderada conforme a criterios racionales la prueba aportada por las partes y la prueba obtenida por el tribunal, y rechazada aquella que no es pertinente, fue impugnada o se obtuvo por medios ilícitos– el juez se encontrará frente a un conjunto de antecedentes a los cuales tendrá que dar forma para exteriorizar su juicio.

Pero si los jueces trabajan sobre los mismos datos y su función es reconstruir una misma realidad, ¿cómo es posible que sus versiones sobre lo que ocurrió sean distintas? ¿Por qué en el caso Vedetísima, por ejemplo, teniendo acceso a exactamente los mismos antecedentes, los ministros entendieron la realidad de forma distinta?

Al analizar las tres versiones del caso Vedetísima lo que se advierte es una diferencia en la valoración del caso particular. Mientras unos ven un atentado a la moral y a las buenas costumbres en el hecho de que hombres vestidos de mujer se insinúen al público, otro visualiza un espectáculo artístico en el que actores imitan a artistas de la canción disfrazándose y emulando sus voces mediante fonomímica, y un tercero se representa un entretenimiento poco edificante, mas no inmoral, al que nadie concurrió engañado y en el que hombres vestidos de mujer se desmaquillaron de cara al público.

Estas valoraciones distintas acerca de un mismo suceso se deben, como se ha dicho, a que el entendimiento humano para comprender la realidad necesita moralizarla. Es un imperativo de comprensión juzgarla conforme a algún o algunos principios o valores. En esto consiste, precisamente, el entendimiento tópico de la realidad.

Pero, más allá de cómo la realidad se presente a la conciencia humana, el juez –como sujeto que debe decidir sobre la justicia de la causa– naturalmente hace un trabajo valorativo. Si

no, ¿cómo se explican las diferentes interpretaciones doctrinarias y decisiones distintas sobre casos cuyos supuestos fácticos son casi idénticos?

La pretensión absoluta por la objetividad es irreal, porque el objeto por sí solo nada dice acerca de la injusticia o justicia de la causa; esto es labor del juez. El tribunal debe hacerse cargo de toda la prueba producida y valorarla conforme a criterios de racionalidad, allí es donde reside la objetividad; pero una vez hecho esto debe emitir un juicio, el que indudablemente es valorativo.¹²⁵

En el caso entre Mérida Carmona y el Instituto de Previsión Social, por ejemplo, los datos sobre los cuales los jueces fallaron son los siguientes:

- Luis Salas y Mérida Carmona se casaron el 5 de septiembre de 1988.
- Luis Salas era pensionado de invalidez desde 1982.
- Luis Salas, de 67 años, fue hospitalizado el 21 de enero de 1989, después de varias consultas, por un cuadro que tuvo una evolución de seis días, constatándose sus malas condiciones generales de salud.
- Luis Salas falleció de cirrosis hepática y bronconeumonía terminal.
- Luis Salas y Mérida Carmona habían convivido por más de 40 años.
- Luis Salas y Mérida Carmona tuvieron seis hijos en común, todos mayores de edad a la fecha.

Los datos así vistos nada dicen sobre si el caso particular trata sobre una viuda que solicita el derecho a la pensión de viudez reconocida en la Ley N°10.383 por haber conformado una familia con su cónyuge, pese a haberse casado solo meses antes de la muerte de este. O si, por el contrario, trata de una mujer que contrajo matrimonio con un pensionado de invalidez solo meses antes de que este muriera a causa de su mal estado de salud, pese a haber convivido décadas con él y haber tenido la oportunidad de legalizar su unión mucho antes de que él enfermara. Estas distintas formas de entender la realidad no la entregan los datos por sí solos; son los jueces quienes se representan los acontecimientos de una forma u otra.

¹²⁵ “El objeto no habla de lo que nos importa porque lo que nos importa no lo sabe el objeto, sino que lo decidimos entre nosotros, conversando. Los datos cobran significado sólo cuando se incorporan a alguna secuencia narrativa o sistematización argumentativa que *nosotros sobreponemos creativamente* a dichos datos. Es por esto que *para tan sólo comprender lo dado* hay que ser *creativo*. Por causa de lo inevitablemente creativos que son el cuento y el argumento, deja de hablar sólo el objeto, esto es, deja de haber objetividad. Esta pérdida de objetividad es el precio que el juzgador paga para poder comprender la situación y, entonces, poder juzgarla”. Rodrigo Valenzuela Cori, *Decidir, juzgar, persuadir. Un ensayo sobre la formación del abogado*, 90.

Si bien –a primera vista y por aplicación del tenor literal de la norma– no correspondía otorgarle la pensión a Mérida Carmona por no cumplirse el tiempo de matrimonio señalado en la ley, lo que constituía la opinión del voto de minoría, el voto de mayoría decidió que lo justo era otorgar la pensión. ¿Por qué? Porque los jueces vieron, en la convivencia por más de 40 años y los seis hijos en común, la existencia de una familia, todo lo contrario a la situación de fraude previsional que la norma tenía por finalidad evitar.

Pero las diferencias de opiniones y criterios no significan que los jueces decidan caprichosamente, solo grafica que la realidad se presenta ante unos y otros de manera distinta. Así, mientras unos atienden a la existencia de una familia y a la necesidad de amparar a la viuda, otros se enfocan en la literalidad de la norma y en la necesidad de no dejar sin aplicación práctica un precepto legal.

El tema es que, en uno u otro caso, los jueces estarán obligados a motivar y fundamentar su fallo. Por eso cobran importancia la motivación y publicidad de las sentencias, junto con la posibilidad de revisión de los fallos, porque someten al escrutinio de las partes, de los tribunales superiores y del público, los motivos y las razones que se tuvieron en vista al fallar.

La sentencia, al tratarse de un producto que será socializado, obliga al juez a producir un discurso que debe ser aceptado por la comunidad, no en términos de su imposición incondicional, pero sí considerando al menos que las razones y los motivos allí esgrimidos sean atendibles.

Lo interesante es que luego del análisis de las sentencias parece que lo “atendible” no está necesariamente dado por la fortaleza lógica del discurso, sino también por su fortaleza tópica, como ocurre en el caso de Mérida Carmona, en el que los argumentos esgrimidos por los jueces no tienen la solidez a la que el intelecto aspira. No obstante, la sentencia persuade (probablemente a una gran mayoría) de que la decisión más justa para el caso era la de otorgarle la pensión de viudez a Mérida Carmona pese a no haber cumplido con los plazos establecidos en la ley, lo que en esta causa se logra precisamente con la narración de los hechos.

4.4. La narración en la motivación de las sentencias

Aristóteles, en su *Poética*, estableció la idea de que la obra literaria apela a la emoción y al sentimiento a través de las acciones que narra organizadas estructuralmente en una trama.

Para este autor, “el elemento de temor y el de compasión pueden nacer de la puesta en escena, pero también es posible que nazcan del propio entramado de los hechos, lo cual es preferible y propio de un poeta mejor. Es preciso, por tanto, que se componga el argumento de forma tal que, aun sin verlo representado, el que escucha el desarrollo de los hechos se estremezca y sienta compasión a raíz de los acontecimientos”.¹²⁶ Este proceso de involucramiento emocional con la obra tiene el nombre de catarsis, que para Aristóteles constituía una purgación de las emociones.

Para lograr lo anterior, los géneros narrativo y literario utilizan –según Aristóteles– la imitación de acciones para dar cuenta de la situación de los personajes y producir el involucramiento emocional, “pues la tragedia es imitación, no de los hombres, sino de las acciones y de la vida (...) Por los caracteres se es de tal o cual manera, pero por las acciones se es feliz o lo contrario”.¹²⁷ Así, para Aristóteles, la narrativa imita acciones que deben estructurarse en una trama y, a su vez, las acciones que los personajes ejecutan dicen algo acerca de quiénes son ellos.

Si se aplican estas ideas a la narrativa, se puede decir de esta que apela a lo emocional disponiendo el ánimo hacia algún fin y, por otra parte, que lo que se narra deben ser acciones que los personajes ejecutan, y que permitirán conocerlos a ellos y a sus circunstancias.

En relación con la primera idea, la narrativa apela a lo emocional, a diferencia de la argumentación, que apela a lo racional. Lo relatado, por lo tanto, no mueve a la razón en el sentido de dar justificaciones, sino a la emoción y a los sentimientos. ¿Pero es posible separar cognición y emoción?

En la década de los ochenta, entre los estudiosos del comportamiento de la mente humana se inició la polémica sobre si la valoración cognitiva de la situación determina el surgimiento de una emoción o si, por el contrario, esta es previa a la cognición.¹²⁸

Existen teorías que plantean que la emoción no necesita de una cognición previa, pero no niegan que emoción y cognición suelen encontrarse juntas. Otras teorías, como la cognitiva, resaltan que para que se llegue a producir una reacción emocional, cuando menos, es

¹²⁶ Aristóteles, *Poética. Magna Morelia* (Madrid: Editorial Gredos, 2011), 58.

¹²⁷ Aristóteles, *Poética*, 46.

¹²⁸ Enrique Fernández-Abascal y Antonio Cano-Vindel, “Actividad cognitiva”, en *Manual de Motivación y Emoción*, ed. E. Fernández-Abascal (Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1995), 114.

necesario que el sujeto lleve a cabo una cierta actividad cognitiva de elaboración de la situación. De todos modos, las teorías reconocen en general que existen distintos tipos de emociones, algunas que se originan por factores fisiológicos y otras que tienen una base cognitiva.¹²⁹

La psicología cognitiva centra su estudio en las cogniciones como productoras de sentimientos, y plantea que las emociones son formas intrínsecas de compromiso y juicio evaluativo, ya que al nacer de cogniciones, sus manifestaciones son formas explícitas de reconocer que algo ha sido investido de valor e importancia: expresan juicios evaluativos y compromisos con ciertas visiones de las cosas.¹³⁰

Como señala Tania Rodríguez: “si asumimos que las emociones están determinadas por representaciones cognitivas, por nuestras percepciones e interpretaciones del mundo; estas representaciones serían entonces la causa de que experimentemos emociones (...), especialmente aquellas que están ancladas fuertemente a la cultura e involucran algún grado de elaboración reflexiva, como son las emociones de bienestar y las emociones morales. En este sentido, las emociones pueden ser consideradas indicadores de las posiciones (significados –ideas, creencias, representaciones– asumidos con distintos niveles de apropiación) de las personas en una comunidad cultural”.¹³¹

Si la idea planteada en el párrafo anterior se aplica al ámbito de la narración en las sentencias, se puede conjeturar que las emociones a las que apela se producen porque la narración da cuenta de cuestiones que importan en el caso concreto y son estas las que mueven al sentimiento.

Si se considera que parte de las emociones tienen una base cognitiva, en especial “aquellas que están ancladas fuertemente a la cultura e involucran algún grado de elaboración reflexiva”, como se señalaba anteriormente, es probable que la narración en las sentencias produzca su efecto a través de la representación tópica de la realidad. Así, las cogniciones que despiertan la emoción a la que apela el texto narrativo no serían más que los tópicos, ideas sobre lo que es bueno o malo, justo e injusto, sobre lo que importa en la situación

¹²⁹ Antonio Cano-Vindel, “Cognición, emoción y personalidad: un estudio centrado en la ansiedad” (tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 1989), 214.

¹³⁰ Tania Rodríguez Salazar, “El valor de las emociones para el análisis cultural”, *Papers*, 87, (2008), 149.

¹³¹ Tania Rodríguez Salazar, “El valor de las emociones para el análisis cultural”, 157.

concreta. En otras palabras, cogniciones influidas por la cultura sobre aquello que importa en el caso concreto.

Ahora bien, volviendo a las ideas planteadas por Aristóteles, corresponde tratar el segundo de sus planteamientos: que la narrativa ha de imitar acciones. Y de esto se puede extraer una recomendación útil para el relato de los hechos en la sentencia.

Si se aplica al discurso judicial la idea de que la narrativa debe imitar acciones, el juez, en relación con los hechos, solo debe narrar lo ocurrido, ni más ni menos; una serie de datos fácticos, validados según estándares probatorios, a los que debe dotar de forma a través de la trama. El juez no debe pronunciarse sobre el carácter de sus personajes, ni hacer juicios de valor explícitos acerca de estos o de sus circunstancias; solo debe referir lo ocurrido. Ya que, como señala Aristóteles, es de mejor poeta que la trama produzca el involucramiento con la obra y su comprensión a través del relato de acciones, porque las acciones hablan de lo que son los personajes, de su felicidad o infelicidad.

Si solo se cuenta lo que ocurrió y no hay un juicio de valor explícito en la obra, si los hechos son verídicos y no se olvida ninguno importante, nada se puede rebatir a lo que se cuenta. Una narración que solo cuenta lo que pasó no admite dudas. Si el narrador no emite de manera explícita juicios valorativos sobre la obra, el juicio sobre esta lo realiza el receptor, según cómo estén contados los hechos y de acuerdo con sus circunstancias personales y culturales.

En este sentido, por ejemplo, en la sentencia que falla el conflicto entre Mérida Carmona y el Instituto de Previsión Social, los jueces no necesitaron decir que Mérida era una mujer leal y comprometida que estuvo con su marido en la salud y en la enfermedad, sino tan solo se limitaron a contar lo que ocurrió. Así, de las acciones de los personajes del relato por sí solas –y sin necesidad de describir el carácter de la viuda, de los 40 años de matrimonio y los seis hijos en común– es posible que viuda se le adjudiquen las características de leal y comprometida.

La narración, como se ha visto a lo largo de este ensayo, es un instrumento discursivo que le permite al juez organizar los hechos para responder a la pregunta ¿qué pasó (que importa) en el caso concreto? Pero la narrativa que da cuenta en la sentencia de qué ocurrió en el caso particular no es una simple ordenación cronológica de todos los antecedentes, sino una composición que da sentido a los hechos. Y eso implica una selección de datos, del orden en el que se presentan, del lenguaje que se utiliza para referirse a ellos; en otros términos,

requiere de la existencia de una trama conforme a la cual organizar los hechos, como señalaban Aristóteles y White.

Una buena narración puede lograr que el receptor, al recibir lo narrado, al mismo tiempo lo vivencie.¹³² Es lo que ocurre, por ejemplo, con la literatura. La narración, a través de los valores que socialmente importan y que comunica a través de la imitación de acciones a las que se impone un determinado sentido mediante la trama, induce naturalmente a una valoración moral del acontecer. El receptor de una sentencia no se sustrae de lo que considera moralmente justo y espera, por lo tanto, un determinado desenlace para los hechos que se narran; aguarda que la decisión que el juez establezca aparezca como justa.

Cano-Vindel afirma que la emoción, en el nivel consciente, es una clase especial de conocimiento que genera motivaciones claves para la cognición y la conducta, y que supone una especie de puente con el mundo social y físico.

La narración persuade al movilizar a la voluntad a esperar un determinado desenlace para la situación particular. Cuando la narración y la argumentación entran en consonancia es muy posible que esto se logre.¹³³

En algunos casos, narración y argumentación, aunque consonantes, no lograrán convencer al receptor acerca de la justicia de lo fallado. Probablemente esto se deba a que los tópicos que para él priman son diferentes. En estos casos se espera, al menos, que la narración haga comprensible cómo el juez se representó la situación y a qué le dio importancia para llegar a emitir su veredicto.

Por otra parte, no se debe olvidar que la narración de los hechos, como antesala de la argumentación legal de las sentencias, será lo primero que captará la atención del receptor, por lo que será la primera oportunidad de presentar el caso con un enfoque tópico sobre qué es lo justo para el caso particular; será el primer momento de disponer el ánimo del receptor hacia la comprensión del conflicto que se propone en la sentencia.

Por último, es fundamental para la motivación de las sentencias que los textos narrativo y argumentativo estén en consonancia, que ambos, desde sus propios ámbitos discursivos, den cuenta de lo que importa en la situación particular. Solo si narración y argumentación

¹³² Sobre algunas directrices útiles para la narración de los hechos en las sentencias, véase Rodrigo Valenzuela Cori, *Decidir, juzgar, persuadir. Un ensayo sobre la formación del abogado*, 108-111.

¹³³ Sobre la relación entre narración y argumentación en las sentencias, véase Rodrigo Valenzuela Cori, *Decidir, juzgar, persuadir. Un ensayo sobre la formación del abogado*.

están en consonancia, y la primera narra hechos verídicos sin omitir los relevantes, y la segunda presenta un razonamiento lógico y jurídicamente válido, de conformidad con tópicos relevantes, se podrá decir que una sentencia está debidamente motivada. Lo primero, porque se trata de estándares formales mínimos, y lo segundo, porque solo el entendimiento tópico del problema permite dar cuenta de todo lo que importa en el caso concreto. Si se olvida el pensamiento tópico, se pueden olvidar aristas importantes del problema que afectarían la motivación de la sentencia.

La narración, así como la argumentación, es trascendental en la sentencia porque tiene efecto sobre su motivación, porque cuenta lo que ocurrió bajo el prisma de la tónica, de lo que en la situación importa, y porque al responder a la pregunta qué pasó que (nos) importa influye en el ánimo del receptor del discurso. La sentencia, como producto discursivo de un régimen democrático, debe no solo comunicarse a las partes y a la sociedad, sino también hacer atendible lo que en ella se sostiene. Porque solo al presentarse la situación como justa, humanamente y conforme a derecho –en otras palabras, narrativa y argumentativamente– se podrá, a través de la resolución del conflicto que demanda justicia, cumplir con el propósito de restablecer la paz social quebrantada.

CONCLUSIONES

En principio, tanto durante la Baja Edad Media como en el Antiguo Régimen se excluyó la motivación de las sentencias por razones de prudencia, incerteza jurídica y una concepción específica sobre el fundamento de la autoridad judicial. No obstante, no faltaron tribunales con la costumbre de motivar sus sentencias, así como políticas legislativas de los soberanos que, atendiendo a razones de Estado, establecieron la obligatoriedad o exclusión de la motivación de los fallos.

No fue sino hasta la llegada de la Revolución Francesa, al producirse un cambio radical en la concepción y el fundamento del poder político, que el principio de motivación de las sentencias adquirió el estatus de garantía constitucional.

A partir de este hecho histórico se sentaron las ideas de que la soberanía residía esencialmente en la nación y que la ley era la expresión de la voluntad general. Los hombres pasaron de ser súbditos al arbitrio de un soberano a ciudadanos con derechos y deberes cuyo comportamiento debían ajustar a la ley.

A nivel judicial, el nuevo fundamento del poder político y la importancia asignada a la ley como manifestación de la voluntad general impactaron profundamente en el sistema judicial. La autoridad del juez ya no provenía de su calidad de delegado del monarca, sino del pueblo, y como tal debía ceñir su actuación a lo que las leyes –expresión de la voluntad general– mandaban.

La exigencia de motivación de las sentencias se constituyó así no solo en una reacción contra el ejercicio arbitrario de la autoridad judicial que se percibía en la ausencia de fundamentos de la sentencia, sino también en garantía del principio de legalidad. El juez debía sujetar su decisión a lo que mandaban las leyes.

Las ideas de la Revolución Francesa penetraron a tal punto en la sociedad que, a pesar de la derrota de Napoleón y el fin del proceso iniciado por la revolución, se expandieron por toda

Europa continental y también por Iberoamérica, donde influyeron en la legislación de diversos países, como es el caso de Chile.

Doctrinariamente, se reconoce a la motivación de las sentencias una función endoprocesal y una extraprocesal. La primera dice relación con la comunicación de la decisión a las partes y al tribunal para su impugnación o revisión. La segunda, que trasciende a la relación procesal y se vincula con una concepción democrática del poder, da cuenta del hecho de que la decisión del juez es importante para toda la comunidad y no solo para las partes del proceso. Así, el juez debe comunicar –tanto a las partes como a la sociedad– lo justo y atendible del fallo que emite con el objeto de restablecer la paz social quebrantada, y dar cuenta a la comunidad del ejercicio del poder del que esta lo ha imbuido.

En razón de las funciones que doctrinariamente se reconocen a la motivación de las sentencias y al origen histórico de esta institución, la contribución del principio de motivación de las sentencias se puede sintetizar en lo siguiente: en primer lugar, servir para asegurar coherencia lógica entre la decisión y el sistema jurídico, esto es, que la decisión se extrae de las leyes; y en segundo término, propender a la paz social, en el sentido de que el juez debe dar con una solución que sea aceptable tanto para las partes como para la sociedad.

Ahora bien, la doctrina restringe el concepto de motivación de las sentencias al de un discurso de tipo justificativo, que debe proporcionar razones adecuadas como fundamento de la decisión. Así, para los autores citados en este trabajo, la debida motivación de las sentencias está dada por la fuerza y validez de las razones legales que en ellas se sostienen. Por otra parte, y en relación con el tratamiento de los hechos en la sentencia, los autores se centran en la determinación de su veracidad y en la elección de la hipótesis fáctica más probable para la posterior aplicación del derecho, sin pronunciarse sobre la necesidad de dotar de sentido a los hechos a través de la narración a efectos de motivar las sentencias.

Pero, como se pudo observar en los fallos analizados, bajo un entendimiento tópico de la motivación de las sentencias, no es solo sobre la base de razones justificatorias que la comunidad comprende lo atendible y justo de lo fallado. En estos casos, la narración, además de la argumentación legal, también puede cumplir un rol en la motivación de las sentencias desde el punto de vista tópico. Como señala el autor Rodrigo Valenzuela Cori: “Tanto la narración como la argumentación imponen a la situación particular, que por sí sola

nada *significa*, un *sentido* que motiva una decisión en lugar de otra. Ambos géneros motivan la decisión de manera complementaria pero diferente, no reducible la una a la otra”.¹³⁴

El mundo, tal como señala Hayden White, parece presentarse a la conciencia humana más en la forma de datos, como hechos que se suceden unos a otros sin significación alguna, si es que el sujeto no los analiza conforme a algún principio de valoración. El entendimiento humano necesita moralizar la realidad para poder comprenderla, darle sentido conforme a lo que a su juicio es importante en una situación determinada. Juzgar la realidad conforme a algún o algunos principios o valores es un imperativo de comprensión, como señalaba White. En esto consiste, precisamente, el pensamiento tópico.

Determinar lo que constituye un problema humano no es una cuestión lógica, sino valórica en el sentido amplio de la palabra: una ponderación individual y sobre todo cultural –y, en ese sentido, colectiva– de aquellas cuestiones que a la sociedad le importan y que están en juego en el caso concreto, y que se levantan, en cuanto a la sentencia, a través de la argumentación y la narración. Cuando el juez juzga una situación, lo hace como un miembro más de la comunidad a la que pertenece, y como tal comparte con esta, o parte de esta, una serie de valores o perspectivas comunes. El juez tiene así consideraciones sobre lo que es bueno o malo, justo o injusto.

El juez, como sujeto que debe decidir sobre la justicia de la causa, naturalmente hace un trabajo valorativo. Si no, ¿cómo se explican las diferentes interpretaciones doctrinarias y decisiones distintas sobre casos cuyos supuestos fácticos son casi idénticos?

El narrador –el juez, en este caso– debe ser juicioso en el tratamiento de los hechos, verificarlos, no falsearlos, y contrastarlos con otros; pero una vez que cuenta con los antecedentes fácticos debe darles sentido para hacerlos comprensibles, y esto se logra a través de la narración.

La narración es constitutiva de realidad. Los jueces, como es sabido, no presencian directamente los hechos, sino que reconstruyen lo que ocurrió con los datos suministrados por las partes y las gestiones probatorias que estimen pertinentes.

Al ser constitutiva de realidad, la narración brinda sentido al acontecer, induce al receptor a valorar la realidad de una forma determinada, esto es, conforme a los valores sobre los que se asienta la comprensión de la realidad de quien crea el relato.

¹³⁴ Rodrigo Valenzuela Cori, *Decidir, juzgar, persuadir. Un ensayo sobre la formación del abogado*, 73.

La narración, como se ha visto, es un instrumento discursivo que le permite al juez organizar los hechos para responder a la pregunta ¿qué pasó (que importa) en el caso concreto? Pero la narrativa que da cuenta en la sentencia de qué ocurrió en el caso particular no es una simple ordenación cronológica de todos los antecedentes, sino una composición que da sentido a los hechos, y eso implica selección de datos, del orden en que se presentan, del lenguaje que se utiliza; en otros términos, requiere de la existencia de una trama conforme a la cual organizar los hechos, como afirman Aristóteles y White.

Una buena narración puede lograr que el receptor, al recibir lo narrado, al mismo tiempo lo vivencie. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la literatura. La narración, a través de los valores que socialmente importan y que comunica a través de la imitación de acciones a las que se impone un determinado sentido mediante la trama, induce naturalmente a una valoración moral del acontecer. El receptor de una sentencia no se sustrae de lo que considera moralmente justo y espera, por tanto, un determinado desenlace para los hechos que se narran; aguarda que la decisión que el juez establezca aparezca como justa.

La narración de las sentencias, al ser constitutiva de realidad, imprime a los hechos un sentido que puede ser capaz de inducir al receptor a querer un determinado final para la sentencia. La narración tiene así un efecto motivador sobre esta, en términos de generar, a través de la construcción de la realidad, motivos que induzcan a querer (o esperar) un determinado desenlace, el que estará constituido por la decisión final de los jueces con respecto al conflicto sometido a su consideración.

La narración persuade al movilizar a la voluntad a esperar un determinado desenlace para la situación particular. Cuando la narración y la argumentación entran en consonancia es muy posible que esto se logre. Pero en algunos casos, aunque narración y argumentación sean consonantes, no lograrán convencer al receptor acerca de la justicia de lo fallado, si para este los tópicos que priman en la situación particular son otros. En estos casos se espera, al menos, que la narración haga comprensible cómo el juez se representó la situación y a qué le dio importancia para llegar a emitir su veredicto. Así, la narración tendría un efecto motivador al dar a entender cómo se comprendió el problema desde el punto de vista fáctico.

Junto con lo anterior, no se debe olvidar que la narración de los hechos opera como antesala de la argumentación legal en las sentencias, por lo que será la primera en captar la atención del receptor. Así, la relación de hechos en la sentencia se presenta como la primera oportunidad para exponer el caso conforme a un entendimiento tópico de la situación o –en otros términos– para disponer el ánimo del receptor hacia una determinada comprensión del

conflicto. Ya que, como destaca Aristóteles, la obra narrativa apela a las emociones del receptor.

La sentencia, al tratarse de un producto que será socializado, obliga al juez a producir un discurso que debe ser aceptado por la comunidad no en términos de su imposición incondicional, pero sí, al menos, de que las razones y los motivos allí esgrimidos sean atendibles.

Por último, y aunque va más allá de lo tratado en este ensayo, iniciativas institucionales recientes –como la constitución de una Comisión de Lenguaje Claro a nivel judicial– dejan ver que existe una preocupación creciente sobre el uso de un lenguaje en las sentencias para que estas sean comprensibles a un amplio público y no solo a quienes conocen el derecho.

La sentencia –como es sabido– está dirigida no solo a las partes y a los tribunales superiores, sino también a la sociedad en su conjunto, y como tal debe poder ser comprendida por todos, incluso por aquellos que desconocen el lenguaje jurídico.

Pero pretender que la argumentación de las sentencias sea entendida por todos, aun cuando el lenguaje utilizado sea claro, es difícil, porque ella presupone el uso de un determinado lenguaje, el jurídico, que en principio solo puede ser accesible a quienes lo han estudiado.

Las personas, como señala White, pueden no ser capaces de comprender las pautas de pensamiento específicas de otra cultura, pero sí sus relatos. Es mucho más fácil, por ejemplo, entender la mitología o los cuentos de otra cultura que su filosofía de pensamiento. Esto significa que la narración es un modo discursivo mucho más asequible al entendimiento humano que la argumentación, sobre todo cuando –como ocurre en el ámbito de las sentencias– las razones suministradas utilizan un lenguaje técnico específico.

Si para quienes desconocen el lenguaje técnico jurídico es más fácil comprender lo narrado que lo argumentado, entonces, la narración puede ser la forma de acercar el lenguaje de la sentencia a la sociedad. Si la narración puede dar cuenta, conforme a una perspectiva tópica de la realidad, de lo justo o injusto, de todo aquello que importa en la situación concreta, entonces puede contribuir a hacer entendible qué es lo que está en juego en un determinado caso y servir como apoyo de lo fallado, para contribuir de esta forma a la democratización de la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO, AULIS. 1991. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ACCATINO SCAGLIOTTI, DANIELA. 2003. La Fundamentación de las sentencias: ¿Un rasgo distintivo de la judicatura moderna? *Revista de derecho (Valdivia)*, 15, 9-35.

ACCATINO SCAGLIOTTI, DANIELA. 2005. La motivación de las sentencias: genealogía y teoría. Tesis doctoral. Universidad de Granada.

ARISTÓTELES. 2011. *Poética. Magna Morelia*. Madrid: Editorial Gredos.

ATIENZA, MANUEL. 2005. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

BERGHOLTZ, GUNNAR. 1990. Ratio et auctoritas: algunas reflexiones sobre la significación de las decisiones razonadas. *Doxa*, Núm. 8, 75-85.

CANO-VINDEL, ANTONIO. 1989. Cognición, emoción y personalidad: un estudio centrado en la ansiedad. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid.

CASARINO VITERBO, MARIO. Actualización 2011. *Manual de Derecho Procesal*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

CICERÓN, MARCO TULIO. 2006. *Tópicos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. 1988. *Tratado de la Constitución de 1980*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

FERNÁNDEZ-ABASCAL, ENRIQUE, y CANO-VINDEL, ANTONIO. 1995. Actividad cognitiva, en *Manual de Motivación y Emoción*, ed. E. Fernández-Abascal, 113-160. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.

FERRAJOLI, LUIGI. 1995. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.

- FERRER BELTRÁN, JORDI. 2011. Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales Isonomía. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* Instituto Tecnológico Autónomo de México, 34 (abril): 87-107.
- GARRIGA, CARLOS, y LORENTE, MARTA. 1997. El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489 - España, 1855), *Anuario Facultad de Derecho U. Autónoma de Madrid*, 1, 97-142.
- GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO. 2010. Dialéctica y retórica en los “Topica” de Cicerón. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (Valparaíso)*, XXXII, 161-195.
- GUZMÁN TAPIA, JUAN. 1996. *La Sentencia*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- HANISCH ESPÍNDOLA, HUGO. 1982. Contribución al estudio del principio de la práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 131-173.
- IGARTUA SALAVERRÍA, JUAN. 2009. *El razonamiento en las resoluciones judiciales*. Lima: Palestra Editores.
- MURILLO VILLAR, ALFONSO. 2012. Antecedentes históricos de la obligación de motivar las decisiones judiciales en el derecho español. *Rivista internazionale online – Peere Reviewed Journal*.
- NIETO GARCÍA, ALEJANDRO. 2000. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel.
- RODRÍGUEZ SALAZAR, TANIA. 2008. El valor de las emociones para el análisis cultural. *Papers*, 87, (2008): 145-159.
- SANS BAYÓN, PABLO. 2013. Sobre la tópica jurídica en Viehweg. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 16, (2013): 83-108.
- TARUFFO, MICHELE. 2006. *La motivación de la sentencia civil*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- TARUFFO, MICHELE; ANDRÉS IBÁÑEZ, PERFECTO, y CANDAU PÉREZ, ALFONSO. 2009. *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- VALENZUELA CORI, RODRIGO. 2017. *Decidir, juzgar, persuadir. Un ensayo sobre la formación del abogado*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- VIEHWEG, THEODORE. 2007. *Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Civitas.

WHITE, HAYDEN. 1992. *El contenido de la forma. Narrativa, discurso y representación histórica*. Barcelona: Paidós.