



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
INSTITUTO DE ARGUMENTACIÓN

# USO DE LA TÓPICA EN LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES

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

**Autor:**

Matías Ignacio Vilches Soto

**Profesor Guía:**

Rodrigo Valenzuela Cori

**Santiago, Chile**

**2022**

*Al maestro Rodrigo, por la motivación constante para formar buenos hacedores,  
A la madre Annie, por el júbilo y el decoro de las almas que no envejecen,  
Al padre Jhon, por la bondad y la sencillez de los gestos que consienten,  
Al hermano Juampa, por la sabiduría de los seres emocionales que a veces razonan,  
A la sobrina Marianita, por ser una razón más para luchar por un futuro mejor,  
Al Keno, al Otto, al Klauss, a la Babo y al resto, por la compañía desde la dicha animal,  
A las amistades cercanas, por ser el refugio y el deleite de una juventud afortunada,  
A las personas que pasaron por aquí, por dejar su huella y aligerar el peso de la vida,  
A Monkey D. Luffy, por ser el placer culpable durante todo este viaje,  
Y por último pero no menos importante, quiero agradecerme, por creer en mí, por hacer todo  
este trabajo duro, por no tener días libres, por nunca renunciar, por ser siempre alguien que  
da y tratar de dar más de lo que recibe, por tratar de hacer más bien que mal,  
Por ser yo mismo todo el tiempo.*

## **TABLA DE CONTENIDOS**

<b>RESUMEN .....</b>	<b>4</b>
<b>INTRODUCCIÓN: EL PAPEL DEL JUEZ EN EL DRAMA JUDICIAL .....</b>	<b>5</b>
<b>CAPÍTULO I: LA MOTIVACIÓN Y LAS BUENAS RAZONES .....</b>	<b>12</b>
1. EL CONTROL DE LA RAZÓN QUE VENCE: SITUANDO LA OBLIGACIÓN DE MOTIVAR .....	13
i) <i>Del súbdito al ciudadano.....</i>	<i>13</i>
ii) <i>Consagración chilena.....</i>	<i>16</i>
2. JUSTIFIQUE SU RESPUESTA: EL ESPACIO ARGUMENTATIVO DE LA MOTIVACIÓN .....	21
i) <i>Motivación y motivos.....</i>	<i>24</i>
ii) <i>Motivación y razones.....</i>	<i>26</i>
<b>CAPÍTULO II: LO MOTIVANTE DE LO NARRADO .....</b>	<b>30</b>
1. CUÉNTEME SU PROBLEMA Y YO LE CUENTO MI SOLUCIÓN: LA NARRACIÓN DE LOS HECHOS .....	34
i) <i>La vivencia de lo sensible.....</i>	<i>34</i>
ii) <i>En búsqueda del sentido.....</i>	<i>35</i>
2. LA PARÁBOLA DEL JURISTA: INSPIRADO EN HECHOS REALES .....	38
i) <i>La historia de Sergio Lillo y el Banco de Crédito e Inversiones.....</i>	<i>39</i>
a. La trama de Sergio Lillo.....	39
b. La trama del Banco de Crédito e Inversiones.....	43
ii) <i>La historia de María Ramírez y la Ilustre Municipalidad de Pucón.....</i>	<i>46</i>
a. La trama de María Ramírez .....	46
b. La trama de la I. Municipalidad de Pucón.....	48
<b>CAPÍTULO III: LA PERSUASIÓN EN TORNO A VALORES .....</b>	<b>51</b>
1. EL PODER DE LA PALABRA QUE UNE: EL TRABAJO RETÓRICO DEL JUEZ .....	52
2. EL VALOR DE LO QUE NOS IMPORTA: EL PATHOS Y LA TÓPICA .....	55
i) <i>El objeto: La técnica de pensamiento problemático .....</i>	<i>58</i>
ii) <i>El instrumento con el que opera: El lugar común.....</i>	<i>59</i>
iii) <i>El tipo de actividad: La búsqueda y examen de las premisas .....</i>	<i>60</i>
3. LAS PREMISAS DE LOS POETAS: EL ANÁLISIS TÓPICO DE LA MOTIVACIÓN JUDICIAL.....	62

i) <i>La tónica de Sergio Lillo y el Banco de Crédito e Inversiones</i> .....	64
a. Primera Instancia .....	64
b. Segunda Instancia .....	68
ii) <i>La tónica de María Ramírez y la Ilustre Municipalidad de Pucón</i> .....	73
a. Primera Instancia .....	73
b. Segunda Instancia .....	75
c. Ministro Disidente .....	77
<b>CONCLUSIÓN: DE LO LEGÍTIMO A LO ALICIENTE</b> .....	<b>80</b>
1. LO LEGÍTIMO .....	80
2. LO ALICIENTE .....	81
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>85</b>

## **RESUMEN**

El trabajo propuesto tiene el carácter de un ensayo, para el cual se plantea como problema medular, el rol de la tónica en la motivación de las sentencias judiciales. Se busca ofrecer una descripción de esta herramienta retórica fundamental y explicar el rol que cumple en el proceso de aproximación y posterior decisión de los jueces frente al caso concreto. Finalmente se propone que este elemento, presente en toda resolución judicial, juega de forma tal, que su efecto persuasivo se manifestará más allá de las partes del conflicto, llegando sus consecuencias a la sociedad toda, como un importante espectador del trabajo de los jueces.

**Palabras claves:** Juez - Función Pública - Sentencia - Motivación - Retórica - Narración - Tónica - Persuasión

## **INTRODUCCIÓN: EL PAPEL DEL JUEZ EN EL DRAMA JUDICIAL**

“*Por la concordia las cosas mínimas crecen, por la discordia hasta las mayores se desbaratan*”. Con esta antigua máxima, el profesor Carnelutti (2012, pág. 9) hace mención al crudo drama que se erige dentro de un proceso judicial, caracterizado por la lucha entre dos o más humanos, o más precisamente, hermanos contra hermanos, tanto en el sentido espiritual como carnal de la palabra. Y no es descabellado plantear este vínculo entre drama y proceso, ya que ambas figuran como representaciones de acciones y situaciones humanas conflictivas, y que tienen la particularidad de abstraerse de su íntimo escenario y afectar corazones ajenos con vaivenes emocionales, de modo tal que durante el desarrollo de esa secuencia “*se vive la vida de los demás y se olvida la propia*” (pág. 4).

Este drama judicial tiene su génesis en el conflicto, o si se prefiere, en la discordia: aquella separación de corazones que terminan enfrentándose a pesar de convivir o relacionarse de algún modo. Aquel desacuerdo suele ocurrir en incontables situaciones y matices que caracterizan la vida en sociedad, desde malentendidos en palabras, actos o pensamientos, hasta cuestiones más complejas y sensibles, como pueden ser un homicidio, la división de una herencia, o el establecer determinados estándares de conductas para ciertos actos. En efecto, uno de los aspectos más propios de una vida en sociedad es la idea del conflicto, ya que ella nos lleva a identificarnos separadamente del otro, y a definirnos en torno a lo que somos, y en especial, a lo que queremos y a lo que evitamos. Es cierto que la vida en soledad también da pie para conocernos y diferenciarnos de lo que nos rodea, pero cuando uno se enfrenta a otro, nos podemos re-conocer, como si fuera un espejo intersubjetivo de deseos y aversiones. En ese sentido, al pasar del mero vivir al convivir, se originan pugnas entre fuerzas contrapuestas que expresan las distintas contradicciones de la vida, cual conflicto dramático: “*un mismo bien de la vida, que no puede o no quiere compartir, sirve para satisfacer el interés de otro u otros de los convivientes, y, de tal modo, varios lo quieren contemporánea y excluyentemente para sí (comida, agua, techo, etcétera) con demérito de los apetitos o aspiraciones de alguno de ellos*” (Alvarado Velloso, 2005, pág. 24).

Ahora bien, mientras hay sellos en momentos donde los corazones se separan y se desarrolla un conflicto, también hay caras que germinan espacios de concordia, donde los corazones se

purgan en unidad y dicho conflicto se disuelve (por los propios interesados tanto directa como indirectamente) o se resuelve (por un acto de autoridad legal o convencional), para mantener ese vínculo de cohesión social y hacerlo crecer entre los desacuerdos. A partir de ello, la doctrina procesal ha identificado distintos métodos de solución de conflictos que se han utilizado a lo largo de la historia, dando cuenta de la evolución de la brutal y sencilla autotutela con su uso de armas y fuerza; a métodos autocompositivos, donde el diálogo se torna como un pilar fundamental para las propias personas, ávidas de llegar a un acuerdo entre las distintas posiciones encontradas de manera pacífica. Sin embargo, esta avidez de acuerdo no suele estar presente en todos los conflictos, e incluso estando todas las condiciones para que éste se genere, puede que las personas, por las razones que sean, simplemente no quieran llegar a una disolución de la discordia, y se mantengan posturas irreconciliables ante el mismo hecho.

Así las cosas, es aquí donde emerge un llamado común a la Justicia, a un tercero imparcial que ostente el carácter de autoridad (Juez) para que, en base a una igualdad de trato por reglas ajenas a las partes (Ley), vaya más allá de un acercamiento o proposición de soluciones, y guíe un desarrollo de la trama (Proceso) que resuelva definitiva y pacíficamente el conflicto irreconciliable (Sentencia). Todo esto posibilita un desenlace necesario del drama que concluya y decida por uno de los tantos finales queridos, ya que con tal de obtener el ansiado pronunciamiento definitivo, ambos partícipes están dispuestos a correr el riesgo de obtenerlo todo o de perderlo todo: *“cuando una voz neutral proclama la necesidad de una paz justa, todos los beligerantes están de acuerdo y afirman que esta paz justa sólo será realizada cuando su adversario sea aniquilado”* (Perelman, 2017, pág. 42). Lo que caracteriza a este particular llamado a la Justicia, y que lo diferencia de los demás métodos, es su respuesta por medio del Proceso, que en su razón teleológica se levanta como un escenario donde se desarrolla progresivamente esta pugna, y que concluye con una decisión ajustada a derecho, que tenga tal poder de autoridad que permita volver a vincular los corazones de los personajes (y cómo se verá, también del público), y evitar que se produzcan venganzas posteriores.

Para lograr este nuevo vínculo, el Proceso respecto de los personajes tiene una función protectora, ya que los ampara por igual de los abusos, de la prepotencia y de la saña que merodea la sensibilidad del conflicto, y le garantiza que dicho conflicto tenga una solución,

aun con el riesgo de que, al término, esa solución no coincida necesariamente con la que busca: *“Si el individuo no tuviera la seguridad de que existe en el orden del derecho un instrumento idóneo para darle la razón cuando la tiene y hacerle justicia cuando le falta, su fe en el derecho habría desaparecido”* (Couture Etcheverry, 1958, pág. 146). En consecuencia, al nivel de los contendientes se requieren bases comunes de Justicia, que los posicione en igualdad de trato ante la autoridad judicial y les proporcione las mismas condiciones de explayarse y defenderse, protegidos por una institucionalidad que los reconoce y que les permite actuar en pos de sus pretensiones. Este acceso a la Justicia y a su defensa privada hace la presentación de los personajes y de las tensiones que deben ser atendidas, marcando apenas la línea de salida de una posible solución o desenredo, o si se prefiere en términos kafkianos, recién se vislumbra la posibilidad de estar ante las puertas de la Ley, con miras a entrar y realizarse el interés que genuinamente se preconiza.

En un plano paralelo, el Proceso también cumple una función pública, ya que apunta precisamente al público, que aprecia y se involucra en la obra a tal punto de que termina completándola, dando en la recepción una proyección social de las expectativas y valores que se reafirman en una comunidad. Es por ello que estando fuera del escenario se vive la vida de los demás, ya que en la vorágine de ciertos intereses y pasiones que se pueden generar en el interior de un caso, pueden agitar otros corazones que exigen su propia Justicia sobre dicha causa, generando una presión comunitaria comprometida con ese drama: *“entonces se produce una especie de evasión de la propia vida en virtud de la cual el espectador se identifica con los actores y hasta, con uno sólo de ellos, ya que cada cual termina por adoptar su héroe”* (Carnelutti, 2012, pág. 4). El Proceso, como un instrumento de creación vivificante del Derecho, constituye ese mínimo moralizante por la cual crece la concordia entre una comunidad; y la función pública que conlleva su realización, por medio de la actuación institucional de los jueces, tiene en su juzgar el peso de corresponder a la investidura social por la cual se legitima; y por lo tanto, una decisión concluyente de una controversia donde estén en juego ciertos valores reconocidos como merecedores de tutela, resuena en otras dimensiones públicas que tienen su respuesta tanto en el afianzamiento de la paz social y la confianza en sus instituciones, como en la realización, estabilización y efectiva vigencia del Derecho en su propia comunidad jurídica.

En el escenario del Estado de Derecho, ocurren decisiones jurisdiccionales que causan expectación al público, y pueden tanto re-crear nuevos espacios sociales donde concuerda la confianza en las instituciones que logran llegar a la justicia en sus causas, o terminan agrietando una superficie sensible que alimenta el fuego de la desobediencia civil, ya que la injusticia es fuente de la discordia, y ante un sistema jurídico que deja de estar en contacto con la realidad social, la respuesta desatada vuelve a su modo más simple e implacable de solución de conflicto, al espacio de las trincheras asoladoras. Es por ello que las actuaciones y decisiones de los jueces no son indiferentes ante la opinión pública, ni tampoco de manera viceversa, sino que conllevan una responsabilidad de concordancia entre los juicios de valor que se pronuncian, y los consensos preponderantes de los foros que se ven indirectamente involucrados, logrando una adecuada percepción de la dinámica realidad social, y acercando a la Justicia al terreno de lo sensible, que sea palpable tanto para los actores como para el espectador. Teniendo en cuenta ello, el profesor Harasic (1992, pág. 495) menciona que “*el verdadero sentido de la jurisdicción consiste en la convicción*”, y esta convicción opera no sólo en el nivel subjetivo del juzgador, sino que va más allá e involucra la responsabilidad que se tiene frente a la sociedad, ya que como parte de ella el juez transparenta sus decisiones y el modo en que las adopta, en pos de obtener la debida y necesaria legitimidad de su actuar y convencer a los integrantes de la sociedad de que su manera de decir el derecho satisface y calma los anhelos de decisiones más justas.

Sumado a ello, la socialización de la sentencia también repercute de manera particular en las miradas del público especializado en dramas judiciales, tanto en el espacio profesional como en el ámbito académico, por lo que suele llamar especial atención de los letrados las decisiones que suelen salirse de un molde estático y que abren espacios de discusión y reflexión en torno a nuestras tradiciones jurídicas. En efecto, a medida que cambian los tiempos y la cultura, van cambiando la perspectiva de los jueces frente a las posibles soluciones de un conflicto, y la comunidad jurídica reflexiona y actúa en torno a estos cambios paradigmáticos, generando espacios de enriquecimiento para los saberes y habilidades en torno a la resolución de conflictos. Para ello, se necesita una jurisprudencia robusta y perspicaz, capaz de percatarse de las distintas problemáticas vinculadas a un conflicto en un tiempo determinado, y pronunciarse con la asertividad y la sapiencia adecuada para la solución a un problema concreto, que permita visualizar la justicia de la opción elegida y que serene las

reflexiones y quehaceres de los espacios jurídicos, ya que en términos de Perelman (pág. 63): *“en todo régimen democrático la ley sigue, aunque con cierto retraso, la evolución que sufre la concepción de justicia en el espíritu de la mayoría de los ciudadanos”*. Producto de este retraso, se pueden generar desajustes entre una decisión legalmente correcta, y una decisión justa, y es aquí donde actúan con especial cuidado las nociones y voluntades que tienen los jueces, los valores que están en pugna, las tensiones de identidad con las leyes, y las implicancias de decidir y proseguir por un camino u otro. Ante dicha neblina que reduce la visibilidad de un desenlace acrisolado, la mirada vigilante de la comunidad jurídica juega su rol reseñando la obra, comentando las señas distintivas de lo que se considera importante para el caso y así facilitar su reconocimiento, resaltando las cualidades y carencias de los discursos judiciales, y proyectando valores que influyan en las sucesivas prácticas, para así disminuir al mínimo los inconvenientes del retraso de la ley y calmar las inquietudes de claridad y coherencia en la realización del Derecho.

Como se ve, el Proceso judicial conlleva una ardua y compleja tarea para sus artífices, ya que por un lado particular hay un contenido bélico que se entrega y se subordina al amparo de un juez o tribunal, que está compelido por la confianza entregada y que tiene en sus razones la labor de administrar justicia, de manera imparcial, protectora, y a la vez inmersa en las consecuencias de sus opciones, porque sin ganador no hay contienda resuelta. La diferencia con la autotutela es que ahora ya no tiene la razón quien vence, sino que precisamente vence quien tiene la razón, y en ese sentido Carnelutti (pág. 8) señala que *“si el proceso se asemeja por su estructura al juego, en la función hace las veces de la guerra [...] se acude al juez para no tener que acudir a las armas”*. En su faz pública, dicho Proceso tiene un fin comunitario, que vaya acorde con la realidad social en la que opera y que aporte en fortalecer y gratificar los valores importantes que reafirman el interés por dichos vínculos comunes, tanto en el público general como en el público especializado, ya que *“el interés del público, que constituye una especie de halo en torno al proceso, es el signo infalible del drama que en él se ventila, así como de su valor para la sociedad y para la civilización”* (pág. 7). Ni el Derecho, ni la Justicia, ni siquiera el Proceso funciona de manera mecánica, ya que tanto en el origen como en el fin de sus reglas y procedimientos hay un desarrollo orgánico de las personas que se involucran y de los destinos que terminan afectados, vivificando las emociones propias y ajenas, moralizando nociones que identifican a pluralidades más o menos preponderantes y

remediando corazones que buscan un alivio a su pesar. Es por ello que la voz juzgadora del artífice tiene tanta importancia, y para que repercuta en todos estos frentes se requiere una melodía armoniosa y convocante.

Teniendo en cuenta esta aproximación dramática, la idea del Proceso termina erigiéndose como un medio pacífico de debate en que los antagonistas dialogan entre sí para lograr el pronunciamiento de una autoridad que resuelva un litigio. Con esta noción de base, el profesor Alvarado (págs. 47 - 50) señala que el Proceso puede presentarse como un modelo discursivo que se compone de una serie de actos concatenados lógicamente, y que más allá del supuesto justiciable determinado, sigue una secuencia de afirmación (introduciendo una pretensión respecto de un conflicto en la realidad social y del pedido de solución o sanción); negación (se presenta una resistencia a la pretensión y se constituye una controversia); confirmación (las partes allegan al juez los medios convincentes de la bondad de las respectivas versiones); y alegación (cada parte hace una evaluación del aludido material, encuadrando los hechos acreditados en la norma jurídica que rige el caso sometido a juzgamiento); para concluir satisfactoriamente en una declaración por medio de la sentencia judicial, que aquiete las pasiones enardecidas de los litigantes impenitentes y robustezca la paz social en los términos antes mencionados.

Ahora, más allá de la labor de procesar que tiene que cargar el juez durante esta serie de actos en virtud de los cuales dirige una nave por las turbulentas aguas de los procedimientos, cabe tener en cuenta las decisiones y las razones en la labor de sentenciar, es decir, cuando pronuncia una opinión firme y definitiva sobre los puertos elegidos por dicho artífice para resolver el asunto objeto del proceso, bajo tormentas de juicios lógicos, históricos y críticos que se entrecruzan entre sí en las distintas etapas de la resolución judicial, y que en conjunto integran la entidad compleja del razonamiento judicial (Harasic Yaksic, pág. 498). Este especial razonamiento necesita, entonces, de una provechosa brújula que no tiente el timón hacia el abismo del autoritarismo, que indique los puntos cardinales que hay que tener en cuenta para el cauce de las razones, y que esté necesariamente investida de valiosa convicción, entendida tanto como una herramienta por la cual el juez transparenta sus decisiones y el modo en que las adopta, como también un método de control social que abstrae la justicia

subjetiva que se tiene de un caso concreto, para que dicha justicia se pueda ver y confiar tanto por las partes como en otras capas sociales.

Esta convicción se sustenta sobre la base del principio de Socialización de la Sentencia, en virtud del cual todo individuo puede llegar a comprender el motivo por el cual el juez falla de una determinada manera (Maturana Miquel, 2015, págs. 31 - 46), de tal forma que las razones que exteriorice el juez resuenen en terceros y reconozcan la legitimidad del fallo determinado, pasando por un control de justicia social que actúa en diversos niveles: por medio de la publicidad del debate y de la resolución del conflicto, que se basa en la concepción democrática del ejercicio del poder; a través del régimen de recursos como medio de impugnación dentro del proceso, que se basa en la idea de falibilidad humana del juez y en la pretensión de las partes de no aceptar que la resolución les cause perjuicio; y principalmente con el control de la motivación de las sentencias judiciales, la cual indaga de manera más acuciosa sobre los caminos escogidos por el artífice, permitiendo tanto identificar como juzgar ciertos patrones discursivos que inciden en la manera de resolver un conflicto, y reconociendo a contraluz aquellas virtudes resonantes que seducen a los foros por los cuales responde el juez, y que influyen con fuerza en la elección y persuasión valórica de ciertos caminos por sobre otros.

Para indagar sobre estos temas, este ensayo se avocará en primer término al desarrollo histórico y doctrinario de la motivación de las sentencias judiciales, para dar debida cuenta de sus elementos, su tratamiento en nuestra legislación y su exigencia para el ejercicio de la judicatura; luego examinará el rol de la motivación más allá de las razones y reglas de fundamentación, introduciendo la retórica presente en la narración de los hechos, para comprender los estímulos que genera una motivación con buena trama, presentando historias basadas en casos reales; y por último, ahondará en la importancia de la tradición retórica para poder pensar y persuadir en torno a lo que se considera importante para la comunidad pertinente, desarrollando la idea de tópica y pensamiento tópico; para así poder ver en aquellas historias la motivación real y persuasiva de los jueces, desde los valores y lugares comunes que pregonan la noción de comunidad que los identifica y que les impulsa a resolver.

## **CAPÍTULO I: LA MOTIVACIÓN Y LAS BUENAS RAZONES**

*“Toda sentencia civil o criminal debe ser motivada”* (Hanisch Espíndola, 2010, pág. 140). Esta cita del artículo 219 del lejano reglamento Constitucional de 1822 es la primera referencia histórica que se tiene sobre la motivación de las sentencias en la incipiente república chilena independiente. Y si bien la vigencia de este reglamento tuvo la misma fugacidad que el cargo de Director Supremo de Bernardo O’Higgins, su sola mención da cuenta de una realidad jurídica, política y social que reconoce no sólo una figura de motivación judicial, sino que también la imbuye de sacralidad al establecer un deber institucional de motivar, que no escapa de ninguna realidad civil o criminal y que demarca el campo de acción de los artífices judiciales, estableciéndose como un mecanismo de control de las resoluciones de conflictos.

Aquella breve locución parece simple a primera vista, pero lleva consigo la complejidad de la historia de una figura que no siempre fue vista como un deber, como también la carga teórica de distintas tradiciones epistémicas que trataron diferentes maneras de entender que cierta decisión sea motivada. Por lo que, al tratar el rol que tiene la motivación de las sentencias judiciales en nuestro sistema jurídico, es menester prevenir que esta institución no ha tenido un tratamiento perenne en nuestra cultura social y jurídica, y con el paso del tiempo su inclusión en el papel de la judicatura, su obligatoriedad y publicidad han pasado por varios estadios relacionados a la modernización del derecho y la política, ligadas principalmente a la tradición europea continental.

Adicionalmente, dicho desarrollo histórico implicó que proliferaran diversas formas de entender la motivación, lo que propició dispares alcances sobre su uso, ya que por un lado desde su expresión lingüística hubieron teorías que identificaban la motivación con los motivos del juez o su “iter mental”, mientras que para otras posturas la motivación implicaría una decisión que no se identifica con los motivos, sino con una justificación, es decir, con ofrecer adecuadas razones de la decisión. Por ello, decidir por uno, por otro, e incluso por ambas acepciones a distintos niveles tiene consecuencias importantes para situar el fenómeno de la motivación, ya que no solamente implica su estudio teórico en el ámbito procesal, sino que cada opción también lleva consigo una respuesta histórica-institucional de su tratamiento,

de su ligamen con la teoría del derecho y de las relaciones que subsisten entre la actividad del juez y el control social que se da en su exigencia.

## **1. El control de la razón que vence: situando la obligación de motivar**

### **i) Del súbdito al ciudadano**

La sentencia judicial, en términos del Proceso antes mencionado, tiene vital importancia al dirimir conflictos dramáticos que se desarrollan entre partes contrapuestas, que resuenan tanto en las paredes críticas de la comunidad académica como en los ánimos detonantes de la ciudadanía; y es tanto sutil como inestable el límite que separa estos ámbitos de la quietud y la inquietud, ya que lo que está en juego precisamente impulsa corazones y emociones, y el camino escogido que lleva a la resolución puede ser tanto o más importante que la resolución misma, porque dicho fallo tiene valor consecencial y deriva de otras decisiones tomadas que desembocan en esta solución final. Por eso, mirar el camino conlleva visibilizar una meta definida y querida, que suele relacionarse con la dichosa Justicia y que en este juego tiene tantas aristas como lo requiera el artífice que la recorre.

Los caminos judiciales no siempre fueron los mismos, durante la historia se han tomado vías que no necesariamente van a una meta accesible o incluso inteligible para el resto, y la cuenta pública de motivación que se presupone en nuestras actuales democracias constitucionales no fue ni pública ni cuenta para los jueces de la antigüedad, ya que la misma función judicial fue variando de la mano con la mutación del poder político y de la creciente participación ciudadana. En este espacio, el ilustrativo relato de la profesora Accatino (2003; 2005) da cuenta de cómo hemos pasado desde los caminos inexorables de las ordalías y del poder monárquico, hasta los senderos legalistas que proclaman la justicia contractual y ciudadana, que aportaron a la construcción del ya mencionado deber de motivar.

Lo que nos señala la profesora Accatino, es que a partir del siglo XII los escenarios jurídicos europeos empiezan a discutirse el rol que tenía el juez respecto de los demás intervinientes y de su propia función, ya que en el antiguo sistema del paganismo germánico, y posteriormente en el escenario cristiano de la alta edad media, el juez se limitaba a dar testimonio respecto de la acción decisoria de las partes y del peculiar ejercicio probatorio, por medio de una

revelación divina que correspondía a la unívoca y justa solución del conflicto. Aquel experimento probatorio da muestras de ciertas reglas de un juego incontrovertible, donde la parte culpable es derrotada por sus propios méritos, ante la mirada omnisciente de la divinidad y de los asistentes que comprueban la justicia de un resultado infalible. En aquel escenario, en realidad no existía una decisión judicial que resolviera el conflicto, sino que había literalmente un ministro de fe que tenía excluida la facultad de tomar una decisión deliberada sobre la veracidad de los hechos invocados o la legitimidad de las pretensiones.

Por ello, los artífices de la baja edad media comienzan a preguntarse por la necesidad jurídica de expresar en las sentencias judiciales la causa de la decisión; lo cual refleja la modernización de la idea de proceso, principalmente en la centralización y profesionalización del oficio del juez en un sistema de pruebas judiciales dirigido a conseguir una reconstitución verosímil de los hechos, y que concluya con su debida justificabilidad, que resuelva autoritativa y deliberadamente acerca de la situación normativa de individuos concretos sin aleatoriedad u otro juicio divino (2005, pág. 15).

Sin embargo, esta intención de expresar la causa de decisiones judiciales no fue suficiente para el escenario político de la época, ya que si bien se trataba de secularizar el juicio e incorporar una naciente motivación, hasta el fin del antiguo régimen se limitó dicha idea en función de un juez investido de poder monárquico. Aquella investidura afectó negativamente la necesidad jurídica de la deliberación y encuadró el papel del juez al enfoque de probidad e imparcialidad de un inmaculado juzgador, que emitía decisiones rectas, secretas y sacramentales. El juez cargaba con el papel de ser representante de su majestad, por lo que se excluía la posibilidad de rendir cuenta de sus decisiones al no existir un ente superior ante quien responder, y con la sola limitación de que dichas decisiones tenían que ser unánimes para ser consideradas verdaderas, infalibles y propios de un juicio divino, que a pesar de tener un ánimo secularizador, dejaba su estela milagrosa en la intermediación de aquellos sacerdotes de la justicia (2003, págs. 17 - 19).

Ahora, si bien esta limitación se hizo prominente en la mayoría de los estados monárquicos, ésta no excluyó totalmente la exigencia de motivación, sino que fue regulándose en la medida que los territorios iban cambiando su situación política, poniendo énfasis en su carácter instrumental para la conservación, concentración y centralización del poder estatal, y

modificándola según la conveniencia que acarrearba su publicidad como razón de Estado y como garantía de seguridad a los diversos estamentos jerárquicos (2003, pág. 22).

Con el acaecimiento del movimiento ilustrado a partir del siglo XVIII cambiaron las bases sobre la cual se erigía la motivación de decisiones judiciales, y es que con la caída de la figura del príncipe, el juez dejaba su prístino palco desde donde se mostraba como un representante del poder real, y tomaba asiento con nuevos fenómenos relacionados al contractualismo y a los derechos individuales. La función judicial en este nuevo escenario se entendía subordinada al paradigma del gobierno representativo, que plasmaba su voluntad por medio de leyes y en virtud de las cuales el juez debía estricta sujeción, por lo que su arbitrio judicial cedía ante la legalidad y la codificación del nuevo contrato social. En virtud de la pública accesibilidad de las leyes y de la separación de poderes como justificación de libertad política, el juez se subyugaba a las deducciones de una solución evidente que partía del texto literal de la norma con su orden lógico y método demostrativo; y por tanto, restringía su actuar a la aplicación mecánica de ésta, lo que hacía pertinente la exigencia de certeza y previsibilidad de sus actuaciones, en desmedro del casuismo, de la interpretación, y por consecuente, de la necesidad de motivación (2005, págs. 68 - 77). No obstante ello, en paralelo fue floreciendo una idea de publicidad que ya no sólo abarcaba a la ley, sino también al proceso mismo de decisión, desvelando el secretismo de los antiguos sistemas inquisitorios y dando incipientes pasos al terreno de las garantías de defensa del acusado y del control público de las actuaciones (2005, págs. 78 - 80).

Este progreso terminó a fin de ese siglo contrastándose con el contexto revolucionario francés, que irrumpió las anteriores nociones de motivación y dio otra vuelta de tuerca respecto de su obligatoriedad y rol público. La creciente institucionalización del principio de legalidad marcó un camino para el control de la actuación judicial en torno al mismo proceso y de manera jerarquizada con la figura de la Corte de Casación, matizada con una idea de ciudadanía que ya no sólo controlaba sus decisiones por medio de la creación de leyes, sino que también publicitaba la propia decisión, conociendo y evaluando las razones y la aplicación que hacía de las leyes al resolver (2003, págs. 30 - 32). Con esto, y ante la desconfianza de la magistratura en un espacio revolucionario que disentía con la proyección sistemática de la

anterior época codificadora, se concretaba la noción de publicidad al culminar en el control mismo del razonamiento judicial, por lo que incluía sus decisiones y sus deliberaciones.

Ante este nuevo espacio social, el juez tenía que dar debida cuenta de la forma de ejercicio de su poder, ya que ahora había una ciudadanía que tenía en su pertenencia el asunto de la justicia, por lo que tanto las partes de un proceso como el público fuera de él tenían acceso a su forma de administración, a su justificación pública e incluso podían involucrarse en el espacio argumentativo; ya que para los primeros había una garantía de resolución judicial imparcial y sin arbitrariedad que los acercaba a una resolución en términos de razones vencedoras, y respecto del resto se concretaba una instancia de vigilancia cívica a una práctica que de a poco se iba integrando a un espacio argumentativo de razones valoradas (2005, pág. 86).

Este enfoque moderno de la motivación pública tuvo también un estímulo adicional con la práctica de respeto a los precedentes judiciales, que a pesar de provenir de la tradición anglosajona, aportó en la tutela de la autonomía individual al expresar un compromiso con las razones generales que fundaban una decisión particular, cumpliendo con su función instrumental a la justicia formal y a la certeza del derecho (2005, pág. 132). Todo esto terminó por institucionalizar la motivación como un deber judicial y como condición de validez de la sentencia en la generalidad de los ordenamientos jurídicos europeos continentales.

## **ii) Consagración chilena**

Si bien en el espacio europeo continental se erigían nuevos lenguajes de derechos, las prominentes respuestas que la revolución francesa le otorgaba al hombre nuevo no tuvieron la misma recepción disruptiva e inmediata en el prólogo del republicanismo chileno, ya que si bien había un ánimo orgulloso y libertario de una identidad despechada de la madre patria, ello corrió con cierto destiempo en lo referido a las instituciones jurídicas, a las leyes vigentes y a la función judicial. Como señala Hugo Hanisch (2010), la etapa previa a la consolidación de códigos que dieran vigor a nuevas estructuras civiles y criminales se caracterizó como un período de falta de legislación válidamente aplicable, ya que si bien el reglamento constitucional provisorio de 1818 desligaba la influencia y la propiedad exclusiva de las normas monárquicas españolas en el territorio chileno, éstas últimas eran las únicas normas

conocidas previamente por los tribunales; y ante situaciones que no tenían una apropiada regulación, los jueces y magistrados tenían que juzgar “*todas las causas por las leyes, cédulas y pragmáticas que hasta aquí han regido, a excepción de las que pugnan con el actual sistema liberal de gobierno*” (pág. 133). Por ende, la época que caracterizó a los distintos ensayos constitucionales chilenos dejó incólume la continuidad de la mantención del orden jurídico existente, sobre la base de la legislación civil española de la época de la colonia.

La inédita y reveladora alusión al deber de motivar todas las sentencias civiles y penales de aquel reglamento Constitucional de 1822 fue la expresión más directa y fugaz de la motivación en la historia constitucional chilena, ya que con la derogación de este reglamento y la mencionada continuidad de las remisiones al orden jurídico español, se le dio el respaldo institucional a aquellas normas monárquicas que seguían imperando en la península ibérica; que dio como resultado un retroceso a los ideales revolucionarios de una motivación judicial necesaria y cívicamente vigilada. En ese sentido, la norma de aplicación general que se destacaba en este campo era la Real Cédula de 23 de junio de 1778, y como se prevé tanto de su año de dictación como del régimen político que imperaba, dicha reglamentación hizo cesar el uso general de motivación de las sentencias judiciales, en atención al propósito unificador de la redacción de las sentencias en lengua castellana y a los perjuicios que resultaban de la práctica para las audiencias hispánicas, “*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 costas que a las partes siguen*” (pág. 139). En consecuencia, y a pesar de los designios proclamados de una joven nación aparentemente independiente, en lo que refiere a las sentencias judiciales se mantuvo el dictamen de una redacción simple e infundada, sin exponer motivos de hecho o de derecho que llegaran a justificar las decisiones y apagando las luces motivadoras hasta nuevo aviso.

Como se señaló, el resplandor de un nuevo lenguaje político y jurídico tras la revolución francesa tuvo una recepción tenue y progresiva en el escenario chileno, y a pesar del manto monárquico que sumía en las sombras irreflexivas a la práctica judicial, hubieron voces que apelaban el clamor de aquella luz inevitable y que se alzaron para evitar el actuar escueto, arbitrario e incluso abusivo de los jueces, en pos de decisiones razonables y responsables. La figura más destacada de este devenir fue Andrés Bello, que tuvo en su brillante pensamiento y

aguda escritura una respuesta ante la incógnita de la sentencia; y que en su provechosa dicción pudo resumir el espíritu ilustrado de una nueva sociedad que entendía a la sentencia fundada<sup>1</sup> como la más preciosa garantía que tienen los litigantes para sujetarse a las decisiones judiciales (pág. 141). Para Bello, la importancia de la fundamentación radica en el cambio que se da sobre el fundamento de la autoridad del juez y las bases generales de su legitimación política, entendiendo que bajo el imperio de la ley la autoridad judicial era responsable de sus decisiones y de cómo debía justificar su sentido, lo que era muestra de la nueva forma de gobierno representativo de la voluntad del pueblo y de corte democrático (pág. 143).

Los planteamientos ilustrados de Andrés Bello dieron un contenido más acabado sobre la naturaleza de la fundamentación<sup>2</sup> y sobre la relación que el juez tiene tanto con las partes como con el público<sup>3</sup>, que terminaron por colmar el espíritu de una nación independiente que necesitaba de una justicia más explicada y razonable; con jueces que ya no representaban el poder inexorable y blindado de la monarquía, sino que, en virtud de la ley, se les exigía estar realmente involucrados con las consecuencias de sus decisiones, porque el que habla en las sentencias ya no es el poder sino la razón, y no la razón de un mero individuo sino la razón de la ley, tal como lo señalaba la mención de José Bernardo Lira citada por Hanisch (pág. 142): *“El razonamiento de las sentencias pone en claro la ilustración o la ignorancia del juez, hace más fácil y expedita su responsabilidad, lo obliga a estudiar con más esmero el litigio, y es finalmente una garantía poderosa de la rectitud y el acierto de los fallos”*.

Todas estas vertientes de pensamiento desembocaron de manera sucinta en el Decreto Ley del 2 de febrero de 1837, que en su artículo 16 estipulaba que *“Toda sentencia se fundará breve y sencillamente. El fundamento se reducirá sólo a establecer la cuestión de derecho o de hecho*

---

<sup>1</sup> Si bien en esta sección se hace un uso indiferenciado y análogo entre las expresiones “motivación o motivada” y “fundamentación o fundada”, hay que hacer mención en su diferencia conceptual y funcional, que tendrá mayor cabida en la sección siguiente al tratar el concepto y uso de la palabra “motivación”.

<sup>2</sup> En Hanisch (pág. 141), Andrés Bello señalaba que: *“La naturaleza misma del hombre exige que se observe la práctica de que nos ocupamos. El hombre por su naturaleza racional debe dirigir todas sus acciones por las reglas de la sana razón; y por su naturaleza social, debe dar a los demás de la sociedad un testimonio del arreglo de la razón que dirige esas mismas acciones [...] 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 en autos y cual lo exige la aplicación o decisiones legales”*.

<sup>3</sup> También en Hanisch (págs. 140 - 141), mencionaba Bello que respecto a la sentencia y su publicidad: *“A la verdad, si la sentencia no es otra cosa que la decisión de una contienda sostenida con razones por una y por 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 de reservado y con toda la diligencia ha de procurar alejarse de cuanto parezca misterioso.”*

*sobre que recae la sentencia, y a hacer referencia de las leyes que les sean aplicables, sin comentarios ni otras explicaciones*". En consecuencia, el fundamento de las sentencias estaba reconocido, pero limitado a ciertos elementos específicos, los cuales eran la cuestión de hecho o derecho y las leyes que le son aplicables (recordar la vigencia de la legislación española en lo no regulado y los incipientes instrumentos republicanos que iban completando el cuerpo normativo), sin espacio para la interpretación o comentario; de modo tal que el fallo se destaque por su simpleza y claridad.

Es menester mencionar que el cumplimiento de este decreto no estuvo exento de interrogantes, y tuvo un proceso previo de consulta<sup>4</sup> por parte de la Corte Suprema al Ministro de Interior, que terminó abordando al Fiscal del Alto Tribunal del gobierno de la época. La consulta de los magistrados se enfocaba principalmente en los textos que tenían que aplicar y las razones que podían esgrimir para indicar el apoyo del fundamento de los fallos; ya que su mayor preocupación se daba en situaciones donde exista un vacío de ley, o donde habían lagunas jurídicas que incidían cuando hay ausencia de ley, o cuando se trata de proceder a la interpretación de la ley. Todo esto se generaba en el contexto en que el sistema legislativo aplicable no era un código sistemático, sino una recopilación de leyes de épocas muy diversas, sin estructura general ni unitaria, y que ante una limitación evidente de criterios interpretativos hacía muy difícil saber cuál norma sería aplicable a un caso particular.

Ante este escenario, la respuesta gubernamental se caracterizó por dar el apoyo y respaldo a las disposiciones españolas transitoriamente adoptadas, con las cuales sería imposible extraviarse al buscar los fundamentos de un fallo; y que en virtud de lo señalado en el decreto, no debería entrar en conflicto al limitar las explicaciones y comentarios. Esta respuesta se complementa con un tratamiento ecléctico ante un caso particular sin aplicación directa de ley, ya que en esta situación se debían aplicar las máximas eternas del derecho natural, los principios generales de la jurisprudencia, las leyes análogas, las decisiones de los tribunales y las opiniones de los jurisconsultos que esclarecían aquellos principios; para que así pueda

---

<sup>4</sup> La consulta de la Corte Suprema trató doce interrogantes, cuya mayoría se trataba de materias civiles y de aplicación general, dejando un par de ellas a asuntos exclusivamente penales. El autor (pág. 144) señala que dicha consulta contiene factores doctrinarios de gran importancia, como también otros elementos que ayudarán a la construcción codificadora posterior: la distinción entre sentencias definitivas e interlocutorias con fuerza de definitivas, o interlocutorias que causen un gravamen irreparable, y la distinción entre sentencias de tribunales unipersonales y colegiados.

descubrirse el espíritu de la legislación aplicable y demuestren la extensión que puede dárseles a falta de otra disposición particular (pág. 147). Para concluir esta teoría doctrinaria del derecho, se menciona la importancia de la prudencia del juez para establecer el alcance en la aplicación de la ley a los casos particulares cuando la solución no aparece literalmente de sus palabras, y así complementar su entendimiento. Todo esto marcaría una línea a seguir de índole general para los jueces en los siguientes años, que evitaría la excusa que se puede alegar de no existir leyes que solucionen el problema que se presenta a su consideración (ello porque cualquier fundamento ajustado a derecho, no obstante no existir ley en que se apoye, puede servir de base a la sentencia, siempre que constituya un razonamiento jurídico que se sustente en las opciones mencionadas y que no sea ajena a su ejercicio como autoridad constitucional); y que en su actuar se limitarían a incorporar el texto de la ley a la sentencia, sin impulsar ningún desarrollo o valor jurídico a sus fallos, sino sólo limitarlos a su valor resolutivo judicial (pág. 146).

Finalmente, el último eslabón para llegar a la actual normativa vigente se dio el 12 de septiembre de 1851, en tiempos donde los jueces fallaban con una fundamentación mínima y concisa de hechos y leyes, con recurrente uso de las normas hispánicas y diferentes disposiciones inorgánicas, y con una ausencia estricta a otros elementos externos como aclaraciones o glosas; lo que terminó por aislar al juez de la preocupación de alcanzar un estudio profundo de los problemas o avocarse en los principios de interpretación de las leyes. Producto de estas prácticas y de la patente preocupación de Andrés Bello ante las opiniones de diferentes autores franceses sobre los graves abusos que pueden cometerse en la dictación de las sentencias<sup>5</sup>, se erigió esta ley que pretendía mejorar el sistema de fundamentación de las sentencias. En su artículo primero decretaba que *“Los jueces o tribunales, al tiempo de fallar, fijarán y resolverán separadamente las cuestiones de hecho y de derecho que la cuestión o pleito sometido a su decisión presentare. Las cuestiones que sin tocar el fondo del asunto principal requieran por su naturaleza resolución previa, serán resueltas previamente. Las cuestiones de hecho se resolverán antes que las de derecho. Si hubiere varias cuestiones de*

---

<sup>5</sup> Bello, apoyado en comentarios sobre los problemas de la redacción del Código de Enjuiciamiento Civil de Francia, señalaba que: *“Estriba este abuso en someter a la deliberación de los jueces una cuestión compleja, que abraza las cuestiones de hecho y de derecho que se han suscitado en el juicio, en vez de hacerles deliberar distinta y separadamente sobre cada una de ellas. Este modo de votar más expedito y breve, puede producir una falsa mayoría y hacer que la sentencia se pronuncie a minoridad de votos, sin que los jueces lo echen de ver”* (pág. 156).

*hecho o de derecho, cada una de ellas será resuelta por separado. El orden de discusión se hará por votación”* (pág. 156). Como se ve, la sentencia judicial a partir de esta ley tenía que seguir un orden determinado y un estudio separado de cada elemento relevante, lo que correspondía más armónicamente con la complejidad de los casos, con los antecedentes dudosos y con las opiniones disidentes.

Desde esta ley hasta comienzos del siglo XX, y considerando las dificultades de encuadres que tuvieron artífices y públicos para la aplicación de las incipientes codificaciones, que desplazaban de manera progresiva pero definitiva aquellas vetustas normas hispánicas (como las Partidas y la Novísima Recopilación), se avanzó en la publicación de las prácticas y fundamentos con la importante inclusión de la Gaceta Jurídica. Aquella obra constituyó un espacio de proliferación de doctrinas y razones para fallar en asuntos contenciosos, con el fin de uniformar la interpretación y la forma de aplicar el uso corriente de las leyes. En definitiva, se abrió un lugar público a la motivación de las sentencias más allá de la simple mención legal, que consideraba tanto las costumbres interpretativas como también la forma en que los tribunales ajustaban su aplicación en los casos sometidos a su decisión; lo que ha sido de gran valor en la práctica de los litigios y especialmente en situaciones de disidencias, excepciones o cambios de criterios (pág. 173). Estas experiencias sumadas a los principios de la ley antes mencionada, sirvieron de base para la construcción definitiva del sistema procesal chileno con el Código de Procedimiento Civil de 1902 y el Código de Procedimiento Penal de 1907.

## **2. Justifique su respuesta: el espacio argumentativo de la motivación**

Teniendo en cuenta estas ideas y su evolución como precedentes históricos del requerimiento de motivación de las sentencias judiciales, nuestra actual legislación ha reconocido la necesidad y la exigencia de su figura, principalmente en el nivel legal. En materia civil<sup>6</sup>, la motivación de las decisiones judiciales aparece como una exigencia respecto al contenido de

---

<sup>6</sup> En materia penal se consagra más expresamente el principio general de fundamentación a partir de la dictación del Nuevo Código Procesal Penal en el año 2005, ya que por ejemplo en su artículo 36 se establece como obligatorio para el tribunal *fundamentar las resoluciones que dictare, con excepción de aquellas que se pronunciaren sobre cuestiones de mero trámite, y que la fundamentación expresará sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basaren las decisiones tomadas*. Ahora, si bien hay un desarrollo interesante desde esta moderna codificación penal, su estudio temático excede lo tratado en este ensayo, por lo que en lo sucesivo, se dará preferencia al estudio bajo la óptica civil, considerándola a su vez como aplicación general para otras materias no penales.

las sentencias definitivas, es decir, aquellas resoluciones judiciales que ponen fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio. Éstas deben contener necesariamente una parte considerativa; que partiendo de una presentación expositiva de las partes litigantes y de las secuencia de aceptación, negación, confirmación y alegación que desarrolla el proceso; distingue una etapa de reflexión con atención y detenimiento de los hechos y el derecho para formar la opinión sobre el caso; para así desembocar en una decisión resolutive que juzgue el asunto controvertido. El artículo 170 del Código de Procedimiento Civil contempla esta fase considerativa en sus numerales 4° y 5°, los cuales mencionan que una sentencia definitiva debe contener *las consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia; y la enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo*. La omisión de cualquiera de estos requisitos en el pronunciamiento de la sentencia conlleva una causal para que opere el recurso de casación en la forma, 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.

No obstante, y a pesar del desarrollo histórico que se tuvo tanto en la Europa continental como en la versión chilena, la noción de “deber de motivar” tuvo un tratamiento indirecto en la actual legislación, tanto porque se restringió su uso a un plano meramente legal<sup>7</sup>, como también por entenderse integrado en estos numerales del artículo 170, lo que extraña una mención directa a su exigencia o su alcance, como lo tuvo en los mencionados instrumentos de 1822, 1837 y 1851. Sumado a ello, la victoria de un nuevo lenguaje de derechos al alcance de un hombre nuevo que se alza bajo las cenizas del régimen monárquico, instaura como una institución prominente de las nuevas repúblicas aquella obligación de motivar las sentencias judiciales, que establece nuevas responsabilidades para los magistrados, y que en su publicidad se construye la garantía de legitimación privada y pública de la actuación judicial; lo que permite vislumbrar y evaluar aquellos caminos escogidos para resolver conflictos

---

<sup>7</sup> No obstante, los autores Juan Guzmán Tapia (1996, págs. 93 - 94) y José Luis Cea (1988, pág. 309) 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 República. 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. Asimismo, el artículo 8° inciso 2° de la Constitución apoyaría este imperativo, ya 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.

sometidos a su decisión. Esta última ganada fertilizó un campo intelectual para el tratamiento teórico de la motivación, ya que si bien se exigía en las nuevas repúblicas, no tenía un consenso general sobre lo que implicaba motivar, o cuándo una decisión se debería entender como suficientemente motivada.

A grandes rasgos, la doctrina procesal (Ferrer Beltrán, 2011, pág. 88; Accatino Scagliotti, 2005, pág. 147) muestra dos aspectos que se han considerado sobre dicho concepto, no tan lejanos como para excluirse y tampoco tan cercanos como para confundirse: Por un lado se señala la concepción psicologista que identifica a la motivación con la expresión lingüística de los motivos que han llevado a una decisión, es decir, motivar una sentencia consistiría en reproducir fiel, aunque concisamente, el “iter mental” que ha llevado al juez a la decisión; y por otro la concepción justificativa o racionalista que se centra en la justificación, por lo que una decisión motivada sería una que ofrece adecuadas razones justificativas de la decisión. En el contexto chileno ha habido una suerte de vaivén entre ambas nociones que por momentos ha hecho difuso el límite para tratar y exigir dicha motivación, ya que si tenemos el marco de referencia de Andrés Bello como también aquellos puntos tratados en la consulta de la Corte Suprema de 1837, podemos entender que hay situaciones donde los jueces se enfrentan a importantes encrucijadas jurídicas y meta-jurídicas, con situaciones que exigen un tratamiento más cuidadoso de aplicación normativa ante lagunas y vacíos, y con influencias fuera la ley que dan cuenta de la inevitable falibilidad humana.

En este sensible y minado campo de elecciones, es menester entender el alcance de lo que es motivar<sup>8</sup>, de lo que está a consideración del juez cuando decide, si el juez habla desde sus motivos o desde otras razones; ya que dicho discurso no sólo implica una aplicación correcta de unas reglas que deje satisfecho al purismo normativo, sino que también incluye un halo de justicia y coherencia que busca inclinar a las partes y a un público orgánico que siente, que

---

<sup>8</sup> En ese sentido, Taruffo (2006, págs. 3 - 8) ha mencionado su preocupación por la manera en que se ha abordado dogmáticamente el tema de la motivación y por los contrastes e incertidumbres sobre la naturaleza y estructura de la decisión judicial, que desembocan en el problema central de tratar los elementos y las propiedades esenciales que definen a la motivación. Dicho problema toma fuerza al tomar una postura de indeterminación respecto del concepto, es decir, apareja a la motivación con un contenido “móvil” que varía dependiendo de la expresión de “motivos” o “razones para decidir”, que ante la irreductible pluralidad de definiciones, termina dependiendo principalmente de otros conceptos para definirse como si fuera un recipiente vacío, incurriendo peligrosamente en el terreno de la tautología, lo que para el autor: “*lejos de definir alguna cosa, reenvían al plano de las nociones intuitivas, a partir del erróneo presupuesto de que se trata, por el contrario, de conceptos determinados en el patrimonio del conocimiento común*”.

sufre y que se deleita. Por tanto, ante tales audiencias expectantes, los motivos no siempre coinciden con las razones, e incluso coincidiendo puede que ello no sea suficiente, ya que como menciona Perelman (pág. 127), el razonamiento jurídico que acontece en la motivación no se presenta como una demostración formal, sino como *“una argumentación que busca persuadir y convencer a aquellos a los que se dirige, de que tal elección o de que tal actitud es preferible a las elecciones, decisiones y actitudes concurrentes”*.

### **i) Motivación y motivos**

La concepción psicologista de la motivación judicial tuvo sus cimientos en la ilustración, que apoyada principalmente por la teoría del silogismo judicial y en la garantía de la estricta sujeción judicial a la legalidad, construyó la idea de la decisión judicial como una conclusión de una inferencia lógica; cuyas premisas eran la norma jurídica aplicable, y la afirmación previa calificación de los hechos del caso. Aquella postura terminó permeando la acepción de motivación, ya que del pasar de su indiferencia ilustrada a su institucionalización revolucionaria, fue vinculando su uso a la teoría silogística, como una expresión de razonamiento decisorio, que prescribía principalmente el método al que tenía que sujetarse el juez en el proceso de decisión (Accatino Scagliotti, 2005, págs. 90 - 93). A partir de entonces, se constituía una conexión conceptual entre motivación y motivos; y el deber del juez se centraba en reproducir fielmente dichos motivos causales de su decisión en clave de inferencia deductiva.

Con la estabilización del proyecto político-jurídico liberal y del formalismo decimonónico, la aplicación judicial del derecho fue adquiriendo un sentido progresivamente expositivo, de modo que el silogismo judicial fue entendido como la descripción de la forma de razonamiento a través del cual los jueces efectivamente llegaban a sus decisiones, que luego eran reproducidas en la motivación de sus sentencias. Aquello terminó posicionando a la teoría del silogismo judicial en un palco de referencia, tanto en el razonamiento decisorio debido y exigido de aplicación mecánica para la decisión del juez, como en la actividad concluyente de ese razonamiento, que devenía necesariamente en una única solución correcta.

Entendida así, la motivación de las sentencias se concebía como una demostración del recuento de la operación mental del juez, que partía siempre de una disposición legal, y que de

modo lineal e inevitable llegaba a una única solución lógica y posible del caso particular; aquello exhibía la legalidad de una decisión judicial que podía ser reproducida por cualquier persona, y confirmaba al derecho como único factor determinante de esa decisión; ya que al ser entendido como un sistema completo y comprensivo de respuestas preexistentes, borraba cualquier controversia interpretativa, tanto en su vertiente inicial de codificación clara y coherente, como en su posterior evolución a la metodología descubridora de la voluntad del legislador racional (págs. 95 - 97). Como consecuencia, el razonamiento jurídico bajo estas premisas se desarrolló en torno a valores primordiales de generalidad, abstracción y certeza, que predecían los resultados de las decisiones por subsunción en los conceptos generales contenidos en las reglas jurídicas relevantes, y como consecuencia desembocaban en soluciones lógicas y magistrales, de estilo esencialmente técnico; y cuyo vestigio actual sigue resonando, principalmente en patrones discursivos breves y mecánicos, como si la ley fuera autosuficiente para todos los problemas jurídicos, y relevando al juez a la tarea de ser un diáfano vehículo que evidencie la inevitable e implacable legalidad.

Ante este evidente cierre normativo que implicaba la adopción del canon formalista, y con el giro lógico que comprendía su estilo deductivo de razonamiento decisorio, tuvieron eco las posteriores críticas manifestadas por los realistas de la revuelta antiformalista, que consideraban que esta clase de motivación era una mera fachada de justificación o racionalización a posteriori, adaptada retóricamente a la concepción dominante acerca del rol judicial, que terminaba por ocultar aquellos verdaderos factores determinantes de la decisión. Sin embargo, esta crítica generalizada iba a desembocar en más problemáticas ligadas a la concepción silogística de decisión judicial, que en soluciones encaminadas a otras maneras de abordar el problema, lo que llevó a una erosión en la confianza de la motivación de las sentencias y en la encrucijada respecto de la indeterminación del derecho; por lo que parte de sus exigencias se relacionaban a la transparencia de dichos factores determinantes, que si bien apuntaban a una apertura cognitiva del sistema jurídico (considerando significados del lenguaje natural, reglas sintácticas y connotaciones pragmáticas fuera del derecho), seguían planteando la cuestión en términos de ciencia jurídica previsor, que optaba por la observación y regulación de patrones del comportamiento judicial, en pos de buscar una motivación más transparente en esos factores causales determinantes; dejando esta sospecha en el mismo punto

de inicio teórico psicologista, al seguir coincidiendo conceptualmente la motivación y el proceso psicológico de decisión (págs. 134 - 135).

## **ii) Motivación y razones**

El real punto de inflexión para la entrada al espacio argumentativo de la motivación se dio curiosamente en el ámbito de la filosofía de la ciencia, ya que a partir del planteamiento de Reichenbach, se logra distinguir entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación; que a pesar de presentarse en torno a las teorías científicas, su ilustrador empleo como herramienta conceptual permitió extender su manejo al campo de la argumentación, para finalmente explicar la naturaleza de la motivación (Atienza Rodríguez, 2005, págs. 4 - 8). En el ámbito que nos compete, estos contextos que se reflejan en la motivación judicial se transmutan en razones, que en su vertiente descubridora o explicativa se identifican con los motivos en los términos antes explicados, es decir, están constituidos por estados mentales que son antecedentes causales de ciertas acciones y su origen se centra en una combinación de creencias y deseos. Por otro lado, la faz justificatoria u objetiva no sirve para entender por qué se realizó una acción o eventualmente para predecir la ejecución de una acción, sino para valorarla, para determinar si fue buena o mala desde distintos puntos de vista (págs. 5 - 6).

En ese sentido, que un juez decida un caso sensible en base a sus móviles psicológicos o firmes creencias religiosas (visibilizándolas o no), da cuenta de un modo explicativo de motivar, que conlleva un procedimiento mediante el cual se llega a establecer una conclusión en base a ciertas premisas. Por otro lado, que el juez decida en base a una determinada interpretación de un artículo, directriz o principio jurídico, implica que ya no sólo muestra sus razones de proceder, sino que también busca justificar y valorar su postura, dando un espacio de contraste o disputa donde ya no se juega en un tablero necesariamente lógico, sino que también valórico; y que por lo tanto, puede tener una evaluación tanto en su aspecto formal (cuándo un argumento es formalmente correcto) como material<sup>9</sup> (cuándo puede considerarse un argumento, en un campo determinado, resulta aceptable).

---

<sup>9</sup> Para Atienza (pág. 6), este aspecto resulta importante para la teoría estándar de argumentación jurídica, ya que permitirían identificar cómo se justifican las decisiones jurídicamente y cómo se deberían justificar, oponiéndose tanto al determinismo metodológico (las decisiones jurídicas no necesitan justificación porque proceden de una autoridad legítima y/o son el resultado de simples aplicaciones de normas

Planteada entonces esta sutil pero radical diferencia, podemos mirar con distintos lentes la actuación del juez, ya que por un lado se puede tratar de indagar la forma en que un juez razona para llegar a una cierta decisión, o los motivos que lo han determinado a decidir de cierto modo; y por el otro se daría el espacio para preguntarse críticamente por las formas en que se establece la corrección de una decisión judicial. Asimismo, como tenemos diferentes lentes, el que uno de ellos demuestre un uso inadecuado de cierto modelo no lo hace necesariamente extensible a todo el plano de decisión, ya que como señala Accatino (2005, pág. 150) citando a Wasserstrom en su crítica a las teorías realistas, no hay una equivalencia entre el procedimiento para la obtención de las premisas y el procedimiento que utiliza los cánones de la lógica formal para evaluar la relación existente entre las premisas y la conclusión: *“los tribunales no han podido recurrir al silogismo para decidir qué premisas seleccionar; pero esto por sí solo no muestra que no hayan utilizado el silogismo como un medio para evaluar la validez de los argumentos que formularon”*. Por ello, ver a la motivación desde el panorama justificativo nos permitirá no sólo entender la complejidad que conllevan los caminos que concluyen en una decisión, sino que también permite poder evaluar de manera pública y enfocada este fenómeno, ya no tanto como un proceso psíquico, sino como un producto lingüístico, tanto la validez de la relación entre las premisas y la conclusión de la decisión, como también la valoración de las razones para las premisas seleccionadas<sup>10</sup>; lo que posibilita la coexistencia discursiva del silogismo que permite una decisión formalmente correcta, con la corrección valórica que permite una decisión materialmente buena o justa.

Entendiendo a la motivación como un discurso justificativo, se abren las puertas para recién entrar a preguntar cuándo, cómo y por qué una decisión judicial puede llegar a ser adecuada o suficientemente justificada, ya que el enfoque no iría en notar los motivos determinantes de la acción del juez, sino en las decisiones que toma sobre un determinado sentido de las razones que puedan justificar dicha acción, de tal manera que la intención es atribuir un valor a su decisión, esto es, convencer al lector que su decisión es correcta conforme a derecho. Como señala la profesora Accatino (2005, págs. 161 - 162), adoptar la noción justificativa y no la

---

generales), como al decisionismo metodológico (las decisiones jurídicas no se pueden justificar porque son puros actos de voluntad).

<sup>10</sup> Esta última distinción guarda una íntima conexión con los niveles de *justificación interna y externa* presentada por Wroblewski, cuya terminología está generalmente aceptada en la teoría de la argumentación jurídica, y cuyo uso será relevante para el planteamiento de los siguientes capítulos, especialmente el nivel *externo* de la justificación. Citado en Atienza (pág. 26) y también en Accatino (2005, pág. 237 y ss).

psicologista da una correspondencia más armónica con otros rasgos institucionales de nuestra tradición jurídica europea continental, como lo son las decisiones de tribunales colegiados y las decisiones recursivas de tribunales superiores. En el primer caso, sería a lo menos difícil seguir el itinerario mental de cada magistrado para llegar a una inevitable conclusión en caso de decisiones unánimes o adoptadas por mayoría, por lo que es más factible considerar que en estos casos el magistrado ponente debe actuar como representante del órgano colegiado que decide y que es el emisor de la motivación, que da cuenta del espacio deliberante tanto de la decisión final adoptada como de las posibles posturas disidentes. Análoga dificultad se da en las correcciones de la motivación por un tribunal supremo en caso de casación por error en derecho, ya que dicha sentencia recurrida se puede considerar válida en su parte dispositiva, pero el cambio de la parte considerativa no suele armonizarse con el original iter mental de quién suscribe, sino con la evaluación de sus razones y caminos que conforman dicho razonamiento judicial.

Dicho esto, cabe cuestionarse entonces bajo qué criterios una decisión judicial sería apropiada o suficientemente justificada, o en términos más normativos, en qué circunstancias se satisface la exigencia jurídica de motivación de una sentencia judicial. Nuestra legislación no da una respuesta ciertamente precisa, ya que en el mencionado artículo 170 del Código de Procedimiento Civil sólo se exige *consideraciones de hecho o de derecho que sirven de fundamento a la sentencia; y la enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo*. Por lo que si se contempla una correlación lógica entre las consideraciones de hecho y de derecho con la enunciación de leyes o equidad en su defecto, se podría considerar que dicha sentencia definitiva estaría motivada.

Sin embargo, con todo el trasfondo teórico que existe detrás de una decisión motivada, parece insuficiente que la sola conexión silogística de ciertos elementos pueda realmente ser objeto de una evaluación valórica en los términos antes expresados. Incluso es posible que una sentencia contenga la referencia precisa de un conjunto de normas que encaje de manera armónica con las consideraciones de hecho y derecho seleccionadas para determinado tribunal, y que aun así quede cierto mal sabor en la boca de tribunales superiores (o de algún magistrado en caso de tribunal colegiado), que sea tal que logre invalidar dicha decisión aparentemente correcta (como también puede que la revalide, dejando ese mal sabor en

paladares más abstractos pero no por ello menos importantes, como pueden ser las comunidades jurídicas o incluso la sociedad en su conjunto). Por lo que en lo sucesivo se torna relevante preguntar: ¿Qué justificaciones permiten convencer y aquietar las inquietudes evaluativas de una decisión que busca ser motivada conforme a derecho? ¿Cuándo se dan esas buenas razones que logren llegar a una catarsis persuasiva y moralizante que pueda resolver satisfactoriamente dicho conflicto con corrección y justicia? ¿Qué es lo que debe importar para que se dé una respuesta adecuada a estas preguntas?

## **CAPÍTULO II: LO MOTIVANTE DE LO NARRADO**

Pensar en la motivación de las sentencias judiciales como una justificación en torno a razones, nos otorga valiosas herramientas para guiar y alcanzar una posible respuesta a alguna de las interrogantes planteadas al final del capítulo anterior. En definitiva, plantear esta motivación como un producto lingüístico que se puede evaluar y valorar ayuda a desentrañar aquellas incógnitas sobre las cuales decide y resuelve un juez, centrándonos precisamente en el producto decidido y no en el camino mental del emisor al decidir.

Sin embargo, plantear esta motivación como una justificación en torno a razones pareciera incluir sólo el umbral de justificaciones, dejando fuera todo lo que no se considere como tal; como si un árbol se contemplara sólo mirando hacia arriba, desde el crecimiento de su tronco y ramificaciones, sin dar cuenta de que dicho crecimiento depende de factores tan cotidianos e invisibles como el alcance de sus raíces o la humedad del suelo. En ese sentido, hasta ahora hemos explorado la parte visible del árbol, la visualización de razones por las que una decisión judicial podría considerarse motivada, con las cuales se cumplirían las exigencias legales de los numerales 4° y 5° del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil. Quedarse en este check point y no avanzar más allá sólo hará que nos perdamos en el bosque de las inferencias, porque en la medida de que todo tiene su razón de ser, podríamos fácilmente confundir entre árboles y razones, dándoles un trato igual sin considerar que podrían tener necesidades diferentes. Es por ello, que al responder las preguntas de la superficie: ¿Qué tan alto o frondoso puede ser un árbol? Como también ¿Cuándo una sentencia judicial se entiende motivada? no nos llevará a responder la pregunta central, que indaga precisamente en lo subterráneo: ¿Por qué un árbol crece distinto a otro si parten del mismo tipo de semilla? O ya en los términos que influyen en el afianzamiento de la paz social: ¿Qué motiva una decisión judicial determinada? ¿Qué es aquello que da sentido a una decisión en lugar de otra?

Para responder estas últimas preguntas, hay que presentar un elemento subvalorado en el tratamiento de la motivación: la narración de los hechos. La narración es aquel elemento que le da color a un discurso gris, es aquella herramienta que sin ser propiamente una justificación, se entrelaza y conversa con ella para conjuntamente dar significado a un curso de acción, es decir, es útil para mover a los espectadores hacia cierto rumbo, para que cierta cosa ocurra o

para que alguien actúe de una manera determinada. Quizás un ejemplo ilustre su importancia, ya que a veces un buen cuento vale más que miles de razones:

Un día llegó la poderosa águila ante la presencia de la Venerable Themis<sup>11</sup>, y mostrando una actitud notoriamente afligida y colérica, le imploró a la deidad que castigara severamente a la maliciosa zorra, por haber devorado inmisericordemente a sus crías a vista y paciencia suya. En su habitual chillido, el ave de presa le contó a la diosa que en una jornada de recolección de alimentos, sucedió un trágico accidente con el destructivo e indiscriminado fuego, que terminó por incendiar tanto su nido como a sus pequeños aguiluchos, que aun imposibilitados de la valiosa habilidad de volar, cayeron a la base del árbol donde anidaba. En ese entonces, y aprovechándose de estas circunstancias, apareció fugazmente la zorra, como si estuviera esperando dicho momento, y en un breve pero determinado movimiento, cayó sobre las quemadas crías y las devoró sin titubear, dejando sin opción a la afectada madre, que vio desde las alturas aquel trágico espectáculo. A raíz de esto, la quejosa ave le pidió a la divinidad que le diera a la zorra una sanción ejemplar, ya que no sólo le quitó a sus hijos, sino que en su capricho de animal terrestre, le arrebató vidas al reino del cielo, lo que podría tensionar las relaciones entre las demás especies en un futuro.

Ese mismo día, llegó también la astuta zorra para reunirse con la Venerable, y habiendo escuchado desde lejos el relato de la águila, fue a dar su propia versión de lo que pasó. Lejos de negar las acusaciones, la zorra justificó su actuar, señalando que fue un acto de justicia propia y que de no haberlo hecho, hubiera dejado impune a una vil traicionera, y su sombra regocijante la estaría siguiendo siempre desde las alturas, tanto en vigilia como en sus sueños. Con una dolida pero serena voz, la zorra le narró a la diosa que ella y el águila eran muy buenas amigas hace un tiempo, a tal punto de irse a vivir juntas bajo la protección del mismo árbol, confiándose la una a la otra en alturas distintas, ya que el ave tenía su nido en la copa y la mamífero cuidaba a sus crías en la base, rodeada de algunas zarzas. Y fue en uno de aquellos días que sintió un filoso puñal en su lomo, ya que al regreso de su acostumbrada salida para buscar comida, encontró no sólo el ultraje a su hogar y la desaparición de sus

---

<sup>11</sup> En la mitología griega, Themis era una titánide que representaba la ley de la naturaleza, la justicia divina, el orden divino y las buenas costumbres. También era conocida como “*la del Buen Consejo*” y los jueces de esa época solían ser llamados *themistopoli* o “sirvientes de Themis”. A pesar de su origen como hija de Gea y Urano, Themis era respetada y venerada tanto por mortales y dioses, a tal punto de que fue consorte de Zeus y de cuya unión surgieron tanto las *Horas* como las *Moiras*. Véase Hesíodo (1997, pág. 135).

zorritos, sino que al levantar su vista, pudo observar claramente cómo aquella ave en la que confiaba se alimentaba a sí misma y a sus aguiluchos de la carne de sus queridas crías, que no tuvieron oportunidad para esconderse de su secuestro terrestre, como tampoco para escabullirse de su prisión aérea. Ante esta macabra situación, la zorra manifestó que quedó con una profunda angustia, por el dolor de madre, por la desdicha de una traición y principalmente por la impotencia de su condición terrestre. Con todo ello, juró ante los cielos que esperaría un momento de desquite, el cual se dio precisamente en el primer relato del ave, y que si bien tuvo consecuencias fatídicas, le tranquilizó el corazón, porque sintió que le dio su merecido a la discordia y fechoría que ella misma provocó.

Teniendo estos relatos en cuenta, Themis encargó la resolución del conflicto a sus tres hijas, las Horas<sup>12</sup>, las cuales tenían la tarea de recopilar los hechos, darle un sentido y una composición adecuada, de tal manera que las tres queden contestes con lo que pasó, para que al final la misma Themis pudiera concluir con un adagio que prosperara más allá del caso concreto. Las hermanas tuvieron algunas discusiones sobre su proceder, ya que todas desconfiaron de las historias antes contadas: Eunomía abogaba por el castigo a ambas especies por violar la ley de la vida, Dike quería castigar a la águila por la malicia de su actuar en la comodidad de su posición, y Eirene quería castigar a la zorra, ya que así volvería el sosiego de las aves para evitar futuras venganzas.

Finalmente, las Horas hicieron lo más sabio, que fue preguntar directamente al árbol acerca de lo presenciado, porque sabían que la rectitud no era sólo un aspecto de su corteza, sino también de su palabra. Completando así su relato, y estando todas de acuerdo con lo sucedido, arribó Themis para agregar su veredicto final, el cual resolvió absolver de sanciones tanto al águila como a la zorra, al tenor de la siguiente sentencia:

---

<sup>12</sup> Hesíodo (pág. 904) mencionaba que Las Horas eran hijas de Themis y Zeus, y si bien en algunos textos homéricos se representaban como diosas o personificaciones del orden natural y las estaciones, con el paso del tiempo pasaron una transición de nociones físicas a tratamientos éticos de la vida humana en particular, como diosas de la ley y el orden que mantenían la estabilidad de la sociedad. Esta tríada de diosas se conformaba de *Eunomía*, que representaba el buen orden, las leyes y la legislación (cuyo equivalente romano era *Disciplina*); *Dike*, que era la personificación de la justicia moral y humana (cuyo equivalente romano era *Iusticia*); y finalmente *Eirene*, que era aquella que representaba la paz y la riqueza (cuyo equivalente romano era *Pax*).

*“Un águila y una zorra, que eran muy amigas, decidieron vivir juntas con la idea de que eso reforzaría su amistad. Entonces el águila escogió un árbol muy elevado para poner allí sus huevos, mientras que la zorra soltó a sus hijos bajo unas zarzas sobre la tierra al pie del mismo árbol. Un día que la zorra salió a buscar su comida, el águila, que estaba hambrienta, cayó sobre las zarzas, se llevó a los zorritos, y entonces ella y sus crías se regocijaron con un banquete. Regresó la zorra, y más le dolió el no poder vengarse que saber de la muerte de sus pequeños. ¿Cómo podría ella, siendo un animal terrestre, sin poder volar, perseguir a uno que vuela? Tuvo que conformarse con el usual consuelo de los débiles e impotentes: maldecir desde lejos a su enemigo.*

*Pero no pasó mucho tiempo para que el águila recibiera el pago por su traición contra la amistad. Se encontraban en el campo unos pastores sacrificando una cabra; cayó el águila sobre ella y se llevó una víscera que aún conservaba fuego, y la colocó en su nido. Vino un fuerte viento y transmitió el fuego a las pajas, ardiendo también sus pequeños aguiluchos, que por pequeños aún no sabían volar y se vinieron al suelo. Corrió entonces la zorra, y tranquilamente devoró a todos los aguiluchos ante los ojos de su enemiga.*

*Moraleja: Nunca traiciones la amistad sincera, pues, si lo hicieras, tarde o temprano del cielo llegará el castigo.”<sup>13</sup>*

El anterior relato pone en evidencia la importancia de la narración de los hechos para la toma de las decisiones, y especialmente en lo que respecta a las decisiones judiciales, ya que si bien la sentencia de Themis termina en la conocida fábula de Esopo, puede haber cambiado la moraleja si el principio y el desarrollo hubieran cambiado, e incluso puede que la moraleja haya sido la misma si se hubiera creado otro relato, siempre que hubiera una trama colocada en el contexto de ciertos valores o principios generales que fuera compartido por los intervinientes. Es por ello, que la disposición del discurso juega de manera distinta para cada una de las partes de esta historia, ya que si consideramos que la fábula contiene efectivamente lo que sucedió, podríamos decir que tanto la versión del águila como la de la zorra eran verídicas, e incluso podríamos decir que ambas versiones estaban justificadas, tenían su razón de ser en lo que querían conseguir (una quería castigar a la otra, y la otra quería excusar su

---

<sup>13</sup> Si bien este relato es una invención propia, la sentencia final de Themis corresponde íntegramente a la fábula de Esopo (2017, págs. 69 - 70) llamada “El águila y la zorra”.

actuar), y por lo tanto, cada versión se construyó en torno a su propia justicia. Asimismo, la inclusión de las Horas no es baladí en este relato, ya que precisamente la buena historia que mueve y conmueve corazones propios y ajenos, tiene que concordar a las Leyes, a la Justicia y a la Paz. Si falta alguna, la base del Buen Consejo podría tambalear, y con ello una decisión judicial podría llamar al alboroto de los excluidos, a pesar de tener muchas razones para justificarse.

## **1. Cuénteme su problema y yo le cuento mi solución: La narración de los hechos**

### **i) La vivencia de lo sensible**

El hecho que existan los mismos datos y el mismo marco normativo para distintos jueces no significa necesariamente que desemboquen en el mismo relato, sino que precisamente como son distintos los juzgadores, cada relato tendrá su distinción particular. De la misma manera, que las decisiones colegiadas tengan unanimidad no implica que todos los magistrados tengan el mismo relato, sino que los magistrados acuerdan tener un relato en común sobre el cual resolver con unanimidad. Que existan diferentes relatos, y que se puedan poner de acuerdo en un relato común, se explica por el simple - y a la vez complejo - hecho de que los jueces reconstruyen el caso para poder resolver, y para ello no pueden decidir desde una hoja en blanco, sino que se alimentan de las distintas historias de los involucrados, que en su propio propósito de conmover a los juzgadores, están empapados de implicancias valóricas, en virtud de las cuales el juez no puede hacer caso omiso, porque precisamente su resolución tiene implicancias valóricas, provocando serenidad o indignación según la vía valórica que escoja.

En ese sentido, el ejercicio judicial no es una actividad técnica y neutral, sino que comprende un vasto campo de tensiones entre posturas, que se apoyan en el mismo ordenamiento para proclamar su propia justicia, y en la cual el juez decidirá por la opción que considere más justa. Esta justicia evidentemente comienza con una narración querida por el juez, porque más allá de los fundamentos y lo normativo, al artífice humano le importa la sensibilidad y las emociones que lo llevan a seguir determinadas soluciones. Por eso, a pesar de que ciertas soluciones jurídicas pretendan una apariencia discursiva de resolver objetivamente, dentro de la coherencia inexpugnable de ciertas normas que propenden a ciertos caminos pre-fabricados, la práctica judicial se centra en una realidad reconstruida aún mayor, de la cual tiene que

hacerse cargo, porque es narrada por y para personas, involucrándose de lleno con la vivencia de lo sensible: “*La vida del hombre de carne y hueso, se halla llena de posibilidades. La ley es limitada frente a la infinitud de variables que ofrece lo concreto-vital*” (Garavito-Rincón, Ibáñez-Zambrano, & Méndez-Jiménez, 2015, pág. 87).

La narración, como herramienta retórica, viene entonces a incidir en la visión parcializada que se tiene acerca del fenómeno de decisión judicial, ya que ello no pretende la delimitación de ciertos aspectos inferenciales y neutrales que podrían influir en que se tome una decisión por sobre otra, sino todo lo contrario, abre el abanico de posibilidades que tiene el juez para abordar una situación que depende de su criterio; y este criterio tampoco se reduce a los ámbitos racionalistas en una pretensión salomónica de dar parte de la razón a todos los implicados, conforme únicamente a las reglas de fundamentación de una sentencia suficientemente motivada; sino que el criterio se construye también de significados, de intuiciones, de emociones, de valores y de todo aquello que comprende la carne y los huesos de un humano que decide para sí, para las partes y para el resto.

Por ello su construcción desde los hechos que considera y de otros que deja de lado da una pista de lo que finalmente resolverá, porque su resolución compromete a otros humanos de carne y hueso, seres sintientes que se esmeran por la justicia de una resolución, que los deje tranquilos tanto en el plano intelectual como sensitivo. El juez, como sujeto imparcial, no pierde su calidad de sujeto por su condición de imparcialidad, sino que expresa su subjetividad en su sentencia, que tiene su propia versión de lo que sucedió y por el cual encaminará sus fundamentos, para que su querer sea compartido por la audiencia y así concordarla con su propósito valórico en el Derecho, ya que como señala Stammler (2018, pág. 32): “*El Derecho forma parte del reino del querer, no del de los fenómenos del espacio. Es una modalidad del querer vinculatorio, que hace posible el concepto de la convivencia humana*”.

## **ii) En búsqueda del sentido**

El primer intento conocido para definir una fábula corresponde a Aristóteles, citado por Gayo, Nieto Ibáñez y Domínguez (1994, pág. 19), quien en su *Retórica* la trata como un “*relato fácil de inventar y muy apropiado para intercalar en los discursos que se pronuncian ante el pueblo*”. Es decir, en el ámbito retórico clásico, la fábula corresponde a un recurso utilizado

por los oradores, para captar la atención de los oyentes y atraérselos persuasivamente, enseñándoles con deleitación. Esto es importante de considerar, ya que la fábula tiene su empleo en el ejemplo o paradigma que se cuenta en función al sentido final del discurso, y consecuentemente, a lo que quiere provocar en las audiencias con su uso. Por ello es que dicho discurso se centra en la narración y no en la moraleja, ya que se podría narrar la misma historia sin ella, y aun así conservaría su mensaje motivante, porque la moraleja se desprende de la narración y no al revés, entonces el sentido moral que se busca imbuir sería el mismo, tenga o no las mismas palabras.

En virtud de este sentido es que se erige la relevancia de la narración, tanto para una fábula, como para cualquier otro trabajo literario, incluida la sentencia judicial, ya que ésta también es un discurso que se pronuncia ante el pueblo, y como se señaló anteriormente, su parte motivadora es precisamente una producción lingüística que se puede - y se pretende - evaluar y valorar, no sólo desde sus razones, sino también desde lo que quiere decir cierta ordenación de hechos que sirven de base para expresar dichas razones. Por lo que es dable considerar que la narración de los hechos juega con valores de manera cautelosa pero continua en toda la resolución judicial, ya que el juez precisamente se forma un juicio desde los elementos y datos comprobables que llegan a su poder, aquello que comprende lo que será objeto del juicio; en cambio, al formular un juicio, el juez ya no se pregunta por la verdad de los hechos, por su comprobación u otras incertidumbres cognitivas, sino que en su plena faceta de artífice, el juez aborda la trama que comprende un juicio ya formado, se preocupa por el sentido de los acontecimientos, por aquellos hechos que decidió resaltar y aquellos otros que optó por disimular y principalmente por los propósitos valóricos que se intercalan en una composición que busca repercutir en los espectadores, para así colocarlos dentro del mismo marco moral buscado.

Por ello, es relevante atender la comprensión de lo acontecido para llegar a lo que realmente motiva una decisión, como también a la forma en la que el juez termina estructurando y emitiendo su juicio, ya que como bien señala el profesor Valenzuela (2017, pág. 106): “¿Para qué narra lo acontecido el juez, litigante o asesor que formula un juicio sobre lo acontecido? Pues, no para informar lo que ocurrió sino para incidir en lo que ocurrirá. La narración sobre lo que aconteció no es un discurso sobre el pasado sino sobre el futuro [...] en el

*sentido que su propósito es levantar valores que orienten el desenlace que se está por decidir”.*

Teniendo el foco en la comprensión del sentido de una acción, y ante lo turbulento que puede resultar el considerar todas las peculiaridades que surgen de un litigio lleno de discordancias valóricas, la narración de los hechos emerge como un bálsamo gratificante para los espectadores, ya que modera la atención en lo relevante para el artífice, y emplaza a los oyentes a mantenerse en esa sintonía, porque lo que se busca lograr es el entendimiento y consiguiente asentimiento de su auditorio (Valenzuela Cori, 2004, pág. 33). De esta manera, el juez pone a la vista su propio planteamiento del conflicto, haciéndolo coincidir con un encuadre moral compartido, y con la intención de que dicha narración sirva como la antesala atingente de su posterior resolución particular, inclinándola intencionalmente ante otras posibles resoluciones.

Ahora, hay que hacer presente que la aceptación de esta inclinación tiene una fuerza atractiva proporcional a la claridad y coherencia que se da entre la narración, la argumentación y la decisión elegida, de manera tal que la solución no solo se entienda para el juzgador sino que se dé a entender para la comunidad, para la parte que gana, y principalmente para la parte que pierde, porque de los cabos sueltos, de lo dudoso y de lo discutible, se torna un nuevo juzgamiento de lo juzgado, lo que ciertamente debilita la contundencia de su sentido y por ende, de la bondad de su causa. Así como el riesgo para el caudal de un río no gira en torno a la pureza de sus aguas, sino respecto a la bifurcación de su cauce, porque el agua que toma nuevos rumbos no asegura que llegue al mismo destino, disminuyendo su fuerza de arrastre; análogamente el riesgo de la narración no se da con la refutación, sino en la doble lectura, porque la nueva versión puede escaparse del encuadre buscado por el emisor y permite la entrada de la ambigüedad, que puede erosionar tanto al sentido del cuento como a los valores que busca realzar.

Por esto, para poder comprender y hacer eco a lo que se quiere juzgar, el sentido de la narración depende de la composición de una trama sobre la base de una selección coherente de datos, relaciones causales y motivaciones entendibles (2004, pág. 48). Desde esta trama (que tiene su propósito, con valores realzados, minimizados u omitidos) se estructuran los hechos en unidad y correspondencia a las motivaciones y relaciones causales escogidas; y de una

adecuada estructuración de los hechos, que de manera coherente y verosímil ensalce lo que se busca ensalzar, se dará el efecto motivante buscado por el artífice y producido en el espectador, una catarsis que es *“el desahogo que produce la comprensión que pone término al sinsentido de lo acontecido o, lo que es igual, es la comprensión del sentido de lo ocurrido, de lo que importa y del desenlace que responde a lo que nos importa. La catarsis es aquietamiento de una inquietud moral”* (Valenzuela Cori, 2017, pág. 103).

## **2. La parábola del jurista: Inspirado en hechos reales**

Como la palabra de los jueces resuena en aquellas cavidades ávidas de soluciones confiables y justas, la fuerza de su eco se da en un plano sensible de valores, ya que tanto el juzgador como los juzgados son humanos, y en su condición humana lo convocante se relaciona más con lo afectante que con lo pensante, ya que una cosa es razonar sobre lo que podría ser la solución más correcta guste a quien le guste, y otra cosa es involucrarse con la solución más conveniente para ciertos fines, que no sólo busque la aceptación general sino que también acapare partidarios. Y es precisamente en este plano valórico donde se construyen las consideraciones del juez, que contempla tanto una narración de lo que en el caso pasa e importa, como también una composición que haga calzar lo narrado con lo decidido, dirigiendo la atención en la bondad de su propósito y en la coherencia de su actuar, produciendo la ansiada calma de las posibles turbaciones morales e intelectuales que puedan surgir desde la adopción de cierta resolución determinada.

Teniendo todo esto en mente, podemos entender el porqué de muchas situaciones, como pueden ser las diferentes tramas de la historia contada al principio del capítulo: cómo el relato de la águila selecciona ciertos hechos, lo que busca generar a partir de lo que resalta y lo que busca evitar desde lo que omite; así como también la versión de la zorra, que sin negar lo dicho por el ave, le agrega ciertos hechos para así cambiar el sentido de su relato y alterar el peso valórico de la balanza juzgadora, al destacar aspectos como su amistad previa y la traición de la confianza (que terminan siendo el tema central de la fábula). Todo ello sin adulterar ni manipular lo ocurrido en el mundo objetivo, sino que aplicando diferentes inventivas narrativas que signifiquen lo suficiente como para impulsar una decisión determinada por sobre otra, ya que como señala el profesor Valenzuela (2017, pág. 107):

*“Inventar no es falsear datos [...] Inventar es encontrar principios y valores que resuenen en la comunidad pertinente y cuya relevancia para entender moralmente el caso quede de manifiesto en la narración”.* Ahora, al igual como sucede en la fábula, también acontecen y se encuentran tramas en los variopintos conflictos jurídicos que son llamados a resolver por los jueces, por lo que contar con algunos ejemplos nos ayudará a comprender la cotidianeidad y cercanía del fenómeno, y así poder evaluar más humanamente las distintas inclinaciones que construyen aquellas vertientes escogidas tanto por los juzgados como por los juzgadores para cada caso particular.

### **i) La historia de Sergio Lillo y el Banco de Crédito e Inversiones**

#### *a. La trama de Sergio Lillo*

*Sergio Lillo, un ingeniero en ejecución mecánica con más de 20 años de experiencia en el rubro, estaba en busca de algún buen lugar que pudiera alojar a su familia compuesta por su esposa y dos hijos. Gracias a la ocupación de Sergio, es que tenía un buen pasar económico y gozaba de un sueldo que le permitía pensar en aquel reluciente sueño de la casa propia, que pudiera incluir de manera cómoda a sus integrantes familiares para el largo plazo. Con esta intención, Sergio pudo hallar una casa ubicada en la comuna de Concepción, la cual cumplía cabalmente con dichas expectativas, y en virtud de ello, motivó al grupo familiar para ir en pos de la compra definitiva, con miras a proyectarse en dicha plaza.*

*Esta casa estaba originalmente en propiedad de la herencia Garrido Muñoz, los cuales estaban en posición de vender dicho inmueble, ya que como en la mayoría de las historias de herencias que incluyen inmobiliarios, nadie quería quedarse pero todos querían parte de lo que se gane de ello. En consecuencia, este ánimo de venta confluyó con el ánimo de compra de Sergio Lillo, lo que condujo al acuerdo esperado, cuya negociación y materialización desembocó en el respectivo contrato de compraventa de fecha 1 de agosto de 2014, cumpliendo con las referidas exigencias legales en lo que se refiere a su otorgamiento y posterior inscripción en el registro correspondiente, sin complicaciones ni anomalías que pudieran afectar a las partes intervinientes.*

*La venta de esta casa, como es habitual en estas operaciones, tuvo un precio bastante considerable, cuyo valor ascendía a UF 2.970. Como es habitual en las transacciones*

*inmobiliarias, el comprador no contaba con el dinero suficiente como para llegar a pagarlo de forma inmediata, y el caso de Sergio no era distinto, ya que a pesar de tener un salario que le permitía posicionarse como comprador serio, no era tan acaudalado como para otorgar tal desembolso de manera directa, por lo que estaba en la necesidad de solicitar apoyo económico, para así complementar el pago íntegro y oportuno de este futuro hogar. A raíz de esto, Sergio pactó un crédito con el Banco de Crédito e Inversiones, para que el primero pudiera pagar una porción del precio al contado, y el resto fuera soportado por una entidad acostumbrada a estas operaciones, que pudiera solventar la cantidad de dinero solicitado, y que luego pueda cobrar de manera parcelada al deudor, teniendo en cuenta el abanico de opciones e instrumentos financieros a disposición, producto de innumerables préstamos confiados con anterioridad. Así pues, de UF 2.970 se pagaron UF 297 al contado, y los UF 2.673 restantes se pagaron por préstamo bancario, que dejaron a Sergio como deudor de un pago fraccionado y constante por los siguientes 302 meses, y que fue asumido de manera responsable por él, ya que con su remuneración podía cubrir tranquilamente dicho monto.*

*La escritura pública que contenía el contrato de compraventa también incluía otros contratos acordados entre Sergio y el banco, que daban cuenta de las operaciones habituales que incluían el préstamo bancario, y que buscaban darle seguridad al crédito otorgado, de manera tal que el banco pudiera garantizar el cumplimiento de la obligación de Sergio, gravando el mismo inmueble comprado con una hipoteca. Además, en dicha escritura también se pactó un encargo especial para el banco, que también corresponde a aquellas usanzas protectoras para las personas consumidoras que contratan con estas entidades en condiciones asimétricas, y que mandataban a éstas últimas a contratar determinados seguros, para así resarcir un daño, pagar, o tener por pagado ciertas sumas de dinero; por verificarse determinadas eventualidades, típicamente riesgosas para la persona o sus bienes, y que suelen preverse en los contratos, como pueden ser las calamidades relacionadas a los bienes en caso de sismos o incendios, o infortunios ligados al estado físico de los contratantes.*

*Con esto en cuenta, el banco confeccionó los contratos mencionados anteriormente, que ya eran parte de la práctica bancaria al otorgar un crédito dinerario, por lo que seguían un modelo propio de estas operaciones: un mutuo que materializaba el préstamo, una hipoteca*

*que garantizaba el pago del préstamo, y un mandato para contratar la cobertura que liberaba dicha deuda, producto del acaecimiento de ciertas desgracias previamente determinadas.*

*Dada la notoria asimetría que se daba entre las partes, tanto en conocimientos técnicos, en necesidades cubiertas por el préstamo, en la frecuencia de estas transacciones y en el consecuente poder negociador para determinar el contenido del contrato, es que la redacción y presentación de dichos contratos estuvo a cargo del banco. En consecuencia, y como consumidor de una prestación de servicios financieros, Sergio limitó su acción a la lectura y aceptación de las condiciones propuestas por el banco, ya que éste último tenía el mando y la experiencia para la confección numérica de las cuotas y los plazos para pagar, de las condiciones aplicables a la garantía hipotecaria, como también de las normativas aplicables a cada uno de los contratos. En ese sentido, se tornó relevante lo que respecta al mandato confiado al banco para contratar seguros, ya que su veteranía en el rubro le daba una significativa ventaja comparativa respecto del ciudadano común, en lo que respecta a los seguros a contratar, sobre el detalle de lo que implica cada uno, y la empresa con la cual contratar, entre otras cuestiones; de modo que Sergio confió que los seguros incluidos en la escritura eran los que efectivamente se contrataron, ya que en virtud de la información y transparencia a la que tenía acceso, no tenía motivo para creer lo contrario.*

*Pasó el tiempo, y con cada mes había un pago efectuado de manera diligente por Sergio, sin atrasos, deudas acumuladas, ni complicaciones en el resto de las condiciones pactadas. No fue sino hasta el año siguiente que ocurrió un hecho que cambió drásticamente el panorama: Sergio sufrió un infarto que afectó considerablemente su salud física, y que en palabras de la entidad médica correspondiente, quedó con un menoscabo corporal del 88.0%, declarándose la situación de Invalidez Definitiva Total, a contar de 26 de mayo de 2015. Producto de esta situación la vida de Sergio cambió, ya que de tener un trabajo estable de más de 20 años, con una remuneración suficiente para mantener, entre otros, el pago del préstamo, pasó a tener una licencia médica continuada durante todo ese año en el que no pudo trabajar, obligándole a pensionarse al año siguiente para tener algún ingreso familiar; y dicho préstamo que originalmente se veía viable de pagar, empezó a ser una carga considerable para su calidad de vida general, ya que de ello hubo un aumento sostenido en gastos médicos y farmacéuticos, que sumado a la necesidad de cuidados intensivos y a la permanencia de tratamientos,*

*produjo daños colaterales en la familia, como por ejemplo en su hija, que tuvo que congelar la matrícula de la carrera universitaria que estaba cursando, ya que se hacía insostenible mantener dichos gastos con estas nuevas necesidades.*

*Con el acaecimiento de este infortunio, Sergio efectúa la denuncia del siniestro respectivo ante el banco, ya que en el contrato de mandato mencionado anteriormente estaba incluida la contratación de un seguro de Desgravamen e Invalidez Permanente, que calzaba de manera análoga con la anterior declaración de Invalidez Definitiva Total, de manera tal que dicho seguro se haría cargo de la cobertura correspondiente, que en este caso recaería en el total del saldo del mutuo hipotecario contratado. Sin embargo, al intentar hacer efectivo este seguro, Sergio recibe la negativa por parte del banco, ya que en su posición aseguró nunca haber contratado dicho seguro, y que incluso éste nunca se negoció, sino que habría un error técnico en la inclusión de esta nomenclatura, a pesar de que estaba efectivamente incluida en el listado de seguros que se le mandató contratar, y del cual Sergio dio su lectura y asentimiento. Asimismo, tampoco hubo claridades respecto de la información sobre compañía aseguradora o el detalle de ciertos seguros considerados claves para el otorgamiento del crédito, ya que tanto en lo que respecta al Desgravamen e Invalidez Permanente, como también a lo referido para Incendios, no hubo ningún desarrollo sobre sus condiciones o garantías, a pesar de que estaban contenidos en la contratación que debía hacer el banco.*

*A consecuencia de este infortunio sobre infortunio, Sergio no tuvo otra opción que seguir pagando las cuotas mensuales del crédito, ya que al no cumplir con esto se arriesgaba a otra penuria para el hogar familiar, y en esto las entidades bancarias también tenía vasta experiencia, sobre todo en métodos de cobranzas. Con una baja sostenida de ingresos, con la afectación a diferentes escalas emocionales, con vivir al límite entre pagar para vivir y pagar para sobrevivir, Sergio siguió pagando el préstamo, ya que para el banco lo que le pasó no estaba incluido en lo que contrató, por lo que no correspondía hacerse cargo de estas penurias, a pesar de que su lectura sí daba cuenta de la contingencia; y considerando incluso que el riesgo era tan trascendente que podía desgravar el pago, en los hechos finalmente no ocurrió, y dejó en su lugar más zozobra que claridades y más problemas que soluciones, a pesar de que en términos de experiencia, el banco se preveía como una parte habituada para tratar adecuadamente estas situaciones.*

b. La trama del Banco de Crédito e Inversiones

*El Banco de Crédito e Inversiones es una institución bancaria de gran reconocimiento nacional, que a lo largo de su historia se ha destacado por ayudar y financiar proyectos de distinta índole, sobre todo en aquellos que requieren un cuantioso desembolso de dinero, como suelen ser las compraventas inmobiliarias. Considerando el flujo millonario de las transacciones diarias que circulan en negocios de este tipo entre distintas entidades, y los sueños que cargan estas operaciones, es que el mercado inmobiliario se ha ido especializando cada vez más, en miras de proteger y brindar la debida asesoría en cuestión a información y transparencia, de manera tal que los datos que se disponen al momento de contratar sean veraces y detallados en cada servicio, para así robustecer la confianza instruida y la libertad a la espontánea decisión de contratar, evitando futuros malentendidos y acercando a las partes a la real satisfacción de sus intereses, en las mayores condiciones de igualdad posible.*

*Producto de la complejidad de las operaciones inmobiliarias, se requieren niveles mayores de diligencia respecto a la información de cláusulas que ofrecen bienes y servicios, ya que como suelen incluir varias figuras e instrumentos jurídicos que se van entrelazando según su objeto, ellos deben estar en concordancia con el fin propuesto por las partes, para que las obligaciones emanadas tengan su razón de ser en común, y no se traten de manera aislada o diferenciada a lo consentido. En ese sentido, el hecho de otorgar un préstamo dinerario viene aparejado con otras obligaciones que responden armoniosamente a la naturaleza del crédito y al monto solicitado, para así dar seriedad y seguridad al cumplimiento de lo debido, como pueden ser los contratos accesorios que aseguran ciertos bienes de registro público o aquellos que buscan dar cobertura a situaciones excepcionales, por medio de un pago o indemnización correspondiente a lo previamente pactado.*

*En ese sentido, la presente institución pactó un préstamo dinerario con el señor Lillo, para que pudiera acceder íntegramente a la compra de un inmueble ubicado en la comuna de Concepción, aportándole el 90% del valor del inmueble. Este préstamo se otorgó considerando la capacidad económica del señor Lillo, sus antecedentes financieros y la proyección de cumplimiento efectivo por medio de un pago mensual accesible, ofreciéndole todas las posibilidades estipuladas para este tipo de transacciones, de acuerdo a la normativa vigente. Junto con aquel préstamo, se pactó un contrato accesorio que dejaba dicho inmueble*

*en garantía de pago a beneficio del banco, ya que como se aportó casi la totalidad del precio, es menester para la seguridad del crédito el tener un registro público actualizado de los bienes suficientes para poder pagarse dicha deuda, por lo que se hace necesario en estas operaciones la inscripción de hipotecas, aportando también en la certeza y accesibilidad del estado jurídico de los bienes, para evitar fraudes u otros vicios relacionados a ellos.*

*Además del préstamo y la hipoteca, también se pactó un mandato que obligaba a la institución financiera a contratar determinados seguros en nombre del señor Lillo, de modo que dicha actuación como mandatario estaba limitada a las facultades que le otorgaba la voluntad que representaba, por lo que la comunicación y traspaso de información era relevante para determinar qué seguros se buscaba contratar, y bajo qué condiciones se iban a otorgar, ya que tanto la cobertura como sus especificaciones responden a estándares bien estrictos para su otorgamiento, por lo que tener el detalle de lo incluido era esencial para que el contrato tuviera eco en las pretensiones negociadas. En ese sentido, el banco buscó dar toda la información detallada antes de la concreción de la operación, como son las condiciones del mutuo, los montos, tasa de interés, dividendos, plazos y seguros asociados, para que el señor Lillo estuviera lo más enterado posible, y pudiera ejercer de manera mucho más libre su opción de contratar. Sumado a ello, la institución bancaria tomaba registro de lo negociado y acordado, dado cuenta en una Hoja Resumen acerca de los puertos comunes donde arribaban, para que las distintas condiciones decididas tuvieran su respaldo escrito, de manera coetánea al negocio contractual.*

*Con todo esto, el referido Banco de Crédito e Inversiones pactó con el señor Lillo: un mutuo de dinero, una garantía hipotecaria y un mandato para la contratación de determinados seguros. Los seguros que fueron informados, negociados y acordados, fueron los de Incendio y Sismo, Desgravamen y el seguro voluntario de Cesantía; todos ellos mencionados y desarrollados en el contenido de las obligaciones del banco como mandatario, y por los cuales se detalló el cobro de su respectiva prima mensual, junto al monto correspondiente a cada uno. Es respecto a estos seguros, que se encuentran debidamente individualizados, que el banco ha cumplido cabalmente sus obligaciones, ya que tanto en la época de negociación, como en la celebración misma de los contratos, e incluso, al pago de los primeros 36 dividendos, se ha dado detalle de los servicios incluidos en la prestación, las cuales hacen*

*mención expresa a Incendio y Sismo, Desgravamen y Cesantía, dando aplicación práctica a las voluntades concurrentes y validando las condiciones que de manera eficaz puedan llegar a tener efecto en la totalidad del negocio.*

*Como la falibilidad es parte de la vida humana, la posibilidad de que existan ciertos detalles o minucias interpretables siempre está disponible, ya que pasa tanto en los acuerdos de palabra como en pactos escritos, donde las palabras tienen más de un sentido y pueden leerse de manera distinta si se le da otro contexto, dando apertura a dobles lecturas que pueden entrapar el camino llano consentido. En ese contexto, existen contratos tipo o matrices desde donde se puede dar adecuada fluidez y eficiencia a estándares comunes de contratación, los cuales se pactan siempre dentro de la normativa común, y cuya plantilla se tiene acceso desde el primer momento de la negociación, para que conjuntamente a la debida asesoría, se le pueda dar forma y moldear de acuerdo a los intereses y pretensiones específicas de cada persona, garantizando las condiciones igualitarias de su otorgamiento.*

*Si bien hay momentos donde las planillas comunes pueden contener dobles menciones, o frases referidas a temas no tratados posteriormente, tiene que darse la seguridad de que los servicios tengan su transparencia en la entrega de información relevante, de que cada servicio cuente con sus elementos diferenciadores, y que las responsabilidades estén previamente fijadas, para así evitar aprovechamientos de uno y otro lado. Como el Banco de Créditos e Inversiones y el señor Lillo coincidieron en determinados fines económicos, que corresponden de manera unívoca a lo negociado y finalmente contratado, dejaron clara la intención contractual de las partes de aceptar tanto la deuda dineraria, la hipoteca sobre el inmueble comprado, y la contratación de determinados seguros, que detallan determinadas contingencias que se informaron y acordaron previamente, de manera que hubo plena diligencia en el cumplimiento en los deberes de información, comunicación y asesoría técnica por parte de la entidad, y una estricta sujeción a la ley del contrato, que obliga sobre lo acordado en respeto de la autonomía privada de las partes.*

## ii) La historia de María Ramírez y la Ilustre Municipalidad de Pucón

### a. La trama de María Ramírez

*María Ramírez, una conocida vecina y comerciante de la comuna de Pucón, trabajaba a tiempo completo en un ya tradicional rubro de diversión infantil, que era el arriendo de autos eléctricos y pista de carreras de autos. Producto de las características propias de este puesto de trabajo, y considerando el flujo de gente que se suele distribuir en las distintas épocas de oferta turística, es que dicho puesto se estableció en la plaza de armas de la comuna, con un acuerdo con los locatarios contiguos de ocupar un espacio de 21 metros cuadrados, apenas suficiente si se tiene en cuenta el tamaño y desplazamiento de los objetos arrendados. Durante un tiempo, María tuvo buenas épocas de ganancias, preferentemente en verano, y la hizo reconocible entre todas las entreteniciones que tenía la plaza, porque siempre habían hijos e hijas preguntando a sus padres si podían dar algunas vueltas a la plaza; y aquellos fértiles meses también significaban un desafío anual de poder sustentar una familia en las estaciones más frías, en condiciones bastante disímiles al disfrute desinteresado que suele caracterizarse por las calles en los meses de verano.*

*Como María no tenía un buen pasar económico, el puesto de autitos era su principal fuente de ingresos, por lo que se preocupaba de tener buena relación con la gente que trabajaba alrededor, como también de tener todos los permisos y patentes municipales al día, sin deudas ni complicaciones. Todo continuó de esa manera hasta el 5 de noviembre de 2011, que es cuando la notifican de la orden de pago de los derechos municipales correspondiente al primer semestre del año 2012, para así poder renovar su permiso y continuar con el llamativo puesto de entretenición infantil. Sin embargo, al momento de llegar a la sección de rentas y patentes de la Municipalidad, se le negó el talón de pago por parte del funcionario municipal, bajo pretexto de que debía realizar una presentación por escrito por parte de la agrupación a la que pertenecía, ya que se emitía un solo decreto por parte del ente municipal para el pago de todos los permisos de los integrantes de la agrupación. María solicitó que le dieran más información respecto de este cambio de criterio para renovar permisos municipales, ya que en los semestres anteriores no tenían este percance burocrático, recibiendo la misma escueta respuesta por parte del funcionario, sin dar mención siquiera a algún instrumento o decreto municipal que fundara este actuar.*

*A pesar de esta situación, María hizo las gestiones que le solicitaban, para poder finalmente pagar y renovar su permiso municipal. Se contactó con la Agrupación de Servicios Turísticos de Entretención de la Plaza Pucón para que pudiera nuevamente presentar una solicitud en nombre de la asociación, con ello permitir el pago de la patente y así regularizar la situación conforme a las nuevas exigencias. Esta solicitud escrita se presentó el 14 de noviembre de ese año, y no se mencionó por parte de la Municipalidad una fecha aproximada de respuesta, por lo que María tuvo que esperar a que se le comunicara la resolución administrativa por un período que mezclaba la necesidad de trabajar y la angustia para asegurar dicho trabajo, al menos por un semestre más. Dicha espera fue tornándose preocupante con el paso de las semanas, ya que se acercaba la fecha límite de vencimiento de la patente vigente, y aún no había comunicación alguna por parte de la Municipalidad, no había siquiera un oficio que daba cuenta de la aceptación o denegación del permiso, sino sólo había una sensación de desatención y cierto desinterés del tema.*

*No fue sino hasta el 26 de diciembre de ese año que se presentó una nueva solicitud por parte de la asociación, exigiendo la respuesta escrita de la primera presentación, que llevaba más de 40 días sin pronunciamiento alguno. Dicha respuesta llegó finalmente una semana después, en una respuesta que se entregó el 2 de enero del 2012, a pesar de que se referenciaba a un oficio N°1166 que tenía fecha 28 de diciembre de 2011. Mayor fue la sorpresa de María al dar lectura de ese oficio, ya que entre otros detalles mencionaba que: “se ha resuelto no acceder a la solicitud de permiso precario de ocupación de bien nacional de uso público ya que el Municipio se encuentra en proceso de reorganización de los espacios públicos de la comuna, como su descongestionamiento progresivo de la ocupación de las áreas verdes”.*

*Aquella negación del permiso dejó con evidente descontento a María, ya que entre la nueva burocracia de las solicitudes, la inconsistencia entre notificar una orden de pago y luego negársele dicho pago sin dar explicación alguna, y una escueta declaración que negaba permiso sin entregar los fundamentos de tal decisión, como tampoco el porqué de que precisamente sea ella la afectada de manera diferenciada a otros comerciantes del lugar; le dejó una impresión ciertamente desagradable, ya que de tener presencia continuada en el rubro, en un lugar que anteriormente tenía no sólo su registro sino también la aceptación*

*comunitaria del sector, pasó ahora a tener un desamparo total: se le consideró parte del problema del tema de reorganización de espacios públicos de la comuna, se le privó de ejercer legítimamente su derecho de trabajar, en desmedro de otros que sí tuvieron dicho permiso para seguir en su rubro dentro del mismo espacio de uso público, y se le dejó en un espacio de desigualdad manifiesta, producto no sólo de un oficio que daba cuenta de una discutible selección de criterios para la negación de un permiso para trabajar, sino que también a las trabas sucesivas para entrar a evaluar dicha solicitud, lo que hace visible una lamentable despreocupación y discriminación institucional en la solución de problemas, ya que aún en la situación donde la persona cuenta con condiciones importantes de vulnerabilidad, no se le consideró para ninguna reubicación, planificación especial, o solución alternativa por parte de la Municipalidad, sino todo lo contrario: a María nuevamente se le ha ignorado, en una cancha visiblemente dispareja.*

*b. La trama de la I. Municipalidad de Pucón*

*La Ilustre Municipalidad de Pucón siempre se ha preocupado por el bienestar y el buen vivir de sus vecinos, contando además con el plus de que su continua buena administración ha potenciado el atractivo turístico de la zona, mostrando un incremento exponencial de visitantes para las épocas más calurosas, lo que ha traído diferentes situaciones referidas a la aglomeración de personas en los distintos espacios públicos, como también al descuido producido en estas áreas por la congestión y flujo constante de diversos grupos humanos. A raíz de esto último, la presente gestión municipal se ha centrado en la elaboración de informes y planes de desarrollo comunal, para dar seguimiento y regularizar el control de actividades que se ejercen en los distintos espacios de uso público, dando cumplimiento a los mandatos encargados para la prevención y protección en materia de seguridad ciudadana, tanto de la gente puconina como de sus visitantes. En ese marco, desde junio del 2010 se ha levantado un control de asistencia anual del comercio ambulante existente en la comuna, para así contar con una mayor vigilancia sobre el comercio y artesanía de venta callejera, con la finalidad de desalentar el comercio ilegal, permitir a su vez el libre tránsito peatonal y evitar aglomeraciones que faciliten la comisión de actos delictuales.*

*Como parte de este plan general de disminución del comercio informal y la consecuente protección de las áreas comunes, es que se aprobó un "Plan de Reducción del Comercio*

*ambulante y artesanal de la Comuna", el cual incluye diferentes medidas que pretenden la reorganización de espacios públicos, como también el descongestionamiento progresivo de las áreas verdes. Si bien este plan ha funcionado de manera parcial, durante su implementación se ha notado el cumplimiento de sus objetivos generales, principalmente en lo que respecta al orden y mejoramiento tanto espacial como estético de la plaza comunal, a la obtención de una mayor adecuación para los distintos usos de espacios públicos, como también a las mejoras en las condiciones seguras para el desplazamiento peatonal, con el despeje de distintas vías de tránsito y circulación. Todo esto se ha podido realizar gracias a la disminución de las actividades comerciales y artesanales antes mencionadas, ya que con la baja de condiciones informales, se han beneficiado las actividades económicas debidamente inscritas, que pueden efectivamente dar cuenta de la legalidad de sus operaciones, y que se pueden adecuar de manera sistematizada a las distintas medidas que requieran reorganización de espacios y controles de orden público, aportando también en impedir que se generen condiciones de orden sanitario adversas, ante la ausencia de servicios higiénicos adecuados en el sector.*

*Con este norte, la Ilustre Municipalidad ha ido dando debido cumplimiento a la normativa que la rige, ya que ha ejercido numerosas funciones relativas al apoyo y el fomento de medidas de prevención en materia de seguridad ciudadana, colaborando activamente en su implementación, y materializando la prohibición de instalarse en la vía pública para realizar actividades comerciales no autorizadas. Cabe mencionar que estas funciones también tienen un sustento normativo complementario a la función municipal, que precisamente delimita sus facultades en torno a criterios objetivos de conocimiento público, y que tienen variables prefijadas a la investidura de la gestión municipal de turno. En ese sentido, destaca la facultad de administración de los bienes nacionales de uso público, ya que se le permite a las Municipalidades la posibilidad de otorgar discrecionalmente concesiones y permisos de ocupación de dichos bienes, los cuales tienen la calidad de precarios o transitorios, por lo que su renovación no depende de factores ajenos a la gestión, como pueden ser los referidos a períodos anteriores o sucesivos, sino que van aparejados a los planes generales y particulares de administración municipal de dichos bienes, por lo sus permisos pueden ser modificados o dejados sin efecto, ya que la perpetuidad de los otorgamientos es un elemento que se escapa de las competencias legales que tiene el ente administrador.*

*Como no existe una norma que mandata a la Municipalidad a conceder permisos sucesivos de manera indefinida, es que cada permiso se revisa de manera diferenciada para un tiempo fijo, lo que también coincide con la facultad de la municipalidad para dictar resoluciones obligatorias con carácter general o particular, como lo que hizo precisamente en el caso de la señora Ramírez, al dictar la medida de no otorgamiento del permiso en cuestión. Con la dictación de esta medida, dentro de la órbita permitida por la legalidad, y considerando los objetivos de crear condiciones seguras de circulación, establecimiento y vigilancia para los bienes de uso público, es que la Municipalidad ha actuado de manera justificada y concordante al proyecto comunitario de la actual gestión, conforme a las facultades previstas por la legislación vigente: enfatizando la confección de un plan de desarrollo comunal que vaya en servicio de las complejas necesidades de la comunidad, y haciéndose cargo principalmente en materia de seguridad ciudadana, para que así pueda desenvolverse el libre tránsito peatonal sin congestiones, la protección continua de áreas verdes, y la progresiva regularización de la actividad comercial en espacios públicos, lo cual ya ha ido aportando en la reducción de condiciones que crean o facilitan la comisión de actos delictuales, como son las aglomeraciones y la presencia del comercio ambulante irregular.*

### **CAPÍTULO III: LA PERSUASIÓN EN TORNO A VALORES**

Recapitulando lo ya tratado, y como se vislumbran en las anteriores narraciones, nos encontramos frente a un fenómeno inevitable para aquellos que viven en comunidad: el conflicto, entendido como una situación social donde dos o más personas adoptan posturas opuestas, existiendo un enfrentamiento entre ambas. Cuando dicho enfrentamiento supera ciertos límites de conformidad directa entre las partes, ocurre un llamamiento especial a una entidad judicial externa, que suele gozar de legitimidad para actuar y resolver conforme a un juzgamiento que se confía correcto y justo. Por ello, su buen actuar debe dar respuesta satisfactoria a las expectativas de los involucrados, y en sus dimensiones públicas tiene la tarea de hacerse cargo de las consecuencias colaterales que provoquen sus elecciones, ya que de ello deriva la confianza en la institucionalidad que representa, y la concordia que vincula a las distintas comunidades pertinentes con la paz social, tanto en su faceta jurídica como ciudadana.

Dispuestas así las partes, se erige la figura del juzgador, que suele resolver dichos conflictos por medio de la sentencia judicial. En nuestro ordenamiento jurídico, la sentencia que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio, exige normativamente la inclusión de una motivación que dé un cuerpo sólido a lo que seguidamente se vaya a resolver, y que entre otras preguntas, nos ayude a indagar en el porqué de ciertas decisiones. Esta motivación, si bien parte del supuesto teórico-normativo que busca fundamentar la aplicación de la ley para la resolución de problemas jurídicos, como producto lingüístico deja a la vista narraciones y razones que señalan las inclinaciones o preferencias del juez en torno a lo que considera importante y necesario atender, para así entender y ver el sentido respecto de lo que se juzga y lo que está siendo juzgado, dando una lectura valórica de su proceder, y de cómo dicha lectura intencionada desemboca en la acción querida por el juzgador, la cual es proclamar su respuesta ante la solicitud de pronunciamiento.

Ahora, para poder corresponder a la esperanza de buen juicio que conlleva cada decisión del asunto, y más allá del contenido abstracto y predefinido de las normas que vayan a utilizarse, se requiere un criterio que dé cuenta de la vivencia sensible de lo que realmente está en juego, de las circunstancias que alimentan ciertas inclinaciones y de las consecuencias que conllevan

dichas preferencias. No da lo mismo decidir que una persona tenga que someterse a reglas iguales a otra cuando no están realmente en igualdad de condiciones. Por ello es importante que el juez reconstruya su relato valórico del caso, porque a pesar de que se encuentra dirimiendo entre verdades enfrentadas, dichas verdades tienen como propósito conmover al que juzga; y de la misma forma, el juez se mueve con un propósito, el cual es conseguir que tanto las partes como la comunidad pertinente vean y palpén la justicia de su actuar y los estimule a adherirse a tal actuar, o en otras palabras, que su juicio logre ser persuasivo para quienes puedan ser afectados por lo que se resuelva según sea el caso.

Al hacer mención de las partes y comunidades involucradas por las cuales el juez responde, al producto lingüístico que produce el juez para responder e involucrarse en este llamamiento, y al efecto persuasivo que genera en dichas comunidades para que dicha respuesta sea evaluada como un buen juicio, se trasciende el ámbito meramente deductivo e insensible que trata comúnmente la motivación de las sentencias judiciales, y se entra en el campo de la retórica, dando muestra de su relevancia en lo que respecta a la toma de decisiones, a la disputa de valores y al uso persuasivo del lenguaje.

### **1. El poder de la palabra que une: El trabajo retórico del juez**

Es indudable que el terreno donde juega la decisión judicial es un terreno disputable, ya que desde los mismos hechos y desde las mismas leyes aplicables, se pueden componer versiones distintas de lo sucedido, y dependiendo la fuerza persuasiva de una o de otra, se puede influir en las posteriores decisiones. Ahora, estas decisiones posteriores también se componen para que su trama dé sentido, sentido para uno mismo y para aquellos otros espectadores, que siendo parte directa o no de estos conflictos, observan con atención y presencia. Por ello el juez no puede desentenderse de estas disputas, porque es un ser social en una posición confiada por las comunidades, y desde su poderosa palabra se pueden afianzar o debilitar aquellos vínculos que inciden en dicha confianza entregada.

Lo particular de estas disputas, es que precisamente se dan por medio de la palabra, palabras enfrentadas, palabras sensibles que llaman a tomar partido, donde la contradicción es posible, y cuyo contenido contradictorio provoca conmoción, porque ya no nos movemos en el sentido de lo que es, sino que dichas palabras nos mueven en función de lo que valoramos. Ya lo decía

Gorgias (Elogio de Helena, pág. 3): *“La palabra es un poderoso soberano que con un pequeñísimo e invisible cuerpo, lleva a cabo las obras más divinas. Pues es capaz de detener el miedo, apartar la tristeza, infundir la alegría y aumentar la compasión [...] Pues a causa de las palabras el alma padece como un sufrimiento propio las fortunas y las desdichas de acontecimientos ajenos y de cuerpos ajenos”*. En este sentido, la palabra es una herramienta que el juez debe manejar como buen orador, porque precisamente su palabra se sitúa en un contexto sensible y disputable, y de él se buscan palabras de justicia que conmuevan y serenen.

Como la palabra del juez repercute de tal manera, es que dicho discurso debe hacerse cargo tanto de lo que se preconiza como de lo que se resiste, y una de las formas de hacerse cargo es precisamente con la retórica, entendida desde antaño como *“la facultad de teorizar lo que es adecuado en cada caso para convencer”* (Aristóteles, 1990, pág. 173). Ahora bien, del desarrollo de esta definición se pueden desprender aquellas características de la tarea habitual del juez, ya tratadas por el profesor Valenzuela (2004, pág. 99): *“La total libertad para usar en cada caso, los medios disponibles de persuasión, sin sujeción a un determinado juego preestablecido de reglas inferenciales; el carácter actuante del discurso, cuyo propósito no es meramente comunicar sino producir acción; y la adaptación al auditorio”*.

Respecto del primer punto, hay que recordar que a pesar la tendencia dogmática de generalizar situaciones, cada caso sigue siendo particular respecto de otro, porque en él no hay sólo una disputa jurídica, sino que hay una disputa valórica entre personas, entre situaciones y entre determinadas prácticas sociales; por ello, la interrogante que ronda en los juzgadores no se reduce a cuál es la regla aplicable, sino que se abre a las posibilidades de qué hacer frente a determinado caso. Sumado a ello, es menester reiterar que este discurso tiene un propósito persuasivo, que permea las resistencias del auditorio y los mueve a actuar conforme a lo querido por el juez: *“El propósito del retórico no es comunicar sus buenas razones, sino lograr que se actúe colectivamente de cierta manera. Al retórico no lo consuela saber que él tenía la razón, sino que necesita que se actúe conforme a sus razones”* (2004, pág. 98). Por último, reconocer que existe un público al cual persuadir, implica que el juez tenga presente que dicho público juzgará en base a sus propios supuestos, y por ello el trabajo no es estático ni aislado a su propia certeza, sino que busca ser concordante a las necesidades confiadas.

También es importante mencionar que este ejercicio retórico del juez no tiene un objeto vacío que se rellena en cada caso con valores aislados, no es un ejercicio desprovisto de contenido que se suple con el adorno lingüístico. La posición institucional del juez y la condición social de su actuar conforma los cimientos desde los cuales construye su discurso, ya que de las prácticas sociales que se consideran en el juicio no sólo se consideran en torno a lo particular que es juzgado, sino que está fuertemente vinculado a lo general con lo que se juzga. En consecuencia, el juez no puede desligarse de la comunidad, porque dicha comunidad se constituye y estimula en base a ciertos principios, ideas generales y tejidos sociales que mantienen unidos a los individuos en torno a un bien común y deseable.

Esta manera de pensar desde la comunidad pertinente es precisamente el punto de inflexión que marca el vínculo cultural del orador con el auditorio que busca convencer, ya que aun contando con una gran base formativa sobre las lagunas y vacíos legales, de manera que pueda apoyar su postura en aforismos de justicia y equidad, y con un uso meticuloso de expresiones y decorados lingüísticos; no se garantiza que se pueda hacer justicia desde la cultura compartida, que logre dar sentido comunitario a una determinada solución al caso y que motive a querer dicha solución por sobre otra. Por ello importa tener formación y tener cultura, ya que ello marca la diferencia tanto en las controversias jurídicas como en los vaivenes pasionales que implican los conflictos entre personas, abordando así la vivencia colectiva que busca volver a su concordia.

Aquel pasar retórico desde el saber académico al hacer cultural no fue un tema menor para autores como Isócrates (2007, pág. 327), quien teniendo plena conciencia del poder de la palabra legitimada y de lo que podía producir en la comunidad, señalaba que: *“Nosotros somos claramente más sinceros y útiles que quienes pretenden exhortar hacia la prudencia y la justicia. Pues éstos invitan a una virtud y sensatez desconocidas por los demás y discutidas por ellos mismos; yo en cambio, a una virtud reconocida por todos.”* Es decir, acá no se habla de una justicia anterior a la comunidad o revelada a aquella élite que mira desde los axiomas, sino que se da importancia a las virtudes que son reconocidas y reconstruidas desde la comunidad en la cual uno es partícipe activo, o como menciona Cicerón (2015, pág. 13), desde la dinámica propia de una cultura política que va en constante desarrollo y validación: *“Porque la justicia es un fenómeno político, no un elemento de la naturaleza. Si hubiera sido*

*elemento de la naturaleza, como lo frío o lo caliente, entonces lo justo y lo injusto serían lo mismo para todos”.*

Por ello, el trabajo del juez tiene el peso equivalente a lo que implica su función pública, porque la opinión de justicia con la que se pronuncie tendrá el potencial valor de ser una verdad legitimada por el público al que responde, capaz de reafirmar los lazos que permiten confiar en su criterio, o de cimentar un recelo que lo aleje de su propósito comunitario. En ese sentido, Cicerón (2007, pág. 179) daba cuenta de los aspectos relevantes para estos asuntos: *“Necesitamos un hombre con agudeza, ingenioso por naturaleza y experiencia a la vez, quien con agudo olfato puede rastrear los pensamientos, sentimientos, creencias y esperanzas de sus conciudadanos y de cualesquiera hombres a quien pretenda ganarse con su palabra”.* Este agudo olfato aventaja al juzgador para adecuar su juicio a su propósito persuasivo, a poder adaptarse caso a caso a su auditorio, y a estimularlos a la acción buscada, motivando al público a la legitimación de su actuar.

## **2. El valor de lo que nos importa: El Pathos y la Tópica**

Teniendo en cuenta que la legitimidad de un juicio motivado ya no pasa por medio de revelaciones, ordalías o verdades inmutables, emerge la actual figura del juez que ejerce una función pública por medio de la capacidad persuasiva de su discurso, para así enfrentarse a las distintas dinámicas culturales que están juego para la solución del conflicto determinado. Y es precisamente en lo persuasivo donde el juez se pone en juego para lograr la aceptación y validación de su auditorio, pudiendo lograr el afianzamiento o el desasimiento del público dependiendo de los medios ocupados para comunicar su veredicto. Ahora, dentro de las numerosas herramientas retóricas que tiene el juez para la creación de un discurso que busca dicha legitimación, hay algunas que destacan desde antaño, como ya lo mencionaba el profesor Valenzuela (2017, pág. 128): *“la demostración o demostración aparente dada por el discurso mismo; colocar al auditorio dentro de un cierto marco mental; y que el hablante logre credibilidad gracias a su talante o carácter. Se conocen respectivamente como logos, pathos y ethos”.*

Respecto del Logos, cabe mencionar que su modo de operar se vincula estrechamente a la certeza que produce el contenido mismo del discurso, a la comprobación o verificación lógica

de evidencias, a los datos, estadísticas y razones que parten desde un acuerdo previsto tanto por la legislación como de los mismos jueces respecto al cómo accionar. Si una norma es lo suficientemente precisa para establecer una y sólo una posibilidad de aplicación respecto de todos sus casos, y si la evidencia es incuestionablemente concluyente respecto de un hecho específico que está claramente tipificado en la ley en cuestión, tiene toda lógica que corresponda la consecuencia prevista por dicha norma. Es el terreno más cómodo para la aplicación de silogismos, ya que se llega a un resultado predecible desde unas premisas que se aceptan de antemano, y de esta correspondencia lógica se torna razonable que el auditorio esté de acuerdo con lo decidido, porque este carácter cerrado del sistema que posibilita dicha decisión no permitiría una doble lectura o una interpretación distinta a la decidida.

En relación al Ethos, hay que destacar que la credibilidad generada se da con más atención en situaciones de interacción personal, donde la presencia y la oralidad juegan un partido aparte del discurso mismo, ya que desde el talante del orador se toman en cuenta las expresiones, la corporalidad, las entonaciones, velocidades y ritmos al hablar; que en su conjunto provocan la conmoción del auditorio desde su atención, desde la conexión que genera y desde la confianza que infunde. Ahora, como dicha credibilidad tiene mayor impacto respecto de momentos más inmediatos de interacción, su estudio excede los propósitos propios de este ensayo. Por lo tanto, sólo se hará la mención respecto a la presentación propia del discurso escrito, que en cierta forma puede generar una afectación a la fiabilidad parecida al discurso hablado, pero en estos casos no suele ser el determinante de su poder persuasivo: *“Un informe con errores de tipeo, o que se pierde en detalles, o que minimiza mañosamente un error propio, afecta no sólo la aceptabilidad de la tesis sino la credibilidad del profesional”* (pág. 131).

Centrémonos ahora en el pathos. Aristóteles (pág. 177) la trata como una herramienta de persuasión que busca predisponer a los oyentes de cierta manera, operando *“cuando éstos son movidos por una pasión por medio del discurso. Pues no hacemos los mismos juicios estando tristes que estando alegres, o bien cuando amamos que cuando odiamos”*. En efecto, se juega en el discurso al preparar anticipadamente el ánimo del público para un fin determinado, colocándolo dentro de un cierto marco mental dentro del cual ya hay una inclinación hacia cierta posición, hacia cierto desenlace buscado, consiguiendo que se adopte una actitud determinada hacia ese objetivo. Si bien esta inclinación o movimiento tiene su fuerza en los

sentires que se presentan en el discurso, cabe considerar que no cualquier sentir logra la finalidad social buscada por el juzgador, de manera que si se busca colocar al público en un marco mental determinado, hay que poner atención en el público al que uno se dirige, atender lo que le importa a este público y extraer los méritos necesarios y adecuados para provocar esa predisposición, para que este encuadre valórico pueda guiar el resto del discurso y pueda así motivar a su aceptación, de modo que el auditorio evalúe y valore que dicha causa es buena y deseable por y para el resto.

¿Cómo juega el pathos en la motivación de la sentencia judicial? En breves palabras el Pathos es el medio para posicionar la motivación de la sentencia judicial, ya que dicha predisposición moral es la que inclina la balanza para reflexionar, elegir y propugnar una decisión por sobre otra, y desde este marco preferido se razona posteriormente con la normativa jurídica aplicable, de manera que la perspectiva pensada desde la comunidad que se busca persuadir sea coherente y armoniosa con el camino finalmente escogido. En torno a esto, el profesor Valenzuela (2017, pág. 131) menciona que: *“Pensar y persuadir requieren ambos crear sentido para el caso. El pathos es un vehículo privilegiado de creación de sentido. El que piensa bien, crea sentido. El que crea sentido, persuade”*. Al respecto, ya se mencionó que la creación de sentido en las disputas jurídicas se construye por medio de una narración de los hechos, que conversa con una adecuada composición del planteamiento, el primero trasluce un sentido final que remarca el buen desenlace de lo que se propone, y el segundo logra un sentido estructural que permita unir de manera coherente la propuesta que se formula. Con la buena y adecuada trama escogida por el artífice se logra persuadir a la comunidad pertinente acerca de lo que ocurrió, porque permite predisponer o colocar a dicha comunidad dentro de una historia que tiene un sentido final determinado, y de esta manera, se pueda entender moralmente tanto el problema como su merecida solución.

Ahora, para pensar bien y lograr una persuasiva colocación en un marco mental determinado, es menester entender el problema, pero no sólo desde la mirada aislada del individuo que juzga, sino desde la comunidad involucrada: desde las partes en conflicto, desde los terceros afectados, desde el público expectante, desde un contexto determinado; en definitiva, hay que ver el mundo para poder captar aquello que lo compone, porque de ello se originan los problemas, y de ello se convergen las buenas soluciones, propias de un derecho viviente y

comunitario. Como los jueces están inmersos e involucrados en prácticas sociales concretas que confían en su criterio, es necesario que cuenten con aquellas habilidades que les permitan develar aquello que importa para el caso, ya que lo que está en juego en ese juicio no es sólo determinar que un contrato se incumplió, o que un ente actuó conforme a la ley, sino que también involucra reflexionar si existe desigualdad en las condiciones para contratar, o si la actuación del ente conlleva una situación de indefensión. Porque esto último también puede valer, es que se hace necesario evaluar dichos discursos, ya que desde lo que valoramos en cada caso legitimamos el uso de ciertas leyes o principios para ciertos momentos.

Esta forma de reflexionar lo que importa para el caso y desde lo que se valora por la comunidad, se identifica de manera íntima con la Tópica, o más precisamente con el Pensamiento Tópico, según el cual un “tópico” se entiende como “*un lugar o perspectiva que la comunidad pertinente considera importante para un problema concreto*” (Valenzuela Cori, 2017, pág. 38). Este pensamiento es el que forma los cimientos para que un juez decida sobre un camino por sobre otros igualmente posibles, y además permite que dicha decisión tenga repercusiones en torno a una trama que da sentido para el auditorio, porque dicho pensamiento implica tres aspectos que conllevan propiamente un ejercicio retórico: i) Un problema concreto que se tiene que juzgar; ii) una comunidad pertinente desde la cual juzgar; y iii) un lugar o perspectiva que se considera importante que es con lo que se juzga.

#### **i) El objeto: La técnica de pensamiento problemático**

*“El punto más importante en el examen de la tónica lo constituye la afirmación de que se trata de una técnica de pensamiento que se orienta hacia el problema”.* Con esta frase, Viehweg (2007, pág. 55) propone un planteamiento que se diferencia del modo de pensar sistemático, que mira al conflicto como un asunto que debe solucionarse y encuadrarse según ciertos patrones predefinidos por el mismo sistema; en cambio, el autor pretende hacerle frente al problema desde el mismo problema, entendiéndolo como “*toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necesariamente un entendimiento preliminar, conforme al cual toma el cariz de cuestión que hay que tomar en serio y a la que hay que buscar una única respuesta como solución*” (pág. 57). Dicho planteamiento es esencial para el pensamiento tónico, porque pensar desde el problema nos da la posibilidad de ir más allá de un sistema de respuestas anticipadas que defina preliminarmente aquello que se debe resolver,

permitiendo observar no sólo algunos árboles específicos sino que también el bosque de perspectivas que convergen y forman parte de un conflicto dinámico.

En definitiva, el pensamiento sistemático encaja el problema en una situación admitida, donde sólo tendría soluciones previstas para aquellos problemas que están incluidos dentro de dicho sistema, de manera que lo que opera sería una selección de problemas, limitando el foco de acción del juzgador a los problemas reglados por dicho sistema: *“procede desde el todo. La concepción es en él lo principal y permanece siempre como dominante. No hay que buscar un punto de vista. El punto de vista está desde el principio adoptado, y desde él se seleccionan los problemas. El contenido del problema, que no se concilia con el punto de vista, se rechaza y se considera como una cuestión falsamente planteada”* (pág. 59).

En contraste, pensar desde un problema requiere la reflexión en torno a puntos de vista no predefinidos, desde donde puede arribar una solución adecuada a la cuestión, porque dicho pensamiento se podría adaptar desde un orden que continuamente se esté decidiendo en torno a las necesidades y al carácter que se requiere atender de dicho problema, por lo que no habrían caminos sin salida ni problemas insalvables: *“Cuando se choca, donde quiera que sea, con un problema, se puede proceder de un modo simple tomando por vía de ensayo, en arbitraria selección, una serie de puntos de vista más o menos ocasionales y buscando de este modo unas premisas que sean objetivamente adecuadas y fecundas y que nos puedan llevar a unas consecuencias que nos iluminen. La observación enseña que en la vida diaria casi siempre se opera así”* (pág. 60).

## **ii) El instrumento con el que opera: El lugar común**

Teniendo en mente que la raíz desde donde emerge la tópica es un problema concreto, una situación de la vida real que no tiene marcado de antemano con un camino de salida, se pone énfasis en que el modo de operar tiene que hacerse cargo de lo que es justo en un momento determinado para un lugar determinado, un aquí y un ahora. Y es precisamente la reflexión de los lugares desde donde se manifiesta y crece con fuerza la posibilidad de resolver problemas concretos, porque implica abrir el abanico de puntos de vista posibles ante la posibilidad de que cambien las condiciones para decidir, o que la particularidad de un caso sea tal que requiera nuevas vertientes que se adecúen a dicha variación, por lo que estos lugares o tópicos

son los instrumentos que están en servicio de la discusión de problemas, y que para Viehweg (pág. 65) “*tienen que ser entendidos de un modo funcional, como posibilidades de orientación y como hilos conductores del pensamiento*”.

Esta funcionalidad de los tópicos permite suponer que el problema define la importancia de un punto de vista por sobre otro, y que para resolverlo se parte con la aceptación o legitimación de premisas que sean objetivamente adecuadas y fecundas por parte del interlocutor, que en estos casos no es sino la comunidad pertinente involucrada. Ya mencionaba el referido autor (pág. 42) que da cuenta de aquellas conclusiones que tienen como premisas opiniones acreditadas y verosímiles terminan siendo generalmente admitidas: “*Aristóteles parte, pues, de la afirmación de que la tópica tiene por objeto conclusiones que derivan de proposiciones que parecen verdaderas con arreglo a una opinión acreditada*”. Por ello, los tópicos deben verse como lugares valóricos compartidos, que suponen un grado de mérito común o que, al menos, le imponen un peso adicional a quien busca disputar su sentido.

Ahora, hay que recalcar que la funcionalidad de los tópicos radica en la naturaleza problemática de asuntos reales, no de un valor sistemático que busque agrupar y categorizar dichos puntos de vistas para aplicarlos de manera refleja a una deducción, por ello los tópicos no se plantean como un catálogo invariable que sigue una cadena de inferencias lógicas, ya que no se juega en el terreno de lo axiomático que busque liquidar o dominar totalmente la problemática, sino que va más allá: “*La constante vinculación con el problema impide el tranquilo razonamiento lógico hacia atrás y hacia adelante, es decir, la reducción y la deducción. Uno se ve continuamente perturbado por el problema y no se libera de él, a menos que le declare puro problema aparente, por lo cual se ve empujado a una constante búsqueda de premisas y, con ello, al ars inveniendi, es decir, a la tópica*” (pág. 67).

### **iii) El tipo de actividad: La búsqueda y examen de las premisas**

Teniendo en cuenta el propósito enfocado al esclarecimiento de los problemas que importa resolver, y la posibilidad que nos otorga la existencia de ciertas perspectivas valóricas que gozan de aceptación general, se puede caracterizar a la tópica, desde la inventiva o ars inveniendi que genera su actividad, es decir, desde la búsqueda de premisas y a la creación de distinciones plausibles, y diferenciándose de la justificación, o ars iudicandi, que es la que se

maneja en torno a la correspondencia de las premisas y las conclusiones. El énfasis diferenciador y lo que define la peculiar fisonomía de una postura particular, es la tópica o la invención de premisas, por lo que para querer dar con un argumento, es necesario llegar a la fuente a través de los tópicos, entendiéndolos desde la óptica ciceroniana adoptada por el autor (pág. 49), como aquellas regiones o sedes “*de donde se extrae el material para su demostración*”.

La actividad de la tópica se centra, en consecuencia, en la labor de búsqueda valórica o invención de premisas, que cumplan con cierto grado de aceptación, y en la labor de selección de los mejores lugares a partir de los cuales construir argumentos. Asimismo, esta invención de premisas destaca por su flexibilidad, ya que en la práctica el repertorio de tópicos que pueden estar en juego se va adaptando a las vicisitudes del problema y a los principios o valores que juegan con dicho problema, por lo que ciertos puntos de vista pueden verse como deseables para un problema determinado, y también pueden verse como aborrecibles para otro problema que cuente con dinámicas adversas. Por ello la búsqueda de premisas requiere también un examen de éstas, porque no todos los tópicos aplican necesariamente para un mismo problema, y un mismo tópico no aplica necesariamente para todo problema.

La aceptación de las premisas juegan su propio partido en el discurso, porque su validación va a depender de la capacidad de reflexión del inventor para poder captar y pensar desde la comunidad que quiere involucrar a su discurso, ya que sin esta reflexión la propuesta se vuelve ajena, lejana e irrelevante para las proyecciones colectivas que buscan cohesionarse en torno a un fin común; por lo que se requiere necesariamente una comprensión viva de cómo se mueve el mundo, que entienda por qué ciertos lugares o tópicos son comunes para el público que busca persuadir, que considere qué perspectivas y principios son especialmente valorados para decidir un asunto, y que no descuide la realidad social en la cual se desenvuelve, ya que de otra manera será incapaz de conectar y repercutir en su auditorio, y en definitiva no podrá colocarlos en su marco mental preferido.

Por ello es importante pensar de manera tópica, porque permite un pathos eficaz con una narración convocante, permite salir del propio convencimiento y posibilita la capacidad para levantar la mirada y ver más allá, para comprender y accionar en aquel mundo que lo rodea, y más específicamente, en aquello que importa para cada asunto que se requiere juzgar: “*Lo*

*cierto es que si uno mira a su alrededor, encuentra la tónica con una frecuencia mucho mayor de lo que podía suponer. No parece que sea completamente inadecuada a la situación y a la naturaleza humana y, por ello, parece indicado no descuidarla enteramente cuando se intenta comprender el pensamiento humano, sea donde fuere” (pág. 69).*

### **3. Las premisas de los poetas: El análisis tónico de la motivación judicial**

Es menester traer a colación una frase ya mencionada anteriormente (Valenzuela Cori, 2017, pág. 106), ya que leer con nuevas luces puede provocar nuevas reflexiones: *“La narración sobre lo que aconteció no es un discurso sobre el pasado sino sobre el futuro [...] en el sentido que su propósito es levantar valores que orienten el desenlace que se está por decidir”*. Esta frase vincula el sentido final que se busca con la narración, generado por una trama de hechos comprendidos de cierta manera, con la inventiva tónica, que desde sus premisas escogidas precisamente guían la manera del relato, de modo que la trama narrada tiene tanto su causa valórica pretendida, como la consecuencia valórica provocada.

Este propósito narrativo que orienta a determinado desenlace, nos permite re-encontrar premisas comunes o valores predominantes en los jueces desde las narraciones que construyen, de modo que su desenlace no sea sólo su propia comprensión, sino que también sea su visión de mundo, produciendo adhesión desde dichas premisas compartidas. En consecuencia, el discurso judicial tiene elementos explícitos e implícitos que marcan los asideros valóricos en los cuales apoya su resolución, tomando en cuenta lo que importa en el derecho vivo que se construye desde su hacer social: *“en la medida en que el juez no es un computador completamente programado por terceros, sino un ser social, encargado de confrontar valores conforme al espíritu del sistema, una sensibilidad a los valores es una condición indispensable para el ejercicio de sus funciones”* (Perelman, pág. 127).

Entendiendo entonces la importancia y sensibilidad de la selección de premisas que juegan en las decisiones judiciales, se requiere un pensar que pase desde la confrontación de valores a una conversación de lo valorado, para que así pueda formularse un juicio que incluya todo lo que importa en el asunto, y se elabore una narración que pueda predisponer a los espectadores a un marco moral común. Además, como dicho discurso repercute en corazones propios y ajenos, elegir y seleccionar entre estas vertientes comunitarias marca el alcance valórico de la

trama que ha de crearse, por lo que si se logra reflexionar y construir en torno a lugares valorados para sembrar confianza y no sospecha, provocará acciones comunitarias que alimenten el compromiso y no la sedición.

Ahí juegan los tópicos, ya que provienen de la comunidad, de la aceptación social y del interés común, por lo que cada tópico tiene un elemento enlazador que lo vincula con otro y es desde este enlace que se permite el acercamiento de los involucrados en un asunto, porque admite el desencuentro entre posturas incluidas en el problema, y la ponderación de una por sobre otra, teniendo ya el acuerdo inicial de que ambas juegan en un terreno común, ya que como señala Perelman (pág. 133): *“Todo esfuerzo para convencer presupone la existencia de un acuerdo sobre ciertas nociones y sobre ciertos principios”*. Sin acuerdo inicial no se podrá convencer, por lo que levantar tópicos constituye un hacer relevante para recordar aquellos lugares que constituyen puentes entre las trincheras, porque surgen precisamente de los acuerdos, de los puntos de vista aceptables para que la comunidad se reúna y se identifique como tal.

Para aportar en este acuerdo inicial está el trabajo del pensamiento tópico, que en palabras del profesor Valenzuela (2017, pág. 40) *“incluye revisualizar cada problema como un conjunto de tópicos, dirigir la búsqueda de narraciones y argumentos por el cauce de los tópicos del asunto, y utilizar los tópicos como terreno común desde donde trabar acercamiento de posturas contrapuestas”*. En definitiva, los tópicos juegan como asideros valóricos que entrelazan y sostienen las narraciones de los hechos y los argumentos del derecho desde un terreno común, de modo que la elección de ciertos lugares sobre otros influirá en la creación y composición de la trama, distribuyendo el peso narrativo a los aspectos que defiendan y promuevan los lugares escogidos, y ofreciendo una estructura coherente de argumentos que den sustento y fortaleza a dichos aspectos.

Por ello, incluir el uso dinámico de la tópica al analizar la motivación de diversos discursos judiciales abre las posibilidades para entender y evaluar el porqué de las decisiones, ya que la motivación no sólo muestra razones perfectamente explícitas de soluciones predefinidas y unívocas, sino que también oculta, resalta, minimiza, reordena y jerarquiza, tanto con hechos como con razones, lo que produce no sólo distintos entendimientos de un mismo problema, sino que también diversas soluciones y diversos estímulos para unos y otros. Así las cosas, el juez ya no se comporta como se entendía antaño, como una boca muda que pronuncia las

palabras de la ley, sino que en su calidad humana actúa como poeta, se pone en juego haciendo o creando desde el discurso y la palabra, y desde este medio expresa no sólo razones, sino también valores, emociones, y sensaciones.

En definitiva, y a pesar de la falta de regulación, la tónica se encuentra presente en la motivación de las sentencias judiciales, ya que el modo de contar un problema para los jueces da una pista sobre cómo van a resolver y porqué resolverán de esa manera, de la preferencia que amerita cierto hecho y cierto uso de la ley, y de la visión de mundo que pretende compartir. Por lo tanto, es tanto necesario como ilustrador volver y re-conocer ciertas historias humanas que se cuentan con más de un narrador, porque desde allí se podrá evaluar el vigor de cada motivación, y se podrán reconocer aquellos valores predominantes para unos y para otros, algunos visibles y otros ocultos, pero todos ellos considerados como una perspectiva importante para la comunidad pertinente. Para ello contamos con narraciones confrontadas entre jueces-poetas, con el propósito de lograr conversaciones tónicas en torno a la comunidad que somos y a la que queremos ser<sup>14</sup>.

## **i) La tónica de Sergio Lillo y el Banco de Crédito e Inversiones**

### **a. Primera Instancia**

Con fecha 30 de octubre de 2018, fue llamado a resolver un juez titular del Tercer Juzgado Civil de Concepción, acerca de la controversia generada en el primer caso narrado del capítulo anterior. Por un lado la trama de Sergio Lillo, y por la otra la trama del Banco de Crédito e Inversiones. El juez titular de dicha ocasión comenzó haciendo una lectura de los hechos y de la prueba incorporada, y llegando a su considerando décimo, empezó a dar pistas acerca de lo que enseguida resolvió. En efecto, el punto de partida del juez fue la elección de la norma común y general del Código Civil para así crear su discurso desde una igualdad de condiciones y evaluar desde esta óptica los hechos de la demanda, la cual “*se discurre jurídicamente sobre la base de lo establecido en el artículo 1.489 del Código Civil, que otorga a los contratantes en los contratos bilaterales, para el caso de incumplimiento por uno de ellos de lo pactado, la alternativa para pedir o la resolución o el cumplimiento del contrato,*

---

<sup>14</sup> Para un ordenado tratamiento de los casos, se mostrarán los considerandos en cursivas y enseguida su correspondiente numeración entre paréntesis.

*en ambos casos con indemnización de perjuicios; norma jurídica que en términos generales corresponde a la misma que se contiene en el artículo 1.873 de la referida codificación. En la especie, el demandante ha optado en su acción por pedir el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios” (10°). Si bien pareciera baladí la mención del estatuto jurídico común a aplicarse, hay dos cuestiones importantes a considerar: las dos vías de acción que tiene una persona contratante, cualquiera sea esta persona, cuando ocurre un incumplimiento de la otra parte en cierto tipo de contrato; y la mención de que el señor Lillo optó voluntariamente por pedir el cumplimiento del contrato con indemnización.*

Teniendo muy en cuenta estos dos puntos, el tribunal rayó la cancha respecto a los hechos a los que se funda la demanda, los cuales están constituidos por: *“a) la existencia de un contrato bilateral celebrado entre las partes; y b) y el incumplimiento de una obligación del mismo contrato por parte del demandado” (10°). Respecto del primer punto no se genera controversia, pero respecto del incumplimiento se genera el embrollo que a su vez es fijado por el juez en los siguientes términos: “el actor señala que la obligación incumplida sería la establecida en la letra b) de la cláusula vigésimo primera del contrato ya referido, consistente en la contratación de un seguro de desgravamen e invalidez permanente. Obligación que desconoce el demandado, pues en su concepto se contrapone a lo pactado en la cláusula décimo tercera” (12°). Es decir, el juez situó la problemática en un plano simétrico de contratantes, donde uno de ellos reclama un incumplimiento de una obligación versus el otro que desconoce dicha obligación, pues estaría en contradicción a lo pactado.*

Hasta aquí ya se vislumbran ciertas luces de aquellos lugares que resuenan ecos de igualdad entre las partes y reglas claras para ambos, como también haciendo guiños a normas de compraventa y a la autonomía de la voluntad. Al preferir este estatuto común y general como campo de juego, la voluntad de las partes tomó las riendas para inclinar y dirigir el rumbo de la narración del juez civilista, ya que en seguida comenzó a dar lectura de ambas cláusulas, notando que una de estas menciona el seguro mencionado, y la otra cláusula no. Con la sola lectura de las cláusulas se hizo patente que el camino escogido por el juez estuvo enmarcado en territorios valóricos delimitados, tanto fáctica como normativamente, ya que al definir preliminarmente el terreno jurídico sobre el cual se juega la causa, siguió una lógica sistemática para guiar el conflicto de los hechos seleccionados a una solución ya prevista, que

se pudo desligar de la misma situación relatada anteriormente por el juez, y que a su vez, ya definió la posición que tomó al resolver: De esta sola lectura de las cláusulas el juez concluyó aludiendo que *“existe una contradicción evidente entre una y otra”*(13°).

A partir de dicha conclusión, el juez tomó el camino que define el objeto de la controversia en torno al descubrimiento de la voluntad, y también presentó la manera de proceder en torno a este objeto, de modo que su descubrimiento se tornó necesario para resolver el conflicto: *“en todo negocio jurídico surge la necesidad de conocer la voluntad de quien lo ha realizado, y esa función de conocimiento que se llama interpretación, lo mismo puede versar sobre textos o conversaciones, verbales o escritas, en que la voluntad se exteriorice respecto de actos de quienes hayan intervenido en el negocio, cuyo sentido en el orden jurídico es objeto de controversia, porque siempre es necesario descubrir la voluntad que dio vida al negocio, para lo que sirve tanto la averiguación de la intención común de los contratantes a través de los actos coetáneos o posteriores, como los signos reveladores de la voluntad de los sujetos que han intervenido en el negocio directamente, atendiendo a los fines que los mismos debieran perseguir, singularmente los que se refieren al fin económico”* (14°). En esta parte del considerando, el juez se sinceró respecto a lo que consideró importante para resolver el caso, ya que desde esta necesidad de conocer la voluntad de las partes que dan vida a un negocio se fijó una postura valórica respecto a las perspectivas que originaron tanto la causa como las consecuencias de este conflicto: En primer término, preestableció el marco valórico común que trata a las partes como iguales en el asunto; sobre esta base se fijaron los hechos ya valorados que originan la controversia; y definiéndose esta controversia como un tema de conocimiento de la voluntad de las partes, se establecieron las opciones disponibles en el sistema para poder abarcar dicha voluntad.

Teniendo el foco del conflicto ya decidido en torno a las premisas valóricas del juez, su argumentación siguió en torno a descubrir la voluntad que dio origen al negocio en cuestión, adoptando las alternativas previstas desde la averiguación de la intención común de los contratantes, a través de actos coetáneos o posteriores, como de los signos reveladores de la voluntad de los sujetos intervinientes, que atendían a una finalidad específica. Estos últimos fueron tomados especialmente en cuenta para el juez, ya que lo ayudaron a fortalecer su perspectiva valórica al realzar ciertos aspectos de nuestra tradición jurídica: *“Las normas o*

*reglas de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1.560 a 1.566 de nuestro Código Civil sigue la doctrina del Código Francés, que adopta un sistema subjetivo, dando preeminencia a la voluntad real de las partes sobre la declarada en ellos [...] En consecuencia, para escudriñar el sentido y alcance de un contrato prima la intención de las partes sobre la letra misma de las estipulaciones y si la redacción de dicho acto jurídico resulta ambigua, poco clara o contradictoria, se autoriza la investigación acerca de la intención de los contratantes” (14°). En suma, la búsqueda de la voluntad real o intención de contratación prevaleció para determinar el alcance resolutivo de la postura ya adoptada de antemano por el juez, la cual fue hacerse cargo de una contradicción evidente.*

Con esta hoja de ruta definida, no resulta sorprendente la decisión del juez en torno al caso específico, ya que de la lectura del inciso primero del artículo 1.564 del Código Civil, reafirmó el alcance de la interpretación de la referida cláusula contradictoria a un sentido que mejor conviniera al contrato en su totalidad, por lo que sólo le restó al juez comunicar que *“no cabe sino concluir que el demandado Banco de Crédito e Inversiones no asumió como una de sus obligaciones la contratación de un seguro de desgravamen e invalidez permanente. En efecto, fue en la cláusula décimo tercera del contrato donde las partes estipularon la extensión del mandato conferido al banco para la contratación de los seguros, entre los cuales no se menciona el de desgravamen e invalidez permanente. Cláusula que se halla en consonancia incluso con la segunda parte de la cláusula vigésimo primera que sirve de fundamento a la acción de la demandante, pues en esta [...] se estipuló que este contrato daría origen al cobro de las prima mensual del Seguro de Incendio, Seguro de Desgravamen y Seguro de Cesantía, precisándose en cada caso su monto, mas nada se dice respecto a una eventual prima por la contratación del seguro de desgravamen e invalidez permanente [...] evidenciando con ello que no estuvo en la intención de los contratantes, la carga de contratar el seguro de desgravamen e invalidez permanente tantas veces mencionado. Si las partes hubiesen querido hacerlo, se habría estipulado la prima mensual del seguro respectivo, tal cual se hizo con los demás seguros, empero ello no aconteció. Aúna esta conclusión la información contenida en los documentos acompañados por la parte demandada [...] donde aparece reiteradamente que los seguros a contratar serían los de desgravamen, de incendio y sismo y adicional de cesantía, actos coetáneos a la celebración del contrato de mutuo hipotecario y que*

*constituyen signos reveladores de la voluntad de los sujetos que han intervenido en el negocio directamente” (15°).*

Del anterior párrafo, se pueden colegir aquellas situaciones de hecho que se tomaron en cuenta para el juez, y que fueron de utilidad para confirmar sus pretensiones: La mención del seguro en un artículo y su ausencia en el otro, como origen de la contradicción; el detalle que mostró el desarrollo de los otros seguros en torno a la prima correspondiente y sus respectivos montos, como signos reveladores de voluntad de los contratantes; y la información contenida en los documentos acompañados por la parte demandada, la cual dio cuenta de aquellos actos coetáneos al contrato principal que permitieron suponer que ambas partes, igualmente consideradas, sólo acordaron la contratación de ciertos seguros detallados por el banco, y no en aquel redactado por el banco y reclamado por Sergio Lillo. De hecho, se asumió por el juez que esta persona estuvo debidamente informada respecto a estas contrataciones, ya que incluso mencionó que si las partes hubiesen querido hacerlo, se habría estipulado la prima mensual del seguro respectivo, tal cual se hizo con los demás seguros. Como el señor Lillo no manifestó su voluntad de detallar el seguro, a pesar de toda la información que el banco asegura que proporcionó, su sola mención no tendría validez para el juez, por lo que no habría un incumplimiento, en virtud de que no habría ninguna obligación asumida por las partes. Por ello, el juez desestimó la demanda en todas sus partes y Sergio Lillo tuvo que asumir íntegramente el pago de la hipoteca como cualquier persona común y corriente.

*b. Segunda Instancia*

Lo resuelto por el juez titular del Tercer Juzgado Civil de Concepción fue apelado por la parte demandante, elevándose el asunto al terreno colegiado de la Tercera Sala de la Corte de Apelaciones de Concepción. Con fecha 28 de marzo de 2019, el tribunal entró a conocer y resolver acerca de este conflicto, teniendo como antecedente los hechos ya verificados por la sentencia de primera instancia. Ahora bien, el punto de partida escogido de la Corte fue distinto al del juez de primera instancia, ya que no comenzó con un contenido normativo que limite de antemano el tema a resolver, sino que precisó que para la elaboración de su discurso que resuelva la controversia, se debía *“definir cada uno de los contratos que contiene la Escritura Pública de 1 de agosto de 2014 suscrita entre las partes, respecto de la cual no hay controversia de su otorgamiento y las cláusulas que contiene” (1°)*. En consecuencia, desde el

considerando primero hasta el sexto, la Corte hizo un análisis detallado de los contratos referidos, y de las cláusulas en pugna: En primer término, hizo notar que la inclusión de primas es optativo para el otorgamiento del mutuo; luego hizo mención al mandato confiado al Banco para contratar a su nombre los seguros que éste se ha obligado, los que fueron una condición para el otorgamiento de este crédito; y por último, previo a hacer una nueva lectura de las cláusulas, fijó el mismo conflicto que se menciona en primera instancia, del incumplimiento de contratar un seguro versus la ausencia de pacto de dicha cobertura.

A partir de ahí, la Corte trazó un rumbo diametralmente distinto al juez de primera instancia, ya que mientras éste último eligió como punto de partida normativo la legislación común y abstracta del Código Civil (con sus respectivas consecuencias en términos de interpretación de contratos y búsqueda de voluntades), la Corte hizo mención de que las especificaciones mínimas que incorporaron las cláusulas en cuestión se incluyeron en el contrato por especial mandato de la norma que regula la protección de los derechos de los consumidores. Es decir, de principio no hubo un terreno parejo entre dos partes en igualdad de condiciones, que decidieron libre y voluntariamente acerca del contenido de la contratación. Por el contrario, la Corte no sólo destacó el hecho de existir una asimetría de poder entre los contratantes, sino que también prefirió una vía que se hiciera cargo de la necesidad de dar protección a la parte más débil, que miraba a Sergio Lillo como consumidor y al banco como proveedor. Ello conllevó a escoger la aplicación de un estatuto especial para el banco, en el sentido de establecer directrices adicionales referidas al contenido mínimo de información que tenía que existir en los contratos con este tipo de entidades: *“Es importante destacar que la referida modificación legal reconoce a los contratos de prestación de servicios financieros la naturaleza de “Contrato de Adhesión” y es así que establece una serie de derechos al consumidor de productos o servicios financieros relativos a la información del costo total del producto o servicio, las condiciones objetivas que el proveedor establece previa y públicamente para acceder al crédito y para otras operaciones financieras, entre otras y, por cierto, obligaciones mínimas de las entidades bancarias y financieras que otorgan estos servicios”* (6°).

Esta elección diferente de aplicación por especialidad marcó la diferencia valórica respecto al tratamiento posterior del caso, ya que el error de transcripción que alegó el banco pudo tener

una adopción a su favor si se hubiera partido como en primera instancia: en atención al valor contractual que se dio a la voluntad real de las partes y a la libertad que tuvieron para elegir contratar, con quién contratar, y en especial para determinar el contenido de lo contratado. En cambio, para la Corte la profundidad del paradigma de la autonomía privada se debió tratar distinto respecto a los actos de consumo: *“los actos sujetos a la ley del consumidor, dicen relación con un desequilibrio que se advierte entre proveedores de bienes y servicios y los consumidores, en términos de una fuerza económica superior o muy superior, por lo que la regulación legal persigue evitar los abusos en contra de los consumidores, ya que carecen de esas posibilidades de negociación o de autonomía de la voluntad.”* (7°). En definitiva, para el juez de primera instancia presupuso la existencia de un acto negociado libremente por partes iguales en torno a un fin económico, y para la Corte se hizo hincapié que ese acto tuvo precisamente carencias de posibilidades de negociación por la desigualdad en la fuerza económica de una de las partes, lo que implicó que lo importante para resolver el conflicto no iba ya en el camino descubrir o conocer las voluntades que dieron causa al acto, sino que la atención iría en torno a la ejecución del contrato por parte del proveedor y no al origen del mismo, porque su punto de partida ya supuso un desequilibrio original, el cual debió equipararse en atención a la protección de la parte más débil.

Acto seguido, el pilar normativo y valórico escogido, y por el cual se erigió el rumbo de la Corte, fue el reconocimiento del rol formativo de la buena fe contractual, por el cual *“el intérprete debe tenerlos presente para dar sentido a sus disposiciones”*. A partir de ahí, y apoyado por el desarrollo doctrinario que se tuvo de este principio, es que su uso en la interpretación de este caso *“hace exigible una operación comercial respetuosa de los consumidores, por cuanto no se trata ya de proteger la pura libertad contractual, en el sentido de asegurar libertad a la espontánea decisión de contratar, sino de garantizar a los consumidores que los bienes y servicios que se les ofrecen podrán adquirirlos, o servirse de ellos, en los términos que ellos están siendo ofrecidos, que no serán sometidos a condiciones inocuas, que se les respetarán las condiciones y modalidades ofrecidas, que no serán dañados o menoscabados, entre otras cosas, y en general no serán sometidos a prácticas comerciales desleales”* (8°). De esta lectura, la Corte amplió el número de perspectivas que se tenían en cuenta respecto del caso en concreto, porque ya no sólo estuvo en frente de una sola mirada respecto a un error de transcripción excusable por parte de un contratante, sino que ahora

también se incluyó la identificación y reconocimiento de cada parte en el terreno contractual, la posición y peso que tuvo cada una para la negociación y redacción de cláusulas, y principalmente en la asunción de deberes especiales que tuvo una de estas partes, que ya no sólo era una parte cualquiera, sino que era una parte poderosa.

Considerando este nuevo panorama adoptado, la Corte dictaminó que la inclusión expresa de la contratación de un seguro de invalidez permanente no implicaba sólo un error de transcripción que no debería tenerse en cuenta para la voluntad de contratar, sino que dicha inclusión se encontraba en una cláusula impuesta por la ley, en garantía del consumidor, para asegurarle la información y la transparencia en las obligaciones mínimas que tenía que efectuar el prestador del servicio financiero, por lo que sí habría una obligación incumplida por parte del banco, obligación que descansaba sobre la libertad que tuvo para redactar y presentar un contrato de adhesión, dando como ejemplo otro seguro mencionado en el mismo contrato: *“el Banco demandado no puede eximirse de su obligación alegando un error de transcripción, dada su posición contractual, y tampoco puede alegar que la circunstancia de no incorporar una prima específica respecto de la invalidez permanente debió dar claridad sobre la inexistencia del mismo, puesto que la misma cláusula tampoco incorpora una prima mensual en particular para el riesgo de sismo, no obstante que aquella se paga bajo el concepto Incendio”* (10°).

Sumada a esta perspectiva ya resuelta, la Corte prosiguió con su decisión tomando otro asidero valórico integrado en el caso, pero también omitido en primera instancia: *“no debe perderse de vista y consideración que cuando la demandada asume la ejecución del mandato, adquiriere una serie obligaciones derivadas de éste, como el cumplir con el encargo y en todo caso de informar transparentemente aquellos seguros que debían ser cubiertos, sobre todo si el riesgo es de tal trascendencia como aquel que pueda impedir el pago del crédito que el mismo mandatario otorgaba, pues esta falta determinó la absoluta desprotección del actor frente al siniestro que finalmente le afectó, lo que razonablemente consideraba amparada con una póliza de seguros que en términos genéricos considera la variable desgravamen”*. Es decir, se incluyó una postura adicional respecto de la contratación de un mandato, que en su normativa tuvo un elemento de confianza integrado a su esencia, y fue precisamente dicha confianza la que se vinculó a la buena fe, porque dio cuenta de la necesidad de observar

determinados deberes de conducta *“inspirado en la fe que el mandante tiene en el mandatario [...] En la situación en análisis, si bien es cierto en la cláusula décimo tercera del contrato de mutuo no se incluyó como obligatorio el seguro de invalidez permanente, no lo es menos que este sí aparece en forma expresa en la cláusula vigésimo primera, que es la que se erige y constituye como una garantía para el mandante, como consumidor del servicio que ha contratado a través del banco mandatario”* (11°).

La consecuencia de todo este camino, es que la Corte cambió el foco del problema respecto de la primera instancia: Para el juez de primera instancia, las premisas de igualdad entre las partes y voluntariedad ante reglas claras supusieron que el conflicto se originaba en la contradicción entre cláusulas, dándole importancia a los actos coetáneos a la contratación, a los documentos preparatorios del banco y a la libertad que tuvo Sergio Lillo para hacer notar la existencia de este error de transcripción al momento de contratar, ya que ello daría sentido a ciertos signos reveladores de la voluntad. En cambio, para la Corte el foco ya no estaba en esta contradicción, sino que estaba en el cumplimiento diligente de garantías destinadas a proteger al consumidor que contrató con un ente financiero: *“se reduce a si el deudor –banco– desplegó, o no, la conducta debida dentro del marco jurídico de su obligación que ya se ha determinado precedentemente, pues éste junto con obligarse a dar o a hacer alguna cosa, debe emplear en la ejecución de su prestación una diligencia promotora del cumplimiento, que se materializa en la adopción de medidas concretas para la superación de los obstáculos o impedimentos que afecten el fiel desarrollo de la prestación”* (12°). Esta falta de diligencia debida es la que guió la resolución final, ya que en la especie la Corte desligó la responsabilidad de Sergio Lillo de tener que conocer por sí solo las minucias y detalles de nomenclaturas técnicas ligadas a un error de transcripción, ya que el banco era quien tenía el deber de clarificar estas minucias, como también de asumir sus propios errores de redacción en este tipo de contratos. Por ello, la sentencia finalizó con la revocación de la sentencia de primera instancia, declarando el incumplimiento grave y culposo del banco respecto del mandato otorgado en el contrato, y ordenando la reparación de los perjuicios en beneficio del demandante, dando por pagado el saldo del crédito hipotecario y restituyendo con reajustes e

intereses de los dividendos que el deudor ha pagado con posterioridad a la declaración de invalidez definitiva total, con costas.<sup>15</sup>

## ii) La tónica de María Ramírez y la Ilustre Municipalidad de Pucón

### a. Primera Instancia

Con fecha 31 de enero de 2012, le correspondió resolver a la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Temuco, sobre la disputa generada en el segundo cuento del capítulo anterior, que confrontó a la trama de María Ramírez con la trama de la Ilustre Municipalidad de Pucón. Como punto de partida, la Corte demarcó los requisitos de la acción cautelar de protección, en atención a la existencia de un acto u omisión ilegal o arbitrario, dando para la última el sentido de que dicho acto existe producto del mero capricho de quien incurre en él; y que afecte a una o más garantías preexistentes y protegidas: *“consideraciones que resultan primordiales para el examen y la decisión de cualquier recurso como el que se ha interpuesto”* (1°). Seguido de ello, hizo una lectura resumida de los hechos descritos por las partes, y apoyándose en la normativa que regula a los entes municipales, mencionó que *“los permisos concedidos para el uso de los inmuebles municipales son de naturaleza esencialmente precaria y de índole transitorio, pudiendo ser modificados y dejados sin efecto, como ocurrió en la especie”* (4°).

A partir de ahí, los jueces escogieron el parámetro valórico en torno al acto discrecional del ente municipal, poniendo énfasis en que: *“la Municipalidad debe ejercer tal atribución a través de actos debidamente fundados y exentos de toda discriminación y arbitrariedad, ya que ningún órgano del Estado puede al amparo de una facultad discrecional llevar a cabo actos arbitrarios o discriminatorios, atendido a que éstos deben ser motivados [...] y contener los fundamentos que den cuenta de las razones en virtud de las cuales se han adoptado y no obedecer al mero capricho de la autoridad.”* (5°). En este apartado, la Corte amplió el rango

---

<sup>15</sup> Esta sentencia fue sometida a un recurso de casación en la forma y en el fondo. Respecto de la forma, la Corte Suprema la declaró inadmisibles por no tener fundamento necesario para superar dicho examen. Respecto del fondo, la Corte reprodujo el razonamiento de segunda instancia para llegar a la conclusión de que *“no es posible alterar la situación fáctica que viene determinada en el fallo cuestionado y establecer una distinta, porque los hechos que sirvieron de base a las conclusiones de los sentenciadores resultan inamovibles”*. Agrega señalando que *“los sentenciadores han aplicado correctamente la normativa atinente al caso que se trata, en especial, aquella relativa a la fuerza obligatoria de los contratos y su ejecución de buena fe, sobre todo en una operación que involucra a una institución bancaria sometida a las disposiciones de la ley N° 19.496”*. En consecuencia, la Corte Suprema rechazó la casación en el fondo y confirmó la sentencia de segunda instancia.

de perspectivas observables para el asunto, ya que no sólo contempló la mención de arbitrariedad que se definió al principio, sino que lo equiparó a la noción de discriminación. Por ende, el actuar evaluable de la Municipalidad, a pesar de lo discrecional que pudiera ser, debía seguir un estándar de fundamentación que excluyera no sólo el acto arbitrario, sino que también el acto discriminatorio. Esta inclusión del factor discriminación marcó el asidero valórico distintivo de esta decisión colegiada, porque amplió el foco de interés respecto a las consecuencias del actuar de una institución, y permitió proseguir con el razonamiento en torno a una variable ya integrada y valorada en el actuar comunitario.

Luego de una mención normativa a la motivación de una actuación administrativa, la que establecía el principio de imparcialidad en torno a ideas de objetividad y probidad, el tribunal fijó las situaciones en las cuales puede faltar materialmente esta motivación, tanto para la actividad administrativa, como para la sentencia judicial, las que ocurrían cuando *“es defectuosa, caso que se da cuando existen razonamientos defectuosos, o cuando hay vicios del razonamiento derivados de la infracción de los principios y reglas de la argumentación”*. Es decir, para la Corte existiría un acto arbitrario o discriminatorio cuando se falta materialmente a la motivación de dicho acto, y esta falta de motivación se entendió para la Corte en términos lógicos, y basados en principios y reglas preestablecidas. Con este marco de decisión, el tribunal señaló tres eventos que pueden darse por aquella falta de motivación: *“a.-) Existencia de una motivación Aparente, es decir hay motivación pero no sirve, ya que se fundamentó en hechos inexistentes, o no probados o simplemente se relatan los hechos o se describió el proceso administrativo; b.-) Existencia de una motivación Insuficiente, ya que se afecta el principio de razón suficiente, que las premisas sean aptas para generar la conclusión; c.-) Existencia de una motivación Defectuosa o propiamente tal, que se da cuando se han afectado las máximas de la experiencia y los principios lógicos”* (6°).

Teniendo el marco valórico enfocado a evitar que se produzcan actos discriminatorios, y contando también con el marco estructural sobre el cual decidir la falta o no de motivación del actuar administrativo, señaló la Corte que el oficio emitido por el ente municipal *“fundamenta la negativa de la renovación de permiso de ocupación de bien nacional de uso público [...] únicamente en la existencia de un proceso de reorganización de espacios públicos de la comuna, cuestión contradictoria con el hecho no negado por el Municipio de que se otorgó*

*permiso de ocupación a otros terceros para ocupar el mismo el mismo bien nacional de uso público, en donde ejercía su actividad la recurrente, y de que ella habría sido una de las únicas de la nómina [...] que no fue beneficiada con un permiso.”*. Con estos antecedentes, y con la aplicación del sistema de resolución ya escogido por la Corte, se estableció que hubo una hipótesis de motivación aparente: *“toda vez que la motivación dada no sirve para justificar la decisión adoptada ya que se fundamentó en hechos no probados en autos, e incluso contradictorios, como ha sido ya señalado”* (7°).

Por último, y para volver a unir el marco valórico con el marco estructural, concluyó el tribunal haciendo alusión a que *“lo anterior torna en arbitraria la decisión administrativa, actuación que además vulnera la garantía constitucional de igualdad ante la ley, ya que se ha generado un trato discriminatorio a la recurrente en relación a los demás terceros que si obtuvieron permisos de parte de la Municipalidad, no obstante estar en similar situación de hecho”* (9°). Es decir, el acto del ente municipal se consideró arbitrario, porque tuvo una motivación aparente al fundamentarse en hechos no probados y contradictorios; y aún más importante para el tribunal, fue un acto discriminatorio, en relación a que la cancha no estuvo pareja para María Ramírez respecto de los demás terceros que si obtuvieron su permiso en similar situación de hecho, con lo que ciertamente vulneró su garantía de igualdad ante la ley. Por todo ello, la Corte resolvió unánimemente acoger el recurso con costas, dejando sin efecto el oficio N°1166 y ordenando que vuelva a regir la orden de pago de los derechos municipales correspondiente al período en cuestión, y debiendo permitir tanto el pago como la operatoria de la misma por dicho semestre.

#### *b. Segunda Instancia*

Lo resuelto por la Segunda Sala Corte de Apelaciones de Temuco fue apelado por la parte de la Municipalidad, elevándose el asunto al terreno colegiado de la Tercera Sala de la Corte Suprema. Con fecha 30 de mayo de 2012, el máximo tribunal entró a conocer y resolver acerca de este conflicto, teniendo como antecedente los hechos ya verificados por la sentencia de primera instancia. Reproduciendo la sentencia de alzada, los ministros de la Corte escogieron hacer una reseña a la normativa que regía a las municipalidades, dando cuenta que *“corresponde a las Municipalidades la administración de los bienes nacionales de uso público [...] y dentro de esta administración se pueden otorgar concesiones y permisos de ocupación*

*de dichos bienes. Respecto de los permisos [...] son esencialmente precarios y pueden ser modificados o dejados sin efecto, sin derecho a indemnizaciones” (2°).*

La mención a las facultades legales de la facultad edilicia dió cierta pista de lo que enseguida resolvieron los ministros, ya que al contrario de lo que pasó en primera instancia, acá se tuvo mayor atención en lo que respecta a la normativa que atribuyó facultades a la Municipalidad: *“aparece inconcuso que la Municipalidad se encontraba facultada para revocar el permiso que habilitaba a la recurrente para ocupar un bien nacional de uso público para ejercer la actividad comercial que realizaba, por lo que cabe concluir que la autoridad edilicia no ha contravenido el principio de legalidad” (3°).* El valor que se le dio acá al principio de legalidad constituyó el primer cerrojo valórico para la sentencia de primera instancia, ya que la facultad de administración que se le concedió a la Municipalidad no consideró un alcance específico para dicho actuar, por lo tanto, la revocación discrecional del permiso en cuestión estuvo dentro de dichas competencias permitidas por ley.

Del mismo modo, y enfocándose ahora en el actuar arbitrario, dicha arbitrariedad se descartó de parte de los ministros de la Corte, ya que la Municipalidad esgrimió razones suficientes para su proceder, en torno a un plan de desarrollo en servicio de la comunidad, lo cual fue valorizado por los ministros: *“En efecto, [...] se detalla que con la medida anunciada se pretende una reorganización de los espacios públicos de la comuna y la descongestión progresiva de las áreas verdes. Estas justificaciones, que no han sido desvirtuadas en modo alguno, constituyen motivaciones suficientes para concluir que la autoridad recurrida adoptó la decisión cuestionada para generar -entre otros objetivos- condiciones seguras para el desplazamiento peatonal, lo que inequívocamente no es resultado de la irreflexión, del empecinamiento ni el afán de afectar a terceros” (4°).* Por ende, para los ministros de la Corte fue suficiente que la medida fuera dirigida a un plan de reorganización de espacios públicos, sin inmiscuirse demasiado en las consecuencias de tal reorganización, e incluso, mencionando una ventaja relacionada a las condiciones de desplazamiento peatonal. Con el anterior razonamiento, el tribunal estableció la legalidad de la medida y la ausencia de arbitrariedad, por lo que no entró a discutir sobre las garantías constitucionales que se dijeron infringidas. Concluyó con la revocación de la sentencia de primera instancia y rechazó el referido recurso de protección.

c. Ministro Disidente

A pesar de lo anteriormente resuelto, aquella decisión de la Corte Suprema no contó con el voto unánime de sus ministros, sino que se presentó un voto en contra de parte del ministro Sergio Muñoz. La pretensión del ministro disidente fue confirmar el fallo apelado, adherirse a las razones esgrimidas en primera instancia, y también manifestar sus propias consideraciones en torno al caso, incluyendo más tópicos que los ya mencionados, y con una narración incluso más vigorosa que la de la sentencia que buscó confirmar:

*“Conforme a los valores asumidos por la Constitución Política de la República las personas son iguales en dignidad y derechos, sin que respecto de ellas puedan asumirse discriminaciones sin fundamento, pero más que eso, es deber del Estado atender el principio de subsidiariedad activo, en orden a amparar y procurar el desarrollo de las personas y de todas las actividades económicas, por cuanto con la mayor realización material y espiritual de los individuos se alcanza el bien común. Es más, no se entiende Estado o Autoridad alguna que no tenga en consideración el bienestar de todos y cada uno de sus habitantes, en que aquellos que requieran de mayor apoyo, por encontrarse en condiciones de vulnerabilidad, deberán ser los primeros a tener presente en la planificación y puesta en marcha de las políticas y medidas que se adopten. Sin un estatuto de favor, sino que atendiendo a las necesidades de manera adecuada. Al tener las autoridades en mente tales antecedentes, se evitarán conflictos sociales derivados, que se generan por el menosprecio o insensibilidad social en las planificaciones que se adoptan, a las que atienden como consecuencia de medidas desesperadas de los afectados, por la notoriedad de las mismas y presentándose ante la comunidad como personas ecuánimes, magnánimas y condescendientes con el afligido, a quien no le dieron solución cuando se hizo presente por los causes que la legislación contempla.”* El ministro hizo primera mención a la igualdad en dignidad y derecho, la que se complementó con el llamado activo a las instituciones estatales para la consecución del bien común y vida más grata de la comunidad. Con este llamado, el ministro se centró en la atención adecuada de las necesidades para personas en condiciones de vulnerabilidad, para así dar solución debida a las controversias que se generan y evitar otros conflictos sociales derivados.

*“¿Cuán difícil es resolver un caso como el de autos? En que una mujer trabajadora, la señora María Inés de Pucón, que se encuentra vulnerable, solicita, requiere, implora a otra mujer trabajadora que se halla en condiciones más privilegiadas por la función que desempeña, que se preocupe de su situación, le otorgue una respuesta igual a otros ciudadanos, que le regule particularmente su actividad si es necesario, pero que entienda que de otra manera se verá afectada su fuente de trabajo, el sustento de ella y su familia. Ese es el trasfondo humano y jurídico de la presente acción cautelar de derechos fundamentales. La respuesta se busca en la legislación, la cual entrega criterios generales y no otorga siempre una solución adecuada para cada caso. No se desconoce la discrecionalidad en el otorgamiento de permisos de ocupación de los bienes nacionales de uso público. No es este el campo en que corresponde realizar el análisis. Está en la posible arbitrariedad de la determinación, al no entregar una solución adecuada a la recurrente”.* En este párrafo, el ministro Muñoz contó su propia versión de los hechos, los cuales no sólo quisieron indagar en el trasfondo jurídico de la acción, sino que también consideraron su trasfondo humano, las causas y consecuencias que formaron el contexto de la decisión. Incluso, el ministro Muñoz no negó la discrecionalidad del ente en el otorgamiento de los permisos, pero sí puso el énfasis en que la arbitrariedad se dio por no entregar una solución adecuada a la reclamante, y en la afectación que produjo esta falta de solución.

*"Viña del Mar, Los Andes, Quillota, Valparaíso, Temuco y otras ciudades de Chile son distintas de Pucón" Este disidente por lo menos no las advierte ¿y qué tienen en común todas ellas?, que en una o más de sus plazas hay autitos para que los niños se diviertan. Así la igualdad no se encuentra servida. Es discriminatoria la decisión que pretende eliminar de la plaza de una ciudad chilena, en este caso Pucón, esta tradicional diversión infantil. Pero es más, es discriminatoria la determinación de no otorgar permiso, en último caso al no restringir el permiso a la recurrente y dejarla en las mismas condiciones de las demás personas que han instalado sus negocios en el mismo lugar. La desproporción -según la recurrida- se encuentra en que la señora María Inés ocupa 21 y no 12 metros cuadrados como las demás personas a quienes se les ha otorgado permiso. Sin embargo, el reclamo no proviene de tales personas, todo lo contrario ellas han expresado que desean se le conceda permiso a la señora María. Son una comunidad. Además, no es injustificada la determinación así adoptada, pues su negocio es distinto, no se puede desarrollar en 12 metros cuadrados.*

*Esta falta de consideración le resta razonabilidad a la determinación recurrida*”. Otro tópico importante para el ministro Muñoz fue el nuevo repudio a los actos discriminatorios y desconsiderados, ya que este ámbito de trabajo era en un área valorada por la comunidad, una tradicional diversión infantil, y no considerar el valor que dicha actividad representaba para una ciudad chilena fue discriminatorio para el ministro en cuestión. Además, se alimentó este repudio con un valor que se le dio a la comunidad de dicha plaza, ya que tanto en el tema del otorgamiento del permiso, como de las proporciones del referido trabajo, tuvo no sólo la anuencia, sino que también el apoyo de los demás afectados, cuestión que para el ministro debió considerarse para tomar una buena decisión.

*“La preocupación de una madre es por cada uno de sus hijos, la preocupación de una alcaldesa es por cada uno de los habitantes de su comuna. Ninguno es más importante que otro. Detenerse a pensar un par de minutos, en el último de los casos en una reubicación ha sido la solución consensuada que muchos alcaldes han obtenido en aquellos cambios que impone la modernidad. Esta falta de preocupación o indiferencia de la decisión recurrida, permite igualmente calificar de arbitraria. El tema asumido por la judicatura al conocer de este recurso excede con mucho el análisis simple del juego de normas constitucionales, es mucho más complejo, es la vida misma, es la subsistencia de la señora María Inés, a favor de quien se interpone el recurso, a la cual el disidente ampara en su dignidad y en sus garantías fundamentales, en la igualdad ante la ley, en la igualdad de trato que debe darle la autoridad, en su libertad para desarrollar actividades económicas, en su tesón por el trabajo honrado, en la libertad que tiene para desempeñarlo, en su dedicación por su familia, pues considera que se le ha discriminado de la manera más brutal que una persona pueda enfrentar por parte del Estado, en este caso por la alcaldesa de la municipalidad de Pucón: se le ha ignorado.”*

En este párrafo, el ministro Muñoz hizo una alusión a la importancia de una preocupación con tintes maternos que debió tener el actuar de la Municipalidad, para así lograr dar con esa ansiada solución adecuada y consensuada entre los integrantes de la comunidad, que permitiera la consecución de una vida más grata y del bien común. Por último, el ministro disidente hizo un potente llamado a la reflexión del tema asumido por la judicatura, de la complejidad del tema y de lo que estaba en juego: era la vida misma; acto seguido tomó partido expreso por una defensa, un amparo a la dignidad y garantías fundamentales, y un cierto ánimo justiciero ante la discriminación.

## **CONCLUSIÓN: DE LO LEGÍTIMO A LO ALICIENTE**

### **1. Lo legítimo**

El oficio del jurista siempre ha tenido una íntima relación con la Justicia, con la rectitud y la virtud de dar a cada uno lo debido, lo suyo, lo que corresponde a su derecho; y si bien durante las eras han habido numerosas pretensiones de conceptualizar e indagar el verdadero significado de lo que es justo, existe un consenso general e histórico de que la Justicia es un ideal deseable, y es un bien por el cual vale la pena luchar. La persona justa suele identificarse desde lo virtuoso de su actuar, su trato honrado, sus decisiones razonables y la confianza que infundía al resto, de manera que una persona justa acostumbra a ser requerida para aconsejar, para ilustrar y especialmente para dirimir desacuerdos, porque tanto su pensamiento como su palabra suelen persuadir y convocar.

Ya que existe cierto peso de confianza para la persona que se conoce como justa, existe un peso mucho mayor para la persona justa que se re-conoce en autoridad y que se inviste institucionalmente en la magistratura, cuyo oficio como funcionario público precisamente es hacer Justicia en aquellas disputas por las cuales son llamados a resolver. En ese sentido, los asuntos que conciernen a los jueces llevan la carga de guiar los inquietantes dramas por un escenario imparcial que garantice que los intervinientes puedan ser atendidos, y cuyo desenlace pueda satisfacer adecuadamente a la confianza entregada, tanto de los personajes que intervienen directamente, como del público que presencia aquel veredicto. Aquella doble exigencia marca el carácter diferenciador de un juez, ya que como funcionario público representa al colectivo que le confirió dicho cargo, por lo que su trabajo se vincula estrechamente al mantenimiento de la paz social y a la idea perenne de legitimación.

La legitimación del trabajo de un juez se da en primer término con la sociabilización de su actividad, de manera que el resto pueda acceder, involucrarse y validar las decisiones que toma; y parte medular de esta sociabilización se da con la exigencia de sentencias motivadas, ya que desde dicha motivación el juez debe comunicar lo justo y atendible de su juicio que emite a través del relato de los hechos y las razones que justifican su decisión, haciendo

presente el control social que habilita a la comunidad para comprender y evaluar el porqué de las resoluciones, y la manera de llegar a tales desenlaces.

Con la secularización de los procedimientos probatorios, la mutación del poder político desde los tiempos monárquicos y la creciente participación ciudadana impulsada por nuevas concepciones de publicidad de leyes y deliberaciones, legitimar desde la motivación provocó un cambio radical en el entendimiento de la función judicial: comenzando con la prescindencia de un mero ministro de fe que daba constancia del resultado inalterable de ordalías y juicios sacramentales de poderes absolutos, pasando por etapas ilustradas de un autómatas que se subordinaba a la aplicación estricta de una codificación autosuficiente, y terminando con la revolución de un artífice que deliberaba públicamente, dando debida cuenta de la forma de ejercicio de su poder.

Por su parte, la consagración local de la motivación que se dio desde esta última etapa, se sustentó principalmente en términos de una autoridad judicial que era responsable de sus decisiones, y que por tanto debía justificar su actuar, primero con una mención breve y concisa de hechos y leyes, para luego incluir otros elementos interpretativos y consideraciones, situando la legitimación formal de esta actividad en una exigencia legal para las sentencias que resolvían el conflicto en cuestión. En consecuencia, la labor judicial hoy en día tiene un rol preponderante en la consecución de lo justo, tanto en términos de justicia como en términos de justeza; y por tanto, parte fundamental de su legitimación está vinculada inicialmente con la transparencia de sus decisiones y la correspondencia de sus motivaciones, de manera que la comunidad pueda atribuirle un valor al discurso realizado.

## **2. Lo aliciente**

Legitimar el producto realizado por una persona responsable de cargar con el sosiego de su comunidad tiene hoy en día un evidente contenido persuasivo, porque el jurista moderno ya no está bajo el cobijo privilegiado de dioses y reyes, sino que está emplazado en un terreno pedregoso de interacciones lingüísticas y disputas valóricas. En ese sentido, cualquier juicio o dictamen que provoque un cambio en estas relaciones tendrá una consecuente resonancia afectiva, porque dichas decisiones generan impactos en las vidas propias y ajenas, implican ganancias y pérdidas, regocijos y pesares.

Por ello, el rol del juez no se limita a las correspondencias lógicas, a los tecnicismos o a la comprobación de datos, porque la realidad social, la Justicia que se busca y el lenguaje que lo comunica están constantemente coloreados de lo sensible, de lo emocional y lo moralizante. La justificación en torno a razones es necesaria pero no es suficiente para llegar a un contenido aliciente hacia la paz social y la concordia, y por tanto, la legitimación de la actividad del juez implica también hablarle a los corazones, para que así puedan serenarse y reencontrarse.

En atención a este elemento persuasivo, el trabajo judicial adopta un carácter retórico que le permite ir más allá de las exigencias mínimas de la ley, porque ya no basta una constatación neutra sobre datos que caen bajo una hipótesis fáctica a la cual la ley le asocia ciertas consecuencias normativas, sino que se requiere un artífice que construya un relato que dé sentido e impulse el movimiento favorable de los espectadores. Por eso la motivación judicial se muestra de manera sutil pero perceptible durante todo el discurso: en una narración de hechos que presenta intencionalmente una trama de sucesos estructurados hacia un sentido final, que pueda dar significado a un curso de acción al mover a los espectadores hacia cierto rumbo que remarque el buen desenlace de lo que se propone; y en una composición que logra argumentar un sentido estructural, permitiendo unir de manera coherente la propuesta que se formula, y encuadrando los hechos para que decanten en cierta normativa adecuada.

Con una adecuada conversación entre lo narrado y lo argumentado, se logra motivar la preferencia de una decisión por sobre otra, generando un sentido tal que logre un efecto validador para uno mismo y para el resto. ¿Cómo se piensa un relato que logre esta generación de sentido? Principalmente con una herramienta que provoca adhesión desde lo que importa a los involucrados: la tónica. Pensar tónicamente involucra a las personas desde el reconocimiento de ciertos aspectos valóricos comunes en que el juzgador compatibiliza ideas afines con las partes y los terceros, y que son relevantes para la construcción de las consideraciones en la sentencia, calmando inquietudes y reconstituyendo comunidad en torno a estas proyecciones morales determinadas.

En suma, el oficio del juez que está inmerso en el derecho vivo incluye una comprensión amplia de lo que es el problema a resolver, de las distintas posiciones desde las cuales se mira dicho problema, y de los lugares de convergencia desde los cuales pueda plantear su relato; para que así, abra un cauce discursivo de sentido común y de valores compartidos, que

discurra por una corriente donde se narra y se argumenta en torno a lo que importa en el asunto, y que desemboque en una solución que sea preferible a las otras disponibles, porque la causa pretendida persuade al auditorio -las partes, comunidad jurídica, sociedad- de que la decisión tomada es una decisión justa, logrando así su legitimación social.

Como reflexión final, llama la atención que en nuestra enseñanza en torno a temas de Justicia y razonamiento jurídico se prescindiera de formación retórica y cultivo de humanidades, como también de que en el mismo espacio argumentativo se mire con cierto recelo el tratamiento serio de las emociones. En los casos anteriormente presentados se da cuenta de que los jueces podían optar por varios caminos para llegar a una resolución correcta y legalmente aceptable, cada una con sus justificaciones, con estatutos sobre los cuales apoyarse, y naturalmente partidarios. Sin embargo, lo que movió la báscula de cada magistrado fue el peso emotivo de los tópicos que cada uno valoró: en el primer caso al juez de letras le importó resaltar la igualdad entre partes y la búsqueda de voluntad real para contratar, y para la segunda instancia se hizo imperioso proteger y amparar a la parte débil en una situación asimétrica de poder; mientras que en el segundo caso importó para la primera instancia que se evitaran actos discriminatorios para la solicitante, en la segunda instancia tomó más peso el valor de la legalidad de un plan de desarrollo en servicio de la comunidad, y para el ministro disidente no sólo se adoptó lo valorado en primera instancia, sino que desarrolló nuevos tópicos que se vinculaban a la facultad de un ente que dejaba de lado la finalidad que lo validaba, es decir, a una vida más grata y al trato igualitario en derecho y dignidad.

Cada camino adoptado tiene parte de cultura humanística en su discurso, y a pesar de las miradas contrapuestas que se tiene en torno a un problema, suele persuadir de mejor manera aquella mirada que integre mayor cultura, que incluya mayores posturas de manera armónica, a favor y en contra de lo disputado, porque permea más en la complejidad del asunto y permite tomar mejores decisiones para accionar en torno a una identidad que compartimos, tanto en valores como en lenguajes. La comprensión de mundo y la acción retórica están estrechamente relacionadas a las humanidades y a la vida de los juristas, sean jueces, abogados, teóricos, estudiantes de derecho, o cualquier persona interesada en la búsqueda de lo justo, porque en la comprensión y acción humanista se da el verdadero aliciente para una convivencia humana virtuosa y digna de cultivarse: “*orientan la juventud, deleitan la vejez, realzan la prosperidad,*

*proporcionan refugio y consuelo a la adversidad, deleitan en el hogar, no estorban fuera de él, pernoctan con nosotros, nos acompañan en los viajes y en el campo” (Arbea, 2002, pág. 399).*

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Accatino Scagliotti, D. (2003). La Fundamentación de las sentencias: ¿Un rasgo distintivo de la judicatura moderna? *Revista de derecho (Valdivia)*, XV, 09-35.
- Accatino Scagliotti, D. (2005). *La motivación de las sentencias: genealogía y teoría. Tesis para la obtención de grado de doctor*. Universidad de Granada.
- Alvarado Velloso, A. (2005). *Debido proceso vs pruebas de oficio*. Rosario: Editorial Juris.
- Arbea, A. (2002). El concepto de humanitas en el Pro Archia de Cicerón. *Onomázein(7)*, 393-400.
- Aristóteles. (1990). *Retórica* (Vol. I). (Q. Racionero, Trad.) Madrid: Editorial Gredos.
- Atienza Rodríguez, M. (2005). *Las razones del derecho: Teoría de la Argumentación Jurídica*. Ciudad de México: UNAM.
- Carnelutti, F. (2012). *Cómo se hace un proceso*. Bogotá: Editorial Temis.
- Cea Egaña, J. L. (1988). *Tratado de la Constitución de 1980*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Cicerón. (2007). *Sobre el Orador* (Vol. I). (J. J. Iso, Trad.) Madrid: Editorial Gredos.
- Cicerón. (2015). *Sobre la República* (Vol. III). (A. Fontán, Trad.) Madrid: Editorial Gredos.
- Couture Etcheverry, E. J. (1958). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Esopo. (2017). *Las Fábulas de Esopo*. Ministerio de Educación de la Provincia de Santa Fe.

- Ferrer Beltrán, J. (2011). Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales. *Isonomía*(34), 87-107.
- Garavito-Rincón, D. F., Ibáñez-Zambrano, L. D., & Méndez-Jiménez, M. G. (2015). El papel de las intuiciones emotivas en la toma de decisiones judiciales: desmontando el mito de la racionalidad discursiva del juez. *Iter Ad Veritatem*, 12(1).
- Gayo, M., Nieto Ibáñez, J. M., & Domínguez, N. (1994). *Esopo y Babrio. Antología de fábulas griegas*. León: Universidad de León, Secretariado de publicaciones.
- Gorgias. (s.f.). *Elogio de Helena*. (B. Ugalde Rother, Trad.)
- Guzmán Tapia, J. S. (1996). *La sentencia*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Hanisch Espíndola, H. (2010). 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*(7).
- Harasic Yaksic, D. J. (1992). El razonamiento judicial y la opinión pública. En *Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídicos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Hesíodo. (1997). *Teogonía. En Obras y Fragmentos*. (A. Pérez , & A. Martínez, Trads.) Madrid: Editorial Gredos.
- Isócrates. (2007). *Discursos*. (J. M. Guzmán Hermida, Trad.) Madrid: Editorial Gredos.
- Maturana Miquel, C. C. (2015). *Aspectos generales de la prueba. Separata de Estudio, Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*. Santiago.
- Perelman, C. (2017). *De la justicia, de la interpretación y razonamiento jurídico*. Santiago: Editorial Olejnik.
- Stammler, R. (2018). *El juez*. Santiago: Editorial Olejnik.

- Taruffo, M. (2006). *La motivación de la sentencia civil*. (L. Córdova, Trad.) Ciudad de México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Valenzuela Cori, R. (2004). *Conflicto y humanidades: un ensayo sobre argumentación jurídica*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Valenzuela Cori, R. (2017). *Decidir, Juzgar, Persuadir. Un ensayo sobre la formación del abogado*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Viehweg, T. (2007). *Tópica y Jurisprudencia* (Segunda ed.). (L. Díez Picazo, Trad.) Madrid: Editorial Thomson Civitas.

## **JURISPRUDENCIA**

### **1. Caratulado Lillo / Banco de Crédito e Inversiones**

- Tercer Juzgado Civil de Concepción. *Causa Rol N°4858-2016* del 30 de octubre de 2018
- Corte de Apelaciones de Concepción. Tercera Sala. *Causa Rol N° 2597-2018* del 28 de marzo de 2019.
- Corte Suprema. Primera Sala. *Causa Rol N° 11.907-2019* del 29 de julio de 2020.

### **2. Caratulado Ramírez / Ilustre Municipalidad de Pucón**

- Corte de Apelaciones de Temuco. Segunda Sala. *Causa Rol N° 4-2011* del 31 de enero de 2012.
- Corte Suprema. Tercera Sala. *Causa Rol N° 1785-2012* del 30 de mayo de 2012.